

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

DOKTORA TEZİ

Beste GEMİCİ FİLİZ

1600007154

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Program: Özel Hukuk Doktora

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Haziran 2024

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

DOKTORA TEZİ

Beste GEMİCİ FİLİZ

1600007154

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Program: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU

Prof. Dr. Atilla ALTOP

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU

Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR

Haziran 2024

ÖZET

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

“Türk İş Hukuku’nda İş Sözleşmesinin Geçersizliği” konusu iş hukuku ve borçlar hukukunun birlikte ele alınmasını gerektiren gerek iş hukuku gerekse borçlar hukuku açısından temel ve önemli bir konudur.

Çalışmamızda öncelikle temel kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda işçi, işveren kavramları, iş sözleşmesinin unsurları kısaca tanımlanacak olup sonrasında borçlar hukukundaki geçersizlik hâlleri ve sonuçları incelenecektir. İkinci bölümde ise borçlar hukukundaki tüm geçersizlik hâlleri iş hukuku boyutu ile değerlendirilecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise geçersizlik hâllerinin sözleşme üzerinde doğurduğu sonuçlar iş hukuku açısından ele alınacaktır. Çalışmamız sadece bireysel iş hukuku bağlamında sözleşmelerin geçersizlik hâlleri ve sonuçlarıyla sınırlıdır.

Çalışmamızda Yargıtay kararları, yabancı mahkeme kararları ve karşılaştırmalı hukuktaki kaynak ve öğretici görüşlerinden yararlanılarak geçersizlik hâllerinin iş hukukundaki yansıması ve sonuçlarına ilişkin teorik ve uygulamaya yönelik sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Geçersizlik Hâlleri, İş Sözleşmesinin Geçersizliği, Geçersizliğin Hukuki Sonuçları, İleriye Etki

ABSTRACT

INVALIDITY OF EMPLOYMENT CONTRACT IN TURKISH LABOR LAW

Thesis Advisor: Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU

The subject of the the "Invalidity of the Labor Contract in Turkish Labor Law" is a fundamental and important issue in terms of both labor law and law of obligations, which requires the handling of labor law and law of obligations together.

In our study, firstly, basic concepts will be explained. In this context, the concepts of employee, employer and the employment contract will be briefly defined, and then all the invalidity cases and their results in the law of obligations will be explained. In the second part, all the cases of invalidity in the law of obligations will be evaluated with the dimension of labor law. In the next part of our study, the results of the invalidity cases on the contract will be discussed in terms of labor law. Our study is limited to the invalidity and consequences of contracts in the context of individual labor law.

In our study, it will be tried to offer solutions for the theoretical and practical problems regarding the reflection and consequences of the invalidity cases in labor law by using Supreme Court decisions, foreign court decisions and the opinions of the source and doctrine in comparative law.

Keywords: Types of Invalidity, Invalidity of Labor Law, The Legal Consequences of Invalidity, Ex Nunc.

TEŞEKKÜR

Doktora tezi olarak sunulan bu çalışma, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde 27 Haziran 2024 tarihinde Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu (Tez Danışmanı), Prof. Dr. Atilla Altop, Prof. Dr. Ercüment Özkaraca, Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Dr. Öğr. Üyesi Ender Demir’den oluşan jüri önünde savunulmuş ve oybirliği ile kabul edilmiştir.

Gerek kişiliğini gerekse akademik başarılarını her zaman kendime örnek aldığım, sevgi dolu yüreğini tanımaktan, asistanı olmaktan büyük mutluluk duyduğum ve bunun için kendimi her zaman çok şanslı hissettiğim, her daim yoluma sevgiyle ışık tutan çok kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu’na ne kadar teşekkür etsem azdır. Gün, saat fark etmeksizin kendisine danıştığım her bir hususu en ince ayrıntısına kadar bana açıklayan kıymetli Hocama, tezimin başlangıcından tamamlanmasına kadar yapmış olduğu tüm katkılar için, bana öğrettiği her şey için minnettarım. Sizden öğrendiklerim her zaman rehberim olacaktır. İyi ki varsınız Hocam.

Tez jürimde yer almasından büyük gurur ve mutluluk duyduğum kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Atilla Altop’a teşekkürlerimi sunarım. Hocam kendisine danıştığım her soruyu kıymetli zamanını ayırarak cevaplamış ve yol göstericim olmuştur. Söz konusu çalışma iş hukuku ve borçlar hukukunun birlikte ele alınmasını ve her iki hukuk dalı arasında bağ kurmayı gerektirmektedir. Bu durum kimi zaman beni çok zorlasa da Hocamın katkıları ve verdiği değerli fikirler konuya çok yönlü bakış açısıyla bakmamı ve bu çalışmada daha güvenli adımlarla ilerlememi sağlamıştır. Hocama tüm yardımları ve desteği için müteşekkirim.

Tez jürimde yer aldığı için onur duyduğum değerli Hocam Sayın Prof. Dr. Ercüment Özkaraca’ya tezime sunduğu değerli katkıları, harcadığı kıymetli zamanı ve tüm emekleri için minnettarım.

Tez jürimde yer aldığı için mutluluk duyduğum, bir süre asistanlığını yapmış olduğum ve birlikte çalışma imkânı bulduğum için kendimi çok şanslı hissettiğim, değerli önerileriyle bana yol gösteren kıymetli Hocam Sayın Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu’na hem göstermiş olduğu tüm emekleri hem de stresli olduğum dönemlerde verdiği manevi desteği için sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Tez jürimde yer alan, değerli fikirleriyle tezimin gelişmesine katkı sağlayan, beraber çalışmaktan mutluluk duyduğum, imkân tanıdığı huzurlu çalışma ortamı ile stresimi azaltan ve yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyen çok kıymetli Hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Ender Demir'e şükranlarımı sunarım.

Tez yazım sürecimde kaybettiğimiz kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Turhan Esener'in doktor ünvanımı aldığım güne şahitlik edebilmesini çok isterdim. Her zaman güleryüzü ve kibarlığıyla hatırlayacağım, yazdığı eserlerle bizlere yol gösteren, hocaların hocası Prof. Dr. Turhan Esener'i rahmetle anıp üzerimdeki tüm emekleri için teşekkürlerimi sunarım.

Teşekkür etmeden geçemeyeceğim, kendisini yakinen tanımaktan büyük mutluluk duyduğum, çözüm üretmekte zorlandığım konularda verdiği değerli fikirlerle her daim ufkumu açan, olaylara bambaşka bakış açısı ile bakmamı sağlayan, saygıdeğer Hocam Sayın Prof. Dr. Sarper Süzek'in tezimin gelişmesi için yapmış olduğu katkılar yadsınamaz. Sorduğum her soruya bıkmadan, enerji dolu sesiyle ve çok yönlü bakış açısıyla verdiği cevaplar için, kimi zaman yaptığımız saatler süren telefon görüşmelerimiz için, sevgi dolu yüreği için kendisine minnettarım. Sağolun, var olun Hocam.

Değerli vakitlerini benim için ayırıp tezimi okuyarak gelişmesine katkı sağlayan, kıymetli fikirleri ile yol göstericilerim olan değerli hocam Doç. Dr. Fatih Gündoğdu'ya, sevgili dostlarım ve meslektaşlarım Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı'ya, Arş. Gör. Merve Akbulut'a ve Arş. Gör. Ayşe Ziyen'a, uzun yıllar aynı fakültede birlikte çalışma imkânı bulduğum için kendimi şanslı hissettiğim dostum Zeynep Güler Özer'e çok teşekkür ederim.

Kimi zaman çözüm üretmemin zor olduğu anlarda verdiği fikirlerle yolumu açan, sorularımı sabırla cevaplayıp bana yol gösteren çok değerli hocalarım Prof. Dr. M. Turgut Öz'e, Doç. Dr. Pakize Ezgi Akbulut'a, Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt Bellican'a, Dr. Öğr. Üyesi Ceren Yıldız'a teşekkürü bir borç bilirim.

Bu çalışmamın yazım aşamasında Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD) tarafından sağlanan burs imkânı ile araştırma yapmak üzere bir yıl boyunca Almanya'da bulundum. Beni destekleyen DAAD'ye ve Freiburg Albert Ludwigs Üniversitesi'nde araştırma yapmama olanak sağlayan, orada bulduğum süreçte desteğini ve yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. Sebastian Krebber'e müteşekkirim.

Almanya’da bulunduğum bir yıllık süre için hakkımda görevlendirme kararı alarak desteğini esirgemeyen, araştırma görevlisi olarak çalıştığım İstanbul Kültür Üniversitesi Mütevelli Heyeti’ne, Yönetim Kurulu’na ve Hukuk Fakültesi Dekanlığı’na teşekkürlerimi sunarım.

Tez çalışma sürecinde Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) 2211-A bursiyeri sıfatıyla TÜBİTAK’tan almış olduğum mâli destek için TÜBİTAK yetkililerine teşekkürü bir borç bilirim.

Tez yazım sürecinde verilen manevi destekler de elbette ki çok kıymetlidir. Aynı fakültede birlikte çalıştığımız için kendimi çok şanslı hissettiğim, yükümü fazlasıyla azaltıp tezime daha yoğun bir şekilde çalışabilmemi sağlayan sevgili dostlarım ve meslektaşlarım Arş. Gör. Dr. Gökhan Aykut’a ve Arş. Gör. Ali Erdoğan’a çok teşekkür ederim.

Ne yaparsam yapayım üzerimdeki emeklerimin karşılığını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim canım ailem... Sevgili babam Zeki Gemici’ye ve canım annem Aysun Gemici’ye mükemmel bir aile oldukları için sonsuz teşekkürlerimi sunar, sınırı olmayan sevgi ve destekleri için onlara minnettar olduğumu bilmelerini isterim. Sevgili babam Doğan Filiz ve canım annem Tülay Filiz, sizler olmasaydınız bu çalışmanın ortaya çıkması o kadar zor olurdu ki. Bana olan desteğinizin karşılığını ödemem imkânsız olsa da küçük bir karşılık olarak sizlere teşekkürlerimi ve şükranlarımı sunarım. İyi ki varsınız. Çok sevgili kardeşlerime de bana olan destekleri için minnettarım. Hepinizi çok seviyorum.

Ve en özel ve kıymetli teşekkürüm hayatımı varlıkları ile güzelleştiren sevgili eşim Kenan Filiz ve canım oğlum Yaman Filiz’e olacaktır. Sevgili oğlumuzun ailemize kattığı renk ve enerji her zaman motivasyon kaynağımdır. Henüz üç yaşındayken bizimle Almanya’ya gelerek akademik hayatımın zorlu sürecine ortak olmuştur. Kendisine sevgi dolu yüreği için teşekkür ediyor ve varlığı için şükrediyorum. Sevgili eşim Kenan Filiz’in desteği olmadan bu çalışmanın tamamlanması mümkün olamazdı. Benimle gurur duyduğunu her zaman hissettirdiğin için, bu zorlu yolculukta vermiş olduğun sonsuz desteğin ve fedakârlıkların için ve en önemlisi göstermiş olduğun sevgin, saygın ve sabrın için sana minnettarım. Benim için yaptıklarının karşılığı olamasa da bu çalışma, hayatımın şansları sevgili eşim ve canım oğluma ithaf ettiğim küçük bir teşekkürümdür. İyi ki siz varsınız ve hep var olun.

İstanbul, 2024

Beste GEMİCİ FİLİZ

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT	II
TEŞEKKÜR	III
KISALTMALAR LİSTESİ	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM TEMEL KAVRAMLAR

I. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE UNSURLARI.....	4
A. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	4
B. İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ İLİŞKİSİ KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ	7
C. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	10
1. İş Görme Unsuru.....	10
2. Ücret Unsuru	11
3. Bağımlılık Unsuru	13
a. Genel Bilgi.....	13
b. Bağımlılık Unsurunun Görünüm Biçimleri.....	16
aa. Ekonomik Bağımlılık	16
bb. Teknik Bağımlılık	16
cc. Kişisel-Hukuki Bağımlılık	17
II. GEÇERSİZLİK KAVRAMI	18
A. GENEL BİLGİ	18
B. SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	21
1. Tarafların Ehil Olması ve Ehliyet Türleri	21
a. Hak Ehliyeti.....	22
b. Fiil Ehliyeti.....	23
aa. Genel Bilgi	23
bb. Fiil Ehliyeti Bakımından Kişilerin Sınıflandırılması	26
aaa. Tam Ehliyetliler	27
aaaa. Ayırt Etme Gücünün Varlığı.....	27
aaaaa. Ayırt Etme Gücü Kavramı	27
bbbbb. Ayırt Etme Gücünün İspatı	29
bbbb. Ergin Olmak.....	30
cccc. Kısıtlı Olmamak	32
bbb. Tam Ehliyetsizler	34
aaaa. Genel Bilgi.....	34
bbbb. Hukuki İşlem Ehliyeti Bakımından Tam Ehliyetsiz Kişilerin Durumu	34
cccc. Hukuka Aykırı Fiillerden Sorumluluk Bakımından Tam Ehliyetsiz Kişilerin Durumu	37
dddd. Tam Ehliyetsiz Kişilerin Temsili	39

ccc. Sınırlı Ehliyetsizler	41
aaaa. Genel Bilgi.....	41
bbbb. Hukuki İşlem Ehliyeti Açısından Sınırlı Ehliyetsiz Kişilerin Durumu ..	42
cccc. Hukuka Aykırı Fiiller Açısından Sınırlı Ehliyetsiz Kişilerin Durumu....	46
ddd. Sınırlı Ehliyetliler.....	47
2. Sözleşmenin Konusunun Emredici Hükümlere, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına ve Genel Ahlâka Aykırı Olmaması	48
a. Genel Bilgi.....	48
b. Emredici Hükümlere Aykırı Olmama.....	50
aa. Genel Bilgi.....	50
bb. Emredici Hükümlere Aykırılığın Yaptırımı	53
c. Kamu Düzenine Aykırı Olmama.....	57
aa. Genel Bilgi.....	57
bb. Kamu Düzenine Aykırılığın Yaptırımı	61
d. Kişilik Haklarına Aykırı Olmama.....	62
aa. Genel Bilgi.....	62
bb. Kişilik Haklarına Aykırılığın Yaptırımı	64
e. Ahlâka Aykırı Olmama.....	65
aa. Genel Bilgi.....	65
bb. Ahlâka Aykırılık Kavramının Diğer Bazı Kavramlarla İlişkisi.....	68
aaa. Ahlâka Aykırılık ve Emredici Kurallara Aykırılık	68
bbb. Ahlâka Aykırılık ve Kişilik Haklarına Aykırılık	68
ccc. Ahlâka Aykırılık ve Kamu Düzeni	72
ddd. Ahlâka Aykırılık ve Aşırı Yararlanma (Gabin)	73
cc. Ahlâka Aykırılığın Gerçekleşme Biçimleri ve Ahlâka Aykırılığın Belirlenmesi	74
dd. Ahlâka Aykırılık Sebebi İle Sözleşmenin Geçersizliği.....	75
3. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olmaması	76
a. Genel Bilgi.....	76
b. İmkânsızlık Türleri.....	76
aa. Başlangıçtaki İmkânsızlık – Sonraki İmkânsızlık.....	76
bb. Fiiî İmkânsızlık- Hukukî İmkânsızlık	79
cc. Objektif İmkânsızlık – Sübjektif İmkânsızlık.....	80
dd. Tam İmkânsızlık – Kısmî İmkânsızlık	81
ee. Devamlı İmkânsızlık – Geçici İmkânsızlık	82
c. Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlığa Bağlanan Hukuki Yaptırım	83
4. İrade Beyanlarının Sağlıklı Olması.....	84
a. Genel Bilgi.....	84
b. Yanılma (Hata)	86
aa. Genel Bilgi.....	86
bb. Yanılmanın Çeşitleri	87
aaa. Saikte Yanılma.....	87
bbb. Beyan Yanılması	88
cc. Esaslı Yanılma ve Esaslı Olmayan Yanılma Kavramları.....	88
aaa. Genel Bilgi.....	88
bbb. Esaslı Sayılan Açıklama Yanılması	89
aaaa. Sözleşmenin Niteliğinde Yanılma.....	89
bbbb. Şeyde/Eşyanın Aynında Yanılma.....	89
cccc. Şahsın Kimliğinde Yanılma.....	90
dddd. Şahsın Niteliğinde Yanılma	91

eeee. Edimin veya Karşı Edimin Miktarında Yanılma	91
gggg. İletmede Yanılma	92
ccc. Esaslı Sayılan Temel Yanılması (Nitelikli Saik Yanılması)	92
dd. Yanılmanın Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak İleri Sürülememesi	94
c. Aldatma (Hile)	95
d. Korkutma (İkrah)	98
e. İrade Sakatlığının Giderilmesi	100
5. Muvazaa Bulunmaması	104
a. Genel Bilgi	104
b. Muvazaa Türleri	106
aa. Basit Muvazaa (Mutlak Muvazaa)	106
bb. Nitelikli Muvazaa (Nispî Muvazaa)	106
c. Muvazaanın Hüküm ve Sonuçları	108
d. Muvazaanın İspatı	111
6. Aşırı Yararlanma (Gabin) Bulunmaması	111
a. Aşırı Yararlanma Kavramı ve Hukuki Niteliği	111
b. Aşırı Yararlanma (Gabin) Kavramının Unsurları	114
c. Aşırı Yararlanmanın Hukuki Sonuçları	118
7. Kanunun Öngördüğü Şekle Uyulması	119
a. Genel Bilgi	119
b. Kanunun Öngördüğü Şekil Şartları	120
aa. Adi Yazılı Şekil	120
bb. Resmî Yazılı Şekil	123
c. Şekil Şartı Öngörülen Sözleşmelerde Değişiklik Yapılması	123
d. Şekle Aykırılığın Yaptırımı	124
8. Genel İşlem Koşulları İçin Aranılan Sınırlara Uyulması	128
a. Genel İşlem Koşulları Kavramı	128
b. Genel İşlem Koşulu Sayılabilmenin Unsurları	130
aa. Sözleşme Koşullarının Taraflardan Biri Tarafından Tek Başına Hazırlanmış Olması	130
bb. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanmış Olması	131
cc. Hazırlanan Sözleşmenin Diğer Tarafa Sunulması	131
dd. Genel ve Soyut Nitelikte Hazırlanan Hükümler Olması	132
c. Genel İşlem Koşullarına İlişkin Koruyucu Hükümler	132
aa. Yazılmamış Sayılma	132
bb. Aleyhe Yorum İlkesi	134
cc. Değiştirme Yasağı	134
d. Genel İşlem Koşullarının Denetimi	135
aa. Yürürlük Denetimi	135
bb. Yorum Denetimi	138
cc. İçerik Denetimi	138
C. YOKLUK VE SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	142
1. Yokluk	142
2. Geçersizlik	143
a. Kesin Geçersizlik Hakkında Genel Bilgi	143
b. Kesin Geçersizlik Türleri	147
aa. Tam Kesin Geçersizlik	147
bb. Kısmi Geçersizlik	147
aaa. Kısmi Geçersizlik Kavramı ve Şartları	147

bbb. Kısmi Geçersizliğin Türleri	153
ccc. Kısmi Geçersizlik Yaptırımının Sonuçları	155
c. İptal Edilebilirlik	156
aa. İptal Hakkının Hukuki Niteliği	156
bb. İptal Hakkının Kullanılması	156
cc.İptal Hakkının Kullanılmasının Hukuki Sonuçları.....	157
d. Noksanlık.....	158
D. GEÇERSİZLİK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	159
1. Geçersizlik ile Fesih Kavramının Ayırt Edilmesi.....	159
2. Geçersizlik ile Sözleşmeden Dönme Kavramının Ayırt Edilmesi	159

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

I. İŞ SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN EHLİYETİ.....	161
A. GENEL BİLGİ	161
B. TARAFLARIN EHLİYETİ	166
1. Tam Ehliyetli Kişiler Bakımından.....	166
2. Sınırlı Ehliyetli Kişiler Bakımından	166
3. Sınırlı Ehliyetsiz Kişiler Bakımından	167
a. Kanuni Temsilcinin Rızasının Alınması	167
aa. Veli ya da Vasinin Rızasının Alınması.....	167
bb. Vesayet Makamının İznini Gerektiren Hâller	169
cc. Kanuni Temsilci Henüz İzin ya da Onay Vermemişken İşçinin Tam Fiil Ehliyetini Kazanması Durumu	169
b. Sınırlı Ehliyetsizin Görüşünün Alınmasına İlişkin Düzenleme ve Görüşünün Alınmamasının Yaptırımı	171
c. Vesayet Makamı Tarafından Meslek ya da Sanatın Yürütülmesi İçin İzin Verilen veya Aile Dışında Yaşayan Küçüğün Yaptığı Sözleşmelerin Geçerlilik Durumu.....	173
d. Sınırlı Ehliyetsiz Küçüğün İş Görme Edimi Karşılığında Elde Ettiği Ücretin Yönetimi.....	174
e. Yasal Temsilcinin Rızası Olmaksızın Sınırlı Ehliyetsiz ile Yapılan İş Sözleşmesinin Hukuki Durumu.....	175
4. Tam Ehliyetsiz Kişiler Bakımından.....	176
a. Genel Olarak.....	176
b. İşverenin Tam Ehliyetsiz Olması.....	177
c. İşçinin Tam Ehliyetsiz Olması.....	178
aa. Öğretideki Görüşler	178
bb. Genel Olarak Tam Ehliyetsizlerle İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Görüşümüz	179
cc.Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılan Çocuklara İlişkin Görüşümüz	182

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KONUSUNUN EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA,
KAMU DÜZENİNE, GENEL AHLÂKA VE KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI
OLMAMASI..... 185

A. GENEL BİLGİ.....	185
B. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRI OLMAMASI.....	186
1. Genel Bilgi.....	186
2. İş Sözleşmesi Kurma Özgürlüğü.....	192
3. İş Sözleşmesi Kurma Yasakları.....	197
a. Yaş Küçüklüğü.....	197
aa. Çocuk ve Genç İşçi Kavramı.....	198
bb. Çocuk ve Genç İşçilerin Korunmalarına Yönelik Düzenlemeler.....	199
aaa. Yasak ve Sınırlamalar.....	199
bbb. Yasak ve Sınırlamaların Hukuki Niteliği.....	205
ccc. Yasak ve Sınırlamalara Aykırılığın Hukuki Yaptırımı.....	206
b. Cinsiyet.....	214
aa. Genel Bilgi.....	214
bb. Yasağa Aykırılığın Hukuki Yaptırımı.....	216
c. Sağlık Durumu.....	222
aa. Genel Bilgi.....	222
bb. Yasağa Aykırılığın Hukuki Yaptırımı.....	222
d. Yabancılık.....	223
aa. Yabancı Kavramı.....	223
bb. Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakkına İlişkin Yasal Düzenlemeler.....	223
cc. Kural: Yabancıların Çalışma İzniyle Çalışabilmeleri.....	225
aaa. Çalışma İzni ile İlgili Genel Bilgi.....	225
bbb. Çalışma İzin Başvurusunun Usulü.....	226
ccc. Çalışma İzin Başvurusunun Değerlendirilmesi.....	227
ddd. Çalışma İzni Alma Muafiyeti.....	228
dd. Yabancılar Yönelik Çalışma Yasakları.....	229
ee. Yabancılık Unsuru Olan Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	230
ff. Yasaklara Aykırılığın Hukuki Yaptırımı.....	233
aaa. Ülkemizde Kayıtdışı Çalışan Yabancı Sayısına İlişkin Veriler.....	233
bbb. Yasaklara Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırıma İlişkin Görüşler.....	234
aaaa. Yabancılar Yasak İşler Bakımından Uygulanacak Yaptırım ve Öğretideki Görüşler.....	234
bbbb. Çalışma İzninin Alınmaması Hâlinde Uygulanacak Yaptırım ve Öğretideki Görüşler.....	236
cccc. Görüşümüz.....	239
gg. Yasağa Rağmen Çalışmanın İşçilik Alacakları Bakımından Sonuçları.....	250
C. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMAMASI.....	251
1. Kamu Düzeni Kurallarına İlişkin Genel Bilgi.....	251
2. İş Hukuku Açısından Kamu Düzeni Kavramı (Sosyal Kamu Düzeni Kuralları).....	252
a. Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına İlişkin Genel Bilgi.....	252
b. Sosyal Kamu Düzeni Kavramının Bazı Kavramlarla İlişkisi.....	254
aa. İş Hukukunda Emredici Kurallar ve Sosyal Kamu Düzeni Kuralları.....	254
bb. Sosyal Kamu Düzeninde Toplu İş Sözleşmelerinin Rolü.....	255
cc. Sosyal Kamu Düzeni Kavramı ile Yararlılık İlkesi Arasındaki İlişki.....	255

c. Yazılı Hukuk Kuralları Dışında Bir Kamu Düzeninin Varlığı Sorunu: Yargısal Kamu Düzeni	258
aa. Genel Bilgi	258
bb. Kamu Düzeni Kavramı Üzerinden Cezai Şart ve İbranamenin Yargı Kararları ile Sınırlandırılması ve 6098 sayılı Kanun'daki Düzenleme	259
d. İş Yargısında Yetkili Mahkemenin Kamu Düzeni Bağlamında Değerlendirilmesi	261
e. Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Aykırılığın Hukuki Yaptırımı	262
D. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI OLMAMASI	263
1. Genel Bilgi	263
2. Kişilik Haklarına Aykırılığın Hukuki Yaptırımı	266
E. İŞ SÖZLEŞMESİNİN AHLÂKA AYKIRI OLMAMASI	268
1. Genel Bilgi	268
2. Ahlâka Aykırılığın Hukuki Yaptırımı	272
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KONUSUNUN İMKÂNSIZ OLMAMASI	276
A. GENEL BİLGİ	276
B. BAŞLANGIÇTAKİ OBJEKTİF İMKÂNSIZ İŞ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKİ YAPTIRIM	279
IV. İŞ SÖZLEŞMESİNDE İRADE BEYANLARININ SAĞLIKLI OLMASI	281
A. YANILMA (HATA)	281
B. ALDATMA (HİLE)	287
1. Genel Bilgi	287
2. İşverenin Soru Sorma Hakkı ve İşçinin İşvereni Aldatması ile İlişkisi	292
a. Genel Bilgi	292
b. Sendika Üyelğine İlişkin Sorular	293
c. Siyasi Parti Üyelğine İlişkin Sorular	294
d. Sabıka Kaydına İlişkin Sorular	294
e. Özel Yaşam ve Eğitim Durumu/Yeteneklere İlişkin Sorular	296
f. Son İşyerindeki Ücrete İlişkin Sorular	298
g. Hamilelik Durumuna İlişkin Sorular	299
h. Cinsel Yönelime İlişkin Sorular	307
ı. Hastalıklara İlişkin Sorular	309
3. İşçinin İşvereni Aydınlatma Yükümlülüğü	310
4. Görüşümüz	315
C. KORKUTMA	316
V. İŞ SÖZLEŞMESİNDE MUVAZAA BULUNMAMASI	319
A. GENEL BİLGİ	319
B. İŞ SÖZLEŞMESİNDE MUVAZAANIN HUKUKİ YAPTIRIMI	326
VI. İŞ SÖZLEŞMESİNDE AŞIRI YARARLANMA (GABİN) BULUNMAMASI	328
A. GENEL BİLGİ	328
B. İŞ SÖZLEŞMESİNDE AŞIRI YARARLANMANIN HUKUKİ YAPTIRIMI	332

VII. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	335
A. ŞEKİL SERBESTİSİ VE SINIRLARI	335
1. Yazılı Yapılması Zorunlu İş Sözleşmeleri	336
2. Yazılı Yapılması Zorunlu Olmayan İş Sözleşmelerinde İşverenin Yazılı Belge Verme Yükümlülüğü	339
B. İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKLE AYKIRILIĞIN HUKUKİ YAPTIRIMI	339
C. ŞEKİL NOKSANLIĞININ İLERİ SÜRÜLMESİ	346
VIII. İŞ HUKUKUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ GÖRÜNÜMÜ OLAN “GENEL İŞ KOŞULLARI” KAVRAMI	348
A. GENEL BİLGİ	348
B. GENEL İŞ KOŞULLARI KAVRAMI	351
1. Genel İş Koşullarının Türleri	352
a. Tıp İş Sözleşmeleri	352
b. İşyeri İç Yönetmelikleri	352
c. İşyeri Uygulamaları.....	354
2. Genel İş Koşullarının Denetimi.....	357
a. Genel Olarak.....	357
b. Yürürlük Denetimi.....	358
c. Yorum Denetimi	362
d. İçerik Denetimi	363

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN YOKLUĞUNUN VE GEÇERSİZLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN YOKLUĞUNUN HUKUKİ SONUÇLARI	369
A. YOKLUĞUN İLERİ SÜRÜLMESİNE İLİŞKİN ESASLAR	369
B. TARAFLAR ARASINDA İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞ SÖZLEŞMESİ KURMA AMACINA YÖNELİK İRADENİN BULUNMAMASI	370
C. YAZILI SÖZLEŞME BULUNMASINA RAĞMEN EYLEMLİ ÇALIŞMANIN OLMAMASI: YOKLUK MU, GEÇERSİZLİK Mİ?.....	372
II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KESİN GEÇERSİZLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	374
A. KESİN GEÇERSİZLİK YAPTIRIMI VE YAPTIRIMIN BELİRLENMESİNDE AMACIN ROLÜ... 374	
1. Kesin Geçersizlik Yaptırımının Amacı.....	374
2. İş Hukukunda Kesin Geçersizlik Yaptırımının Sözleşmeyi Ayakta Tutma Amacı Çerçevesinde Dar Yorumlanması Gereği	375
3. Esnek Geçersizlik Kavramına İlişkin Görüşler ve Normun Koruma Amacının Önemi	378
4. Normun Koruma Amacının İş Sözleşmesine Uygulanacak Yaptırım Üzerindeki Etkisi.....	382
a. Kesin Geçersizlik Yaptırımının Uygulanacağı Durumlar.....	382
b. Kesin Geçersizlik Yaptırımının Uygulanmasının Normun Koruma Amacına Aykırı Olduğu Durumlar.....	389

B.	“GEÇERSİZLİĞİN SONRADAN ANLAŞILMASI” İBARESİNE VERİLECEK ANLAM	391
1.	Geçersizliğin Sonradan Anlaşılmasına İlişkin Yasal Düzenleme	391
2.	Düzenlemeye İlişkin Öğreti Görüşleri	392
3.	Görüşümüz	397
C.	KESİN GEÇERSİZLİĞİN İLERİ SÜRÜLMESİ	401
D.	KESİN GEÇERSİZLİĞİN İLERİYE ETKİLİ OLMASI	405
1.	İş Hukukunda İleriye Etkili Geçersizlik Yaptırımının Gerekliliği	405
2.	İş Sözleşmesinin Geriye Etkili Geçersizliğinin Yaratacağı Sorunlar	407
3.	İş Sözleşmesinin İleriye Etkili Geçersizliği Kuralının İstisnaları	414
E.	KESİN GEÇERSİZ İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	416
1.	Genel Olarak	416
2.	Görevli Mahkeme	418
3.	Ücret ve Ücret Ekleri	420
4.	Kıdeme Bağlı Haklar	421
5.	Kıdem Tazminatı	422
6.	Rekabet Yasağı	428
7.	Sınai Mülkiyet Kanunu ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndan Kaynaklanan Haklar	431
a.	Sınai Mülkiyet Kanunu’ndan Kaynaklanan Haklar	431
b.	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndan Kaynaklanan Haklar	433
III.	İŞ SÖZLEŞMESİNİN KISMİ GEÇERSİZLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	433
A.	İŞ SÖZLEŞMESİNİN KISMİ GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİ	433
B.	KISMİ GEÇERSİZLİĞİN SUBJEKTİF ŞARTININ İŞ SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	442
C.	KISMİ GEÇERSİZLİĞİN TÜRLERİNE İŞ SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN BAKIŞ	447
D.	SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI	452
IV.	İŞ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	454
A.	İŞ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ HAKKINDA GENEL BİLGİ	454
B.	İRADE SAKATLIĞININ İŞ SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN SONUÇLARI: İPTAL HAKKI İLE FESİH HAKKI YARIŞAN HAK MIDIR?	461
C.	İŞ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN SÜRE	467
D.	İPTALİN İLERİYE ETKİSİ	470
V.	İŞ SÖZLEŞMESİNDE NOKSANLIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI	474
	SONUÇ	478
	KAYNAKÇA	490

KISALTMALAR LİSTESİ

ABAD: Avrupa Birliği Adalet Divanı

Abs.: Absatz

AcP: Archiv für die civilistische Praxis

AGBG: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

AJP: Aktuelle Juristische Praxis

ArbG: Arbeitsgericht

ArbuR: Arbeit und Recht

ArbZG: Arbeitszeitgesetz

Art.: Artikel

Aufl.: Auflage

AufenthG: Aufenthaltsgesetz

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYM: Anayasa Mahkemesi

BAGE: Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

BB: Betriebs-Berater

BDSG: Bundesdatenschutzgesetz

BGE: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts

BGH: Bundesgerichtshof

BK: Berner Kommentar

bkz.: bakınız

BSK: Basler Kommentar

C.: Cilt

c.: cümle

Çev.: Çeviren

dn.: dipnot

E.: Esas

eBK: Eski Borçlar Kanunu

Ed.: Editör

ErfK: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

EuGH: Gerichtshof der Europäischen Union

GewO: Gewerbeordnung

GİŞ: Genel İşlem Şartları

GSÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

H.D.: Hukuk Dairesi

YHGK.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

HKK: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB

Hrsg.: Herausgegeben

İKÜHFD: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İSGHD: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi

İş K.: İş Kanunu

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JArbSchG: Jugendarbeitsschutzgesetz

K.: Karar

KVKK: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

LAG: Landesarbeitsgericht

m.: madde

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MuSchG: Mutterschutzgesetz

MÜHF HAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MüKoBGB: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

NachwG: Nachweisgesetz

NJW: Neu Juristische Wochenschrift

NK-GA: Nomos Kommentar, Gesamtes Arbeitsrecht

NKÜ: Namık Kemâl Üniversitesi

NZA: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZA-RR: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report

OLG: Oberlandesgericht

OR: Obligationenrecht

RG.: Resmi Gazete

RdA: Recht der Arbeit

Rn.: Randnummer

s.: Sayfa

S.: Sayı

SDÜHFD: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

SMK: Sınai Mülkiyet Kanunu

STİSK: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBK: Türk Borçlar Kanunu

T.C.: Türkiye Cumhuriyeti

TKHK: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK: Türk Medeni Kanunu

TSG: Transsexuellengesetz

TVG: Tarifvertragsgesetz

TzBfG: Teilzeit und Befristungsgesetz

Urt.: Urteil

vd.: ve devamı

Y.: Yıl

Yarg.: Yargıtay

YD: Yargıtay Dergisi

YİBK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

ZFA: Zeitschrift für Arbeitsrecht

ZGB: Zivilgesetzbuch

ZK: Zürcher Kommentar



GİRİŞ

İş sözleşmesinin geçersizliği konusu iş hukuku ve borçlar hukukunun birlikte ele alınmasını ve her iki hukuk dalı arasında bağ kurmayı gerektiren gerek iş hukuku gerekse borçlar hukuku açısından temel ve önemli bir konudur. Geçersizlik yaptırımının iş hukuku açısından yarattığı sorunlar sebebiyle kimi zaman işçiler mağdur olabilmekte kimi zaman ise işverenler açısından çözümlenmesi zor problemler doğabilmektedir. Çalışmamızda Yargıtay kararları, yabancı mahkeme kararları ve karşılaştırmalı hukuktaki öğreti görüşlerinden yararlanılarak borçlar hukukunda düzenlenen geçersizlik sebeplerinin iş hukukundaki yansıması ve sonuçlarına ilişkin teorik ve uygulamaya yönelik sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen geçersizlik sebepleri ve sonuçlarının iş hukukunun kendine özgü yapısı ve kuralları ile ele alınması amaçlanmıştır. Üçlü iş ilişkilerinde geçersizlik, toplu iş sözleşmesinin geçersizliği, geçersiz iş sözleşmesinin sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortası bakımından doğuracağı sonuçlar bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmış olup, çalışmanın konusunu bireysel iş sözleşmesinin geçersizliği oluşturmaktadır.

İş sözleşmesinin geçersizliği konusu incelenirken öncelikle geçersizliğin ne anlama geldiği üzerinde durulmalıdır. Bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için kurucu koşulları ve geçerlilik koşullarını ihtiva etmesi gerekmektedir. Yokluk, sözleşmenin kurucu koşullarının bulunmaması anlamına gelirken, kesin geçersizlik ise sözleşmenin geçerlilik koşullarını ihtiva etmemesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bu çalışmada yokluk kavramı geçersizlik kavramından ayrı bir başlık altında incelenmiş olup başlıca geçersizlik türleri olarak ise kesin geçersizlik, kısmi geçersizlik, iptal edilebilirlik ve noksanlık ele alınmıştır.

Borçlar hukuku sözleşmeleri sözleşen tarafların eşitliği varsayımından hareket ederken, iş hukukunda işçinin işverene bağımlı olarak çalışması, ücretin işçinin geçimini temin fonksiyonu taraflar arasında eşitliği bozan bir düzen yaratmaktadır. İki hukuk sistemi arasındaki söz konusu farklılık sebebiyle borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeler her zaman iş hukuku bakımından tatmin edici çözüm sunamamaktadır. Bu durum da iş hukukunun kendine özgü bazı düzenlemelere sahip olmasını gerekli kılmaktadır. İş hukukuna has bu düzenleme ve gereklilikler borçlar hukukunun özellikle sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin esaslarının iş hukuku bakımından olduğu gibi uygulanmasına da engel teşkil etmektedir.

İş sözleşmelerinin geçersizliğine ilişkin olarak İş Kanunu'nda özel hükümlere yer verilmemesi konuya ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin uygulanmasını gerektirmektedir. Zira Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmaktadır. İş Kanunu'nda konuya ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde iş hukukunun temel esaslarına, kendi içindeki bütünlüğe ve özel karakterine aykırı düşmediği takdirde medeni hukuk ve borçlar hukukundaki düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

Geçersizlik kavramı borçlar hukukunda düzenlenmiş ve Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin 3. fıkrasında ise iş sözleşmelerine özgü olarak, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesinin iş ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı hüküm altına alınmıştır. Sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmeleri için geçersizliğin ileriye etkili olması hususunda Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü ile getirilen düzenleme isabetli olsa da sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin düzenlemelerin borçlar hukukunda olduğu gibi iş hukukuna da aynen uygulanması normla getirilmek istenen amaçtan sapılarak birtakım adaletsizliklere yol açmaktadır. Bu durum da iş hukukunun kendine özgü bakış açısı ile ama hukukun temel ilkelerinden de uzaklaşmadan bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Zira iş hukukunun borçlar hukukundan ayrı ve bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmesi bunu gerektirmektedir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde öncelikle temel kavramlar açıklanmaya çalışılmış, bu bağlamda kısaca iş sözleşmesi kavramına değinilmiş ve genel olarak geçersizlik kavramı borçlar hukuku temelinde ve Türk Borçlar Kanunu düzenlemeleri esas alınarak, Alman ve İsviçre Hukuku'ndaki mahkeme kararları ve öğreti görüşleri ile incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise iş sözleşmeleri bakımından sözleşmenin geçersizliğine yol açan sebeplerin Yargıtay, Alman Federal Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne yansıyan kararlar ve öğreti görüşleri ışığında incelenmesine gayret edilmiştir. Bu bağlamda ilk olarak kesin geçersizlik sebepleri iş hukuku bakımından incelenmiş, sözleşmelerin emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlâka aykırılığı ve imkânsızlığı konuları üzerinde durulmuştur. Daha sonra yanıltma, aldatma ve korkutma başlıkları altında irade sakatlığı hâllerine değinilmiş ve iş sözleşmelerinde muvazaa, aşırı yararlanma (gabin) konuları ele alındıktan sonra iş sözleşmesinin şekli ve genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü niteliğinde olan genel iş koşulları kavramı incelenmiştir. İfade edelim ki gerek Türk öğretisinde gerekse Alman ve

İsviçre öğretilerinde iş sözleşmelerinin hangi durumlarda geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacağı konusunda birlik ve netlik bulunmamaktadır. Halbuki bir iş sözleşmesinin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşması beraberinde çözümlenmesi zor farklı sonuçları da getirecektir. Bu nedenle kesin geçersizlik yaptırımının hangi durumlarda gündeme geleceğinin incelenmesi ayrı öneme sahiptir. Bu noktada belirtelim ki, iktisadî ve sosyal açıdan zayıf konumda olan işçinin korunması ilkesi, korunması amaçlanan kişinin aleyhine hükümler içeren sözleşmeyi tamamen geçersiz kılmak yerine başka yaptırım türlerinin uygulanmasını gerektirmektedir. Bu durum ise normun koruma amacının araştırılmasını gerekli kılar. Zira normla getirilmek istenen amacın araştırılması, normun koruma amacını aşan bir yaptırımın uygulanmasını da engellemektedir. Özellikle emredici hukuk kurallarına aykırılığın yaptırımının belirlenmesi açısından normla korunmak istenen amacın ne olduğu büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada bu esaslar gözetilmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde ise iş sözleşmesinin yokluğu ve geçersizliğinin doğuracağı hukuki sonuçlar değerlendirilmeye çalışılmıştır. İş sözleşmesinde geçersizliğin doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından ilk olarak kesin geçersizlik konusu ele alınmış ve bu bakımdan özellikle öğreti görüşleri ve mahkeme kararları ışığında Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü incelenmiştir. İş hukuku sözleşme özgürlüğünü sınırlayan birçok emredici hükümle donatılmıştır. Özellikle kesin geçersizlik sebeplerinden emredici hükümlere aykırılığın iş sözleşmeleri bakımından doğuracağı sonuçların belirlenmesinde hükmün getiriliş amacının tespiti büyük önem taşımaktadır. İş hukukunun kendine özgü gerekliliklerini dikkate alan kanun koyucu kesin geçersizliğin klâsik sonuçlarının iş sözleşmeleri bakımından uygulanması durumunda karşılaşılabilecek zorluklar sebebiyle TBK m.394/3 hükmü ile geçersizliğin iş sözleşmeleri bakımından sonuçlarını ayrıca düzenlemiştir. Fakat bu düzenleme de birtakım sorunlar ihtiva etmektedir. Çalışmamızda söz konusu kanun maddesinin yarattığı bazı sorunlara da dikkat çekilmiş ve önerilerde bulunulmuştur. Son bölümde ayrıca kısmi geçersizlik yaptırımı ve türleri, kısmi geçersizlik yaptırımı bakımından tarafların farazi iradelerinin önem arz edip etmediği konuları üzerinde durulmuştur. Daha sonra iş sözleşmesinin iptal edilmesinin doğuracağı sonuçlar, işçi yahut işverenin iş sözleşmesinin yapıldığı sırada sözleşmenin esaslı noktaları hususunda birbirlerini yanıltması hâlinde haklı nedenle fesih sebebi yanında taraflara iptal hakkının da tanınıp tanınamayacağı ele alınmıştır. Çalışmamızda ayrıca kesin geçersizlik yaptırımı gibi iptal yaptırımının da sözleşmenin ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurması konusu incelenmiş, son olarak da iş sözleşmesinde noksanlık konusu ele alınmış, görüş ve önerilerimiz açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. İş Sözleşmesi Kavramı ve Unsurları

A. İş Sözleşmesi Kavramı

Çalışma konumuzu oluşturan iş sözleşmelerinin geçersizliğini ele alabilmek açısından öncelikle iş sözleşmesi tanım ve unsurlarının üzerinde durmakta yarar olduğunu düşünmekteyiz. Hukukumuzda iş sözleşmesine ilişkin temel tanım İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi; diğer tarafın (işveren) ise ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde yapılan tanıma göre ise; “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmesi kavramı ile İş Kanunu'nda düzenlenen iş sözleşmesi kavramı arasında bir farklılık bulunmamaktadır¹. 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan “zaman” kavramı ise bağımlılık unsurunun belirlenmesinde yardımcı bir unsur olarak karşımıza çıkar². Zaman unsuru iş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında sürekli bir ilişki yaratmasına dayanmaktadır³.

¹ **CANİKLİOĞLU** Nurşen, “*Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi*”, TİSK tarafından düzenlenen “Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu” Semineri, İstanbul, 20-21 Eylül 2011, s.79. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'nda aynı kavramın kullanılarak yeknesaklığın sağlanmasının daha doğru olacağı yönünde bkz. **CANİKLİOĞLU** Nurşen, “*Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi*”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, 15 Kasım 2013, s.82, <https://docplayer.biz.tr/3373950-10-yilinda-is-kanunu-semineri.html>; **ANTALYA** Gökhan, “*Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği*”, Yargıtay Dergisi, C.13, 1987, s.129; **GÜVEN** Ercan/**AYDIN** Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2020, s.21; **GÜNEŞ** Başak/**MUTLAY** Faruk Barış, “*Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi*”, Çalışma ve Toplum, C.3, S.30, 2011, s.235; **KARAÇÖP** Eda/**YAMAKOĞLU** Efe, “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri*”, Legal İSGHD, C.10, S.38, 2013, s.108. Buna karşılık Alman Hukuku açısından bu terimler arasında farklılık vardır. Nitekim Alman Hukuku'nda iş sözleşmesi (*Arbeitsvertrag*) hizmet sözleşmesinin (*Dienstvertrag*) özel bir türü olarak düzenlenmiştir. **JUNKER** Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 20. Auflage, C.H. Beck, München, 2021, s.48. Alman Hukuku'nda §611a BGB anlamında iş sözleşmesi işverenin talimatları ile işçinin hizmetini şahsen ifa ettiği, bunun karşılığında da işverenin kendisine ücret ödemekle yükümlü olduğu bir özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. **SCHAUB** Günter (Hrsg), Arbeitsrechts-Handbuch, Bearbeitet von Ahrendt-Koch-Linck-Rinck-Treber-Vogelsang, 19., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2021, **SCHAUB/LINCK**, §29, Rn.1.

² **SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, 23. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s.233.

³ **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi/**ASTARLI** Muhittin/ **BAYSAL** Ulaş, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2022, s.330.

İfade edelim ki, zaman unsuru bağımlılığın göstergelerinden biri olsa da özellikle iş görme ediminin düzenli zaman aralıklarında ifa edilmediği esnek çalışma biçimleri açısından bunu net bir ifade ile söylemek pek de mümkün olmayacaktır⁴. Teknolojik ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak esnek çalışma biçimleri ile işçinin bağımlılığında bir daralma meydana gelmektedir⁵. Ayrıca şunu da ifade edelim ki, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan ve Türk Borçlar Kanunu'na tâbi iş ilişkilerinde Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun İş Kanunu ile ilişkisi sadece İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçiler hakkında uygulanması ile sınırlı değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun "Özel Borç İlişkileri"ni düzenleyen "İkinci Kısımın" "Altıncı Bölümü"nde hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlere yer verilmiş olup İş Kanunu'nda iş sözleşmelerine uygulanacak bir hüküm bulunmadığı takdirde, genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun sözünü ettiğimiz hükümleri uygulanacak, bu bölümde de bir hüküm bulunmaması hâlinde yine Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri iş hukukunun kendine özgü yapısı, temel ilkeleri ve işçiyi koruyuculuğu dikkate alınarak iş hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır⁶. Bu bağlamda Borçlar Kanunu, İş Kanunu'na tâbi olarak çalışan işçiler bakımından genel kanun olması sebebiyle boşluk doldurucu özelliğe sahiptir⁷. Gerçekten Türk Medeni Kanunu m.5 hükmü uyarınca; *"Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır"*. Borçlar Kanunu'ndaki hükümler

⁴ İş sözleşmesindeki zaman unsurunun, ifanın bir defalık yerine getirme ile değil, belirli yahut belirsiz bir süre devamlı yerine getirmekle gerçekleşeceği yönünde bkz. **AKYİĞİT** Ercan, İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2022, s.101.

⁵ **ÇELİK** Nuri/**CANİKLİOĞLU** Nurşen/**CANBOLAT** Talat/**ÖZKARACA** Arcüment, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 36. Bası, İstanbul 2023, s.175 vd.; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 237 vd.; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.103; **SENYEN KAPLAN** E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 13. Bası, Ankara, 2023, s.128; **DOĞAN** Sevil, İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.131 vd.; **EKMEKÇİ** Ömer/**YİĞİT** Esra, Bireysel İş Hukuku, Oniki Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2023, s.28.

⁶**SÜZEK**, İş Hukuku, s.44 vd.; **ÇELİK**/**CANİKLİOĞLU**/**CANBOLAT**/**ÖZKARACA**, s.16 vd.; **CANİKLİOĞLU**, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.78; **CANİKLİOĞLU**, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.76; **BAŞBUĞ** Aydın/**BODUR** Mehtap Yücel, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.120; **CİVAN** Ersun, *"Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Kısmi Geçersizlik"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara, 2017, s.214; **KARAÇÖP/YAMAKOĞLU**, s.87. Özel hukuk sözleşmelerinde kural olarak " tarafların eşitliği" fikri hâkim iken iş hukukunun varlık nedeni ise " tarafların eşitsizliği" fikridir. **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım, YD, 1987, s.114.

⁷**CANİKLİOĞLU**, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.79; **CANİKLİOĞLU**, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.76. Taraflar arasındaki hassas menfaat dengesi, kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın da İş Kanunu'nda boşluk bulunduğu anlamına gelmeyeceği ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin sınırlı şekilde yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **ÖZDEMİR** Erdem, *"Yeni Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri"*, İzmir Barosu Dergisi, S.2, Mayıs, 2012, s.25 vd.

bazı iş ilişkilerinin doğrudan Borçlar Kanunu kapsamında olması nedeniyle ve diğer iş kanunlarının kapsamına giren bir iş ilişkisi olmakla birlikte, ilgili iş kanunlarında somut olaya uygulanacak bir hüküm bulunmaması sebebiyle uygulama alanı bulmaktadır⁸.

Alman Hukuku'nda iş sözleşmesinin tanımına §611a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) hükmünde yer verilmiştir. Buna göre; *“İş sözleşmesi, işçiyi, başkaları tarafından belirlenen talimatlara bağlı olarak kişisel bir bağımlılık içinde bir başkasının hizmetinde iş yapmakla yükümlü kılar. Talimat verme hakkı, işin içeriği, yürütümü, zamanı ve yeri ile ilgili olabilir. Bir kişi, işini organize etme ve çalışma saatlerini belirleme hususunda esasen özgür değil ise talimatlarla bağlıdır. Kişisel bağımlılığın derecesi ilgili işin niteliğine de bağlıdır. Bir iş sözleşmesinin var olup olmadığını belirlemek için, tüm koşulların genel bir değerlendirilmesi yapılmalıdır. Sözleşme ilişkisinin fiilen ifası bunun bir iş ilişkisi olduğunu gösteriyorsa, sözleşmedeki tanımlama önemsizdir”*.

İleride daha ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere⁹ yeri gelmişken belirtelim ki, İş Kanunu'nun sözünü ettiğimiz m.2/1 hükmünde yer alan “bir iş sözleşmesine dayanarak” çalışmayı “geçerli bir iş sözleşmesi” olarak kabul etmemek gerekmektedir. Zira geçersiz bir iş sözleşmesine dayanılarak da olsa bir iş görme gerçekleşmiş ise, TBK m.394/3 hükmü uyarınca, sözleşme ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçları doğacağı için bu şekilde çalışan kişiler de işçi kabul edileceklerdir. Nitekim bu nedenle öğretide, “iş sözleşmesi” terimini amaca uygun yorumlamak ve bu terimi “iş ilişkisi” olarak anlamak gerektiği de ifade edilmektedir¹⁰.

İş sözleşmeleri de tıpkı borçlar hukuku kapsamındaki diğer sözleşmelerde olduğu gibi bir sözleşmeyi kurmayı amaçlayan niyet beyanı olan öneri ve kabulle ortaya çıkar ve sözleşmenin kurulmasıyla birlikte iş ilişkisi, işçi ile işveren arasında devam eden bir borç ilişkisi hâline gelir¹¹.

⁸ EKMEKÇİ/YİĞİT, s.6.

⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, E.

¹⁰ İşverenin bilgisi dâhilinde işçinin işyerine katılması durumuyla iş ilişkisi doğmuş olacak ve bunun için mutlaka iş sözleşmesinin varlığı aranmayacaktır. TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s.50.

¹¹ HROMADKA Wolfgang/MASCHMANN Frank, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 7. Auflage, Springer-Lehrbuch, 2018, §5, Rn.62.

B. İş Sözleşmesi ve İş İlişkisi Kavramları Arasındaki İlişki

İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca işçi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiyi, işveren ise işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade eder ve işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye de iş ilişkisi denir. Kanun'un 8. maddesinde iş sözleşmesi kavramı, 2. maddesinde ise iş ilişkisi kavramı tanımlanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. madde gerekçesinde¹² Avrupa Birliği müktesebatında işçi ve işveren arasındaki hukukî bağı açıklamak üzere "iş sözleşmesi" ve/veya "iş ilişkisi" deyimlerinin kullanıldığı ve bu iki kavramın özdeş olduğu belirtilmiş, Avrupa Birliği müktesebatına uygun olarak iş ilişkisi kavramının da ayrıca 2. maddede tanımlandığına dikkat çekilmiştir.

Her ne kadar işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişki kural olarak iş sözleşmesinden kaynaklansa da iş sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olduğunda, geçersizliğin baştan itibaren kabul edilmesinin yaratacağı sorunlar iş ilişkisi kavramı¹³ ile çözümlenmeye çalışılmıştır¹⁴. Başlangıçta iş ilişkisi ile çözümlenmeye çalışılan geçersizlik sorunu günümüzde iş sözleşmesinde geçersizliğin ileriye etkili olması kuralı öngörülme suretiyle yasal düzenlemeye kavuşturulmuş (TBK m.394/3)¹⁵ böylece iş ilişkisi kavramına dayanma zorunluluğu da ortadan kalkmıştır.

Alman öğretisinde iş sözleşmesi ve iş ilişkisi kavramlarının açıklanması konusunda sözleşme teorisi (*Vertragstheorie*) ve katılma teorisi (*Eingliederungstheorie*) olmak üzere iki teori ileri sürülmüştür. Sözleşme teorisine göre; iş sözleşmesinin yapılması ile birlikte işçi ve işveren arasında iş ilişkisi doğmuş olur¹⁶. Bu durumda işçinin fiilen çalışıp çalışmaması önem

¹² Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması I, Türk-İş & TOBB, 2019, s.5.

¹³ İş ilişkisi kavramının, "iş ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işçinin işverenin hizmetine girme yükümlülüğü yükleyen bir anlaşma" olarak tanımlanabileceği yönünde bkz. **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.171.

¹⁴ **ESENER** Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:432, Ankara 1978, s.142 vd.; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.171; **AKYİĞİT** Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1-31, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.64; **SÜZEK** Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1985, s.182; **TUNÇOMAĞ** Kenan, Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, Genel Hükümler, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s.174; **TAŞMAN** Bilgehan, Bireysel İş Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1998, s.291; **AKYİĞİT** Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları 85, İstanbul, 1990, s.37; **TUNÇOMAĞ** Kenan, "Borçlar Kanununa ve İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü", İş Hukuku Dergisi, C.1, S.2, 1969, s.128 vd; **SZECH** Marthe, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Das Fragerecht des Arbeitsgebers nach den verpönten Merkmalen, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, s.35.

¹⁵ **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s. 64.

¹⁶ **NIKISCH** Arthur, Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J.C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961, §19, s.172 vd.; **HUECK** Alfred/**NIPPERDEY**

arz etmeksizin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren iş ilişkisi de doğmuş olmaktadır. Buna karşılık katılma teorisine göre, iş ilişkisi iş sözleşmesinin yapılması ile değil işçinin fiilen işe başlaması ile doğacaktır¹⁷. Bu teoriye göre, iş sözleşmesi işverene işçiyi işe alma yükümlülüğü, işçiye de işverenin hizmetine girme yükümlülüğü getirecek ve doğrudan bir iş ilişkisi yaratmayacaktır¹⁸. İş ilişkisinin doğabilmesi için işyerine katılımın gerçekleşmesi esas alınmaktadır. Bu iki teoriyi somutlaştırmak adına öğretilerde şu klâsik örnek verilmiştir: Taraflar arasında 2 Mart'ta imzalanan iş sözleşmesinde, işçinin 1 Nisan'da işe başlayacağı öngörülmüş, ancak işçi herhangi bir nedenle işe 10 Nisan'da başlayabilmiştir. Sözleşme teorisine göre iş ilişkisi 1 Nisan'da, katılma teorisine göre ise 10 Nisan'da başlayacaktır¹⁹.

Ekleyelim ki öğretilerde her iki teori de farklı yönlerden eleştirilmektedir. Sözleşme teorisini savunanlar, sadece işçinin eylemli olarak çalışmaya başlamasının esas alınması hâlinde taraflar arasında irade uyuşması (sözleşme kurulması) olmadan bu ilişkinin nasıl anlamlandırılabilirliğinin belirsiz olduğunu ileri sürmekte; bu ilişkide ücret ödeme, sadakat ve işçiyi gözetme borcu gibi konulara bir açıklama getirilemediğini belirtmektedirler²⁰. Katılma teorisini savunanlar ise, geçersiz bir iş sözleşmesinin varlığı hâlinde bu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılmasının ortaya çıkaracağı problemler sebebiyle sözleşme teorisini eleştirmektedirler²¹. Esasen katılma teorisini savunanlar iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması nedeniyle ortaya çıkacak sorunları iş ilişkisi kavramı ile giderebilmişlerdir. Şöyle ki, taraflar arasında geçersiz bir iş sözleşmesi bulunsu dâhi bu teori uyarınca işçinin

Hans Carl, Grundriß des Arbeitsrechts, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 1968, §13, s.41; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.96; **REICHOLD** Hermann, Arbeitsrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, 2019, §7, Rn. 45; **HROMADKA/MASCHMANN**, §5, Rn.64; **EKONOMİ** Münir, "Die Wichtigkeit des Arbeitsvertrages", Mängel des Arbeitsvertrages, Verlag Stämpfli & Cie AG, (Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred) Bern, 1983, s.8; **ESENER**, İş Hukuku, s.142; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.171; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.37; **ERGİN** Hediye, "Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi", LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.4, 2007, s.220; **NARMANLIOĞLU** Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.242; **ARSLAN DURMUŞ** Seda, İş Hukukunda Kıdem Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.150.

¹⁷**NIKISCH**, §19, s.172 vd.; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.96; **HROMADKA/MASCHMANN**, §5, Rn.64. **ESENER**, İş Hukuku, s.142; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.171 vd.; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.242; **HUECK/NIPPERDEY**, §13, s.41; **ERGİN**, Karar İnceleme, s.219; **ARSLAN DURMUŞ**, Kıdem Kavramı, s.150.

¹⁸**ESENER**, İş Hukuku, s.142; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.171 vd.; **CANBOLAT** Talat, İşçi Buluşları, Beta Yayınları, 2007, s.127; **ARSLAN DURMUŞ** Seda, "İş İlişkisinde Kıdemin Başlangıcı", Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.5, Haziran 2016, s.53.

¹⁹**HUECK/NIPPERDEY**, §13, s.41; **ESENER**, İş Hukuku, s.143; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.172; **DOĞAN**, Bağımlılık Unsuru, s.53.

²⁰**DOĞAN**, Bağımlılık Unsuru, s.54.

²¹**AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.38; **DOĞAN**, Bağımlılık Unsuru, s.54.

işyerine katılmış olması ile taraflar arasında bir iş ilişkisi kurulmuş olacak²², böylece işçi haklarına iş ilişkisi uyarınca kavuşmuş olacaktır.

Yargıtay 1958 yılında vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme kararında²³ iş sözleşmesi geçersiz olsa bile bu sözleşmenin var olan iş ilişkisi nedeniyle geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmiştir. Söz konusu kararda “İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayerine uygun olacağı...” ifade edilmiştir. Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1991 yılında²⁴ “Küçüklerin belli bir yaştan önce çalıştırılmaları yasağını koyan İş Kanunu’nun bu kuralları koruyucu nitelikte olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu kurallar uyarınca, 15 yaşından ve kimi koşullarda hafif işlerde 13 yaşından küçük çocuklarla hizmet sözleşmesi kurulması olanağı yoktur. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Anılan buyurucu kurallara aykırı biçimde yapılan bir hizmet sözleşmesinin ya da görülen hizmetin İş Kanunu’nun kapsamı dışında kalması kaçınılmazdır” ifadeleri ile söz konusu İçtihadı Birleştirme kararına ters düşen bir sonuca ulaşmıştır. Ancak günümüzde bu tartışmaların geçerliliğini kaybettiğini kabul etmek gerekir. Zira daha önce ifade edildiği gibi²⁵, iş sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun 394. maddesinin 3. fıkrası ile geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesinin, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağı hükmü getirilerek bu konudaki tartışmalar yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Türk İş Hukuku’nda, iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesinin yapılması ile başlayacağı kabul edilse de²⁶, İş Kanunu’nda bazı sürelerin işlemesi işçinin fiilen çalışmaya başlamasına

²² **ESENER**, İş Hukuku, s.142 vd.; **SÜZEK**, İş Güvenliği, s.182; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.172 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.174; *Taşman*, katılma kuramını benimsememekte ancak geçersizliğe mâruz kalan iş sözleşmesinin böyle bir durumda, evlenmenin butlanı davasındaki rejime tâbi tutarak katılma teorisinin sağladığı sonuçlara bu şekilde ulaşılabilceğini belirtmektedir. **TAŞMAN**, s.291.

²³ YİBGK, 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, <https://kazanci.com.tr/> Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararına atıfla verilen aynı yönde karar için ayrıca bkz. Yarg. 22. H.D., 13.07.2012, E.2011/12951, K.2012/16944, <https://kazanci.com.tr/>

²⁴ Yarg. HGK, 03.04.1991, E.1991/9-107, K.1991/168, <https://kazanci.com.tr/>

²⁵ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, I. A.

²⁶ **ESENER**, İş Hukuku, s.144; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.39; **GÜZEL** Ali, İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No.56, İstanbul, 1987, s.135

bağlı tutulmuştur. İşçinin kıdem tazminatının hesabında, yıllık ücretli izin hakkının kazanılmasında işçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı gün esas alınarak hesaplama yapılmaktadır²⁷. Bu nedenle öğretide hangi teorinin esas alınması gerektiği hususunda kesin bir kural koymanın doğru olmayacağı, somut olayın özelliğine göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁸.

C. İş Sözleşmesinin Unsurları

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edebilmek için iş sözleşmesinin unsurlarını incelemekte fayda vardır. Kanundaki tanım dikkate alındığında iş sözleşmesi iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır. Bu ilişkide işçi işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme edimini yerine getirirken, işveren ise bu edim karşılığında işçiye ücret ödemekle yükümlü olacaktır.

1. İş Görme Unsuru

İşveren ile işçi arasındaki ilişkide işçinin aslî edimini iş görme borcu oluşturmaktadır. İşin görülmesi kavramının ise iktisadî açıdan ele alınması gerekir. Buna göre bir kimsenin iktisadî yönden iş olarak değerlendirilen her türlü çalışması iş görme borcu kapsamındadır²⁹. Burada sözü edilen iş bedensel, düşünsel, sanatsal yahut bilimsel vb. olabilir³⁰.

vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.172; ERGİN, Karar İnceleme, s.220; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.129; DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.55. Alman Hukuku'nda da baskın görüş bu yöndedir. Bkz. REICHOLD, §7, Rn.45,53; JUNKER, Arbeitsrecht, s.96; SCHAUB/LINCK, §29, Rn.8.

²⁷ Fesih bildirim sürelerinin hesabında işçinin çalıştığı süre hesap edilirken işçinin sözleşmede kararlaştırılan tarihte işe başlamamasının nedenine göre sonuca ulaşılmalıdır. İşçinin işe başlamaması kendi kusur ve iradesinden kaynaklı ise çalıştığı sürenin hesabında fiilen işe başlama tarihinin esas alınması gerektiği, aksi durumda yani işçinin kusurunun olmaması yahut işverenin iş vermekten kaçınması durumunda ise işçinin sözleşmede kararlaştırılan günde işe başladığının kabulünün gerekeceği yönünde bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.172; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.129.

²⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.172; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.129.

²⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.173; SÜZEK, İş Hukuku, s.233; ANTALYA, Hizmet Akdi, s.289; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.127; EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim/BASKAN Esra, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.63; SCHAUB/VOGELSANG, §8, Rn.9; HUECK/NİPPERDEY, §9, s.35.

³⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.173; SÜZEK, İş Hukuku, s.233; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.26; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.63; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.329; TUNÇOMAĞ /CENTEL, s.70; SÜMER Halûk Hâdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yirmialtıncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.37; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.167.

İşçi iş görme edimini belirli ya da belirsiz bir süre için üstlenir. İşçi tek bir iş yapıp bir sonuç vaadinde bulunmaz; bu nedenle iş sözleşmesi sürekli borç ilişkisi³¹ doğurur³². Bu ilişkide işçi kendisine sürekli bir gelir elde etme arzusu içinde olup taraflar arasında geçici bir borç ilişkisi kurmama bilinci mevcuttur³³.

2. Ücret Unsuru

İş sözleşmesinin temel unsurlarından bir diğeri de ücret unsurudur. Bu yönü ile iş sözleşmesi vekâlet sözleşmesinden ayrılır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*” ifadesi ücretin vekâlet sözleşmesi için zorunlu bir unsur olmadığını göstermektedir. Buna karşılık, İş Kanunu'nda iş sözleşmesi tanımı yapılırken “... *diğer tarafın da (işveren) ücret ödemekle yükümlü olduğu sözleşme*” ifadesi kullanılmıştır. Bunun doğal sonucu olarak kişi çalışmadığı süre için ücrete hak kazanamayacağı gibi³⁴ ücret karşılığı olmaksızın çalışmaya da zorlanamaz.³⁵ Nitekim Anayasa'nın 18. madde hükmünde “*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.*” denilmektedir.

İş Kanunu'nun 32. maddesinde ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. İş sözleşmesinde eser sözleşmesinin aksine ücret bir netice için değil, belirli bir süre çalışıldığı için ödenmektedir³⁶. Ayrıca iş sözleşmesinde ücretin açıkça kararlaştırılmamış olması ya da ücretin uzunca bir süre ödenmemiş olması işçinin ücret talebini ortadan kaldırmaz³⁷. Yapılan iş için ücret ödenmesi olağan görülüyor ise kural olarak taraflar arasında işin ücret karşılığı görüleceğinin

³¹ Sürekli borç ilişkilerinde tarafların borçları süreklilik arz ettiği için, yani edimin yerine getirilmesi ile borç sona ermeyeceği için bunlar tüketilemeyen borç ilişkisi olara da tanımlanmıştır. **SELİÇİ** Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, No: 2247, Hukuk Fakültesi, No: 505, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.32.

³² **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.69 vd.; **SENYEN KAPLAN**, İş Hukuku, s.130 vd.; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.101.

³³ **SELİÇİ**, s.33.

³⁴ Yarg. 9. H.D., 19.10.1999, E. 1999/16029, K.1999/15954, <https://kazanci.com.tr/> Sosyal düşüncelerle bu kurala bazı istisnaların getirilmiş olduğu da belirtilmelidir. Bu bağlamda, örneğin yıllık izin hakkını kullanan işçi hafta tatilinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde vb. çalışmasa da ücrete hak kazanacaktır.

³⁵ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.64; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.173 vd. Alman Hukuku'nda da bu durum “*ohne Arbeit kein Lohn (Çalışma yoksa ücret de yoktur.)*” olarak ifade edilmektedir. **KAMANABROU** Sudabeh, Arbeitsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, Rn.1069; **HROMADKA/MASCHMANN**, §8, Rn.26.

³⁶ Yarg. 21. H.D., 24.12.2019, E.2019/6599, K.2019/8104, <https://kazanci.com.tr/>

³⁷ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.234; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.173; **ŞAKAR** Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.31; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.104; **SÜMER**, İş Hukuku, s.38; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.173; **CİVAN** Orhan Ersun, Genel İş Koşulları, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.311. İsviçre Hukuku'nda aynı yönde bkz. **RIEMER KAFKA** Gabriela/**KRENGER** Nicole Elischa, Arbeitsrecht-Kommentierte Tafeln, Stämpfli Verlag AG Bern, 2012, s.27.

kararlaştırıldığı kabul edilir³⁸. Yargıtay’a göre iş sözleşmesi uyarınca her iş kural olarak ücret ödenmesini gerektirir³⁹ ve bu nedenle iş ücret karşılığı olmaksızın yapılsa da işçinin sonradan ücreti talep hakkı vardır⁴⁰.

Bir karşılık olmaksızın hatır için yahut aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacı ile yapılan işler bir ücret gerektirmeyecek ve bu durumda bir iş sözleşmesinden de bahsedilmeyecektir⁴¹. Buna karşılık eş veya çocuklar gibi aile üyelerinin işçinin iş görme ediminin ifasına katılması durumunda eğer ki bu katılma aile içi yardım ve dayanışma çerçevesinde değerlendirilemiyorsa söz konusu ilişki iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁴².

³⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.174; SÜZEK, İş Hukuku, s.234; GÜVEN/AYDIN, s.96; ANTALYA, Hizmet Akdi, s.292; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.310 vd.; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.217 vd.; KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOC AK Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s.237. TBK m.401 hükmü uyarınca; “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.” CANİKLİOĞLU, Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi, s.84; TUNÇOMAĞ, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.116. Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. JUNKER, Arbeitsrecht, s.123. İsviçre Hukuku’nda aynı yönde bkz. PORTMAN Wolfgang/WILDHABER Isabelle, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Dike Verlag, Zurich, 2020, s.26; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.19.

³⁹ Yarg. 9. H.D., 16.04.2012, E. 2010/3202, K.2012/12908, <https://kazanci.com.tr/>

⁴⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.174. Yarg. 9. H.D. 02.11.1989, E. 1989/6222, K. 1989/9389, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 22. H.D., 23.01.2018, E. 2017/9379, K.2018/1117, <https://kazanci.com.tr/> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin başka bir kararında, “İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu’nun 323. maddesinin 2. fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.” denilerek ücretin taraflarca kararlaştırılmaması hâlinde ücret miktarının ne şekilde belirleneceği hususunda kriterler belirtilmiştir. Yarg. 9. H.D., 28.01.2010, E.2008/14699, K.2010/1530, <https://kazanci.com.tr/> Aynı yönde bkz. Yarg. 9. H.D., 31.01.2017, E.2015/9080, K.2017/1001, <https://legalbank.net/> Yarg. 9. H.D., 16.06.2022, E.2022/6926, K.2022/8008, <https://legalbank.net/> Yarg. 9. H.D., 05.10.2022, E.2022/11508, K.2022/11256, <https://legalbank.net/> Yarg. 9. H.D., 11.07.2023, E.2023/6575, K.2023/11282, <https://legalbank.net/>

⁴¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.174; SÜZEK, İş Hukuku, s.234; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.24; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.127; KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, C.I, s.237; TUNÇOMAĞ, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.114; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.173; DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut/KAPLAN Hasan Ali, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yirminci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.68; YÜREKLİ Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.55.

⁴² Yargıtay verdiği bir kararda taraflar arasında baba oğul ilişkisi olsa da bir iş sözleşmesi bulunduğu yönünde karar vermiştir. Zira baba oğul ilişkisi olsa da yapılan çalışma somut olaya göre yardım olarak nitelendirilmeyebilir. “Somut olayda, davalı işyeri torna tesviye atölyesi olup davacı ve davalı arasında baba-oğul ilişkisi mevcuttur. Davacı oğul, davalı babasına ait işyerinde fazla çalışma yaptığını, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de çalışmasına rağmen ücretinin ödenmediğini ileri sürerek söz konusu alacakların davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacının davalı babasına ait işyerinde birlikte çalıştıkları, işyerinde davalı babası gibi yetkilere sahip olduğu, davacının işveren vekili sıfatıyla hareket ettiği, taraflar arasında baba oğul ilişkisi nedeniyle hizmet sözleşmesine dayalı ilişkiden söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hal böyle olmakla beraber dosyadaki sosyal güvenlik kurumu kayıtları, banka dekontları, tanık beyanları değerlendirildiğinde, taraflar arasında hizmet akdine dayalı işçi işveren ilişkisi bulunduğu hususu sabittir.” Yarg. 22. H.D., 17.04.2019, E.2016/11630, K.2019/8888, <https://www.lexpera.com.tr/> Ayrıca bkz. Yarg. 9.H.D., 26.05.2008, E.2008/17096, K.2008/12749, <https://www.lexpera.com.tr/>

3. Bağımlılık Unsuru

a. Genel Bilgi

Daha önce ifade ettiğimiz üzere gerek İş Kanunu'nun iş sözleşmesi kavramını tanımlayan 8. maddesi uyarınca gerekse TBK m.393/1 hükmü uyarınca işçi, bağımlı olarak iş görmeyi üstlenen kişidir. Bu tanımdan bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin temel bir unsuru olduğu anlaşılmaktadır⁴³.

İş sözleşmesi kapsamında iş görme edimini yerine getiren işçi bunu işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirir. Bu bağlamda işçinin talimatlara uyma yükümlülüğü vardır. Bu yönü ile işveren işçiyi bağımlılığı altında tutmaktadır ve işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır⁴⁴. Yargıtay da bağımlı çalışmanın, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışma olduğunu, işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işverenin işçiyi kişisel bağımlılığı altında tuttuğunu ve bu durumun da hukuki hiyerarşi yarattığını ifade etmiştir⁴⁵.

⁴³ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi verdiği bir karara göre “Bağımlılık her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında, çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir çalışmadır. Eğer ki çalışan, işgücünü belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmaya yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir.” Yarg. 21. H.D., 24.12.2019, E.2019/6599, K.2019/8104, <https://kazanci.com.tr/> Aynı yönde bkz. Yarg. 10. H.D., 02.04.2013, E.2012/2958, K.2013/6555, <https://legalbank.net/> Yarg. 21. H.D., 22.01.2015, E.2014/22936, K.2015/815, <https://legalbank.net/> Yarg. 21. H.D., 05.12.2017, E.2016/6982, K.2017/10096, <https://legalbank.net/> Yarg. 21. H.D., 20.03.2018, E.2016/13602, K.2018/2575, <https://legalbank.net/>

⁴⁴ Yarg. 22. H.D., 22.10.2019, E. 2016/20628, K.2019/19667, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 22. H.D., 17.06.2015, E.2014/34395, K.2015/20902, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 9.H.D., 22.02.2010, E.2008/10530, K.2010/4617, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 9. H.D., 01.10.2009, E.2008/6395, K.2009/24884, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁴⁵ Yarg. 10. H.D., 11.05.2022, E.2022/3421, K.2022/6931, <https://kazanci.com.tr/> Kararda ayrıca taksi sahiplerinin esas olarak kendisi çalışmakla birlikte günün belli zamanlarında aracı başka bir şoföre tahsislerine yönelik ilişki bakımından şu noktalara değinilmiştir: “Uygulama kimi zaman, taksi sahibi esas olarak kendisi çalışmakta, günün belli bir diliminde (12 saatliğine veya 24 saatliğine) aracı başka bir şoföre tahsis etmektedir. Bunun karşılığında, elde edilen gelir ne olursa olsun sabit bir miktar taksi sahibine ödenmekte veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin niteliğine göre elde edilen gelirin belli bir oranı ticari taksi sahibine verilmektedir. Bu durumda, taraflar arasındaki ilişkinin hâsılât kirası mı, yoksa bağımlılık, zaman ve ücret unsurunu içerecek şekilde hizmet akdi mi olduğu hususu uyuşmazlık konusudur. Dairemizin ve 9. Hukuk Dairesi (19.06.2006 tarih ve 2006/13004 E. 2006/17679 K.)’nin içtihatlarına göre, ikinci uygulamadaki gibi çalışan şoförlerin çalışmaları, hizmet akdine dayalı çalışma olarak nitelendirilmiştir. Zira, hâsılât kirasının unsurlarını taşıyacak nitelikte taksinin işletilmesi tamamen şoföre bırakılmamakta, zorunlu nedenlerle, taksi sahibinin devamlı olarak çalışmasının fiilen imkansız olması nedeniyle, kısa bir süre için tahsis edilmektedir”. Benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 10. H.D., 26.12.2011, E.2010/9757, K.2011/19893, <https://legalbank.net/> Yarg. 10. H.D., 27.01.2015, E.2014/4864, K.2015/1276, <https://legalbank.net/> Yarg. 10. H.D., 31.10.2022, E.2022/11538, K.2022/13370, <https://www.lexpera.com.tr/>

Bağımlılık unsuru eser sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki temel farklılık olarak karşımıza çıkar. Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere⁴⁶, “Eser sözleşmesinde işi yapmayı üstlenen, eser meydana getirmekten ibaret bir iş görme edimini borçlanmakta ve burada önemli olan çalışmanın kendisinden ziyade bu çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuç olmaktadır. İş yapmayı üstlenen, iş sahibi ile sözleşmesi ilişkisi içine girerken bir sonuç (eser) meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu anlamda eser, bir iş görme faaliyetinin maddi veya maddi olmayan sonucudur. Eser sözleşmesinde ücret belli bir süre çalışıldığı için değil, netice için ödenmektedir”.

İşyerinde işçi çalıştırmak işveren açısından daha fazla malî yükü beraberinde getirdiği için ülkemizde de istihdamın esnekleştirilmesi, bu bağlamda da dışsallaştırılması uygulamaları artmaya başlamış bu da yeni istihdam türlerinin doğmasına sebep olmuştur⁴⁷. Bu nedenle, Yargıtay önceki kararlarında bağımlılık ilişkisinin varlığı için işin işverene ait işyerinde yapılması koşulunu arıyor olsa da⁴⁸ günümüzde bu gelişmeler karşısında bağımlılık ilişkisini tam anlamıyla sıkı sıkıya bir bağımlılık olarak kabul etmek doğru olmayacaktır⁴⁹. Günümüzde bağımlılığın belirlenmesinde bir yardımcı kriter olarak işverenin iş organizasyonu içinde çalışmayı da aramak gerekir. Bu gelişmelere uygun olarak işçi kavramını, “işverenin iş organizasyonu içinde, onun emir ve talimatlarına bağlı ve kişisel olarak işverene bağımlı olarak ücret karşılığı iş gören kişi” olarak tanımlamak isabetli olacaktır⁵⁰. Belirtmek gerekir ki bu

⁴⁶ Yarg. 22. H.D., 22.10.2019, E.2016/20628, K.2019/19667. Ayrıca bkz. Yarg. 22. H.D., 28.02.2014, E.2014/3432, K.2014/4317; Yarg. 22. H.D., 26.02.2015, E.2014/25180, K.2015/8354; Yarg. 9. H.D., 06.05.2015, E.2014/21286, K.2015/16588; Yarg. 9. H.D., 16.11.2015, E.2015/31263, K.2015/32362; Yarg. 22. H.D., 22.10.2019, E.2016/20628, K.2019/19667, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>

⁴⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.175 vd.; CANIKLIOĞLU Nurşen, “Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların -Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Ocak-Şubat 2016, s.44; BAYCIK Gaye/ CİVAN Orhan Ersun/TOLU YILMAZ Hazal/BOSNA Berrin, Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, GSÜHFD, C.20, S.1, Haziran 2021, s.713 vd.; ALPAGUT Gülsevil, “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Ed. Doğan Yenisey Kübra, Ergüneş Emrağ Seda, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Onikilevha Yayınları, Mayıs 2021, s.87 vd.

⁴⁸ YHGK, 13.04.1977, E.1976/9-1635, K.1977/355; Yarg. 10. H.D., E.1995/2008, K.1995/2571, <https://kazanci.com.tr/>

⁴⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.176. Ayrıca bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.239; CANIKLIOĞLU, Atipik İstihdam, s.48; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.128; DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.131 vd.; ALPAGUT, Dijitalleşen Çalışma Yaşamı, s.100 vd.; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.172; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.28. Yarg. 10. H.D., E.2022/3421, K.2022/6931, <https://kazanci.com.tr/>

⁵⁰ Ayrıca bkz. BAG, Urt v. 12.12.2001- 5 AZR 253/00 (Vorinstanz: LAG Hamm, Urt. v. 20.10.1999- 2 Sa 248/99), NZA, Heft 14, 2002, s. 787; BAG, Urt. v.20.08.2003- 5 AZR 610/02 (Vorinstanz: LAG München, Urt. v. 04.12.2001- 8 Sa 42/01), NZA, Heft 1, 2004, s.39.

tanım açısından iş sözleşmesinin geçerli yahut geçersiz olmasının bir ehemmiyeti bulunmamaktadır⁵¹.

İşçinin iş görme edimini yerine getirirken işverenle arasında kişisel, organizasyonel ve ekonomik bir bağımlılık ortaya çıkmaktadır⁵². Bağımlılık unsurunun varlığı konusunda, bu organizasyonda işin gerçek denetim ve yönetiminin işverende olması⁵³, işletme riskinin çalışan tarafından değil işveren tarafından üstlenilmesi⁵⁴ gibi ölçütler önem arz etmektedir⁵⁵. Bu bağlamda özellikle de bazı esnek çalışma biçimlerinde kişi işin yürütümünü kendisi organize etse de o iş üzerinde iş sahibinin kontrol ve denetimi söz konusu ise, çalışan işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip değilse ve iş sahibine hesap ve bilgi verme yükümlülüğü varsa bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir⁵⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bağımlılık kavramı işçilerin işyerindeki hiyerarşik konumuna, işçinin ve yaptığı işin niteliğine göre farklılık arz edecektir. Bu bağlamda örneğin vasıfsız bir işçinin işverene olan bağımlılığı ile şirket genel müdürünün işverene olan bağımlılığını aynı düzeyde değerlendirmek doğru olmayacaktır.⁵⁷

⁵¹ MÜLLER Olaf/RIELAND Peter, Arbeitsrecht Tipps und Taktik, 3. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2006, Rn. 45.

⁵² GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.384; BAŞTERZİ Süleyman, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.4 vd.; YILDIZ Gaye Burcu, Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.46, 2021, s.29 vd.

⁵³ Yargıtay'ın vermiş olduğu kararında belirtildiği üzere, "...*çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, işin üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir...*" Yarg. 9.H.D., 01.10.2009, E. 2008/6395, K.2009/24884; Yarg. 9. H.D., 29.09.2011, E.2009/20566, K.2011/33932, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>

⁵⁴ Yarg. 9. H.D., 09.02.1999, E.1998/18888, K.1999/1810; Yarg. 9. H.D., 11.06.2015, E.2015/14621, K. 2015/21427; Yarg. 9. H.D., 07.06.2016, E.2016/14014, K.2016/13596, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/> Ayrıca bkz. ESENER, İş Hukuku, s.127.

⁵⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.178; SÜZEK, İş Hukuku, s.235 vd.; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.42; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.171; SÜMER Haluk Hadi, "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.19, Eylül 2010, s.70. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.222 vd.

⁵⁶ Yarg. 9. H.D., 13.07.2009, E. 2008/876, K.2009/20602, <https://kazanci.com.tr/> Söz konusu Yargıtay kararının ayrıntılı incelemesi için bkz. BAŞTERZİ Süleyman, "Avukatla Bağutlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s.184 vd.

⁵⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.236 vd. Ayrıca bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.64; BAŞTERZİ, Avukatla Bağutlanan Sözleşme, s.181; SÜMER, İş Hukuku, s.38; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.171; SÜMER, Bağımlılık Unsuru, s.69.

b. Bağımlılık Unsurunun Görünüm Biçimleri

aa. Ekonomik Bağımlılık

Bir kimsenin diğer bir kimseye ekonomik olarak bağımlı olması, hayatını idâme ettirmek için gerekli olan gelirinin önemli bir kısmının o kişiden alacağı ücret ya da kazanca bağlı olmasını ifade etmektedir⁵⁸. Ancak bir başkasına ekonomik açıdan bağımlı olan her kişiyi işçi olarak nitelendirmek doğru değildir⁵⁹. Nitekim öğretilerde *Güzel*, işçi kavramının tespitinde ekonomik bağımlılık görüşünün esas alınmaması gerektiğini, çünkü işçi niteliği taşımayan kişilerin de ekonomik yönden başkalarına bağımlı olabileceklerini belirtmektedir⁶⁰. *Doğan*, iş sözleşmesinin ayırt edici unsurunun ekonomik bağımlılık olarak ele alınmasının iş hukukunda belirsizliklere yol açacağını, iş hukukunda işçiyi sosyo-ekonomik bir kavram olarak ele almaktan ziyade hukukî yönden değerlendirmek gerektiğini ifade etmektedir⁶¹. Gerçekten bize göre de işçinin iş görme edimi karşılığında ücret talep hakkının doğması ekonomik bağımlılığın iş sözleşmeleri açısından ayırt edici bir unsur olması anlamına gelmemektedir.

bb. Teknik Bağımlılık

İşçi ile işveren arasındaki teknik bağımlılık, işçinin işini nerede ve nasıl yapacağını, işini yaparken hangi araç gereçlerin kullanılacağını işveren tarafından belirlenmesi temeline dayanır⁶². Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 413. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; "*Aksine anlaşma ya da yerel adet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür*". Hükümden de anlaşıldığı üzere işverenin araç ve gereç sağlama yükümlülüğüne ilişkin bu hüküm emredici nitelikte değildir. İş araç ve malzemelerini işçinin temin etmesi de mümkündür. Ancak işçinin iş görme edimini yerine getirirken araç ve gereçlerini kendisinin sağlaması bu sözleşmeyi iş sözleşmesi olmaktan çıkarmayacaktır⁶³. Aynı şekilde yapılması herhangi bir donanım ihtiyacı olmayan işler olabildiği gibi çalışanın işini

⁵⁸ GÜZEL Ali, "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s.103; DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.102.

⁵⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.64; BAŞTERZİ, Karar Değerlendirme, s.4; SÜMER, Bağımlılık Unsuru, s.69; YÜREKLİ, Türk Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.41.

⁶⁰ GÜZEL, Bağımlılık Unsuru, s.104. Aynı yönde görüş için bkz. BAŞTERZİ, Avukatla Bağıtlanan Sözleşme, s.179.

⁶¹ DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.103.

⁶² GÜZEL, Bağımlılık Unsuru, s.105; DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.122.

⁶³ SÜZEK, İş Hukuku, s.500; DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.121; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.42; SÜMER, Bağımlılık Unsuru, s.70.

yaparken kendi araç ve gereçlerini kullanması da onun her zaman bağımsız bir çalışan olduğunun kanıtı da olmayacaktır⁶⁴.

cc. Kişisel-Hukuki Bağımlılık

Kişisel bağımlılığın somutlaşmış hâli işverenin emir ve talimat verme yetkisidir. Yani işçi iş görme edimini yerine getirirken işverenin emir ve talimatlarına uymakla (itaat borcu), işini onun denetimi ve gözetimi altında yerine getirmekle yükümlüdür. İşveren böylelikle işçiyi kişisel bağımlılığı altında tutar. İşverenin işçiye emir talimat vererek üretimi organize etmesi ve bunun karşısında işçinin de otorite/bağımlılık ilişkisi içinde iş görme edimini yerine getirmesi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşî yaratır ve bu da taraflar arasındaki eşitliği bozar.⁶⁵ İş sözleşmesine rengini veren de işte bu bağımlılık, daha açık deyişle işverene karşı hukukî ve kişisel bağımlılıktır⁶⁶.

Yargıtay “*hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özelliği, “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarıdır... Bağımlılık, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır.*” ifadelerine yer vererek iş sözleşmesinin ayırt edici unsurunun kişisel hukuki bağımlılık unsuru olduğunu vurgulamıştır⁶⁷. Yargıtay söz konusu kararında her ne kadar zaman unsuruna yer vermiş olsa da -yani zaman unsurunu bağımlılığın göstergelerinden biri olarak kabul etse de- özellikle iş görme ediminin düzenli zaman aralıklarında ifa edilmediği esnek çalışma biçimlerinde ya da çok kısa süreli iş sözleşmelerinde bu unsurdan söz etmek isabet taşımayacaktır. Bu nedenle Yargıtay’ın “zaman”ı bir ölçüt olarak kabul etmesi yerinde olmamıştır⁶⁸.

Yargıtay’ın birçok kararında ayrıca, “...işin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat

⁶⁴ BAŞTERZİ, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, s.180.

⁶⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.236; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.175.

⁶⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.175; AKYİĞİT, Şerh, C.I, s.429 vd.; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri I, s.169; SÜMER, Bağımlılık Unsuru, s.69. Yarg. 9. H.D., 26.10.2015, E. 2015/29398, K. 2015/29976; Yarg. 9. H.D., 15.01.2015, E. 2014/36497, K. 2015/703; Yarg. 9. H.D., 18.10.2016, 9. H.D., E. 2016/20798, K.2016/18086, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>

⁶⁷ Yarg. 10. H.D., 21.11.2019, E. 2019/5040, K. 2019/8919. Ayrıca bkz. Yarg. 21. H.D., 24.12.2019, E.2019/6599, K.2019/8104; Yarg. 10. H.D., 18.11.2019, E. 2019/1560, K. 2019/8682, Yarg. 9. H.D., 13.7.2009, E. 2008/876, K.2009/20602, Yarg. 22. H.D., 24.12.2019, E. 2016/26714, K. 2019/24177, Yarg. 22. H.D., 21.1.2020, E. 2016/29081, K. 2020/879, kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/>

⁶⁸ GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza/CANİKLİOĞLU Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.82. Yazarlara göre, işin yapılma zamanı ayrı bir unsur olmayıp, bağımlılık unsurunun içinde yer almaktadır.

alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli...” ifadelerine yer verilerek kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulara vurgu yapılmıştır⁶⁹. Fakat kararlarda da belirtildiği gibi bu kriterler tek başına kesin bir ölçü teşkil etmeyecektir, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak sonuca ulaşılabacaktır.

II. Geçersizlik Kavramı

A. Genel Bilgi

Bir sözleşme ile geçerli bir borç ilişkisi doğabilmesi için o sözleşmenin kurucu koşullarının yanı sıra geçerlilik koşullarına da sahip olması gerekmektedir. Hukuk düzeni ancak belirli özelliklere sahip olan işlemlerin hukuken geçerli olduğunu kabul eder. Sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan irade açıklamalarının (öneri ve kabulün) yanı sıra belli bazı geçerlilik koşullarının varlığı da gerekmektedir. Bu koşulların sözleşmenin geçerliliğine etkisinin derecesi birbirinden farklı olacaktır. Bu bağlamda kanun koyucu kimi zaman “yazılmamış sayılma” yaptırımında olduğu gibi kesin geçersizlik yaptırımından daha ağır, kimi zaman da “düzelebilir geçersizlik” yahut “iptal edilebilirlik” gibi kesin geçersizlik yaptırımına göre daha hafif geçersizlik türlerini kabul etmektedir⁷⁰.

Bir sözleşmenin, tarafların istediği hüküm ve sonuçları meydana getirmediği bütün hâller öğretide, bir üst kavram olarak geçersizlik (hükümsüzlük) olarak adlandırılmaktadır⁷¹. Öte

⁶⁹ Yarg. 9. H.D., 13.7.2009, E. 2008/876, K.2009/20602; Yarg. 9. H.D., 03.05.2012, E. 2010/7939, K.2012/15559; Yarg. 22. H.D., 26.11.2019, E.2017/24438, K.2019/21527; Yarg. 22. H.D., 24.12.2019, E.2016/26714, K.2019/24177, <https://kazanci.com.tr/>

⁷⁰ **ANTALYA** Gökhan/**TOPUZ** Murat, Medeni Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2024, s.207. *Antalya/Topuz*, “esnek geçersizlik” yaptırımının borçlar hukukumuzda hâkim olduğunu belirtmektedirler. Yazarlar bu noktada şekle aykırı sözleşmelerin geçersizliğini şekil kuralı ile korunmayan tarafın ileri süremeyeceğini, hâkimin de bunu ancak korunan taraf lehine re’sen dikkate alabileceğini ifade etmektedirler.

⁷¹ **TEKİNAY** S. Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/ **ALTOP** Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.374 vd.; **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.375; **KILIÇOĞLU** Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara 2018, s.132; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip/ **HATEMİ** Hüseyin/ **SEROZAN** Rona/ **ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hüküm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.582; **ESENER** Turhan/**GÜNDOĞDU** Fatih, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.241; **URHANOĞLU** CENGİZ İftar, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBB Dergisi, 2012 (98), s.218. Yokluk kavramını hükümsüzlük kavramı içerisinde değerlendiren **Akbulut** hükümsüzlük kavramını, hukuki işlemin kurulmasına engel olan eksiklikler olarak tanımlamıştır. **AKBULUT** Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.30. *Von Tuhr*, hükümsüzlük kavramını geniş anlamda kullanmakta ve hukuki işlemin tarafların istediği hukuki etkiyi gösterememesi olarak ifade etmektedir. **VON TUHR** Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des

yandan gerek Türk-İsviçre gerekse Alman öğretisinde geçersizlik/hükümsüzlük kavramının herkes tarafından kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır.

Öğretide geçersizlik kavramını açıklayan klâsik teori ve modern teori/yeni geçersizlik teorisi olmak üzere iki teori bulunduğu ifade edilmektedir⁷². Klâsik teoride bu kavram kesin geçersizlik, iptal edilebilirlik ve noksanlık kavramları ile ele alınarak değerlendirilmektedir⁷³. Kimi yazarlar⁷⁴ hükümsüzlük kavramını açıklarken yokluk kavramını bunun dışında tutarak değerlendirme yaparken, bazı yazarlar ise⁷⁵ hükümsüzlüğü işlemin kurulmasına engel olan tüm eksiklikleri kapsayacak şekilde yokluk yaptırımını da dâhil ederek konuyu ele almaktadırlar. Bu bağlamda ilk görüşte olan yazarlar konuyu dar anlamıyla ele almakta iken ikinci görüşü savunan yazarlar ise kavramı geniş anlamda değerlendirmektedirler. Modern teoride ise değindiğimiz bu yaptırımlara ek olarak bu geçersizlik kategorileri dışında bunlara yaklaşan ara kategorilerin de olduğu savunulmaktadır⁷⁶. Buna göre kendine özgü geçersizlik veya esnek geçersizlik ya da nispi geçersizlik ve eksiklik gibi çeşitli yaptırım türleri de bulunmaktadır⁷⁷.

Biz çalışmamızda yokluk ve geçersizlik kavramlarını aynı çatı altında incelemek yerine kanımızca birbirinden farklı olan bu kavramları ayrı başlıklar altında incelemeyi tercih ettik. Zira geçersiz bir işlemde bahsedebilmek için öncelikle mevcut bir işlemin bulunması

Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1974, s.224.

⁷² **EREN**, s.375; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.590; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.24; **TÜRKMEN** Ahmet, "Theodor Kipp'in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözilemeyeceği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler", MÜHF-HAD, C.18, S.2, Aralık 2022, s.1070.

⁷³ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **EREN**, s.375; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.29 vd.; **TÜRKMEN**, s.1070.

⁷⁴ **EREN**, s.375; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.580; **REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.145 vd.; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.241.

⁷⁵ **OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul, 2023, s.182 vd.; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.3. Yazarlar hükümsüzlük kavramını geniş anlamda kullanmakta ve yokluk yaptırımını da hükümsüzlük başlığı altında incelemektedirler. **DURAL** Mustafa/**SARI** Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.223; **SEROZAN** Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.386; **AVCI** Özgür, "İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü", Legal İSGHD, 2010/28, s.1402 vd.; **KIRKBEŞOĞLU** Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.27 vd.; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.28; **AKKURT** Sinan Sami, "Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, C.4, Haziran 2014, s.99.

⁷⁶ Konuya ilişkin olarak bkz. **EREN**, s.375; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.52 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.590. Modern teori kapsamında sayılan geçersizlik çeşitlerini de geçersizlik türleri başlığı altında incelendiği görüş için bkz. **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.386 vd.

⁷⁷ **EREN**, s.375; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.52 vd.; **TÜRKMEN**, s.1071. Esnek geçersizlik kavramı için ayrıca bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, s.207; **KARABAĞ BULUT** Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.407 vd.; **TÜRKMEN**, s.1071; **HUGUENIN** Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 2014, Rn.433; **BSK OR I-HUGUENIN/MEISE**, Art. 19/20, Rn.55.

gerekir⁷⁸. Hükümsüzlük kavramını ise geçersizlik kavramı ile eş anlamlı olarak kullanmaktayız⁷⁹. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, bir işlem ancak var ise hükümsüz olup olmadığı incelenebilir⁸⁰.

Geçersizlik kavramını açıklamadan önce, bu kavram ile yokluk kavramı arasındaki farkı netleştirmekte fayda vardır. Hukuk düzeninin kurucu koşulları olmayan bir sözleşmeye bağladığı yaptırım yokluktur. Bu bağlamda yokluk, sözleşmenin meydana gelmesiyle yani kurulması ile ilgili bir kavram olarak karşımıza çıkar⁸¹. Geçersizlik ise, sözleşmenin kurucu koşulları ile değil; geçerlilik koşulları ile ilgili bir kavramdır. Kurucu koşullar sözleşmenin kurulmasını, geçerlilik koşulları ise kurulmuş bir sözleşmenin geçerli bir hukukî sonuç doğurmasını sağlar⁸².

Tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunmaması hâlinde sözleşme kurulmamış demektir, daha açık bir deyişle böyle bir sözleşme hukuk âleminde yoktur. Sözleşmenin kurucu koşulları karşılıklı ve birbirine uygun sonuç doğurmaya yönelik irade beyanlarıdır⁸³. Geçersizlik hâlinde ise sözleşme var olmakla birlikte tarafların gerçekleştirmek istedikleri hukukî sonuç geçersizlik sebeplerinin ağırlığına göre uygulanacak yaptırımla

⁷⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.580; **EREN**, s.374. Öğretide yokluk kavramının geçersizlik kavramı içerisinde bir yaptırım olarak düşünmenin zorluğu yanında iki yaptırımın doğurduğu hukuki sonuçlar ve dava açılmasına gerek olmaksızın ileri sürülmeleri gibi bazı sebeplerden ötürü yokluk kavramının kesin geçersizlik kavramından ayırmanın güç olduğu da ifade edilmektedir. **KIRKBEŞOĞLU**, s.17; Ayrıca bkz. **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.241; **KELLER Max/SCHÖBI** Christian, Das Schweizerisches Schuldrecht Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Helbing Lichtenhahn, Dritte, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Basel und Frankfurt am Main, 1988, s.140.

⁷⁹ Öğretide **Oğuzman/Öz**, "geçersizlik" ibaresinin "kesin hükümsüzlüğü" belirttiğini, yokluğun da bir "hükümsüzlük" hâli olduğunu ifade etmektedir. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.183; **OĞUZMAN M. Kemal/ BARLAS Nami**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.217; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.3 vd. *Hatemi/Gökyayla* "hükümsüzlük" terimini "kesin hükümsüzlük" ile eş anlamda kullanmakta ve "geniş anlamda geçersizlik" kavramında "yokluk" yaptırımını da incelemektedir. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.84. *Eren ve Kocayusufpaşaoğlu* ise geçersizlik kavramını hükümsüzlük kavramı ile aynı anlamda kullanmakta yokluk kavramını ise bu kavramlardan ayrı bir başlık altında incelemektedir. Yokluk ve geçersizlik kavramlarını ayrı başlıkta inceleyen ayrıca **TUTAR Elce**, "Hizmet (İş) Sözleşmesinin Geçersizliğinin Türk Borçlar Kanunu ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.146, Kasım 2018, s.103.

⁸⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.580; **TAŞMAN**, s.288.

⁸¹ **EREN**, s.374; **NOMER**, s.61; **ANTALYA/TOPUZ**, s.206; **ACABEY** Beşir, "Aşırı Yararlanma", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.82; **AYAN** Hasan Alparslan, İş Hukukunda Yabancıların Çalıştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.182. Ayrıca bkz. **VON TUHR** Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin, 1957, s.280.

⁸² **EREN**, s.374; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.580; **VON TUHR**, s.458.

⁸³ Öğretide kanuni şekil ve ayırt etme gücünü de sözleşmenin kurucu koşullarından sayan bir görüş bulunmaktadır. **KELLER/SCHÖBI** s.25 vd.

engellenmektedir⁸⁴. Bu bağlamda, sözleşmenin içeriğinin hukuka veya ahlâka aykırı yahut imkânsız olması, taraflardan birinin yahut her ikisinin sözleşme yapma ehliyetinin bulunmaması, taraflar arasındaki ilişkide muvazaa bulunması, kanunda öngörülen geçerlilik şekil şartına uyulmaması, gerekli onamanın verilmemesi, genel işlem koşullarına getirilen sınırlara uyulmaması, aşırı yararlanma (gabin) hâlinin bulunması ve irade beyanlarının yanılma, aldatma veya korkutma sebebi ile sakat olması sözleşmeyi geçersiz kılan hâllerdir. Başlıca geçersizlik türleri ise kesin geçersizlik, kısmi geçersizlik, iptal edilebilirlik ve noksanlıktır.

Belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda aynı anda birden çok geçersizlik sebebi birlikte bulunabilir. Yargıtay bir olayda hem fiil ehliyeti eksikliğine hem de aldatmaya dayanıldığı durumda, kamu düzeni ile ilgili olması sebebi ile öncelikli olarak fiil ehliyeti eksikliği iddiasının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁵. Bu karar öğretide sözleşmenin bazı durumlarda hem kesin geçersiz hem de iptal edilebilir nitelikte sayılabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁶.

B. Sözleşmelerin Geçerlilik Koşulları

1. Tarafların Ehil Olması ve Ehliyet Türleri

Hukuki işlem, bir veya daha çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukukî sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması ya da açıklamalarından oluşan hukukî bir olgudur⁸⁷. Geçerli bir hukukî işlem, o işlemi yapan kişilerin gerekli ehliyeteye sahip olmasını gerektirir. Mâkul bir saike dayanmayan bir hukuki işleme kanunun kural olarak bir sonuç bağlamaması hem irade açıklayan kişinin hem de onunla hukuki ilişkiye giren tarafın olası zararlardan korunması sebebi ile çıkarına olacaktır⁸⁸.

⁸⁴ EREN, s.375.

⁸⁵ Yarg. 1. H.D. 18.01.2012, E.2011/11904 K.2012/233, <https://legalbank.net/> Öğretide *Akyiğit*, bir olayda hem kesin geçersizlik nedeni hem de sözleşmeyi iptal etme hakkının mevcut olması hâlinde hâkimin kesin geçersizliğe öncelik vererek sözleşmeyi bu sebeple geçersiz sayması gerektiğini ifade etmektedir. AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 169 vd. Yarg. 1. H.D., 10.02.2016, E.2014/15084, K.2016/1472, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁸⁶ NOMER H. Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul, 2023, s.65, dn.207. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.501, dn.71. Yazar gabinli sözleşmenin bazı durumlarda ahlâka aykırılık niteliği de taşıyabileceğini belirtmekte ve bu durumda sözleşmenin aynı zamanda hem kesin geçersiz hem de iptal edilebilir nitelikte olabileceğini ifade etmektedir. KRAMER Ernst A., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1991 (BK-KRAMER), Art. 21 OR, Rn.63.

⁸⁷ ESENER/GÜNDOĞDU, s.8; ANTALYA/TOPUZ, s.164; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.121; DEMİRSATAN Barış, “İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S.2, Aralık, 2020, s.1223; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.61; AKKURT, s.100; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.5.

⁸⁸ VON TUHR, s.334; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.139.

Ehliyet türleri hak ve fiil ehliyeti olarak ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda ehliyet türleri ve bunun sözleşmelerin geçersizliğine etkisi incelenecektir.

a. Hak Ehliyeti

Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesinde ifadesini bulan hak ehliyeti, her insanın sağ doğmak şartı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren sahip olduğu ehliyettir⁸⁹. Bu nedenle "hak ehliyeti" kavramı ile "kişi" kavramı eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Haklara ehil sayılan kişi hukukî ilişkilerde özne olabilir ve bu bağlamda hak ehliyeti hukuk dünyasına katılabilmenin asgarî koşuludur⁹⁰.

Hak ehliyetinin "genellik" ve "eşitlik" olmak üzere iki temel ilkesi vardır. Din, ırk, dil, cinsiyet, renk, sosyal sınıf farkları gözetilmeksizin her insanın hak ehliyetine sahip olması prensibi hak ehliyetinin genelliğini ifade eder⁹¹. Bu bağlamda Türk Medeni Kanunu'nun m.28/2 hükmünde de belirtildiği üzere, cenin dahî sağ doğum şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini kazanmış olur⁹². Sağ doğum kalbin atması, soluk alınması; tam doğum ise -uzuvlarının tam olmasını değil- bebeğin annenin bedeninden tam olarak ayrılmasını ifade etmektedir⁹³. Türk Medeni Kanunu'nun m.8/2 hükmü uyarınca, bütün insanlar hukuk düzeninin

⁸⁹ **ENNECCERUS** Ludwig/**NIPPERDEY** Hans Carls, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, Mohr Tübingen, 1959, §84, s.480 vd.; **ESENER** Turhan/**DEMİR** Ender, Hukuka Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018, s.167; **AKİPEK** Jale/**AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ** Derya, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s.273; **OGUZMAN** Kemal/**SELİÇİ** Özer/**OKTAY ÖZDEMİR** Saibe, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, 20. Bası, İstanbul, 2021, s.42 vd.; **HELVACI** Serap/**ERLÜLE** Fulya, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 4. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.63; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.422; **REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.54; **HELVACI** Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.43; **KILIÇOĞLU** Ahmet M., Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s.213.

⁹⁰ **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.415; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s.110.

⁹¹ **DURAL** Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s.39 vd.; **OGUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR** s.44; **HATEMİ** Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 71; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.273 vd.; **HELVACI/ERLÜLE**, s.63; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.71; **VELİDEDEOĞLU** Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku-Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963, s.177; **ERMAN** Hasan, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2023, s.139; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s.214; **ÖZTAN** Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Yetkin Yayınları, 46. Baskı, Ankara, 2021, s.249; **ZEVLİLİLER** Aydın/**ERTAŞ** Şeref/**HAVUTÇU** Ayşe/**ACABEY** M. Beşir/**GÜRPINAR** Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2018, s.80; **AKYÜZ** Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2018, s.108; **KAYIHAN** Şaban, Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.165; **ATAAY** Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler, Genel Kavramlar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.281; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s.44.

⁹² Ayrıca bkz. **HUGUENIN**, OR, Rn.143.

⁹³ **HATEMİ** Hüseyin, Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.14; **SAYMEN** Ferit H./**KÖPRÜLÜ** Bülent, Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I, (Umumi Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku), Özel İktisadî ve Ticarî İlimler Yüksek Okulu Yayınevi, İstanbul, 1964, s.185.

sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler. Bu ilke de eşitlik ilkesi olarak ifade edilmektedir. Kanunun sözünü ettiğimiz maddesi, Anayasa'nın 10. maddesini pekiştirmekte ve *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."* şeklinde ifadesini bulmaktadır. Belirtmek gerekir ki, herkes hiçbir ayırım olmaksızın hak ehliyetine eşit olarak sahip olsa da kanun tarafından bu ehliyeteye farklılıklar/sınırlamalar getirilmesi mümkündür⁹⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun m.23/1 hükmünde de ifade edildiği üzere; kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. Böylece Kanun, kişinin kendisine karşı bile hak ehliyetini korumakta ve sınırsız bir özgürlük alanı bırakmamaktadır.

Belirtelim ki, gerçek kişiler kadar tüzel kişiler de hak ehliyetine sahiptirler. Tüzel kişilerin hak ehliyeti TMK 48. maddesinde ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; *"Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehildirler"*.

Ekleyelim ki, hak ehliyeti yargılama hukuku anlamında taraf ehliyetini de kapsar ve bu da kişinin hukukî koruma isteyebilme ehliyetidir⁹⁵. Davada taraf olabilme yeteneği olan taraf ehliyeti, hak ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir⁹⁶.

b. Fiil Ehliyeti

aa. Genel Bilgi

Her insan hak ehliyetine sahip olmakla birlikte herkes sahip olduğu hakları bizzat yerine getiremeyebilir; yahut borçlarını ifa edemeyebilir. Kişinin fiil ehliyetine de sahip olması gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 9. madde hükmünde ifadesini bulan fiil ehliyetini (medeni

⁹⁴ Bu bağlamda kural olarak kimsenin onyedinci yaşını doldurmadan evlenemeyeceğine (TMK m.124), vasiyetname yapabilmek için onbeş yaşının doldurulması ve ayırt etme gücüne sahip olunmasına, ergin olan kişilerin vasi olarak atanabileceğine (TMK m.413), yabancıların taşınmaz edinmelerine getirilen sınırlamalara vb. ilişkin kanun hükümleri örnek olarak gösterilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DURAL/ÖĞÜZ**, s.41 vd.; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.45 vd.; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.275; **HELVACI/ERLÜLE**, s.64; **ÖZTAN**, Temel Kavramlar, s.250 vd.; **ATAAY**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, s.281; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s.100.

⁹⁵ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.272. Davada usule ilişkin işlemleri yapabilme ehliyeti ile davada taraf olma (davalı yahut davacı) kavramları birbirinden farklı olup, usuli işlemleri yapabilme ehliyeti fiil ehliyeti ile ilgili bir kavramdır. **DURAL/ÖĞÜZ**, s.50.

⁹⁶ **PEKCANİTEZ Hakan/TAŞ KORKMAZ Hülya**, Medeni Usul Hukuku, C.I, Oniki Levha Yayıncılık, 15. Baskı İstanbul, 2017, s.559; **KURU Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I, Beta Yayıncılık, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, s.887; **KURU Baki/AYDIN Burak**, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.296; **ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin**, Medeni Usul Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.213.

hakları kullanma ehliyeti), bir kimsenin hukukî hüküm ve sonuç doğuracak biçimde fiil ve davranışlarda bulunabilmesi olarak tanımlayabiliriz⁹⁷. Sözü geçen hüküm uyarınca; “*Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleri ile hak edinebilir ve borç altına girebilir*”. Hak ehliyeti, hak ve yükümlülüklerin insana aidiyetini sağlarken; fiil ehliyeti kişinin fiilinin hukukî sonucunun kendisine isnat edilebilmesi anlamına gelmektedir⁹⁸. Fiil ehliyetine sahip olan bir kişinin tabî ve hukukî bir olgunluk düzeyine erişmiş olması gerekmektedir⁹⁹. Bu bakımdan hak ehliyetinde hâkim olan eşitlik ilkesi fiil ehliyeti açısından geçerli değildir¹⁰⁰. Ayrıca belirtelim ki, fiil ehliyetine ilişkin kurallar emredici nitelikte olup aksi taraflarca kararlaştırılamaz¹⁰¹.

Türk Medeni Kanunu’nda ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu belirtilmiştir (m.10). Bu hüküm uyarınca fiil ehliyetinin ayırt etme gücü, kısıtlı olmama ve ergin olma şeklinde üç unsuru bulunmaktadır.

Fiil ehliyetinin içeriğini hukukî işlem ehliyeti (*Geschäftsfähigkeit*) -bu bağlamda sözleşme ehliyeti (*Vertragsfähigkeit*), tasarruf ehliyeti (*Verfügungsfähigkeit*) ve dava ehliyeti (*Prozessfähigkeit*) - ile haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti¹⁰² oluşturmaktadır¹⁰³.

Fiil ehliyetine sahip olan her kişi hukuki işlem ehliyetine sahip olsa da evlenme ehliyeti, ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ehliyeti gibi bazı işlemleri yapabilmek için kanunun aradığı özel ehliyet kuralları bulunmaktadır¹⁰⁴. Öte yandan, fiil ehliyetinin temelinde bir ölçüde hak ehliyeti yattığı için, fiil ehliyetine sınırlamalar getiren hükümler genellikle hak ehliyetini de

⁹⁷ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.281 vd.; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.49; ESENER/DEMİR, s.167; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.429. HELVACI/ERLÜLE, s.65; ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, s.283; KAYIHAN, s.165; VELİDEDEOĞLU, s.182; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.216.

⁹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.51; HUGUENIN, OR, Rn.145.

⁹⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.282.

¹⁰⁰ KAYIHAN, s.166.

¹⁰¹ Kanun’un getirdiği sınırlamaları aşan sınırlar koymak kişinin özgürlüğünü kısıtlanak anlamına gelecek ve geçersiz sayılacaktır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.52.

¹⁰² Bu ehliyeti ifade etmek için kimi yazarlarca “haksız fiil ehliyeti” terimi kullanılmaktadır. Bkz. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.54; ESENER/DEMİR, s.167; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.230. Fakat öğretilde haksız fiil işlemek hukukun uygun bulduğu bir eylem olmadığından bu konuda bir ehliyetle sahip olmanın da mümkün olmadığı gerekçesiyle “haksız fiillerden sorumlu olma/hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma” terimlerinin kullanılmasının daha doğru olacağı isabetle belirtilmiştir. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.286. Aynı yönde DURAL/ÖĞÜZ, s.52; ANTALYA/TOPUZ, s.159; HELVACI/ERLÜLE, s.75; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.429; ZEVLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY, s.85; ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, s.285.

¹⁰³ DURAL/ÖĞÜZ, s.52. Ayrıca bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.286 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.52 vd.; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.429; ANTALYA/TOPUZ, s.188; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.254; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ Aysegül/FIRAT ŞİMŞEK Ayşe, “Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü”, Legal İSGHD, S.21, 2009, s.97 vd.; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.50 vd.; TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/JUNGO Alexandra, Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Schulthess, 2015, s.74.

¹⁰⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.285.

sınırlayan hükümler olarak karşımıza çıkar¹⁰⁵. Tüzel kişiler açısından *ultra vires* ilkesi uyarınca, tüzel kişilerin kuruluş amaçları ehliyetlerini sınırlandırdığı için bu amaç dışında kalan işlemleri geçerli olarak yapamayacaklardır¹⁰⁶.

Fiil ehliyetinin bir türü olan tasarruf ehliyeti, kişinin sahip olduğu hakları üzerinde değişiklik yapabilme ehliyeti (o hakları değiştirebilme, devretme, sınırlama yahut ortadan kaldırma) yani geçerli bir tasarruf işlemi yapabilmesi için gereken *fiil ehliyetine ilişkin şartlara sahip olabilmesidir*¹⁰⁷. Fakat bazı durumlarda belli bir hak üzerinde tasarrufta bulunabilmek için kişinin tasarruf ehliyeti yanında tasarruf yetkisinin de bulunması gerekir¹⁰⁸. Tasarruf yetkisi, kişinin genel olarak tasarruf işlemi yapıp yapamayacağı ile ilgili olmayıp, tasarruf işleminin konusu olan şeye doğrudan etki yapıp yapamayacağı ile ilgili bir kavramdır¹⁰⁹. Örnek vermek gerekirse, (A)'nın kendisine ait bir radyoyu (B)'ye teslim etmesi hâlinde (A), hem fiil ehliyetine sahip olduğu için tasarruf işlemini yapabilir hem de radyo kendisine ait olduğu için tasarruf yetkisine sahiptir; buna karşılık radyonun haczedilmiş olması ihtimalinde (A)'nın tasarruf ehliyeti bulunmasına rağmen, tasarruf yetkisi bulunmamaktadır¹¹⁰. TMK m.359/1 hükmü uyarınca; "*Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir*". Bu hüküm gereği ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün iş sözleşmesi kapsamında çalışmasının karşılığı olarak elde edeceği ücret çocuğun kişisel kazancı olacaktır. Anne ve babasının rızasıyla çalışan çocuk elde ettiği kişisel kazancını yönetebilecek ve bu kazançtan yararlanabilecektir¹¹¹.

Haksız fiillerden sorumlu olma ise, bir kimsenin hukuka aykırı davranışları sonucu üçüncü kişilere verdiği zararlardan bizzat sorumlu tutulabilmesidir¹¹². Kişinin haksız fiillerinden dolayı sorumluluğunu belirlemede önemli olan husus ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır; zira gerçek kişilerin sorumluluk ehliyeti söz konusu olduğunda ayırt etme gücünün varlığı aranır¹¹³.

¹⁰⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s.48.

¹⁰⁶ ANTALYA/TOPUZ, s.212.

¹⁰⁷ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.285; DURAL/ÖĞÜZ, s.50 vd. Ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.53; ANTALYA/TOPUZ, s.188; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.50.

¹⁰⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.284; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.53.

¹⁰⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s.50 vd.; DURAL/SARI, s.222; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.286; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR s.53; ANTALYA/TOPUZ, s.188; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.51.

¹¹⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s.51; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR s.53.

¹¹¹ SEÇER Öz, "*Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı*", Legal İSGHD, S.28, 2010, s.1448 vd. Yazar ayrıca çocuğun anne babasının izni olmadan bir işe girmiş olması durumunda üçüncü kişinin, elde ettiği zenginleşmenin karşılığını anne babanın onayı olmadan çocuğa veremeyeceğini ifade etmiştir, aynı eser, s.1449.

¹¹² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.286; DURAL/ÖĞÜZ, s.52.

¹¹³ HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.19; DURAL/ÖĞÜZ, s.52; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.94.

Ayırt etme gücünden yoksun olanların kural olarak hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğu da bulunmamaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar ise, haksız fiillerinden dolayı sorumlu olacağı gibi kendi kusurları ile geçici olarak ayırt etme gücünü kaybedenler de bu hâldeyken verdikleri zararlardan sorumlu tutulacaklardır¹¹⁴. Dolayısıyla örneğin ondört yaşındaki sınırlı ehliyetsiz bir işçi örneğin işverene kasten ya da ağır kusuruyla verdiği zarardan haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu olabilecektir¹¹⁵. İşçinin işverene verdiği zararlarda tazminatın belirlenmesi noktasında ise işin tehlikeli olup olmaması, işçinin yaşı, işçinin işyerindeki konumu, kıdemi gibi özellikleri de göz önüne alınacaktır¹¹⁶. Yine önemle ifade etmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca; *"Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir"*. Bu durumda zarar verenin varlıklı bir akıl hastası olması durumunda, eğer zarar gören fakir bir kimse ise hakkaniyet gereği zarar veren tazminata mahkûm edilebilir¹¹⁷.

Dava ehliyeti ise, usul hukukuna ilişkin bir kavramdır ve bir kimsenin bizzat veya atayacağı vekil vasıtasıyla mahkemelerde davacı veya davalı olarak bulunma ve yargılama hukukuna ilişkin hakları kullanarak yargılama hukuku işlemlerini yapabilme iktidarındır¹¹⁸. Dava ehliyeti, fiil ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir¹¹⁹.

bb. Fiil Ehliyeti Bakımından Kişilerin Sınıflandırılması

Türk Borçlar Kanunu'na göre sözleşme, tarafların belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur (m.1/1). Geçerli bir sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşmenin taraflarının kural olarak fiil ehliyetine sahip olması gerekir.

¹¹⁴ **NOMER**, s.179 vd.; **REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.173 vd.

¹¹⁵ İfade edelim ki zarar verici olay kimi zaman hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartlarının doğmasına sebep olabilir. Bu durumda haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğunun yarışması gündeme gelecektir. Nitekim TBK m.60 hükmü uyarınca; *"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir"*.

¹¹⁶ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.356 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.305; **SENYEN KAPLAN**, s.239; **BAYCIK** Gaye, Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.123 vd.; **GÜVEN/AYDIN**, s.180.

¹¹⁷ **NOMER**, s.179; **VELİDEDEOĞLU**, s.193.

¹¹⁸ **PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ**, s.585; **KURU/AYDIN**, s.322; **ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, 2023, s.270; **KURU**, s.1027; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s.217 vd.

¹¹⁹ **ARSLAN/YILMAZ/ TAŞPINAR/ HANAĞASI**, s.270; **KURU**, s.1027; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s.217.

Fiil ehliyeti bakımından kişiler tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler ve tartışmalı olmakla birlikte sınırlı ehliyetliler olarak sınıflandırılabilir.

aaa. Tam Ehliyetliler

Ayırt etme gücüne sahip olan kişi ergin olması ve kısıtlı olmaması durumunda kendi lehine ya da aleyhine sonuç doğuracak hukuki işlemleri yapma konusunda tam ehliyetlidir¹²⁰. Kanun'a göre; *"Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır"* (TMK m.10). Dolayısıyla tam ehliyetli bir kişiden bahsedebilmek için aranan unsurlar; ayırt etme gücünün varlığı, ergin olmak ve kısıtlı olmamaktır.

aaaa. Ayırt Etme Gücünün Varlığı

aaaaa. Ayırt Etme Gücü Kavramı

Türk Medeni Kanunu'nun 13. madde hükmünde yaşıнын küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin bu Kanuna göre ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olduğu belirtilmiştir. Akla uygun harekette bulunan bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olduğundan bahsedebilmek için bu kişinin yaptığı fiilin saikini, sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğine sahip olması gerekir¹²¹. Bu bağlamda ayırt etme yeteneği, kişinin amaca yönelik kararlar alabilme, plânlama ve seçim yoluyla bu kararları gerçekleştirme yeteneğidir¹²². İş sözleşmesinin tarafları bakımından bir kişinin ayırt etme gücünün bulunduğunu söyleyebilmek için iş sözleşmesi

¹²⁰AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.305; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.55; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.11.

¹²¹AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.288 vd.; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.430; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.57; ANTALYA/TOPUZ, s.173; ESENER/DEMİR, s.167 vd.; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.58; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.218; ERKAN Vehbi Umut/YÜCER İpek, *"Ayırt Etme Gücü"*, AÜHFD, 60 (3), 2011, s.488; ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, s.287; KÖPRÜLÜ Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. Bası, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1984, s.205; VELİDEDEOĞLU, s.184; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.262 vd.; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.112; AKYÜZ, s.110; BAKIRCI Kadriye, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.157.

¹²²BUCHER Eugen/AEBI-MÜLLER Regina E. (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art.11-19d ZGB, Rechts-und Handlungsfähigkeit, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, 2017, Art.16, Rn.44, s.216 vd.

bakımından üstlendiği yükümlülükleri kavrayabilme ve bu yükümlülüklerle uygun davranma yeteneğine sahip olmak gerekmektedir¹²³.

Kanun'da belirtildiği üzere yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk vb. sebepler ayırt etme gücünden yoksunluğu doğurur. Ayırt etme gücünden yoksunluk sürekli (yaş küçüklüğü, bazı akıl hastalıkları vs.) olabileceği gibi geçici (sarhoşluk gibi) de olabilir¹²⁴. Kanun'da ifade edilen benzer sebeplere örnek olarak hipnotizma, eroin, kokain gibi bağımlılık doğuran maddelerin kullanılmasını verebiliriz¹²⁵. Buna karşılık hırs veya aşırı kızgınlık sebebi ile akla uygun bir biçimde davranamama hâli benzer sebepler kavramına dâhil edilemez¹²⁶.

Kanun hangi yaştan itibaren ayırt etme gücünün var olduğu söylenebilecektir sorusuna bir cevap vermemektedir. Zira bu, her somut olaya göre değişen ve hâkimin takdir hakkına bağlı olarak belirlenebilecek bir durumdur¹²⁷. Nitekim Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere¹²⁸, dokuz yaşındaki ilköğretim öğrencisi bir küçüğün kırtasiyeden kalem satın alması durumunda ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilebilirken, aynı çocuğun bir araba satın almaya kalkması durumunda aynı sonuca varılamayacaktır. Kişinin ayırt etme gücünün var olup olmadığına karar verebilmek için ihtilâf konusu her davranış önem arz edecektir. Aynı şekilde yedi yaşındaki bir çocuğun ekmek satın alması durumunda ayırt etme gücünün varlığından bahsedebilecek iken, aynı çocuğun bir mücevher satın alması hâlinde bu somut olay bazında ayırt etme gücünün bulunmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Alman Hukuku'nda §104 BGB hükmünde ayırt etme gücünden yoksunluğun sınırı bakımından yedi yaşın tamamlanması

¹²³ DİNÇ İstemi Ceysu, İş Sözleşmesi ile Çalışan Çocukların Hukuki Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.51, s.67.

¹²⁴ HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.23; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.55; ANTALYA/TOPUZ, s.175; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.59 vd.; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.430; DURAL/ÖĞÜZ, s.58 vd. Ayırt etme gücünün geçici kaybı kenar başlıklı TBK m.59 uyarınca: "Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur".

¹²⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.292; DURAL/ÖĞÜZ, s.60; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.62; HATEMİ, s.22; HELVACI/ERLÜLE, s.69; KÖPRÜLÜ, s.204; KAYIHAN, s.169; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.219.

¹²⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.62.

¹²⁷ ALTOP Atilla, "Hakkaniyet Sorumluluğu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, Ocak, 2007, s.9; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.63; ESENER/DEMİR, s.168; HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.23; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.55 vd.; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.218; KAYIHAN, s.168; ANTALYA/TOPUZ, s.175; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.430; DURAL/ÖĞÜZ, s.60; HELVACI/ERLÜLE, s.68; ERKAN/YÜCER, s.490; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.266; ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, s.288; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.58; BELLİCAN Cüneyt, "Küçüğün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu", Fasikül Hukuk Dergisi, S.5, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.34.

¹²⁸ Yarg. Ceza Genel Kurulu, 10.12.2020, E.2020/3-38, K.2020/516, <https://kazanci.com.tr/> Ayırt etme gücünün kişiye, işleme ve eyleme göre değişen nispi bir kavram olduğu yönünde bkz. Yarg. 1. H.D., 04.11.2020, E.2020/2772, K.2020/5677; Yarg. 1. H.D., 01.07.2020, E.2018/1984, K.2020/3296, <https://kazanci.com.tr/>

gerektiği belirtilmektedir. Buna göre yedi yaşını doldurmamış olanların ayırt etme gücü bulunmamaktadır.

Yine belirtmek gerekir ki, her akıl hastasının ayırt etme gücüne sahip olmadığını söylemek de doğru olmayacaktır. Örneğin sara hastası bir kimse kriz anı dışında ruhî ve hukuki melekelerine tam anlamıyla sahiptir¹²⁹. Bu sebeple akıl hastalarının şuuru yerinde olduğu dönem bakımından ayırt etme gücü yok sayılamaz¹³⁰. Akıl zayıflığı¹³¹ da her durumda ayırt etme gücünü kaldırmayacaktır. Bu durumda da hâkim tarafından eylemin yapıldığı anda ayırt etme gücünden yoksunluk bulunup bulunmadığı saptanmalıdır.

bbbbbb. Ayırt Etme Gücünün İspatı

Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde ifadesini bulan ve kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça taraflardan her birinin, hakkını dayandığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlü olduğuna ilişkin hüküm ayırt etme gücünün bulunmadığı iddiası bakımından uygulama alanı bulacak mıdır sorusunun cevaplanması gerekir.

Kanun'a göre; *"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir"*. (TMK m.13). Kanunun bu ifadesi ile öğretide ergin kişiler lehine *"ayırt etme gücü karinesi"*, küçükler, akıl hastaları, akıl zayıfları ve sarhoşlar hakkında da *"ayırt etme gücünden yoksunluk"* karinesini düzenlediği ifade edilmektedir¹³². Bu nedenle ayırt etme gücünün bulunduğunu ispat etmenin bunu iddia eden tarafa düşüp düşmeyeceği, kişinin ergin olup olmamasına göre değişecektir¹³³. Ayırt etme gücünün var olup olmadığına ilişkin iddialar her türlü delille ispatlanabilecektir¹³⁴.

Haksız fiile ilişkin davalar bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 59. maddesi ile getirilen düzenleme doğrultusunda hakkaniyet düşüncesi sebebiyle Türk Medeni Kanunu m.13

¹²⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.293; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.60 vd.; VELİDEDEOĞLU, s.185; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.59 vd.

¹³⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.60 vd.; ERKAN/YÜCER, s.491; Ayrıca bkz. ANTALYA/TOPUZ, s.175.

¹³¹ Akıl hastalığı ruhi ve akli melekelerde bozukluk, değişiklik ve anormallik yaratan hastalıklar olarak tanımlanırken; akıl zayıflığı aptallık, geri zekalılık gibi akli ve ruhî melekelerin normal olarak gelişmemesi veya gerilemesi olarak tanımlanabilir. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.292. Ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.60; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.265 vd.

¹³² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.294; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.219 vd.

¹³³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.294.

¹³⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.296; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR s.67; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.220.

hükmünde ifadesini bulan ayırt etme gücünden yoksunluk karinesine dayanmak mümkün olmayacaktır¹³⁵. Zira Borçlar Kanunu'nun "Ayırt Etme Gücünün Geçici Kaybı" kenar başlıklı söz konusu düzenlemesi gereği, *"Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur"*. Bu durumda kişinin sorumluluktan kurtulabilmesi için ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesinin kendi kusurundan kaynaklanmamış olduğunu ispat etmesi gerekmektedir¹³⁶.

bbbb. Ergin Olmak

Hukukumuzda kural olarak onsekiz yaşın doldurulması ile erginlik kazanılır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinde erginliğin onsekiz yaşının doldurulması ile başlayacağı belirtilmiştir¹³⁷.

Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise evlenme kişiyi ergin kılar. O hâlde Kanunun *"Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir"*. hükmü dikkate alındığında hâkimin izni ile evlenmesi şartıyla onaltı yaşında biri dâhi ergin kabul edilebilecektir. Ergin kılınmayı sağlayan evliliğin, kişi onsekiz yaşını doldurmadan geçersizlik yaptırımı ile sona ermesi hâlinde evlenmeyle kazanılmış erginliğin korunup korunmayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca, Kanun'da bu şekilde kazanılan erginlik evlenmenin akdedilmesine bağlıdır ve bu işlem tamamlandıktan sonra sona ermesi hâlinde de kazanılan erginlik korunmalıdır¹³⁸. Diğer bir görüş, erginliği evlenme ile kazanan eşin iyi ya da kötünietli olup olmaması konusunda ayırım yapılması gerektiğini savunmakta olup iyiniyetli kişi açısından erginliğin devam etmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹³⁹. Başka bir görüşe göre ise, evliliğin butlan ya da iptal kararı ile sona ermesi durumunda erginlik kaybedilecek, iyiniyetin bu hususta bir etkisi olmayacaktır¹⁴⁰. Öğretide ayırt etme gücünün yokluğu yahut akıl hastalığı sebebi ile evliliğin iptaline karar verilmesi hâlinde ya da aldatma veya karşı tarafın

¹³⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.296.

¹³⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.296; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.236.

¹³⁷ §2 BGB hükmü uyarınca, reşit olma yaşı onsekiz olarak belirtilmiştir. ZGB Art.14 hükmünde de reşit olmak için onsekiz yaşın tamamlanmış olması gerekmektedir.

¹³⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.299; ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.771; DURAL/ÖĞÜZ, s.54; SAYMEN/KÖPRÜLÜ, s.213; ZEVLİLİLER /ERTAŞ /HAVUTÇU /ACABEY /GÜRPINAR, s.88; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.53; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.228 vd.

¹³⁹ ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s.44.

¹⁴⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.72.

korkutulması yoluyla evliliğin gerçekleşmesi ve sonrasında da bu nedenle iptali durumunda kazanılan erginliğin korunmayacağı ifade edilmiştir¹⁴¹. Belirtmek gerekir ki, öğretide evliliğin hükümsüzlük sebebi ile ortadan kalkması durumu için bu tartışmalar yapılmış olup, diğer eşin ölümü yahut boşanma sebebi ile evliliğin sona ermesi hâlinde kazanılan erginliğin korunacağı genel kabul görmektedir¹⁴².

Erken erginliğin ikinci görünümü ise ergin kılınmadır (kazaî rüşd). Medeni Kanun'un 12. maddesine göre, "*Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir*". Kanunun açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, mahkeme kararı ile erginliğin kazanılabilmesi için, onbeş yaşının tamamlanmış olması¹⁴³, küçüğün isteğinin bulunması¹⁴⁴, velisinin de rızasının alınmış olması şarttır¹⁴⁵. Kanun'da açık bir hüküm bulunmasa da bu şekilde mahkeme kararı ile ergin kılınmaya ancak *küçüğün menfaatinin bulunduğu* durumlarda karar verilebilir¹⁴⁶. Ergin olmasına birkaç yıl kala babasını kaybeden bir küçüğün, babasının işlerini yürütmek zorunda kalması ve bu sebeple küçüklükten kurtarılma ihtiyacının doğması bu duruma gösterilen klâsik örnektir¹⁴⁷. Kanun anne ve babanın rızasından değil, velinin rızasından bahsettiği için velayetin anne ya da babadan birine verilmiş olması hâlinde velâyet hakkına sahip olan kişinin rızası yeterli olacaktır¹⁴⁸. Eğer küçük vesayet altında ise, Medeni Kanun m.463/1, b.6 uyarınca küçüğün ergin kılınması durumunda vesayet makamının ve denetim makamının izni gerekecektir.

Ekleyelim ki, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması kanundan dolayı belirli bir yaşın doldurulması şartına bağlanmış olan hakların kullanılabilmesi için aranan yaş şartının fiilen

¹⁴¹ KÖPRÜLÜ, s.209 vd.

¹⁴² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.72; DURAL/ÖĞÜZ, s.54; HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.25; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.56; ZEVLİLER /ERTAŞ /HAVUTÇU /ACABEY, s.88; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.44; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.54.

¹⁴³ Onbeş yaşının doldurulmuş olması talep anında değil; karar anında aranmalıdır. DURAL/ÖĞÜZ, s.55; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.73.

¹⁴⁴ Kişi erginliği kazanmakla birlikte kişiliği ile ilgili önemli sonuçlar doğacak, artık kanunun fiil ehliyeti bulunmayan kişileri koruyan hükümlerinden yararlanamayacağı gibi, anne ve babasının bakım ve gözetim gibi görevlerinden yararlanması da sona erecektir. Bu nedenle mahkemece ergin kılınmada küçüğün isteğinin bulunması zorunludur. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.73; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.300.

¹⁴⁵ Velinin çocuğun yararına olmasına rağmen ergin kılınmaya rıza göstermemesi durumunda ne olacağı sorunu öğretide tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlara göre bu durumda velayet hakkının kötüye kullanımı söz konusu iken, bazı yazarlara göre ise, bu durum velayetin kaldırılma sebebi olarak (TMK m.348) kabul edilmelidir. Konuya ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.74; DURAL/ÖĞÜZ, s.56; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.300; SAYMEN/KÖPRÜLÜ, s.215; ZEVLİLER /ERTAŞ /HAVUTÇU /ACABEY/GÜRPINAR, s.88; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.44 vd.; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.54 vd.

¹⁴⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.301; DURAL/ÖĞÜZ, s.56; HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.24; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.74; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.56.

¹⁴⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.72; DURAL/ÖĞÜZ, s.55.

¹⁴⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.74; DURAL/ÖĞÜZ, s.56; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.46; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.56; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.55.

doldurulması şart olup erginliğin kazanılmış olması belirli bir işlem için öngörölmüş olan özel yaşıñ yerine geçemez¹⁴⁹. İş hukukunda kişinin ergin olmasından ziyade belirli bir yaşa ulaşması aranmaktadır. Bunun sebebi işçinin psikolojik ve fizyolojik olarak belirli bir olgunluğa erişmiş olmasının beklenmesidir. Örneğin onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerin yıllık ücretli izin süreleri yirmi günden az olamaz (İş K. m.53). Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır (İş K. m.72). Aynı şekilde sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır (İş K. m.73). Bu nedenle kişi ergin kılınsa bile söz konusu hükümlerde yer alan kurallar yine de uygulama alanı bulacaktır. Zira evlenme yoluyla yahut mahkemece ergin kılınan kişilerin yaş şartı aranan işlemleri gerçekleştirebilmeleri için söz konusu işlem için aranan yaş şartına ulaşmış olmaları gerekmektedir.

cccc. Kısıtlı Olmamak

Tam fiil ehliyetine sahip olmak için aranan üçüncü koşul kısıtlı olmamaktır¹⁵⁰. Türk Medeni Kanunu'nun m.405 vd. hükümleri uyarınca kısıtlanma sebepleri, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, malvarlığını kötü yönetmesi, yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebi ile isteğe bağlı kısıtlanmadır. Bu durumda kişiye yasal temsilci (vasi) atanır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce¹⁵¹ TMK m.407'de bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan ergin kişinin kısıtlanacağına ilişkin hüküm yer almaktaydı¹⁵². Anayasa Mahkemesi iptal kararında sözünü ettiğimiz düzenleme ile Anayasa'nın 13., 20. ve 35. maddelerinin ihlâl edildiğine kanaat getirmiştir. Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan kişilerin mutlak olarak vesayet altına alınmaları sonucunda hükümlünün kendi işlemlerini görebilecek durumda olup olmadığı değerlendirilmeksizin kendisine vasi atanması ile hükümlünün şahsi

¹⁴⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.300; KAYIHAN, s.170; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.57.

¹⁵⁰ ZGB Art.13 hükmünde, reşit olan ve ayırt etme gücüne sahip olan kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu belirtilmekte kısıtlılık tam fiil ehliyeti açısından bir şart olarak aranmamaktadır.

¹⁵¹ 22.03.2023 tarihli ve E. 2022/105, K.2023/54 sayılı karar.

¹⁵² Bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 9 ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin iptal edilen ikinci fıkra hükmü ise şu şekildedir: "Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili makamına bildirmekle yükümlüdür". Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişinin üzerindeki vesayetin, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağına ilişkin düzenleme içeren TMK m.471 hükmü de aynı kararla iptal edilmiştir.

gözetimi ve malvarlığı idaresi adına özel hayatın korunması ve mülkiyet haklarına büyük ölçüde sınırlama getirildiği belirtilmiştir¹⁵³.

Kanunun m.405 hükmü uyarınca; *“Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan ergin kısıtlanır”*. Bu bağlamda her akıl hastası olan yahut akıl zayıflığı bulunan kişinin kısıtlanmasından söz edilemez. Yine Kanunun m.409/2 hükmünde, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verileceği belirtilmiştir. Kanunun 406. madde hükmüne göre; savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle bir kişinin kısıtlanması için kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açması ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olması ya da başkalarının güvenliğini tehdit etmesi şartları aranmaktadır. Kişinin isteği üzerine kısıtlanma kararı verilebilmesi için ise, bunu talep eden kişinin gerekli ayırt etme gücünün bulunması gerekmektedir¹⁵⁴.

Kısıtlanan kişinin bizzat kendi fiilleriyle kendi lehine hak yaratabilme veya kendini borç altına sokabilme yetkisi mahkeme kararı ile kısmen ya da tamamen kaldırılmış olacağı için küçükler değil sadece erginler kısıtlanabilir¹⁵⁵. Keza küçükler tam ehliyetli olmadıkları için zaten bu eylemleri bizzat yapamazlar ve bu nedenle kısıtlanmaları da gerekmez¹⁵⁶. Dolayısıyla küçük yaştaki bir işçinin kısıtlanması da söz konusu olmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu’nun m.429 hükmünde kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin kişiye belirli işlerde görüşü alınmak üzere yasal danışman atanır. Söz konusu işler yine aynı maddede belirtilmiştir¹⁵⁷. Yine bu kişilerin gelirinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere malvarlığını yönetim hakkı kaldırılabilir (m.429/2).

¹⁵³ Gerekçeli karar için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-54-nrm.pdf>

¹⁵⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.80; DURAL/ÖĞÜZ, s.64; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.64.

¹⁵⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.302; BAKIRCI, s.159; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.61.

¹⁵⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.302.

¹⁵⁷ Bu bağlamda kendisine yasal danışman atanan kişiler; dava ve sulh olma, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, bağışlama, kambiyo taahhüdü altına girme, kefil olma işlemlerini ancak yasal danışmanın olumlu görüşünü alarak yapabileceklerdir.

Son olarak ekleyelim ki, kısıtlanmadan farklı olarak kendisine yasal danışman atanan kimsenin ehliyeti genel olarak kısıtlanmaz, sadece kanunda sayılan işlemler bakımından bir sınırlanma söz konusudur¹⁵⁸.

bbb. Tam Ehliyetsizler

aaaa. Genel Bilgi

Ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler hukuken tam ehliyetsizdir. İrade beyanında bulunan kişinin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda -kanunda belirtilen istisnalar haricinde- yapacağı işlem hukuken geçerli olmayacaktır. Tam ehliyetsiz kişilerin ayırt etme gücü bulunmadığından yani yaptıkları fiillerin sebebini, kapsamını, sonucunu ve olası etkilerini kavrayamadıklarından kendi lehine sonuç doğuracak hukuki işlemleri yapamayacakları gibi kendilerini borç altına sokacak işlemleri yapma konusunda da ehil değildirler. Kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması şartıyla, onun ergin olması yahut kısıtlı olmaması önem arz etmeksizin tam ehliyetsiz olarak nitelendirilecektir¹⁵⁹. Zira öğretide de ayırt etme gücünün fiil ehliyetinin anahtarı olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁰. Konu özellikle sanatsal faaliyetlerde dizi ya da filmlerde ya da reklam ajanslarında çalışmak üzere sözleşme yapılan çok küçük yaştaki çocuklar açısından özel önem taşıdığı için ileride bu konu üzerinde özel olarak durulacaktır¹⁶¹.

bbbb. Hukuki İşlem Ehliyeti Bakımından Tam Ehliyetsiz Kişilerin Durumu

Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesinde, Kanun'da gösterilen ayırık haller saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. Öğretide kanun metnindeki "hukuki sonuç doğurmaz" ifadesinin yaptırımının ne olacağı tartışma konusu olmuştur. Hâkim görüşüne göre¹⁶², ayırt etme gücüne sahip olmayan bir

¹⁵⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.81.

¹⁵⁹ ERKAN/YÜCER, s. 498; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.82 vd.; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.234.

¹⁶⁰ HELVACI, Gerçek Kişiler, s.67.

¹⁶¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 4, c, cc.

¹⁶² ERKAN/YÜCER, s.501; NOMER, s. 74; ANTALYA/TOPUZ, s.173; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.85 vd.; KAYIHAN, s.180; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.153; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.271; HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.27 vd.; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.237; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.139; TAŞMAN, s.287 vd.; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.68 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s.69. Yargıtay'ın karşı tarafın iyiniyetli olması durumunda dâhi, ayırt etme gücünden yoksun bir kimse ile yapılan hukuki işlemin kesin olarak geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşü için bkz. Yarg. 1. H.D. 10.05.2016, E. 2014/11997, K. 2016/5837, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 1. H.D. 10.02.2016, E.2014/15084, K.2016/1472, <https://www.lexpera.com.tr/> 1. H.D., 13.11.2018, E. 2015/15100, K. 2018/14396, <https://kazanci.com.tr/> Aynı yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s.70; NOMER, s.74. Kanun koyucunun tam ehliyetsizin korunması ilkesini, kural olarak, karşı tarafın ya da iş güvenliğinin korunmasından daha üstün tuttuğu yönünde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.85, dn.264. Yargıtay'ın, tam ehliyetsiz kişinin

kimsenin yaptığı hukuki işlemin kanundaki istisnalar hariç olmak üzere, yasal temsilcinin rıza yahut icazeti ile dâhi geçerlilik kazanamaması sebebi ile bu kişilerle yapılan hukuki işlemler baştan itibaren kesin geçersiz olacaktır. Başka bir görüşe göre ise¹⁶³, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin yaptıkları hukuki işlemler iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi tutulmalıdır, zira bazı hukukî işlemlerin tam ehliyetsiz lehine sonuç doğurması hâlinde bu işlemlerin kesin olarak geçersiz sayılması tam ehliyetsiz kimseleri koruyucu bir yaklaşım olmayacaktır.

Kanaatimizce ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin yaptıkları hukuki işlemleri kesin olarak geçersiz sayan görüş yerindedir. Zira ayırt etme gücüne sahip olmak hukuki işlemler için aranan kurucu bir unsur değil, (eğer olsa idi yokluk yaptırımı uygulanabilecekti) geçerlilik koşuludur ve bu koşulun sağlanmaması hâlinde işlem geçersiz sayılacaktır. Bu durumda tam ehliyetsizin sonradan ayırt etme gücünü kazanması ihtimâlinde de kendisinin işleme icazet verip işlemi geçerli hâle getirmesinden bahsedilemeyecek, geçerli bir ilişki kurulmak isteniyorsa işlemin yeniden yapılması gerekecektir¹⁶⁴. Öte yandan daha önce de ifade edildiği üzere¹⁶⁵ iş sözleşmeleri bakımından istisnai hâller hariç olmak üzere geçersizlik yaptırımı ileriye etkili olarak uygulanacaktır. Bu nedenle tam ehliyetsiz bir işçi ile iş sözleşmesi yapıldığında söz konusu sözleşme geçersiz olmakla beraber geçersizlik bu durumda da ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla yukarıda sözü edilen sakınca, yani korunmak istenen aleyhine sonuç ortaya çıkması durumu iş hukukunda söz konusu olmayacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin genel kural olarak baştan itibaren kesin olarak geçersiz olduğunu ifade etsek de bunun bazı istisnaları

yaptığı hukuki işlemlerin hükümsüz sayılmasına ilişkin hükmün onları korumak maksadıyla getirildiğinden, bu tehlikenin ortadan kalktığı ve bu kişinin normal zekâlı bir insanla eşdeğer tarzda hareket ettiği durumlarda hukuki işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşeceği yönündeki kararları için bkz. YİBK, 09.03.1955, E.1954/22, K.1955/2; Yarg. 15. H.D., 16.12.2013, E.2013/1288, K.2013/6773; Yarg. 6. H.D., 15.06.2016, E.2016/5103, K.2016/4684; Yarg. 13. H.D., 23.05.2019, E. 2016/31099, K. 2019/6470; Yarg. 13. H.D., 18.06.2020, E.2020/282, K.2020/4928, Kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/> Yargıtay'ın eski tarihli bir kararı uyarınca ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin yaptıkları tüm işlemlerin kesin olarak geçersiz sayılarak hukuken sonuç doğurmayacağının kabulü, hükmün ruhuna aykırıdır ve bu nedenle her somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalı, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin somut olay bağlamında menfaatlerinin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Söz konusu kararda tam ehliyetsiz olan kişi örneğin bir işçi ise onunla yapılan iş sözleşmesinin geçersiz sayılması hâlinde işçinin sigorta hükümleri ve işçiyi koruyan kanun hükümlerinden faydalanmasının mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. YİBK, 09.03.1955, E.1954/22, K.1955/2, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁶³Konuyla ilişkin olarak bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.311; GÜRAL, *Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Ankara, 1958, s.170.

¹⁶⁴DURAL/ÖĞÜZ, s.69; VON TUHR, s.292; TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku*, s.151; AKYÜZ, s.113; AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.37 vd.; HELVACI, *Gerçek Kişiler*, s.70.

¹⁶⁵Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, I, B.

bulunmaktadır. Zira Kanun'da "kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere" ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir (TMK m.15). Söz konusu ayırık durumlara genel olarak şu şekilde değinebiliriz: Hukuk bazen kişinin dışa yansıyan davranışlarına hukuki sonuç bağlamaktadır (iradeden bağımsız doğan hukuki sonuçlar). Bu bağlamda ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse örneğin işleme¹⁶⁶, karışma ya da birleşme sebebi ile bir malın mülkiyetini kazanabilecektir¹⁶⁷. Kanun'un 156. madde hükmü uyarınca; ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin evlenmesi hâlinde bu evlilik kesin geçersiz olsa bile, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracaktır¹⁶⁸. Aynı şekilde ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız gibi¹⁶⁹, tam ehliyetsiz bir kişinin taraf olduğu iş sözleşmesinin geçersizliği sonucuna varsak bile, Türk Borçlar Kanunu'nun m.394/3 hükmü uyarınca; geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmeleri, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir iş sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Yine TMK 557. maddesinde; ayırt etme gücü bulunmadan ölüme bağlı bir tasarruf yapılması halinde iptal davası açılması gerekmektedir. Nihayet ayırt etme gücü bulunmayan bir kimsenin yaptığı hukuki işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği durumlarda bu işlem geçerli olarak hukuki sonuçlarını doğuracaktır¹⁷⁰.

Belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması itirazı hukuki işlemin her iki tarafı için de şartları varsa kullanılabilir bir haktır¹⁷¹. Nitekim öğretide tam ehliyetsiz bir kişi ile imzalanan iş sözleşmesinden doğan edimin ifa edilmesinden sonra, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımını oluşturacağı ifade edilmektedir¹⁷². Bu durumda kanunun tanıdığı, "geçersizliğin ileri sürülebilme hakkı" Türk Medeni Kanunu m.15'in amacına

¹⁶⁶Türk Medeni Kanunu m.775/2 hükmü uyarınca; *"İşleyen iyiniyetli değilse, emeğin değeri işlenen şeyin değerinden daha fazla olsa bile hâkim, yeni şeyi malike bırakabilir"*. Ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin kötüniyetinden bahsedilemeyeceğinden bu hüküm söz konusu kişiler bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.89; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.72. Bu kişiler açısından mülkiyeti terk iradesi de bulunmadığından bu yolla mülkiyet haklarını sona erdirmelerinin de mümkün olmayacağı yönünde bkz. **ÖZSUNAY**, Gerçek Kişiler, s.52.

¹⁶⁷**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.89; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.438; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.72; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.315; **HELVACI/ERLÜLE**, s.73; **BAYGIN** Cem, Soybağı Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.297; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s.71.

¹⁶⁸Belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanun'un m.148 hükmü uyarınca, eşlerden birinin evlenme sırasında geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda evlenme kesin hükümsüz kabul edilmeyecek; evlenmenin iptali istenebilecektir.

¹⁶⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, D.

¹⁷⁰**SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.438; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.90; **ANTALYA/TOPUZ**, s.260; **HATEMİ**, Kişiler Hukuku, s.28; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s.71 vd.

¹⁷¹**DURAL/ÖĞÜZ**, s.73.

¹⁷²**AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.316.

aykırı kullanılmış olacak ve aynı Kanunun m.2/1 hükmüne aykırılık teşkil ederek hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir¹⁷³.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda¹⁷⁴, işçinin ücretinin ehliyetsizliği ileri sürülerek ödemekten kaçınma durumunu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Yine Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda¹⁷⁵, *“İşlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi, somut olay bakımından dürüstlük kuralına aykırı olmamalıdır. Zira, hükümsüzlüğün ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırı ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, dikkate alınmaz.”* ifadeleri ile bu hususa dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda olmak üzere, Yargıtay’ın 1955 yılında verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında belirttiği üzere¹⁷⁶, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse ayırt etme gücüne sahip olsa idi aynı şekilde hareket edecek, yani normal zekâlı bir insan dâhi aynı tarzda muamelede bulunacak idiye, temyiz kudretinden mahrum olduğunu ileri sürememelidir. Zira bir hukuki işlemin geçersizliği iddiası dürüstlük kurallarına aykırı düştüğü durumda dinlenmez. Ekleyelim ki, öğretide burada dürüstlük kuralından hareketle varılan sonuca, dürüstlük kuralına başvurmaksızın, geçersizliği öngören hükümde örtülü boşluk bulunduğu ve bu boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemi ile doldurulması ile de varılabileceği ifade edilmiştir¹⁷⁷.

cccc. Hukuka Aykırı Fiillerden Sorumluluk Bakımından Tam Ehliyetsiz Kişilerin Durumu

Yukarıda tam ehliyetsiz tarafından yapılan hukuki işlemlerin sonuçları ve istisnalarından bahsettikten sonra, tam ehliyetsizlerin hukuka aykırı fiillerinden sorumluluklarına da değinmekte fayda vardır. Bu kişiler fiil ehliyetinden yoksun bulundukları için kural olarak haksız fiillerinden de sorumlu tutulamayacaklardır¹⁷⁸. Haksız fiil sorumluluğunda kusurlu olmak aranan bir şart olduğuna göre, ayırt etme gücü bulunmayan bu kişilerin kusurlu olduğunun kabulü mümkün olmayacaktır; fakat bu kuralın da bazı istisnaları bulunmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.316.

¹⁷⁴ YİBGK, 09.03.1955, E.1954/22, K.1955/2, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷⁵ YHGK, 16.01.2013, E.2012/3-655, K.2013/63, <https://kazanci.com.tr/> Ayrıca bkz. YİBGK, 09.03.1955, E.1954/22, K.1955/2, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷⁶ YİBGK, 09.03.1955, E.1954/22, K.1955/2, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷⁷ NOMER, s.72; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.310 vd.

¹⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s.75; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.94; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.315; KAYIHAN, s.180; ERMAN, Medeni Hukuk, s.147.

¹⁷⁹ NOMER, s.189; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, 2023, s.64 vd.; EREN, s.645 vd.; ERMAN, Medeni Hukuk, s.147.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, sorumluluk için kusurun şart olmadığı kusursuz sorumluluk hâllerinde hukuka aykırı bir fiille zarar verilmiş olması yeterli olduğundan, tam ehliyetsizin verdiği zarardan sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁸⁰. Bu bağlamda adam çalıştıranların sorumluluğu (TBK m.66), hayvan bulunduranların sorumluluğu (TBK m.67), bina malikinin sorumluluğu (TBK m.69) durumlarında sorumluluk söz konusu olacaktır.

Bazı durumlarda hakkaniyet zarar verenin tazminata hükmedilmesini gerektirebilir¹⁸¹. Fakat bu anlamda bir tazminat için zarara sebep olan fiilin ayırt etme gücü olsa idi failin kusurlu sayılmasını gerektirecek bir nitelik taşıması gerekmektedir¹⁸². Türk Borçlar Kanunu'nun hakkaniyet sorumluluğunu düzenleyen 65. madde hükmü uyarınca; *"Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir"*. Bu bağlamda örneğin, varlıklı bir ailenin ayırt etme gücünden yoksun olan oğlunun, bir çiftçinin tarlasını ateşe vermesi durumunda hakkaniyet gereği zararın tazmini istenebilecektir¹⁸³. Aynı şekilde zengin bir akıl hastasının bakıcısına verdiği bedeni zarar durumunda da hakkaniyet sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁸⁴. İşçinin ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda da meydana gelen zarardan hakkaniyet gerektirdiği takdirde sorumluluğu doğacaktır¹⁸⁵. Öğretide bazı yazarlara göre; tam ehliyetsizin kendisini ehliyetli imiş gibi göstererek bir hukuki işlem yapması durumunda, bu kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığını bilmeyen karşı tarafın, sözleşmeye olan güveninden doğan zararının hakkaniyet çerçevesinde tazmin edilmesi gerekmektedir¹⁸⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 59. madde hükmü doğrultusunda; ayırt etme gücünün geçici kaybı durumunda kişinin, kural olarak verdiği zarardan sorumluluğu olacak; fakat bu duruma kendi kusuru ile düşmediğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır. Söz konusu hükme göre işçi kendi kusuruyla ayırt etme gücünü

¹⁸⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s.75; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.94; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.313; KAYIHAN, s.180; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.74 vd.; ATAAY Aytekin, Şahıslar Hukuku, Giriş-Hakiki Şahıslar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969, s.87 vd.; ERMAN, Medeni Hukuk, s.147.

¹⁸¹ Yarg. 10. H.D., 15.04.2004, E.1449, K.2004/3237, <https://kazanci.com.tr/> ALTOP, Hakkaniyet Sorumluluğu, s.9; KAYIHAN, s.181.

¹⁸² ALTOP, Hakkaniyet Sorumluluğu, s.9 vd.; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.174; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.95; DURAL/ÖĞÜZ, s.76; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.90; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.76.

¹⁸³ Ayırt etme gücünden yoksun bulunan bir çocuğun zengin olmasının hakkaniyet sorumluluğu açısından önemli rol oynayabileceği yönünde bkz. BELLİCAN, Sorumluluk, s.35.

¹⁸⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.95; DURAL/ÖĞÜZ, s.75.

¹⁸⁵ BAYCIK, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, s.109 vd.

¹⁸⁶ Yazarlar TBK m.65 yararlanarak TMK m.452/2 hükmünün örnekseme yoluyla tam ehliyetsizler için de uygulama alanı bulacağı görüşündedir. TMK'nın ilgili hükmü uyarınca: *"Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumludur"*. DURAL/ÖĞÜZ, s.76.

kaybederse bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlü olacaktır. Bu durumda işçi TBK m.400 hükmü uyarınca¹⁸⁷ zarardan sorumlu olacaktır¹⁸⁸.

dddd. Tam Ehliyetsiz Kişilerin Temsili

Yasal temsilciler, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar adına hukuki işlemleri (hak kazanır/borç altına girer) bizzat yapmaktadırlar. Bu nedenle bir hukuki işlem tam ehliyetsiz tarafından yapılmışsa, sınırlı ehliyetsizlerde olduğu gibi yasal temsilcinin bu işleme izin veya icazet vermek suretiyle katılmasından bahsedilemeyecektir¹⁸⁹. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin küçük olması durumunda yasal temsilcileri kural olarak velileridir; ergin olanların ise mahkemenin kararı ile birlikte kendilerine atanan vasileridir¹⁹⁰.

Tam ehliyetsiz kişilerin temsili iş hukuku açısından özellikle sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan küçükler bakımından önem arz etmektedir. İleride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere¹⁹¹ İş Kanunu m.71 hükmü ile birlikte tam ehliyetsiz küçükler iş yaşamına dâhil olmakta ve yasal temsilcileri tarafından imzalanan sözleşmeler vasıtasıyla sözleşmenin tarafı hâline gelmektedirler.

Yine ifade etmek gerekir ki; Türk Medeni Kanunu'nun 449. maddesi uyarınca, vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasak olduğundan bu tür hukuki işlemler tam ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi tarafından da yapılamayacaktır.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların¹⁹² tam ehliyetsiz adına yasal temsilci tarafından kullanılıp kullanılamayacağı ise tartışmalıdır. Öğretide kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsiz

¹⁸⁷ TBK m.400 uyarınca; "İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur.

Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur".

¹⁸⁸ **BAYCIK**, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, s.107.

¹⁸⁹ **ERKAN/YÜCER**, s.499; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.437; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s.70; **BAYGIN**, s.298; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.78. Ayrıca bkz. 2. H.D., 11.09.2013, E.2013/7576, K.2013/20504, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁹⁰ **ANTALYA/TOPUZ**, s.178 vd.; **NOMER**, s.76 vd.; **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s.70 vd. **ERKAN/YÜCER**, s.510. Veli, velayet altında bulunan küçüğün ana ve/veya babasıdır ve velayet, soybağına dayanır. Buna karşılık vasi, mahkeme kararı ile atanan yasal temsilcidir. Vasi, vesayet altındaki kişi adına yapacağı bazı hukuki işlemler için (TMK m.462) vesayet makamından (sulh hukuk mahkemesi), bazı hukuki işlemler bakımından ise (TMK m.463) ayrıca denetim makamından (asliye hukuk mahkemesi) izin almak zorundadır. **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s.244.

¹⁹¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 4, c, cc.

¹⁹² Öğretide genel olarak, başkasına devredilmesi yahut miras yoluyla geçmesi mümkün olmayan, hak sahibini yakından ilgilendiren, bizatihi malî bir değer taşımayan ve kural olarak yasal temsilci vasıtasıyla değil, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken haklar "kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak" olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda ergin kılınma, adın değiştirilmesi talebi, evlenme, soybağının reddi, babalık davası açma, boşanma davası açma...

adına yasal temsilci tarafından kullanılması durumunun *hak ehliyetsizliği* sonucunu doğuracağı ve bunun da âdil olmayan sonuçlar yaratacağı gerekçesiyle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mutlak (*absolut höchstpersönliche Rechte*) ve nispi (*relativ höchstpersönliche Rechte*) olmak üzere ikiye ayrılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹³. Buna göre mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar tam ehliyesiz adına yasal temsilci tarafından kullanılamamalı; fakat nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından ise bu mümkün olmalıdır. Öğretide bu görüş, hangi hakların mutlak hangilerinin ise nispi nitelik taşıdığı yönünde bu fikri savunan yazarlar arasında bir görüş birliği bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁹⁴. Nitekim mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak çoğunluk tarafından nişanlanma, evlenme, soybağının reddi, babalık davasının açılması gösterilirken; nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak ise kişiliğin korunmasına ilişkin davaların açılması, ergin kılınma istemi gösterilmektedir¹⁹⁵. Öğretide diğer bir görüşe göre¹⁹⁶, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bu şekilde bir ayrıma tâbi tutulmasına gerek

kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak gösterilebilir. **DURAL/ÖĞÜZ**, s.78 vd. Ayrıca bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.317; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.435 vd. Başka bir tanıma göre ise; kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, hakkın kullanılması konusundaki kararın bizzat hak sahibi tarafından alınması gereken ve hak sahibinin korunması amacı güden, hak sahibinin karar verme ve verdiği kararı uygulama özgürlüğünü güvence altına alan kişi varlığı haklarıdır. **KARAKAŞ** Fatma Tülay, Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.32.

¹⁹³ **İMRE** Zahit, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), İkinci Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.367 vd.; **BAYGIN**, s.314 vd.; **KARAKAŞ**, s.58; **ÖZSUNAY** Ergun, Medeni Hukuka Giriş, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986, s.246 vd.; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.144. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **DURAL/ÖĞÜZ**, s.79 vd.; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s.240.

¹⁹⁴ **DURAL/ÖĞÜZ**, s.81vd.; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.445.

¹⁹⁵ Öğretide yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına boşanma davası açıp açamayacağı tartışma konusu olmuştur. Boşanma davası açma hakkını mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak gören yazarlar, yasal temsilci tarafından boşanma davası açılmayacağını savunurken, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, tam ehliyetsizin yararı bulunması şartıyla, yasal temsilci tarafından kullanılabileceğini savunan yazarlar ise, bu durumda da tam ehliyetsizin çıkarı doğrultusunda karar verilmesi gerektiği görüşündedirler. Öğretide ayrıca bu konuda boşanma sebebine göre bir ayırım yapılması gerektiği de savunulmuştur. Bu görüşe göre zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürme gibi mutlak boşanma sebeplerinin varlığı hâlinde yasal temsilcinin dava açabileceği kabul edilmeli; buna karşılık örneğin anlaşmalı boşanma, evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile açılacak davalarda farklı sonuca varılmalıdır. Öğretide, hak ehliyetine sahip olmak ile belli bir hakka sahip olmak arasında bir ayırım yapılması gerektiği, hakkın mahiyeti gereği bazı haklardan yararlanılabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olunması gerektiği ifade edilmiştir. Geçimsizlik nedeniyle boşanma davası açma hakkının, ortak hayatı sürdürmenin çekilmez hâle geldiğinin bizzat kişi tarafından hissedilmesi gerektiği gerekçesi ile kişiye sıkı sıkıya bağlı bu haktan yararlanabilmek için ayırt etme gücüne sahip olunması gerekeceği belirtilmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. **İMRE**, 392 vd.; **TEKİNAY** S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.245 vd.; **ANTALYA**, Medeni Hukuka Giriş, s.192; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.84; **AKİPEK /AKINTÜRK /ATEŞ**, s.321; **ARPACI** Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.53 vd.; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.142. İsviçre Hukuku için bkz. **GEİSER** Thomas/ **FOUNTOULAKIS** Christiana (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Helbing& Lichtenhahn Verlag, 6. Auflage, 2018, (BSK ZGB I-**FANKHAUSER**), Art.18, Rn.13. Yargıtay vermiş olduğu kararında karısı zina yapan tam ehliyetsizin temsilci aracılığı ile boşanma davası açmasına olanak tanınmasının kamu düzeninin korunması, kişinin onurlu yaşama hürriyetinin kullanılmasının sağlanması için gerekli olduğunu belirtmiştir. Yarg. 2. H.D., 24.06.1993, E.1993/5968, K.1993/6507. Ayrıca bkz. Yarg. 20. H.D., 27.12.1994, E. 1994/10866, K.1994/16256, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁹⁶ **ATAAY**, Şahıslar Hukuku, s.94 vd.; **KÖPRÜLÜ**, s.219; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.82. *Dural/Öğüz*'e göre; TMK m.16/1, c.2 sadece sınırlı ehliyetsizler bakımından bir sınırlama getirmekte, tam ehliyetsizlik durumunda da kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılamayacağı anlamı taşımamaktadır. TMK m.16/1 uyarınca; "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle

olmaksızın, kural bu hakların yasal temsilci tarafından kullanılamaması olmakla birlikte, tam ehliyetsizin çıkarının gerektirmesi hâlinde yasal temsile cevaz vermek gerekir¹⁹⁷. Öğretide ayrıca,¹⁹⁸ her iki görüşün birlikte değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılarak, hak sahibinin korunması gereğinin bulunduğu ve kişiye bağlılığın çok sıkı olmadığı hâllerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci aracılığıyla kullanılmasında tam ehliyetsizin çıkarı bulunduğundan buna cevaz verilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.

ccc. Sınırlı Ehliyetsizler

aaaa. Genel Bilgi

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar bakımından sınırlı bir ehliyetsizlik durumu mevcuttur. Bu kişiler belli başlı işlemleri kendi başlarına yapabildiklerinden onlar için sınırlı ehliyetsiz terimi kullanılmaktadır¹⁹⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 16. madde hükmünde, bu kişilerin yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleri ile borç altına giremeyecekleri belirtilmiş, karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma durumunda ise bu rızanın gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlıların haksız fiillerinden sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır.

Hukukumuzda onsekiz yaşını doldurmamış olanlar küçük sayıldıklarından bu kişiler, ayırt etme gücü bulunduğu takdirde, sınırlı ehliyetsiz sayılacaklardır. Kanunumuz fiil ehliyetini düzenlerken yaştan çok erginliğe önem verdiği için onsekiz yaşını doldurmamasına rağmen evlenme yahut ergin kılınma ile birlikte kişinin tam fiil ehliyetini kazanması mümkündür²⁰⁰.

borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Aynı yönde bkz. ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.59; İMRE, s.394.

¹⁹⁷ SAYMEN/KÖPRÜLÜ, s.255; ATAAY, Şahıslar Hukuku, s.94 vd. Konuya ilişkin tartışma ve açıklamalar için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.317 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s.81 vd. vd. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, kişiyi ve onun hislerini yakından ilgilendirmesi sebebi ile bu hakların yasal temsilci tarafından kullanılamaması durumunda "yasal temsil düşmanlığından" söz edilmektedir. DURAL/ÖĞÜZ, s.79; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.60; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.435. Yazar, kişiye sıkı biçimde bağlı haklardaki temsil yasağının tam ehliyetsiz yararına öngörülmüş olduğundan hareketle bunun tam ehliyetsizin çıkarını zedeleyen bir hâl almasının kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda buradaki temsil düşmanlığı mutlak bir düşmanlık olmayıp, "amacıyla sınırlı" bir temsil yasağı söz konusudur.

¹⁹⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s.82 vd.

¹⁹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.97; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.78.

²⁰⁰ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.322; DURAL/ÖĞÜZ, s.53 vd.

Daha önce Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesine atıfla belirttiğimiz²⁰¹ kısıtlılık hâlinde de sınırlı ehliyetsizlik durumu söz konusudur. Belirtmek gerekir ki; akıl hastalığı, akıl zayıflığı belirli durumlarda alkol veya uyuşturucu madde bağımlılıkları dışındaki kısıtlıların büyük bir kısmı ayırt etme gücüne sahiptirler²⁰².

Kanun'un 410. maddesi uyarınca kısıtlama kararı kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilân edilir. Kısıtlanma kararı ilân edilmiş olmadıkça iyiniyetli kişilerin kısıtlılarla yasal temsilcisinin rıza veya onayını almaksızın yaptıkları hukukî işlemler bakımından mahkeme kararı ile kısıtlanmış kişiler tam ehliyetli gibi sorumlu olurlar²⁰³. Bu durumda üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaktadır.

bbbb. Hukukî İşlem Ehliyeti Açısından Sınırlı Ehliyetsiz Kişilerin Durumu

Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinde ifade edildiği üzere sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendilerini borç altına sokan hukukî işlemlere taraf olamazlar²⁰⁴. Bu bağlamda Kanunda küçükler bakımından velâyet; kısıtlılar bakımından ise vesayet kurumu düzenlenmiştir²⁰⁵. Velâyet altındaki kişilerin hukukî işlemleri yapabilmeleri için yasal temsilcilerinin (ana ve babanın) rızası yeterli olmakla birlikte, kişi eğer vesayet altında ise Türk Medeni Kanunu'nun 462. ve 463. maddelerinde sayılan bazı işlemler açısından yasal temsilcinin rıza göstermesi yeterli olmayacak, ayrıca vesayet ve denetim makamlarının da izni aranacaktır²⁰⁶. Sınırlı ehliyetsizin yapacağı borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerine yasal temsilcinin katılımı kamu düzenine ilişkin olduğundan sözleşme ile taraflarca bertaraf edilemeyen emredici kural niteliğindedir²⁰⁷.

²⁰¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 1, b, bb, aaa, cccccc.

²⁰² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.322.

²⁰³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.323. Ayrıca bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s.91; ANTALYA/TOPUZ, s.181.

²⁰⁴ Belirtmek gerekir ki, sınırlı ehliyetsizlerin başkalarının temsilcisi sıfatı ile borç doğuran işlemleri yapabilecekleri kabul edilir. Zira bu durumda sınırlı ehliyetsiz kişinin yapacağı hukukî işlemler sonuçlarını temsil edilen üzerinde doğuracaktır. Bu bağlamda sınırlı ehliyetsiz kimsenin temsilci sıfatı ile gerçekleştirdiği bu işlemlerin geçerliliği, kanuni temsilcinin rızasına tâbi olmayacaktır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.111 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s.94.

²⁰⁵ TMK m.335/1, c.1 hükmü uyarınca; ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. TMK m.342/1 hükmüne göre, ana ve baba velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocukların yasal temsilcisidirler. Yine Kanun'un 404. maddesinde velâyet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağı ifade edilmiştir. Kanunun 419. maddenin son fıkrasında kısıtlanan ergin çocukların kural olarak vesayet altına alınmayıp velâyet altında bırakılacağı belirtilmiştir. TMK m.448 uyarınca ise, vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukukî işlemlerinde temsil eder.

²⁰⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.111 vd.

²⁰⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s.86.

Yasal temsilcinin rızası, işlem yapılmadan önce verilmesi hâlinde “*izin*”; işlemin yapılmasından sonra verilmesi halinde ise “*onay (icazet)*” adını alır. Rızanın işlemin yapıldığı sırada açıklanması durumunda ise “*işleme katılma*” söz konusu olacaktır²⁰⁸. İşlem tamamlanıncaya kadar rıza beyanının geri alınması mümkün olmakla birlikte, işlemin tamamlanmasından sonra verilen rızasının geri alınması mümkün olmayacaktır²⁰⁹.

Sınırlı ehliyetsizin yaptığı bir işleme rıza verip vermemek yasal temsilcinin kararına bağlı olmakla birlikte, Türk Medeni Kanunun 461. madde hükmüne göre ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyetle bulunabilecektir.

Rıza belirli tek bir işlem için verilebildiği gibi, rızanın birden fazla işlemi kapsayacak şekilde de verilmesi mümkündür. Bu durumun en tipik örneği olarak belirli bir meslekle uğraşmaya yönelik verilen izin gösterilebilir²¹⁰. Fakat öğretide bu tarz genel ve götürü izinler bakımından TMK m.16 hükmünün devre dışı kalmasını engellemek adına, iznin kapsamına giren işlemlerin çerçevesinin az çok belirlenebilir çizgilerle çizilmesi gerektiği ifade edilmektedir²¹¹. Türk Medeni Kanunu’nun 453. maddesinde vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmesi durumunda o kişinin bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkili olduğu belirtildikten sonra bu tür işlemlerden dolayı da tüm malvarlığıyla sorumlu olacağı ifade edilmiştir²¹². Bu konuda iş sözleşmeleri bakımından öğretide ileri sürülen görüşler söz konusu kanun hükmünü incelerken açıklanacak olmakla beraber²¹³ ifade edelim ki, bizim de katıldığımız görüşe göre²¹⁴, bu

²⁰⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.102; ANTALYA/TOPUZ, s.180; DURAL/ÖĞÜZ, s.87; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.330; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.79; ERMAN, Medeni Hukuk, s.149; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.247 vd.

²⁰⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.103; DURAL/ÖĞÜZ, s.89; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.80. ARPACI, s.61.

²¹⁰ SEROZAN, Medeni Hukuk, s.448.

²¹¹ SEROZAN, Medeni Hukuk, s.448.

²¹² Yarg. 12. H.D., 22.09.1980, E.1980/4848, K.1980/6601, <https://www.lexpera.com.tr/>

²¹³ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, c.

²¹⁴ AKYİĞİT, Şerh, C.1., s.438; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.113. Yazar yasal temsilci tarafından iş sözleşmesi yapmaya ve iş ve sanatla uğraşmaya yönelik verilen yetkinin, onun sözleşmedeki edimlerden sorumluluğu ve alacaklarını alması imkânını da kapsayacağını ve bu bağlamda ücretin tahsili için yasal temsilciden ayrıca onay almasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.184; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.492; DEMİR, Bireysel İş Hukuku, s.130; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.81 vd.; ZİYAN Ayşe, “Çocukları Temsilen Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerine İlişkin Sözleşmelerin Akdedilmesi”, Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu, 4-5 Kasım 2021, Bildiri Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.866; YALÇINTAŞ Didem, Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.49; DEMİR Fevzi, “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı 2012), s.567; AVCI, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.1407; URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk ve Gençler,

durumda yasal temsilcinin ayrıca izin veya icazeti aranmaksızın geçerli bir iş sözleşmesi yapılabilecektir.

Belirtelim ki, işlem yapıldıktan sonra, yasal temsilci henüz iradesini açıklamadan, sınırlı ehliyetsiz kişinin tam fiil ehliyetini kazanması durumunda işlem, tam fiil ehliyetini kazanan sınırlı ehliyetsizin onayı ile de geçerli hâle gelebilecektir²¹⁵. Fakat yasal temsilcinin işleme onay vermemesi ve bu arada sınırlı ehliyetsizin tam fiil ehliyetini kazanmış olması ihtimâlinde, sınırlı ehliyetsizin fiil ehliyetini kazandıktan sonra verdiği onay işlemi geçerli hâle getirmeyecek, işlemin yeniden yapılması gerekecektir²¹⁶.

Sınırlı ehliyetsizlerin ayırt etme gücüne sahip olmaları, kendilerine az çok hareket serbestliğini tanınmasını gerekli kılar²¹⁷. Bu nedenledir ki, TMK m.16/1, c.2 hükmünde, karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada yasal temsilcilerinin rızasının gerekmeceği ifade edilmiştir. Sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin iznine ihtiyaç duymadan bağış kabul edebilecekleri gibi, isim değiştirme davası yahut boşanma davası da açabilirler²¹⁸. Bu bağlamda sınırlı ehliyetsizlerin, bizzat kendi eylemleriyle haklar ve borçlar yaratma iktidarına sahip oldukları alanlarla sınırlı olarak dava ehliyetine de sahip olduklarını söyleyebiliriz²¹⁹. Türk Medeni Kanunu kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmasına rağmen bazı hallerde yasal temsilcinin rızasını şart koşmaktadır. Nişanlanma (m.118), evlenme (m.126), tanıma (m.295) gibi hukuki işlemler bakımından bu rıza gerekli görülmektedir.

TMK m.451 hükmünde ifade edildiği üzere; “*Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi, vasiinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir*”. Sınırlı ehliyetsiz kişiler malvarlığında bir azalma doğuracak mahiyette

s.210; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, “*Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C.15, s.524; **KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK**, s.102; **BAKIRCI**, s.159; **DİNÇ**, s.68; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 320, Rn.24.

²¹⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.103; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.88; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.447.

²¹⁶ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.103, dn.336; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.88; **KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ /FIRAT ŞİMŞEK**, s.100; **AKKURT**, s.127; **İMRE**, s.407

²¹⁷ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.321 vd.

²¹⁸ **NOMER**, s.75 vd.; **KAYIHAN**, s.176 vd. Türk Medeni Kanunu’nun 462. maddesine göre, dava açma bakımında yasal temsilcinin rızası gerekli olsa da kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması amacını taşıyan davalar bakımından bu iznin gerekli olmadığı öğretide savunulmaktadır. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.325. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.100; **ANTALYA/TOPUZ**, s.146. Konuya ilişkin olarak Yarg. 4 H.D., 21.09.1995, E.1995/5439, K.1995/6448, <https://www.lexpera.com.tr/>

²¹⁹ **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.355; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s.107 vd.; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.93 vd. Ancak *İmre*, boşanma davasının sonucu sınırlı ehliyetsize külfetler getireceğinden bu durumda yasal temsilcinin rızasının gerekli olduğunu savunmaktadır. **İMRE**, 410.

işlemleri kendi fiilleriyle yapamayacaklardır. Bu bağlamda satış sözleşmesinde olduğu gibi sınırlı ehliyetsize borç yükleyen işlemleri ve rehin, intifa, oturma hakkı tesisinde olduğu gibi bir takım tasarruf işlemlerini kendi başlarına yapmaları mümkün değildir²²⁰.

Kanun'un 449. maddesinde "Yasak İşlemler" başlığı altında vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmanın yasak olduğu düzenlenmiştir²²¹. Böylece bu tür işlemleri ne sınırlı ehliyetsizin kendisi ne de onun adına yasal temsilci yapabilecektir.

Kanun'un 451. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişinin vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebileceği veya bir haktan vazgeçebileceği ifade edildikten sonra yapılan işlemin diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içinde onanmaması hâlinde, diğer tarafın bununla bağlı olmaktan kurtulacağı hüküm altına alınmıştır. Öğretide bu yaptırımı ifade etmek üzere tek taraflı bağlamazlık yaptırımı²²² yahut askıda geçersizlik²²³ terimleri kullanılmaktadır. Bu yaptırım durumunda karşı tarafın bu hukuki işleme bir nevî bozucu şartla bağlanmış olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²²⁴ Yine belirtmek gerekir ki, Kanun'un 452. maddesi uyarınca; *"Vasinin onamadığı işlemlerde taraflardan her biri verdiği geri isteyebilir. Ancak, vesayet altındaki kişi, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur"*. Sınırlı ehliyetsiz yasal temsilcinin onay vermemesi üzerine, elde etmiş olduğu kazançları sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade edecektir²²⁵.

Sınırlı ehliyetsizin önceden izin almaksızın bir işlem yapması hâlinde üçüncü kişi, yasal temsilcinin rızasının açıklanmasını ne zamana kadar beklemelidir sorusunun da cevaplanması gerekir. Türk Medeni Kanunu m.451/2 hükmüne göre; *"Yapılan işlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içinde onanmazsa, diğer taraf bununla bağlı olmaktan kurtulur"*. Alman Hukuku'na göre bu süre, üçüncü kişi tarafından

²²⁰ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.328 vd.

²²¹ TMK m.342/3 uyarınca: *"Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır"*.

²²² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.324; ZEVKLİLER /ERTAŞ /HAVUTÇU /ACABEY, s.93; AKKURT, s.127. Ayrıca bkz. YHGK, 14.12.2021, E.2018/12-67, K.2021/1672, <https://kazanci.com.tr/>

²²³ DURAL/ÖĞÜZ, s.89 vd.; KAYIHAN, s.175; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.447; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.106; ANTALYA/TOPUZ, s.180; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.596; HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.73; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.80; ERMAN, Medeni Hukuk, s.150.

²²⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.331.

²²⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.333; DURAL/ÖĞÜZ, s.90.

yapılan, yasal temsilciye iradesini açıklamasına ilişkin ihbarın varmasından itibaren 2 haftadır (§108/2 BGB). Kanaatimizce bu süre Türk Hukuku bakımından da dikkate alınabilir.

Belirtelim ki, iyiniyet tıpkı tam ehliyetsiz karşısında korunmadığı gibi, sınırlı ehliyetsiz karşısında da korunmayacaktır. Bu bağlamda kişi hukuki işleme giriştiği karşı tarafın ehliyetsiz olduğunu bilmiyorsa -TBK m.65 hükmü saklı kalmak kaydıyla- bu ehliyetsizliğe karşı herhangi bir talepte bulunamaz²²⁶. Fakat ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsiz hileyle kendisini tam ehliyetli gibi göstermiş ise haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir. Zira Türk Medeni Kanunu m.452/2 hükmü uyarınca; “*Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur*”²²⁷. Bu hüküm doğrultusunda sınırlı ehliyetsiz kendisini tam ehliyetli gibi göstermişse, karşı tarafın sözleşmeye güvenden doğan zararını (olumsuz zarar) gidermekle yükümlü olacaktır²²⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Kanun’un m.410/2 hükmü uyarınca; kısıtlama kararının ilânından önce ayırt etme gücüne sahip kısıtlı ile bir hukukî işlemin yapılması ihtimalinde, işlemi yapan iyiniyetli tarafa karşı kısıtlama kararı ileri sürülemeyecek, işlem geçerli kabul edilecektir.

cccc. Hukuka Aykırı Fiiller Açısından Sınırlı Ehliyetsiz Kişilerin Durumu

Türk Medeni Kanunu m.16/2 hükmü uyarınca; “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludur*”.

Sorumluluğun varlığı için kusurun arandığı durumlarda, kusurun bir kişiye isnat edilebilmesi için ayırt etme gücünün varlığı yeterli olduğundan sınırlı ehliyetsiz kişilerin sorumluluğu da gündeme gelecektir. Bu nedenle sınırlı ehliyetsizler kanunda kusura bağlanan tüm sonuçlardan sorumlu olacakları gibi, kusursuz sorumluluk hâllerinden doğan zararlardan da sorumlu olacaklardır²²⁹. İfade edelim ki, öğretide işçinin kusur sorumluluğu belirlenirken işin belirli bir teknik ya da eğitim tecrübesi gerektirip gerektirmediği (objektif ölçüt) ve işçinin işverence bilinen yahut bilinmesi gereken yetenek ve niteliklerinin (sübjektif ölçüt) dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir²³⁰.

²²⁶ SEROZAN, Medeni Hukuk, s.449.

²²⁷ Ayrıca bkz. Yarg. 13. H.D., 20.06.2019, E.2016/13529, K.2019/7474, <https://kazanci.com.tr/>

²²⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.106; ANTALYA/TOPUZ, s.547.

²²⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.114; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.335. Ayrıca bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 94.

²³⁰ BAYCIK, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, s.102.

ddd. Sınırlı Ehliyetliler

Sınırlı ehliyetliler aslında fiil ehliyetine sahip kişilerdir. Çünkü bu kişiler ayırt etme gücüne sahip, ergin olan ve kısıtlanmamış kişilerdir; fakat korunmaları düşüncesi ile Kanun'da sayılan bazı işlemleri bizzat yapamamaktadırlar. Bu nedenle öğretide fiil ehliyeti türleri incelenirken sınırlı ehliyetliler olarak ayrı bir başlık açmanın doğru olmayacağını savunan yazarlar bulunduğu gibi²³¹, bir kısım yazar ise aksi görüşte olup sınırlı ehliyetliler başlığı altında bu kişilerin de ayrıca incelenmesi gerektiğini savunmaktadırlar²³².

Türk Medeni Kanunu'nun 429. madde hükmünde belirtilen ve korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen kimseler ifadesi sebebi ile bu kişilerin tam ehliyetli, tam ehliyetsiz yahut sınırlı ehliyetsiz kategorisinden farklı olarak sınırlı ehliyetli olarak nitelendirilmesinin ve ayrı başlık altında incelenmenin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz²³³. Bu nedenle çalışmamızda kendisine yasal danışman atanan kimseler sınırlı ehliyetli kategorisinde incelenecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye belirli işler bakımından görüşü alınmak üzere yasal danışman atanacağı belirtilmiştir. Bu hükümde dokuz bent hâlinde sayılan işlemler dışında kalan işlemler bakımından bu kişiler tam ehliyetli sayılırlar. Kanunda sayılan bu hukuki işlemler; dava açma ve sulh olma, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, bağışlama, kambiyo taahhüdü altına girme ve kefil olmadır. Kendisine yasal danışman atanan kişiler Kanunda sayılan bu hukuki işlemleri ancak yasal danışmanın muvaffakati ile yapabileceklerdir. Bu durumda işlemi yapan sınırlı ehliyetli olmakla birlikte yasal danışmanın da olurlarını alması gerekecektir. Yasal danışman bu bağlamda yasal temsilci kavramından farklılık arz etmektedir. Sayılanlar arasında iş sözleşmesi bulunmadığı için bu konuda iş sözleşmesi açısından bir farklılık olmayacaktır.

²³¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.65 vd.; KÖPRÜLÜ, s.214; ERMAN, Medeni Hukuk, s.142; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.262 vd.

²³² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.114; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.64 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.336; ANTALYA/TOPUZ, s.178 vd.; ESENER/DEMİR, s.169; ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY, s.89; VELİDEDEOĞLU, s.190; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.47 vd.; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s.285; HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.47.

²³³ Aynı yönde bkz. HATEMİ, Kişiler Hukuku, s.21.

Kendisine yönetim danışmanı atanan kimse söz konusu olduğunda, malvarlığının sermaye bölümü üzerindeki işlemler ya yönetim danışmanının onayı ile kendisine yönetim danışmanı atanan kişi tarafından yapılacak ya da bu işlemler yönetim danışmanı tarafından bizzat yapılacaktır²³⁴. Aksi durumda işlem geçersiz olacaktır. Bu durumda mallarının yönetimi ile ilgili işlemler açısından kendisine yasal danışman atanan kişilerin kısıtlanmış gibi olduğunu söyleyebiliriz²³⁵.

İfade etmek gerekir ki, tıpkı sınırlı ehliyetliler konusunu incelerken belirttiğimiz gibi sınırlı ehliyetlilerin rıza veya onay verilmeden yaptıkları hukuki işlemlerin yaptırımını da kural olarak “askıda geçersizlik/tek taraflı bağlamazlık” yaptırımındır²³⁶.

2. Sözleşmenin Konusunun Emredici Hükümlere, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına ve Genel Ahlâka Aykırı Olmaması

a. Genel Bilgi

İrade özerkliğinin doğal bir sonucu olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gerek Türk Borçlar Kanunu’nda gerekse Anayasa’da teminat altına alınmıştır. Sözleşmeler hukukunun en temel ilkesi olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi; sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini ve tipini seçme özgürlüğü ve nihayet sözleşmenin değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması özgürlüğünü de içine alan bir kavramdır²³⁷. Sözleşme özgürlüğü, özel hukuk kapsamındaki

²³⁴ ANTALYA/TOPUZ, s.179.

²³⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.116.

²³⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.340.

²³⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.362; EREN, s.338; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.505; ERMAN Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, İÜHFD, C.38, S.1-4, s.602; BAŞPINAR Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s.17; EKONOMİ, İş Hukuku, s.86; AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 28. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.55; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.115 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.61 vd.; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.171; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.240 vd.; NOMER, s.78 vd.; GÜVEN/AYDIN, s.154; ERCOŞKUN ŞENOL Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, İÜHFM, C. LXXIV, S.2, 2016, s.712 vd.; ERTÜRK Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.62; KARABAĞ BULUT, s.5; HEPER Hande, İş İlişkisinde İşçinin Rızası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.49; TUTAR, s.103; VON TUHR/PETER, s.247; KELLER/SCHÖBİ, s.92; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.17; REHBINDER Manfred/ STÖCKLI Jean-Fritz, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Stämpfli Verlag, 2010, Art.320, Rn.11; HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/WIEGAND Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing & Lichtenhahn Basel, 6. Auflage, 2015, (BSK OR I- HUGUENIN/MEISE), Art.19/20, Rn.8 vd.; HUGUENIN, OR, Rn.151; KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Stämpfli Verlag Bern, 3. Auflage, 2009, §13, Rn.2; MEDICUS Dieter/LORENZ Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22., neue bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2021, §9, Rn.2 vd.; ZÖLLNER Wolfgang/LORITZ Karl-Georg/HERGENRÖDER Curt Wolfgang, Arbeitsrecht, 7. Auflage, C.H.Beck, 2015, s.463; NEUNER Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, C.H.Beck, 2020,

temel özgürlükler bütününe bir parçasıdır²³⁸. İş sözleşmesi özgürlüğü de aynı şekilde işçi ve işveren tarafının iş sözleşmesini yapıp yapmama, tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme ve iş sözleşmesini sona erdirmeye özgürlüklerini ifade etmektedir. Fakat belirtelim ki iş hukukunda özellikle işçiyi koruma gayesi ile sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı birçok düzenleme mevcuttur.

Anayasa'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" kenar başlıklı 48. maddesinde "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" ifadesi yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. madde hükmü uyarınca, "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde serbestçe belirleyebilirler*"²³⁹. Bu bağlamda taraflar kural olarak sözleşmenin konusunu serbestçe tayin edebilme hakkına sahiptirler. Ancak bu özgürlüğün de tıpkı diğer özgürlükler gibi sınırsız olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. İleride açıklayacağımız üzere²⁴⁰, özellikle iş sözleşmeleri gibi sosyo-ekonomik açıdan eşit olmayan taraflar arasında kurulan sözleşmeler bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlanmadığı bir düzende âdil bir sözleşmenin kurulması çoğunlukla mümkün olmayacağı için, sözleşme serbestisi kavramı ile yetinmeden sosyal hukuk devleti kavramından hareketle güçsüz olan sözleşen tarafı koruyacak kuralların geliştirilmesi de gerekmektedir²⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağı ifade edilmiştir²⁴². Bu nedenle sözleşen tarafların kanunun belirlemiş olduğu sınırlar içinde bir serbestliğe sahip olduğunu söylemek gerekir.

§10, Rn.33 vd.; **GEISER** Thomas/**MÜLLER** Roland/**PÄRLI** Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2019, s.119 vd.; **GIGER** Hans, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, Band 26, 1989, s.13; Yazar sözleşme özgürlüğü ilkesinin İsviçre Borçlar Kanunu'nun temel direği olarak kabul edildiğini belirtmektedir. **SCHWENZER** Ingeborg/**FOUNTOULAKIS** Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2020, s.190.

²³⁸ BSK OR I- **HUGUENIN/MEISE**, Art.19/20, Rn.5.

²³⁹ İsviçre Hukuku'nda Art.19 hükmü uyarınca da kanundaki sınırlar dâhilinde sözleşmenin içeriği serbestçe belirlenebilir. Kanun hükümlerine aykırı anlaşmalara ancak kanunun değiştirilemez bir hüküm getirmeyeceği ve aykırılığın kamu düzenini, ahlâkı ve kişilik haklarını ihlâl etmediği ölçüde izin verilebilir.

²⁴⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B, 2.

²⁴¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.506.

²⁴² Öğretide, Anayasa'nın sözünü ettiğimiz ilgili maddesinin, sözleşme yapma konusunda herhangi özel bir sınırlama sebebi içermemesi, buna karşılık TBK m.27/1 hükmünde ise belirli sınırlamaların öngörülmesinin normlar hiyerarşisine aykırılık yaratıp yaratmadığı meselesi tartışılmıştır. Öğretide bir görüş, TBK'nın ilgili maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı, sınırsız sözleşme özgürlüğünün diğer temel hak ve özgürlüklerle çelişeceği ve temel hak ve özgürlüklerin eşyanın doğasından kaynaklı sınırlamalara tâbi tutulabileceğini savunmaktadır. Bkz. **ÜNAL** Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.59; **KAŞAK**

Belirtmek gerekir ki, söz konusu genel nitelikteki hükümler, özel hukuk alanındaki tüm sözleşmelere, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde ve özel hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacaktır²⁴³.

b. Emredici Hükümlere Aykırı Olmama

aa. Genel Bilgi

Emredici hükümler, taraf iradeleri ile bertaraf edilemeyen, mutlak uygulanmayı gerektiren ve bu yönüyle tarafların irade özerkliğini sınırlayan hükümlerdir²⁴⁴. Tarafların emredici hukuk kuralına aykırı olarak yaptıkları bir sözleşmenin kural olarak geçerliliğinden bahsedemeyiz. Bu bağlamda bu kuralın kamu hukuku ya da özel hukuka ilişkin bir kural olması yahut tarafların işlemin hukuka aykırılığını bilip bilmemesi fark yaratmayacaktır²⁴⁵. Kimi emredici hükümler

Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.240. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **ATEŞ** Derya, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralı", TBB Dergisi, S.72, 2007, s.78, dn.15; **ATEŞ** Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.57 vd. Öğretide *Arslan*'a göre, Anayasa m.48 hükmünde ifadesini bulan "sözleşme özgürlüğü"ne ilişkin bir sınırlama Anayasa'da yer almamaktadır. Anayasa'da genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması ile birlikte, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve özgürlükler açısından Anayasa'daki diğer sınırlama sebepleri dikkate alınarak sorun giderilebilir. **ARSLAN** Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı, Y.2002, C.18, S.1, s.143. **Gözler**, Anayasa m.13'te ifade edilen genel sınırlama sebeplerinin (devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, millî egemenlik, Cumhuriyetin korunması, millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk, genel sağlık) kaldırılması sebebi ile yorum yoluyla genel sınırlama sebepleri yaratılamayacağını, sözleşme özgürlüğü de dahil bazı hakların herhangi bir şekilde sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olacağını ifade etmektedir. **GÖZLER** Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İstigal Örneği" Anayasa Yargısı, Y.2002, C.18, S.1, s.348 vd.

²⁴³**BK-KRAMER**, Art. 19-20 OR, Rn.125; **KARABAĞ BULUT**, s.9; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.44 vd.; **CANIKLIOĞLU**, Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi, s.78; **CANIKLIOĞLU**, Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi, s.77.

²⁴⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.536; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.249; **REİSOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.134; **EREN**, s.359; **GÖZLER** Kemal, Hukuka Giriş, Güncellenmiş 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022, s.268; **KARAHASAN** Reşit Mustafa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti Yargıtay Kararları, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.268; **ERMAN**, Akit Serbestisi, s.609; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.46; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.165; **SÜZEK** Sarper, "İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", Yiğit Okur'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, s.359; **ERCOŞKUN ŞENOL**, İçeriği Belirleme Özgürlüğü, s.723; **ÜNAL**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.64; **KAŞAK**, s.250. Yarg. 3. H.D., 25.04.2017, E.2016/3414, K.2017/5913; <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 6. H.D., 31.05.2016, E.2016/770, K.2016/4259; <https://www.lexpera.com.tr/> YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 3. H.D., 10.03.2022, E.2022/808, K.2022/2130, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 6. H.D., 28.11.2022, E.2021/5900, K.2022/5513, <https://www.lexpera.com.tr/>

²⁴⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.534; **EREN**, s.358; **KAŞAK**, s.254; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.169 ve s.171; **HATEMİ** Hüseyin, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2059, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 457, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.146; **KAŞAK**, s.273; **ANTALYA**, s.454; **VON TUHR/PETER**, s.254. Emredici hükümlere aykırılık ifadesinden özel hukukta düzenlenen emredici hükümlerin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **KOLLER**, OR, §13, Rn.107. Kamu hukukunda yer alan emredici hükümlere aykırılık durumunda ise kamu düzenine aykırılığın söz konusu olacağı yönündeki görüş için bkz. **KOLLER**, OR, §13, Rn.124. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **GAUCH** Peter/**SCHLUEP** Walter R./**SCHMID** Jörg/**REY** Heinza, Schweizerisches

vardır ki bu hükümler ihlâl edildiğinde kamu yararı sağlama amacı ikinci plâna atılmakta, asıl amaç bireysel menfaatlerin korunması olmaktadır²⁴⁶. Bu durumda da hükme aykırılığın korunmak istenen taraf lehine olduğu durumlarda sözleşmenin ayakta kalması sağlanabilecektir²⁴⁷. İş sözleşmeleri açısından bu durumla sıklıkla karşılaşılır. Belirtelim ki, emredici hükümlere aykırılık değerlendirmesinde sözleşmenin akdedildiği zaman esas alınmalıdır²⁴⁸.

Alman Hukuku'nun konuya ilişkin düzenlemesi, "*kanuni yasak (Gesetzliches Verbot)*" kenar başlığı altında §134 BGB hükmünde yer almaktadır. Alman Hukuku'nda emredici hüküm-yasaklayıcı hüküm ayrımı yapılmaktadır. "*Gesetzliche Verbot*" başlığı altında düzenlenen §134 BGB hükmünde kanundan farklı bir sonuç çıkmadıkça, kanunun yasaklayıcı hükmüne aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir²⁴⁹. Bu hüküm tarafların sınırsız bir sözleşme özgürlüğüne sahip olmadıklarını, hukuk düzeni çerçevesinde sınırlı bir özgürlüklerinin bulunduğunu göstermektedir²⁵⁰.

İsviçre Hukuku'nda ise Art.19/II OR hükmünde, kanundan sapan anlaşmalara emredici kanun hükümlerine, genel ahlâka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık içermediği müddetçe izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır²⁵¹.

Türk-İsviçre Hukuku'nda genelde "*emredici hükümler*" ile "*yasaklayıcı hükümler*" ayrımı yapılmamakta, emredici hükümler iki kavramı da içerecek şekilde kullanılmaktadır²⁵².

Bir hükmün emredici hukuk kuralı olup olmadığı bazen hükmün ifadesinden anlaşılabileceği gibi kimi zaman da o hükmün dayandığı esasın ve hükmün konulmasındaki amacın anlaşılması ile tespit edilir²⁵³. Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 146 ve 147.

Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 7. Auflage, 1998, Rn. 646; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.274; **HUGUENIN**, OR, Rn.403.

²⁴⁶ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.161.

²⁴⁷ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.161.

²⁴⁸ Sözleşme sonradan hukuka aykırı hâle gelirse geriye yürümezlik ilkesi (*Rückwirkungsverbot*) gereğince sözleşme geçerli kabul edilecektir. Ancak sözleşme genel ahlâkı ve kamu düzenini ihlâl ediyorsa söz konusu ilke uygulanmayacaktır. BSK OR I- **HUGUENIN/MEISE**, Art. 19/20, Rn.16.

²⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **NEUNER**, §45, Rn.1, s.544; **BROX/WALKER**, §14, s.159; **SCHMOECKEL** Mathias/**RÜCKERT** Joachim/**ZIMMERMANN** Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Mohr Siebeck, 2003, HKK/**DORN**, §134-137, Rn.1.

²⁵⁰ **NEUNER**, §45, Rn.1, s.544.

²⁵¹ İsviçre öğretisinde de Kanun'da hukuka aykırılık (*Widerrechtlichkeit/ Rechtswidrigkeit*) kavramının yasal bir tanımının bulunmadığı için hukuka aykırılık kavramının hükmün özellikleri dikkate alınarak ayrı ayrı incelenmesi ve böylece kavramın açıklığa kavuşturulması gerektiği yönünde bkz. **GIGER**, s.83 vd.

²⁵² YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/>

²⁵³ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.87; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.536; **EREN**, s.359; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.249; **KAŞAK**, s.294; **ÜNAL**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.64;

maddelerinde alacaklara ilişkin zamanaşımı süreleri belirlenmiş, 148. maddede ise bu zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu hükümle kanun açıkça emredici hüküm yaratmıştır.

Belirtmek gerekir ki; sözleşme özgürlüğünün kural, bu özgürlüğün sınırlandırılmasının ise istisna teşkil etmesi karşısında, hükmün emredici nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda yoruma rağmen kesin bir sonuca varılamıyorsa sözleşme özgürlüğüne üstünlük tanınmalıdır²⁵⁴. “İstisnalar dar yorumlanır” kuralı da bizi bu sonuca götürecektir²⁵⁵.

Emredici hükümler kimi zaman sözleşmenin her iki tarafını da korumayı amaçlarken (*zweiseitig zwingende Norm*), bazen sözleşmenin tek tarafını (zayıf olan tarafı) korumak amacıyla (*einseitig zwingende Norm*) getirilmiştir²⁵⁶. Özellikle İş Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da olduğu gibi bazı hükümler sözleşen taraflardan zayıf olanı korumak gayesiyle getirilmiştir. Bu durumda zayıf taraf aleyhine bir değişiklik yapılması söz konusu olamaz. Sosyal kamu düzenine ilişkin olan ve hangi tarafı koruyor ise o taraf aleyhine değiştirilmesi mümkün olmayan bu hükümlere “*nispi emredici hükümler*” denilmektedir²⁵⁷. İş Kanunu’nda bu tarz hükümlere sıkça rastlanır. Örneğin, işçinin iş güvencesinden yararlanmasının bir koşulu da en az otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışması gereğidir. İşçi sayısına ilişkin bu hüküm nispi emredici nitelik taşıdığından, taraflarca iş güvencesinden yararlanmak için otuz işçi sayısından daha az bir sayı belirlenebilir iken işçiyi korumak amacı ile daha üst bir sayı belirlenemeyecek, bu tarz bir sözleşme hükmü geçerli kabul edilmeyecektir. Öğretide de İş Kanunu’nda öngörülen bu ve çoğu hükmün işçi için asgari bir

REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.134; **ANTALYA**, s.454 vd.; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s.227; **KARABAĞ BULUT**, s.18 vd.; **VON TUHR/PETER**, s.253; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.14; **HEPER**, s.55; **HKK/DORN**, §§134-137, Rn.1; **VISCHER** Frank/ **MÜLLER** Roland M., Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band Obligationenrecht Besonderer Teil, Viertel Teilband, Der Arbeitsvertrag, Vierte, erweiterte Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, §9, Rn. 51. Doğrudan doğruya sözleşmenin konusuna ilişkin olmayıp sözleşmenin kurulmasını hedef alan yasaklayıcı kurallara aykırılık durumunda bu kuralların özelliği, anlam ve amacı dikkate alınarak yaptırımın belirlenmesi gerektiği konusunda bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.373 ve s.395 vd.; **ANTALYA**, s.452 vd.

²⁵⁴ **KAŞAK**, s.258; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.147; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.232.

²⁵⁵ **KAŞAK**, s.258; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.147; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.232.

²⁵⁶ **KARABAĞ BULUT**, s.19; **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.538 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1 s.88; **EREN**, s.359 vd.; **ESENER**, İş Hukuku, s.35; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.22; **SENYEN KAPLAN**, İş Hukuku, s.12; **BAKIRCI**, s.422; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.15; **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s.1; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.17; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.38 vd.; **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Doğa*, s.33 vd.; **PALANDT** Otto, Beck’sche Kurz-Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, C.H. Beck, 2021, (**PALANDT/ ELLENBERGER**), §134, Rn.9 vd.

²⁵⁷ Öğretide nispi emredici hüküm yerine tek taraflı emredici normlar ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. **EREN**, s.359 vd.

taban teşkil ettiği, bu tabanın üstüne çıkılabileceği fakat altına inilemeyeceği belirtilmiştir²⁵⁸. Buna karşılık İş Kanunu açısından -irade özerkliğinin hâkim olduğu borçlar hukuku alanında da olduğu gibi- mutlak emredici hükümler oldukça az sayıdadır.

bb. Emredici Hükümlere Aykırılığın Yaptırımı

Yukarıda belirttiğimiz gibi²⁵⁹ Alman Hukuku'nda emredici hüküm yasaklayıcı hüküm ayrımı yapılmaktadır²⁶⁰. Bu ayrımın temel sebebi içeriğe ilişkin olmayan yasaklayıcı hükümlerde uygulanacak yaptırımın hükmün lafzından yahut anlam ve amacından kaynaklanması olduğu görüşüdür²⁶¹. Dar anlamda emredici hükümler bir davranışı yasaklamaktan ziyade kendisine aykırı bir sözleşmenin geçerli olmadığını belirten içeriktedir²⁶². Bu nedenle dar anlamda emredici hükümlere aykırılık durumunda uygulanacak yaptırım kesin geçersizlik yaptırımı olmaktadır. "*Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları*" kenar başlıklı İş Kanunu m.21/son hükmünde bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği, aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme dar anlamda emredici norm niteliği taşımakta olup, sözleşen tarafların hâkimiyet alanına dâhil olmayan bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁶³.

Hükmün getiriliş amacının, belirli bir alanda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasından ziyade, belirli sebeplerle birtakım davranışların yasaklanması durumunda yasaklayıcı

²⁵⁸ **ESENER**, İş Hukuku, s.36; **EREN**, s.359 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.88; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.22; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.38 vd.; **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s.2; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.14; **KARAÇÖP/YAMAKOĞLU**, s.88; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Band I, Rn.647; **SENYEN KAPLAN**, İş Hukuku, s.12 vd.; **BAKIRCI**, s.422; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.17; **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Doğa*, s.33 vd. Ayrıca bkz. Yarg. 9 H.D., 10.10.2019, E.2016/7-1534, K.2019/1026; Yarg. 22. H.D., 30.09.2019, E.2017/24196, K.2019/17667; Yarg. 9.H.D., E.2018/10524, K.2019/9450; Yarg. 22. H.D., 12.03.2019, E.2016/7947, K.2019/5811, <https://kazanci.com.tr/>

²⁵⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 2, b, aa.

²⁶⁰ Bkz. §134 BGB. Söz konusu madde hükmü uyarınca; bir sözleşme ile kanunun yasaklayıcı hükmünün ihlâl edilmesi hâlinde, hükümden aksi anlaşılmadığı sürece sözleşme geçersiz olacaktır. **SOERGEL** Theodor, *Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Verlag W. Kohlhammer, 1999 (**SOERGEL/HEFERMEHL**), §134, Rn.4; **KIEL** Heinrich/**LUNK** Stefan/**OETKER** Hartmut (Hrsg.), *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, Band 1, Individualarbeitsrecht I, C.H. Beck, 5. Auflage, 2021, MHD ArbR /**BENECKE**, §32, Rn.7; **ZIMMERMAN** Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, s.701; **LARENZ/WOLF**, § 40, Rn.5.

²⁶¹ **AKBULUT**, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.185.

²⁶² **SOERGEL/HEFERMEHL**, §134, Rn.2; **HKK/DORN**, §§134-137, Rn.13 vd.; **TÜRE** Gökhan, *İş Sözleşmesinin Kurulması (İşçinin İşe Alınması)*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2021, s.81; **AKBULUT**, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.189; **KARABAĞ BULUT**, s.24; **DOĞAN YENİSEY** Kübra, *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s.69.

²⁶³ **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Yapı*, s.283.

hükümden bahsedilmektedir²⁶⁴. Bu bağlamda yasaklayıcı normlar, tarafların işlem yapma yetkisine sahip oldukları bir alanda, "işlemin içeriği", "elde edilecek sonuç" veya "işlemin yapıldığı andaki bazı özel hâl ve koşullar" dolayısıyla hukuki işlemin yapılmasını yasaklayan düzenlemelerdir²⁶⁵. Yasaklayıcı hükmün bir sözleşme ile ihlâl edilmesi durumunda, sözleşmenin ayakta kalması *yasaklayıcı hükmün amacına aykırı ise* sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir²⁶⁶. Yani yasaklayıcı hükmün amacı, bu hükme aykırı olan işlemin geçersiz sayılması ile sağlandığı takdirde işlem geçersiz olacaktır²⁶⁷. Kanun'da açık bir düzenleme bulunması durumunda yasaklayıcı normun ihlâli doğrudan sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu noktada öğretide sözleşmenin içeriğine ilişkin olan ve olmayan yasaklayıcı hükümler ayrımı yapılmıştır ve şu örnekler verilmiştir²⁶⁸: Bir kural sözleşmenin nerede, ne zaman yapılacağına ya da bazı bilgiler verilmeden yapılmamasına ilişkin ise sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemez. Örneğin Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Hakkında Kanun'da öngörülen ve bazı resmî tatil veya hafta tatili günlerinde belirli işyerlerinin açık kalmasını yasaklayan hükme rağmen kapalı olması gereken bir mağazadan müşterilere mal satıldığı örneğinde, sözleşme geçersiz sayılmamalı, mevzuatta öngörülen ceza hükümleri saklı kalmak kaydıyla işlem geçerli sayılmalıdır. Zira bu durumda yasak, doğrudan doğruya işlemin içeriğine yönelik değildir. Eğer kural sadece ifanın nerede, ne zaman ve nasıl yapılacağını belirleyerek yalnızca ifanın nasıl gerçekleştirileceğini düzenliyorsa doğası ve amacı gereği hukuki işlemin özüne etki etmez ve geçersizlik sonucunu doğurmaz. Öğretide bu tür hükümlerin düzen hükmü (*Ordnungsvorschriften*) olarak adlandırılması gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır²⁶⁹. Bir diğer konu da yasaklayıcı hükmün sözleşmenin taraflarına

²⁶⁴ KARABAĞ BULUT, s.23; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.189. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.538 vd.; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.81; SOERGEL/HEFERMEHL, §134, Rn.2; HKK/DORN, §§134-137, Rn.11 vd.

²⁶⁵ YHGK, 15.11.2017, E.2015/1389, K.2017/1368, <https://www.lexpera.com.tr/>

²⁶⁶ ANTALYA, s.456; KARABAĞ BULUT, s.23; ERCOŞKUN ŞENOL, İçeriği Belirleme Özgürlüğü, s.724; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.81; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.540; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.684; NEUNER, §45, Rn.1, s.544; SOERGEL/HEFERMEHL, §134, Rn.1; BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art.19-20, Rn.54; KOLLER, OR, §13, Rn.150; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.321 vd.

²⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.540; SOERGEL/HEFERMEHL, §134, Rn.6.

²⁶⁸ Açıklama ve örnekler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.541; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.195. Ayrıca bkz. KOLLER, OR, §13, Rn.155 vd.; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.141 vd.

²⁶⁹ SOERGEL/HEFERMEHL, §134, Rn.20; HKK/DORN, §134-137, Rn.15; ANTALYA, s.455; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.195.

ilişkin olmasıdır²⁷⁰. Yasaklayıcı hükmün taraflardan birinin²⁷¹ veya her ikisinin belirli bir sözleşmenin tarafı olmasını engellediği takdirde sözleşmenin içeriğine (konusuna) ilişkin bir yasaktan bahsedilemeyecektir²⁷². Bu ihtimalde eğer yasaklayıcı hükme aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı açıkça düzenlenmişse geçersizlik yaptırımı doğacaktır. Aksi hâlde ise yasaklayıcı hükmün anlam ve amacı bize yol gösterecektir. Bu açıdan Alman Hukuku'nda işe alıma yönelik yasakların yasaklayıcı hüküm niteliğinde olduğu genel olarak kabul edilmektedir²⁷³. Özellikle taraflardan sadece birine yönelik yasakların sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağına ilişkin örnek çalışma izni bulunmayan yabancıların çalıştırılmalarıdır. Bu durumda Alman Hukuku'nda hâkim görüş sözleşmenin geçersiz olmayacağıdır. Türk Hukuku'nda bu konuda farklı görüşler olduğunu belirtmekle yetinerek ileride konuyu ayrıntılı olarak açıklayacağımızı ifade edelim²⁷⁴. Buna karşılık kural olarak eğer yasaklayıcı hüküm sözleşmenin içeriğine yönelik ise kural (örn. hırsızlık gibi suç teşkil eden fiillerin sözleşme tarafının edimi olarak belirlendiği sözleşmeler) kesin geçersiz olacaktır²⁷⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne yansımış bir olayda çalışma izni olmaksızın bir yabancı kişi ile yapılan iş sözleşmesinin "içeriğinde" hukuka aykırılığın bulunmadığı ifade edilerek söz konusu sözleşmenin geçersiz sayılması ile birlikte bu durumdan esasen işverenin yarar sağlayacağı hiçbir hak iddiasında bulunamayacak olan işçinin ise zarar göreceği belirtilmiştir. Bu sonuç ise zayıf konumda olan işçinin korunmasını öngören kanun hükümleri ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle başta idarî olmak üzere uygulanacak yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla iş sözleşmesi geçerli olacaktır. Buna karşılık daha sonra ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere²⁷⁶, yasaklayıcı kanun hükmünde yaptırımın geçersizlik olacağı açıkça ifade edilmese dâhi, ağır basan bir kamu yararı söz konusu ise sözleşme geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır.

²⁷⁰ Yasaklayıcı hükümlerin sözleşmenin sadece bir tarafına yönelik olması durumunda bunun sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi olmaması gerektiği yönünde bkz. SOERGEL/HEFERMEHL, §134, Rn.15; PRÜTTING Hanns/WEGEN Gerhard/WEINREICH Gerd (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, 2020, (PWW/AHRENS), §134, Rn.22.

²⁷¹ Taraflardan birine yönelik yasağın kural olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağı yönünde bkz. HKK/DORN, §134-137, Rn.14.

²⁷² BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19-20, Rn.17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn.651; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.138; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.542.

²⁷³ SÄCKER Franz Jürgen/ RIXECKER Roland/ OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil I, §§ 1-240, AllPersönlR, ProstG, AGGG, C.H. Beck, 9. Auflage, 2021 (MüKoBGB/ARMBRÜSTER), §134, Rn.110, MÜLLER-GLÖGE Rudi, PREIS Ulrich, SCHMIDT Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2020, (ErfK/SCHLACHTER), JArbSchG, §5, Rn.12; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.81.

²⁷⁴Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B, 3, d, ff.

²⁷⁵ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.191.

²⁷⁶Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, A.

Türk Hukuku'nda ise bu ayrımı kabul eden yazarlar²⁷⁷ olduğu gibi bunun aksini savunan, Türk Hukuku'nda Alman Hukuku'ndaki gibi kanuni bir dayanak olmadığı gerekçesiyle böyle bir ayrıma gerek olmadığını düşünen yazarlar²⁷⁸ da bulunmaktadır. *Karabağ Bulut*'a göre²⁷⁹, emredici hüküm- yasaklayıcı hüküm ayrımını benimsemek yerine, ihlâl edilen hükmün anlam ve içeriği araştırılmalıdır. Şayet hükme kamu düzenini, genel ahlâkı veya kişilik hakkını koruma amacı atfedilebiliyorsa ve sözleşmenin ayakta kalması hüküm ile korunmak istenen değerleri ihlâl edecekse geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır.

Öğretide *Antalya*, emredici hükümleri dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Yazar, geniş anlamda emredici hükümlerin kapsamına yasaklayıcı hükümlerin de girdiğini ve yasaklayıcı hükümlere aykırılık hâlinde kesin geçersizlik yaptırımının uygulanması için ihlâl edilen normun anlam ve amacından bu yaptırımın açıkça anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir²⁸⁰. Yine öğretide başka bir görüş tarafından emredici hükümlerin doğrudan kamu çıkarına ilişkin bulunması ve bu nedenle belirli bir davranışın ilgililerin iradeleri dikkate alınmaksızın emredilmesi hâlinde aksine bir tutumda uygulanacak yaptırımın geçersizlik olduğu ifade edilmektedir²⁸¹. Düzen hükmü söz konusu ise kuralda yer alan ceza veya idare hukukundan kaynaklı yaptırımların uygulanması gerektiği, düzen hükmüne aykırılığın sözleşmelerin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı da yine öğretide ifade edilmektedir²⁸².

TBK m.27 hükmünde emredici hükümlere aykırılığın yaptırımının kesin geçersizlik olacağı belirtilmiş olması sebebiyle bir hukuk kuralının emredici değil de yorumlayıcı yahut tamamlayıcı nitelik taşıması hâlinde buna aykırılık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır²⁸³. İş sözleşmelerinde emredici hukuk kurallarına aykırılığın yaptırımı başlığında değineceğimiz üzere²⁸⁴ emredici olan hükmün ihlâli her durumda sözleşmenin

²⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.538; OLGAC Senâî, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, Cilt I, Madde 1-60, Olgaç Matbaası, Ankara, 1976, s.19; ANTALYA, s.455.

²⁷⁸ KARABAĞ BULUT, s.32 vd.; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.185; KAŞAK, s.286. Öğretide yasaklayıcı hükme aykırılık hâlinde kesin geçersizlik yaptırımından ziyade esnek geçersizlik yaptırımının uygulanabileceğini savunan görüş için bkz. ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.456.

²⁷⁹ KARABAĞ BULUT, s.33.

²⁸⁰ ANTALYA, s.453.

²⁸¹ TEKİL Fahiman, "Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayrımı Hakkındaki Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001, s.594.

²⁸² ANTALYA, s.455; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.540; ÖZKARACA Ercümet/ÜNAL Canan, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1, Y.2014, s.382.

²⁸³ YHGK, 22.05.2013, E. 2012/11-1601, K.2013/752, <https://kazanci.com.tr/>

²⁸⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B.

geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Yaptırımın belirlenmesi konusunda hükmün koruma amacı ayrıca önem taşımaktadır. Bu nedenle işçiyi korumak amacıyla getirilmiş emredici hükümlere aykırılığın iş sözleşmesinin geçersizliği ile sonuçlanması hükmün getiriliş amacından sapmak anlamına gelecektir.

c. Kamu Düzenine Aykırı Olmama

aa. Genel Bilgi

Kamu düzeni kavramı net olarak sınırları çizilemeyen takdirî bir kavramdır²⁸⁵. Bu kavram çok değişken olup bir dönem toplumun kamu düzenini koruyucu sayılan bir hükmün, sonraki dönemde bu niteliğini kaybetmesi de ihtimâl dâhilindedir²⁸⁶.

Kamu düzeni kavramının birçok tanımı yapılmış olsa da en genel biçimde bu kavramı “toplumun menfaati için getirilen, uyulmasında ve korunmasında toplumun ve devletin menfaati olan kurallar” olarak tanımlayabiliriz²⁸⁷. Kamu düzeni kavramı toplumsal düzen ve

²⁸⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.546 vd.; **EREN**, s.367; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.88; **ANTALYA**, s.459; **ÜNAL**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.68; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.249; **GÖZLER**, Hukuka Giriş, s.269; **ATASOY** Kemal, Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.24; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.151; **DOĞAN YENİSEY** Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.153; **AKIN** Pelin, “Kamu Düzeni Kavramı ve İş Hukukundaki Yansımaları”, Legal İSGHD, C.11, S.43, 2014, s.59; **İNAN** Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Temel Kavramlar, Hukukî Muamelelerden Doğan Borçlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 296, Ankara, 1971, s.189; **ERGÜNEŞ EMRAĞ** Seda, Yararlılık İlkesi (Türk ve Fransız Hukuku Karşılaştırmalı), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.71. Kavramın sınırlarının kesin bir şekilde çizilememesi sebebiyle ve kamu düzenine aykırılığın çoğunlukla hukuka ve ahlâka aykırılık sonucunu da doğuracağı gerekçesi ile Alman Hukuku’nda §138 BGB hükmünde kamu düzeni kavramına ayrıca yer verilmemiştir. **FLUME** Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Zweite, überarbeitete Auflage, Springer, Verlag Berlin Heidelberg New York, 1975, §18 1, s.364.

²⁸⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.548. Aynı yönde bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.157; **EREN**, s.367; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.189; **DOĞAN YENİSEY** Kübra, “Sosyal Kamu Düzeni: İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası”, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, III. Sempozyum, Kocaeli Üniversitesi/Kocaeli Barosu, 2011, s.11.

²⁸⁷ **EREN**, s.367; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.546; **KARAHASAN**, s.272; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.249 vd.; **GÖZLER**, Hukuka Giriş, s.269; **VON TUHR/PETER**, s.250. Kamu düzeni kavramı hukukumuzda farklı alanlarda ifadesini bulan bir kavramdır. Kamu düzeni kavramı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun “Kamu Düzenine Aykırılık” kenar başlıklı 5. maddesinde, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun, ülkenin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi hâlinde, uygulanmasının önüne geçilmektedir. Bu bağlamda milletlerarası özel hukuk alanında ifade edilen kamu düzeni kavramı borçlar hukukundan farklı bir fonksiyona sahiptir. Zira borçlar hukukunda kamu düzeni kavramı sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı rol oynamaktadır. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.548. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında uygulanması gereken yabancı hukukun işçiyi Türk Hukuku’ndan daha az koruma getirmesinin tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli olmayacağını, kanunlar ihtilâfi hukukundaki kamu düzeni anlayışının, iç hukukun kamu düzeni anlayışından farklı olduğunu ifade etmiştir. Aynı kararda bir yabancı hukuk kuralının Türk Hukuku’nun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlâk anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine... aykırılık durumunda kamu

huzurla ilgili bir kavramdır²⁸⁸. Bu kavram genel hukuk düzenine hâkim olan değer ve düzen ilkelerini ifade eder²⁸⁹. Yargıtay’a göre²⁹⁰, “*Kamu düzeni kavramı ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir*”. Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda²⁹¹ kamu düzeni kavramına ilişkin olarak “*bu kavramın toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır*” ifadelerine yer vermiştir.

İfade edelim ki iş hukuku alanında kanunda yer alan kuralların büyük bir çoğunluğu sosyal adalet düşüncesi ile kamu düzeni niteliği taşımaktadır. Bu nedenledir ki, söz konusu hükümlerin işçi aleyhine değiştirilmesine de imkân verilmemektedir. İş hukukunda kamu düzeni kavramı yerine “*sosyal kamu düzeni*” kavramı kullanılmakta, kamu düzeni kavramı daha ziyade sosyal açıdan önem arz etmektedir.

Alman Hukuku’nda kamu düzeni kavramı ayrı bir geçersizlik sebebi olarak sayılmamaktadır. Genel ahlâka aykırılık ve aşırı yararlanma müessesini de kapsayan §138 BGB hükmü aynı şekilde kamu düzeni kavramını da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır²⁹².

Kamu düzeni kavramı ele alındığında, bu kavramın emredici kanun hükümleri ile sınırlı olup olmadığı noktasında öğretide görüş birliği olmadığını söyleyebiliriz. Öğretide bir görüşe göre kamu düzenini koruyucu hükümler emredici hükümlerin sadece bir kısmını oluşturur ve

düzenimize aykırılıktan bahsedilebileceğine işaret edilmiştir. Bu bağlamda küçük çocukların çalışmasına ya da ücret yahut diğer haklarda ırka dayalı ayrımcılık yapılmasına izin veren bir yabancı hukuk kamu düzenimize aykırı olacaktır. Yarg. 9.H.D., 29.03.2022, E. 2022/1826, K.2022/4107, <https://legalbank.net/> Ayrıca bkz. YHGK, 10.05.2023, E.2022/985, K.2023/426, <https://www.lexpera.com.tr/> Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2023, s.688 vd.; NOMER Ergin, Devletler Hususî Hukuku, Beta Yayıncılık, 21. Baskı, İstanbul, 2015, s.159 vd. ÇELİKEL Aysel/ERDEM B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul, 2017, s.139 vd.; DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2020, s.255 vd.; EKŞİ Nuray, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.133 vd. Daha sonra üzerinde ayrıntılı olarak durulacağı üzere, kamu düzeni kavramına iş hukukunda da yer verilmiştir. Hatta iş hukukundaki kuralların çoğunun kamu düzeni ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz. İşçiyi korumaya yönelik olan bu kurallar nispi emredici kurallar (sosyal kamu düzeni kuralları) olarak karşımıza çıkar. Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B, 1.

²⁸⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.145; ANTALYA, s.458.

²⁸⁹ HUGUENIN, OR, Rn.407.

²⁹⁰ YHGK, 28.11.1973, E.1973/609, K.1973, 959; YHGK, 12.12.1990, E.1990/3-527, K.1990/627, <https://kazanci.com.tr/>

²⁹¹ Anayasa Mahk., 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8, RG. 17.04.1964/11685, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1964-8-nrm.pdf>

²⁹² FLUME, s.364.

emredici hükümler daha geniş bir kavramı ifade eder²⁹³. Buna göre, kamu düzeni kavramı yürürlükte bulunan emredici hükümlerden ibarettir²⁹⁴. 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde kanunda gösterilen sınırlar çerçevesinde bir sözleşmenin konusunun taraflarca serbestçe tayin edilebileceği ifade edildikten sonra, aynı maddenin 2. fıkrasında emredici hukuk kurallarına, ahlâk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmayan sözleşmelerin geçerli olacağı hüküm altına alınmıştı. Buna karşılık Kanun'un 20. madde hükmünde sözleşmenin konusunun imkânsız, hukuka yahut ahlâka aykırı olması durumunda bu sözleşmenin kesin olarak geçersiz olacağı ifade edilip kamu düzeni kavramına yer verilmemişti. Bu düzenlemeden yola çıkan kimi yazarlar kamu düzeni kavramının kapsamını emredici hükümlerle sınırlamaktadır²⁹⁵. Öğretide *Karabağ Bulut*'a göre²⁹⁶, ahlâka aykırılık kavramı hukuk düzeninin temel ilkelerini de içine alan geniş bir kavramdır, bu nedenle kamu düzeni kavramı gibi soyut ve sınırları çizilemeyen başka bir kavrama ayrıca ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bazı yazarlara göre ise²⁹⁷, kamu düzeni kavramı ile kamu hukukuna ilişkin emredici hükümler ifade edilmektedir. Belirtelim ki, kamu düzeni kavramı özel hukuktan doğan bir kavram olmamakla beraber sadece kamu hukukuna ait bir kavram olarak da nitelendirilemez. Öğretide de ifade edildiği üzere kamu hukuku genellikle belirli, genel ve sürekli iken, özel hukuk alanındaki kamu düzeni kavramı çoğunlukla belirsiz, maddi olaya ilişkin ve göreceli bir özellik taşımaktadır²⁹⁸.

Kamu düzeni kavramının kapsamını kanunda yer alan emredici hukuk kuralları ile sınırlamayan, kamu düzeni kavramını emredici hukuk kurallarından ayrı ve bağımsız bir kavram olarak kabul eden görüş taraftarlarına göre ise²⁹⁹, bir sözleşme, herhangi somut bir

²⁹³ Bu görüşteki yazarlara göre, somut bir kanun hükmünde yer almayan kuralın, kamu düzeninin korunması gerekçesiyle bir sözleşmenin geçerliliğine etkisi olmayacaktır. Ayrıca bkz. **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.37 vd.; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.79 vd.; **ATASOY**, s.210. Yazar, kamu düzeni kapsamına girmeyen genel ahlâk ve kişilik haklarını koruyan emredici hükümlerin de bulunduğunu ifade etmektedir.

²⁹⁴ **KARABAĞ BULUT**, s.15, dn.35. Yazar, Kanunun 27. maddesinde emredici kanun hükümlerinden ayrı olarak kamu düzeni kavramına da ayrıca yer verilmesini eleştirmektedir. Yazara göre, bu kavramlar birbirinden bağımsız kavramlar değildir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. s.45 vd. Kamu düzeni kavramını pozitif hukuktaki yazılı hukuk kuralları ile sınırlı tutan görüş için ayrıca bkz. **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.159.

²⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARABAĞ BULUT**, s.39 vd.; **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.39.

²⁹⁶ **KARABAĞ BULUT**, s.49.

²⁹⁷ **GAUCH/SCHLUEP**, Band I, Rn. 648 vd. Yazarlara göre kamu düzeni kavramı kamu hukuku kurallarına atıfta bulunur. Bu nedenle kamu düzeninin ihlâli esasen kamu hukukuna ilişki bir kuralın ihlâlidir. **KOLLER**, OR, §13 Rn.124; **GIGER**, s.80.

²⁹⁸ **ATASOY**, s.33 ve orada anılan yazar.

²⁹⁹ **BK-KRAMER**, Art. 19-20 OR, Rn.155 vd.; **BUCHER** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1998, §15/IV, s.250; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.88; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.550; **HEPER**, s.58; **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s.71; **ERCOŞKUN ŞENOL**, İçeriği Belirleme Özgürlüğü, s.728 vd.; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 158 vd.; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.145. Yazılı hukuk kuralında hüküm altına alınmayan, herhangi bir kanun

emredici kanun hükmünün ihlâli olmasa dâhi, hukuk düzenince benimsenen değer yargılarını ihlâl ediyor ise, sözleşme kamu düzenini ihlâl etmiş demektir³⁰⁰. Bu bağlamda kamu düzeni kavramını, sözleşmenin içerik denetiminde emredici hükümlerden bağımsız olarak kullanılan bir kavram olarak nitelendirebiliriz³⁰¹. Bu noktada *Kocayusufoğlu*, tıpkı ahlâka aykırılık, dürüstlük kuralı, haklı sebep kavramları gibi kamu düzeni kavramının da genel nitelikli olup içeriğinin hâkim tarafından belirlenebileceğine işaret etmektedir³⁰². Yine yazara göre, kamu düzeni kavramının içeriğini belirlerken Anayasa’da hüküm altına alınmış temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler dikkate alınmalıdır³⁰³.

Öğretide, kamu düzeni kavramı, yazılı bir kanun hükmünün bulunmadığı durumlarda, devlete zarar verecek olan bir durum söz konusu olduğunda başvurulabilecek bir kavram olarak da görülebilmektedir³⁰⁴. Bu yöndeki bir görüşe göre, başkasına ait para cezasını ödemeye yönelik akdedilen bir sözleşmede olduğu gibi, emredici hukuk kurallarına yahut genel ahlâka aykırılık oluşturmada da kamu düzenini ihlâl edici durumlarla karşılaşılabilir³⁰⁵.

Kanaatimizce, kamu düzeni kavramını emredici hükümlerle sınırlamayan görüşe üstünlük tanımak gerekir. Kamu düzenine aykırılık esasen sözleşmenin emredici hükümlere aykırılığı sonucunu doğursa da bu kavram aynı zamanda, toplumun menfaatlerini ve değer yargılarını da dikkate alarak emredici hükümlerden bağımsız bir görev üstlenen takdiri bir kavramdır³⁰⁶. Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinde de “*Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine... aykırı sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu*” ifadesi ile emredici hükümler ile kamu düzeni kavramlarının birbirini birebir karşılayan kavramlar olmadığını destekler niteliktedir³⁰⁷.

hükmünde ifade edilmeyen bir kamu düzenine aykırılık kavramına dayanılarak da bir sözleşmenin geçersizliği ileri sürülebilir. Zira kamu düzenini korumak amacıyla konulan emredici bir kanun hükmüne aykırı olan sözleşme, zaten emredici kanun hükmüne aykırılıktan geçersiz sayılacaktır. Kanunun ilgili hükmünde emredici hükümlerden ayrı olarak kamu düzenine aykırılığın da düzenlenmesi bunun kanıtıdır. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.550.

³⁰⁰ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.160 vd.; **KARABAĞ BULUT**, s.42.

³⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.155.

³⁰² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.551.

³⁰³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.503 vd.

³⁰⁴ Konuya ilişkin olarak bkz. **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.156.

³⁰⁵ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.159, dn.438.

³⁰⁶ **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.160.

³⁰⁷ Öğretide kamu düzeni esasen yasal düzenlemelerle tesis edilse de TBK m.27 hükmünde ayrıca kamu düzeni kavramına yer verilmiş olmasının altında yatan düşünceyi kanunların bu hususta tek başına yeterli olmayacağı fikri olduğu ifade edilmiştir. **ERCOŞKUN ŞENOL**, *İçeriği Belirleme Özgürlüğü*, s.729. Buna karşılık öğretide *Karabağ Bulut*, bu iki kavramın kanun metninde ayrıca belirtilmiş olmasına bu yönde bir anlam yüklemenin doğru olmayacağı görüşündedir. Yazara göre, Kanun’un ilgili maddesinde kişilik hakkı kavramı da ayrıca sayılmıştır. Fakat kişilik haklarını ihlâl eden sözleşmeler daima emredici hükmün ihlâli anlamına gelir. **KARABAĞ BULUT**, s.45 vd.

İş hukukundaki birçok düzenleme kamu düzenine ilişkindir. Daha sonra üzerinde duracağımız üzere³⁰⁸ iş hukukundaki kamu düzeni kuralları genel kamu düzeni kuralları ve sosyal kamu düzeni kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır³⁰⁹. Sosyal kamu düzeni kuralları işçiyi koruma amacıyla konulmuştur ve bu kuralların işçi aleyhine değiştirilmeleri mümkün değildir³¹⁰.

bb. Kamu Düzenine Aykırılığın Yaptırımı

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde kamu düzenine aykırı sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere biz de kamu düzeni kavramını emredici hükümlerle sınırlamayan görüşe katıldığımız için, kamu düzenini koruyan bir hükme aykırılık genel olarak emredici hukuk kurallarına aykırı olarak nitelendirilebileceği gibi, herhangi bir somut emredici hüküm olmasa dâhi taraflarca akdedilen sözleşme kamu düzenini ihlâl edici nitelikte ise yine geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılabacaktır.

Daha evvel ifade ettiğimiz üzere³¹¹ iş hukukunda kamu düzeni kuralları ile sosyal kamu düzeni kurallarını birbirinden ayırmak gereklidir³¹². İş hukukunda kamu düzeni kuralları işçi ve işveren arasındaki barış düzenini korumak amacıyla konulmuş hükümlerdir³¹³. İşçi lehine değişiklik yapılması mümkün olmakla birlikte işçi aleyhine değişikliğin mümkün olmadığı işçiyi koruyucu nitelikteki kurallar sosyal kamu düzeni kuralları olarak ifade edilmektedir.

İş hukukunda bazen emredici hükme aykırılığın yaptırımı da açıkça düzenlenmiştir. Bu açıdan verilebilecek bir örnek Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.36 hükmünde yer almaktadır. Anılan hükümde, toplu iş sözleşmelerinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerini toplu iş sözleşmelerine aykırı olamayacağı belirtilmiş ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin alacağı ifade edilerek yaptırım kanunen belirlenmiştir.

³⁰⁸ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, C, 1.

³⁰⁹ **ESENER**, İş Hukuku, s.34; **EREN**, s.368.

³¹⁰ **EREN**, s.368; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.38; **SÜZEK**, Sözleşme Özgürlüğü, s.359; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.165; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Doğa, s.56. Ayrıca bkz. **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.22 vd.; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.12 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 564.

³¹¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 2, c, aa.

³¹² **ESENER**, İş Hukuku, s.34.

³¹³ **ESENER**, İş Hukuku, s.34.

d. Kişilik Haklarına Aykırı Olmama

aa. Genel Bilgi

Kişilik hakkı ulusal ve uluslararası düzenlemelerle koruma altına alınmış temel bir haktır. Kişilik hakkı kavramı esasen sözleşme özgürlüğü kavramı ile iki açıdan ilişkilidir: Bu hak, bir taraftan sözleşme özgürlüğünü güvence altına alır; diğer taraftan ise bu özgürlüğü sınırlar³¹⁴. Bu nedenle bir yandan sözleşme özgürlüğünün yasal olarak kullanımı ve uygulanması için gerekli koşullar yaratılmalı ama aynı zamanda bu hakkın aşırı kullanımı önlenmeli ve gerekli sınırlamalar yapılmalıdır³¹⁵.

Hukukumuzda kişilik hakkı Anayasa’da hüküm altına alınmıştır. Anayasa’nın m.12/1 hükmü uyarınca; *“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”*.

Türk Medeni Kanunu’nda; vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, hak ve fiil ehliyeti, sosyal ve ekonomik özgürlüğü, kişinin kendisine karşı dâhi korunmuş ve kişiliğe şahsın kendi rızası ile sözleşme yoluyla yapılacak tecavüzler de önlenmiştir³¹⁶. TMK m.23/1 uyarınca *“Kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez”*. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz”*.

Sözünü ettiğimiz pozitif düzenlemelerde kişilik hakkına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Öğretide ise bu hak, *“kişinin kişiliğini oluşturan değerler üzerindeki hakkı”* olarak tanımlanmaktadır³¹⁷. Bu bağlamda kişilik hakkı kişinin maddi (vücut bütünlüğü), manevi (ruh bütünlüğü), sosyal (şeref, isim, resim) ve duygusal (aile, özel yaşam ve sır alanı) kişilik değerlerinden oluşmaktadır³¹⁸. Öğretide ayrıca bu kavramın içine tüm bu değerlerin yanında kişinin kendi yaşam biçimini ve geleceğini belirleme özgürlüğü gibi kişiliğin gelişmesinin temel görünüm şekli olan tüm özgürlüklerin de dâhil olduğu ifade edilmektedir³¹⁹.

³¹⁴ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art.27, Rn.1.

³¹⁵ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art.27, Rn.1.

³¹⁶ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.135; ANTALYA, s.460.

³¹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.175; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.97; DURAL/SARI, s.164; KARABAĞ BULUT, s.58.

³¹⁸ EREN, s.368; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.179 vd.; ZEVLİLER /ERTAŞ /HAVUTÇU /ACABEY /GÜRPINAR, s.96 vd.; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.97; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.296 vd.; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.74 vd.; BELLİCAN Cüneyt, Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s.198 vd. TUTAR, s.106.

³¹⁹ KARABAĞ BULUT, s.59 ve orada anılan yazarlar.

Bir kimsenin bir kişi aleyhine dava açmayacağına, hiçbir zaman evlenmeyeceğine yönelik taahhütlerini kişilik hakları ihlâlüne örnek olarak gösterebiliriz³²⁰. Aynı şekilde uzun süre bağlayıcılığı olan sözleşmeler, doğum kontrol hapı alma yükümlülüğü getiren anlaşmalar da kişilik haklarını ihlâl edecektir³²¹. İş sözleşmelerinde özgürlüğün bir ölçüde sınırlanması kaçınılmaz olmakla beraber buradaki sınır sözleşmenin kişilik haklarına ve ahlâka aykırı olup olmama noktasında önem arz etmektedir³²². Bu bağlamda süresi belli olmayan ve feshedilemeyen bir sözleşme tabiri caizse "ebedi" bir sözleşme, aşırı bağlanma anlamına gelecek ve hukuka aykırı sayıldığı gibi aynı zamanda kişilik haklarını da ihlâl edecektir.

Öte yandan öğretilde TMK m.23/1 hükmü ile TMK m.23/2 hükmünün koruduğu düşünülen değerler açısından fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretilde hükmün lafzından hareket eden baskın görüş TMK m.23/1 hükmüyle hak ve fiil ehliyetini korumak suretiyle kişiliğin korunmasının amaçlandığını kabul etmektedir³²³. *Karabağ Bulut* baskın görüşün aksine bu hükmün doğrudan kişinin hak ve fiil ehliyetini koruduğu şeklinde anlaşılmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira baskın görüş tercih edilirse, örneğin kişinin hiçbir zaman evlenmeyeceği yönündeki taahhüdünün neden TMK m.23/2 kapsamında değil de TMK m.23/1 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tatminkâr bir şekilde cevaplanamayacaktır. Çünkü bu örnekte aynı zamanda kişinin özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunması da söz konusudur³²⁴. Yazara göre³²⁵ TMK m.23/1 hükmünün kapsamına giren değerler bakımından kişinin kesinlikle tasarrufta bulunma yetkisi yoktur, buna karşılık TMK m.23/2 kapsamına giren değerler bakımından sınırlama mümkün olmakla beraber bu sınırlamanın ahlâka veya hukuka aykırı olması mümkün değildir. Bu bağlamda yazar TMK m.23/1 hükmünün esasen kişiye sıkı surette bağlı hakları kapsadığına işaret etmektedir. Tüm bu tartışmalar neticesinde bir kişinin evlenmemesine, bir partiden çıkmasına, din değiştirmesine ilişkin taahhütler kimi yazarlarca³²⁶ TMK m.23/1 kapsamında değerlendirilirken, kimi yazarlarca³²⁷ TMK m.23/2 bağlamında ele alınmaktadır.

³²⁰ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.143; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s.278.

³²¹ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s.278 vd; TAŞMAN s.295.

³²² REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.136.

³²³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.390; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY/ÖZDEMİR, s.217 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s.148.

³²⁴ KARABAĞ BULUT, s.101. Ayrıca bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.227 vd.

³²⁵ KARABAĞ BULUT, s.94 ve s.428.

³²⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s.390; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.219; KARABAĞ BULUT, s.95 vd., s.103; HELVACI, Gerçek Kişiler, s142.

³²⁷ VON TUHR/PETER, s.258.

Kişilik haklarına aykırılık hâlinde her zaman olmasa da bazı hâllerde ahlâka aykırılık da söz konusudur³²⁸. Örneğin işçinin iş sözleşmesinde din değiştirme taahhüdünde bulunması hem kişilik haklarına hem de ahlâka aykırılık sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık bir kimsenin yaşlı annesine yahut engelli kardeşine bakmak amacıyla hayatı boyunca evlenmeme taahhüdünde bulunması ahlâka aykırılık teşkil etmese de kişilik haklarına aykırılık oluşturur³²⁹.

bb. Kişilik Haklarına Aykırılığın Yaptırımı

Sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturan kişilik hakkına aykırı sözleşmeler yapılamaz. Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde konusu kişilik haklarına aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olduğu belirtilmiştir. Gerçi Kanunda bu ifade olmasaydı dâhi, konusu kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler emredici hükümlere de aykırılık teşkil edeceği için yine geçersizlik söz konusu olacaktı³³⁰.

Kişilik hak ve özgürlüklerini konu edinen sözleşmesel sınırlamalar hem TMK m.23/2 hem de TBK m.27/2 hükümleriyle denetlenecek ve bu normların koruma amaçlarına aykırı düştüğü takdirde sözleşme kişilik hakkı ihlâli nedeniyle geçersiz olacaktır³³¹.

Kimi zaman sözleşmenin bazı maddeleri kişilik haklarını ihlâl edici nitelik taşıyabilir. Bu durumda ise söz konusu maddeler bakımından kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Bir işçinin hiçbir zaman evlenmeyeceği yönünde taahhüdünün bulunduğu bir iş sözleşmesi tümüyle geçersiz sayılmayacak, kişilik hakkı ihlâl edici nitelik taşıyan söz konusu sözleşme kaydı geçersiz kabul edilecektir. Bunun gibi işçinin din değiştirmesine yönelik iş sözleşmesinde yer alan kayıt da geçersiz sayılacaktır.

³²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.89; EREN, s.363; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.138; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.225; KARABAĞ BULUT, s.62.

³²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.89; ERCOŞKUN ŞENOL, İçeriği Belirleme Özgürlüğü, s.731; HUGUENIN, OR, Rn.424. TMK m.23/1 hükmü kişinin hak ve fiil ehliyetine ilişkin düzenleme getirirken, TMK m.23/2 hükmü kişi özgürlüklerinden bahsetmektedir. Öğretide ayrıca evlenme taahhüdü gibi ihlâl hükümlerinin hem TMK m.23/1 hem de TMK m.23/2 kapsamında değerlendirilebileceğini savunan görüş de bulunmaktadır. Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARABAĞ BULUT, s.93.

³³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.89. Kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlerin daima emredici nitelik taşıdığı yönünde bkz. BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.128; HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.46 vd.; KARABAĞ BULUT, s.11; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.225.

³³¹ EREN, s.369.

e. Ahlâka Aykırı Olmama

aa. Genel Bilgi

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olan ahlâka aykırılık kavramı TBK m.27³³² ve TMK m.23³³³ hükümlerinde ifadesini bulmuştur. Ahlâka aykırılık kavramı, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çizilmesinde belirleyici bir kavram olarak karşımıza çıkar³³⁴.

Tıpkı kişilik haklarına aykırılıkta olduğu gibi ahlâka aykırılık durumunda da eğer ki ahlâk anlayışı bir kanun hükmünde somutlaşmışsa o hâlde bu aykırılık ahlâki esasa dayanan emredici hukuk kuralına aykırılık sonucunu doğuracaktır; fakat bazen herhangi bir kanun hükmünde ifadesini bulmasa da sözleşme, konusu ve amacı itibarıyla topluma mâl olmuş ahlâk kurallarına aykırılık teşkil ediyor ise, yine geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılacaktır³³⁵. Bu bağlamda ahlâk kurallarının esasen yazılı olmayan nispi ve değişken kurallar olduğunu belirtmek gerekir³³⁶. Zira zaman içinde toplumun korunan menfaatlerindeki değişiklikler ahlâk kuralı anlayışını da etkileyecektir³³⁷. Her toplumun kendine özgü ahlâk anlayışı vardır ve ahlâk kavramı bireysel değil toplumsal bir nitelik taşımaktadır³³⁸.

Ahlâk kavramının birçok tanımı yapılmış olmakla beraber bu kavramı iyi olandan doğan, insanların toplum içindeki davranışlarını ve birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen, yapılması ve yapılmaması gerekeni gösteren sosyal düzen kuralları olarak tanımlayabiliriz³³⁹. Bir ahlâk kuralının genel ahlâk kuralı hâlini alabilmesi için ise, mâkul ve dürüst insan modelinin ahlâk anlayışının toplumun geneline uyması ve kamusal vicdana (hak, adalet, görev, sorumluluk, doğruluk ve dürüstlük anlayışı) göre ortak ahlâki değer olarak kabul edilmesi gerekmektedir³⁴⁰.

³³² Maddenin 1. fıkrası uyarınca; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”.

³³³ Maddenin 2. fıkrasına göre; “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*”.

³³⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki, ahlâka aykırılık kavramı sadece sözleşme özgürlüğünün sınırının tayini bakımından yardımcı bir kavram olmakla kalmayıp, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri açısından da önem arz eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim örneğin TBK m.81 hükmü uyarınca, hukuka yahut ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen şeyin iadesi talep edilemeyecektir. Konuya ilişkin olarak bkz. **KARABAĞ BULUT**, s.64.

³³⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.89; **ATEŞ**, *Ahlâk Kuralları*, s.253.

³³⁶ **ATEŞ**, *Ahlâka Aykırılık*, s.88; **BAŞPINAR**, *Kısmi Butlan*, s.136. Ayrıca bkz. **KOCAYUSUFPİŞAOĞLU**, *Borçlar Hukuku*, s.553. Buna karşılık öğretide *Hatemi*’ye göre ahlâk kurallarının değişken ve belirsiz olması düşünülemez. Yazara göre, yazılı olmayan ahlâk kuralları tabii ve evrensel ahlâktan kaynaklanır. **HATEMİ** Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, 8. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.76.

³³⁷ **ATEŞ**, *Ahlâka Aykırılık*, s.89. Bu konuda verilen örnekler için bkz. **BK-KRAMER**, Art. 19-20, Rn. 174.

³³⁸ **ODAMAN** Serkan, “*İş Kanunu ve Borçlar Bakımından ‘Ahlak’ Kavramı*”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C.55, S.1, Y.2005, s.880.

³³⁹ Tanımlar için bkz. **ATEŞ**, *Ahlâka Aykırılık*, s.80 vd.

³⁴⁰ **ATEŞ**, *Ahlâka Aykırılık*, s.87.

Genel ahlâk kuralı, bireylere ait sübjektif ahlâki değerlerden farklı olarak hukuk düzeni tarafından korunmaktadır³⁴¹.

Her bireyin kendine özgü ahlâk anlayışı olduğu gerçeği karşısında, somut bir olayda hâkimin toplumdaki kişi sayısı kadar ahlâki görüşle karşı karşıya kalmaması adına, genel ahlâk kuralı belirlenirken bu kuralı somutlaştırma ihtiyacı doğmuştur³⁴². Bu bağlamda öğretide baskın görüş uyarınca burada anlaşılması gereken ahlâk kavramının, toplumun genel ahlâki olduğu ve bir toplumda belirli bir dönemde yaşayan orta zekâda, dürüst ve mâkul insanların düşünce ve anlayışlarının o toplumun genel ahlâkını oluşturduğu ifade edilmiştir³⁴³. Genel bir ahlâk anlayışından hareket edilmesi, neyin hakkaniyetli yahut âdil olduğu konusunda fikir birliğinin var olması yahut en azından aranması gerektiğini ortaya koymaktadır. Böylece "edep" anlayışında yargıçların öznel yargısı belirleyici faktör olmayacaktır.³⁴⁴ Bir olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmadığını inceleyen hâkimin bu konuda ulaşacağı sonuç toplumun ortak değer yargılarına, kamusal vicdanına aykırı olmamalı ve az çok benzer olaylar bakımından da uygulanabilir nitelikte olmalıdır³⁴⁵. Yine bu noktada ifade edelim ki, ahlâk kavramının göreceliği uyarınca, bu kavram zaman ve mekâna göre değişen bir anlama sahiptir³⁴⁶.

³⁴¹ **ATEŞ** Derya, "Sözleşmelerde Genel Ahlâk Kurallarının Belirlenmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.8, S.32, 2017, s.251.

³⁴² **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s. 85 vd.; **ERCOŞKUN ŞENOL**, İçeriği Belirleme Özgürlüğü, s.726.

³⁴³ **VON TUHR/PETER**, s.256; **KELLER/SCHÖBI**, s.145; **BK-BUCHER**, Art.27 ZGB, Rn.272; **BK-KRAMER**, Art. 19-20 OR, Rn.174; **SCHAUB/LINCK**, §34, Rn.2; **EREN**, s.363; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.220; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.90, dn.134; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.136; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.254; **ERCOŞKUN ŞENOL**, İçeriği Belirleme Özgürlüğü, s.726; **ERMAN**, Akit Serbestisi, s.610; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.191; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.155; **ODAMAN**, Ahlâk, s.890; **ODAMAN** Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Kamu-İş, Ankara, 2003, s.65; **HEPER**, s.56; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.85 vd. Yazar; orta zekâlı, mâkul, dürüst insanın ahlâk anlayışı kamusal vicdana göre ortak ahlâki değer olarak kabul ediliyor, toplumun genel şuuruна uygun düşüyor ise artık o kuralın genel bir ahlâk kuralı olarak benimseneceğini ifade etmektedir. Toplumsal yaşamla birlikte bireysel değer yargılarının yerini alan kamusal vicdanı yaratan ise, bireysel değer yargılarının, hukuk kurallarının ve diğer sosyal düzen kurallarının bütününden doğan hak, adalet, görev, sorumluluk, doğruluk ve dürüstlük anlayışlarıdır. Bu bağlamda sözleşmenin geçerli olup olmadığının tespitinde, hâkimin ahlâk anlayışı esas alınmayacak; orta zekâda, dürüst ve âdil toplum üyelerinin genel ahlâk anlayışı belirleyici olacaktır. **KARABAĞ BULUT**, s.64; *Hatemi* ise ahlâk kurallarının değişken ve belirsiz olmasının kabul edilemeyeceğini, bu kuralların Anayasa'nın atfı dolayısıyla yazılı olmayan emredici kurallar olduğunu ifade etmektedir. **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s.76. Ahlâk kurallarının tespitinde topluma mâl olmuş sosyal ahlâk ilkeleri ile Anayasa ve kanun hükümlerine temel oluşturan etik değerlendirmelerin başlıca kaynak olacağı yönünde bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s.173. Yargıtay'a göre, ahlâk ve âdaba aykırılıkta amaçlanan sosyal ve ekonomik ahlâktır, bu da dürüst ve doğru insanların ortalama görüşlerine göre saptanmalıdır. Yarg. 1. H.D., 06.03.2020, E. 2001/10578, K. 2002/2892, <https://kazanci.com.tr/>

³⁴⁴ **NEUNER**, §46, Rn.8; **BK/BUCHER**, Art. 27 ZGB, Rn.272.

³⁴⁵ **ATEŞ**, Ahlâk Kuralları, s.250.

³⁴⁶ **NEUNER**, §46, Rn.10; **KOLLER**, OR, §13, Rn.176 vd.; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.145; **EREN**, s.363; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.156; **ATEŞ**, Ahlâk Kuralları, s.251.

Ayrıca ekleyelim ki, hekimlik, avukatlık gibi meslek grupları için meslek ahlâkı kuralları bulunmaktadır. Bu durumda hâkimin, o mesleğe ilişkin olan daha sert ahlâk kurallarını dikkate alarak karar vermesi gerekecektir³⁴⁷.

Öğretide bazı yazarlar ise ahlâk kavramının, hukuk dışı bir kavram olan sosyal ahlâk kavramına başvurulmadan, Anayasa ve diğer kanunların özünde yatan etik değerler esas alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler³⁴⁸. Ayrıca öğretide ahlâk kuralları tespit edilirken, sadece sosyal ahlâk (topluma mâl olmuş ve orta zekâlı, dürüst insanlarca benimsenmiş davranış kuralları) ya da hukuk ahlâkı (Anayasa ve kanunların özünde ve temelinde yatan etik değerlerin esas alınması ile oluşturulan etik düzen) olarak ayırım yapılmaması gerektiği ifade edilmiştir³⁴⁹. Bu görüşte olan yazarlara göre hem sosyal ahlâk hem de hukuk ahlâkı birlikte uygulanarak bir sonuca varılmalıdır. Fakat bu durumda da dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır: Sosyal ahlâk ilkeleri ile Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan etik değerler arasında bir çatışmanın olması ihtimâlinde, temelini Anayasa ve kanunlardan alan değerlere üstünlük tanımak gerekecektir³⁵⁰.

İfade edelim ki, ahlâka aykırılık değerlendirmesinde esas alınacak an sözleşmenin akdedildiği zamandır³⁵¹. Fakat akdedildiği sırada ahlâka aykırı olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme zamanla ahlâka aykırılık niteliğini kaybetmişse söz konusu sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmelidir³⁵².

Konusu veya amacı itibariyle ahlâka aykırı olup geçersiz olan sözleşmelere tarafların yabancı bir ülkeye kaçak mal sokmayı öngören sözleşme imzalanması yahut evlilik dışı ilişki için edim vaadi gibi çok sayıda örnek verebiliriz³⁵³. Aynı şekilde işçinin işverenle imzaladığı iş sözleşmesinde sözleşmenin konusunu adam öldürmek, kanunlar hilafına defter tutmak³⁵⁴ teşkil ediyor ise bu sözleşme ahlâka aykırı olacaktır. Alman Federal İş Mahkemesi'ne yansıyan

³⁴⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.553; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.89.

³⁴⁸ Öğretide Egger tarafından geliştirilen “*Hukuk ve ahlâk aynı kökten gelmektedir.*” görüşü için bkz. EGGER, Zürcher Kommentar, Einleitung, Das Personenrecht, 2. A., Zurich 1930, Art.27, Rn.15, 17; Ayrıca bkz. BK/BUCHER, Art. 27 ZGB, Rn.273; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.172.

³⁴⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.555; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.668; KOLLER, OR, §13, Rn.164; LARENZ/WOLF, § 41, Rn.9.

³⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.555.

³⁵¹ BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.35; GÜNAY Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Md. 1-25, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2015, s.371; ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s.52.

³⁵² BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.35.

³⁵³ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.138.

³⁵⁴ ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.66.

olayda³⁵⁵ ifade edildiği gibi sahnede cinsel ilişkiye girmek üzere kurulan bir sözleşme de ahlâka aykırılık sebebi ile geçersiz olacaktır.

bb. Ahlâka Aykırılık Kavramının Diğer Bazı Kavramlarla İlişkisi

aaa. Ahlâka Aykırılık ve Emredici Kurallara Aykırılık

Hukuka aykırılık ve ahlâka aykırılık hâlinde korunmak istenen amaç esasen birbirine çok benzerdir. Ahlâka aykırılık kavramı ile emredici hükümlere aykırılık arasındaki ilişkisi bakımından öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İlk görüş bu iki kavram arasında öncelik ilişkisi bulunmadığı yönündedir. Aksi görüşte olanlara göre ise, ahlâka aykırılık emredici hükümlere aykırılıkla kıyaslandığında talî bir niteliğe sahiptir³⁵⁶. Ahlâka aykırılığı korumaya yönelik getirilen hükümler çoğunlukla emredici niteliktedir ve ahlâka aykırılık emredici hükümler bakımından tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Her iki kavram açısından ortak korunan hukukî değerler bulunsa da eğer açık bir yasal hüküm varsa hâkimin ayrıca ahlâka aykırılık olup olmadığını araştırmasına ihtiyaç bulunmamaktadır³⁵⁷. Ayrıca hukuka aykırılık hâlinde de ahlâka aykırılık hâlinde de uygulanacak yaptırım TBK m.27 uyarınca geçersizlik olacaktır. Buna karşılık öğretide şu hususa da ayrıca dikkat çekilmiştir: Temelini etik kurallardan alan tüm düzenlemeler bakımından uygulanacak olan yaptırım geçersizlik değildir. Kimi zaman hile yoluyla başkasını kandırmak örneğinde olduğu gibi öngörülen yaptırım iptal edilebilirlik de olabilir³⁵⁸.

bbb. Ahlâka Aykırılık ve Kişilik Haklarına Aykırılık

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olan ahlâka aykırılık kavramı, hem TBK m.27/1 hem de TMK m.23/2 hükmünde ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun m.27/1 hükmüne göre, *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür"*. Türk Medeni Kanunu'nun *Kişiliğin Korunması* kenar başlıklı m.23/2 hükmünde de *"Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz."* ifadesine yer verilmiştir.

³⁵⁵ BAG 01.04.1976 - 4 AZR 96/75, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Walter de Gruyter, 28. Band, 1982, s.83 vd.

³⁵⁶ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.151; KAŞAK, s.99 ve orada anılan yazarlar.

³⁵⁷ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.151.

³⁵⁸ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.151.

Öğretide yukarıda sözü edilen Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri arasındaki ilişki tartışmalı olmakla birlikte³⁵⁹, TMK m.23/2'de düzenlenen kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka yahut ahlâka aykırı olarak sınırlayamayacağına ilişkin hüküm ile kişilik hakkı ihlallerini sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak kabul eden TBK m.27 hükmü birlikte ele alınmalıdır³⁶⁰. Türk Borçlar Kanunu'nda ahlâka aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağı hüküm altına alınmışken; Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünde ise, kişi özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların ancak hukuka ve ahlâka aykırı olmamaları hâlinde kabul edilebileceği ifade edilmiştir³⁶¹. Bu noktada belirtelim ki, tartışmalı olmakla beraber her iki kanunda yer alan ahlâka aykırılık kavramları arasında da esasen bir fark yoktur³⁶². Öğretide TBK m.27 hükmünde ifade edilen "... *kişilik haklarına aykırı*..." ibaresi, TMK m.23 ve devamından düzenlenen kişiliği koruyucu hükümlere yapılmış bir atıf olarak kabul edilmektedir³⁶³. Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünde kişiliğin korunması hedeflenirken; Türk Borçlar Kanunu'nun sözünü ettiğimiz hükmünde ise birey dışında toplumun menfaatlerinin de korunması hedeflendiği öğretilde belirtilmektedir³⁶⁴. Hükümlere aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırım ise daha önce ifade edildiği gibi TBK m.27 hükmünde ifadesini bulan kesin geçersizlik yaptırımı olacaktır³⁶⁵. Yani Medeni Kanun'un m.23/2 hükmünün ihlâli hâlinde uygulanacak yaptırım TBK m.27 hükmünde düzenlenmiştir.

Kişi özgürlüğünün ahlâka aykırı bir şekilde ihlâl edilmesi hâlinde, hâkim emredici hüküm niteliğinde olan TMK m.23/2 hükmünü uygularken, ahlâk kurallarını dikkate alacak, ahlâka aykırılığın varlığı hukuka aykırılıktan söz edilmeyeceği anlamına gelmeyecektir³⁶⁶. Türk Medeni Kanunu'nun söz konusu hükmüne aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırım kesin geçersizlik olmakla beraber, öğretilde ifade edildiği gibi yaygın olarak kabul edildiği üzere

³⁵⁹ Öğretilde *Bucher* söz konusu iki maddenin farklı amaçlara hizmet ettiği görüşündedir. Yazara göre TMK m.23 hükmü ile kişi özgürlükleri teminat altına alınırken, TBK m.27 hükmü ile ise genel menfaatler ve kamu yararı esas alınmıştır. TMK m.23 hükmü ile kişilik haklarının genel ahlâka göre sınırlandırılması düzenlenirken, TBK'nın ilgili hükmü ise sözleşme içeriğinin genel ahlâka aykırı sınırlandırılmasında gündeme gelir ve uygulanacak yaptırımlar birbirinden farklıdır. BK/BUCHER, Art.27, Rn.162 vd. Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz. **KARABAĞ BULUT**, s.129. Konuya ilişkin görüşler ve eleştiriler için ayrıca bkz **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.570 vd.; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.168 vd.

³⁶⁰ **ATASOY**, s.183; **ÜNAL**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.75; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.165; **ANTALYA**, s.467.

³⁶¹ İki hüküm arasındaki ilişki bakımından öğretildeki tartışmalar için bkz. **KARABAĞ BULUT**, s.127 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.567 vd.

³⁶² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.574; **KARABAĞ BULUT**, s.130; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.165.

³⁶³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.569; **KARABAĞ BULUT**, s.131; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.165; **ANTALYA**, s.461.

³⁶⁴ Konuya ilişkin olarak bkz. **KARABAĞ BULUT**, s.131.

³⁶⁵ Aksi görüş için bkz. **BUCHER**, OR, s.265.

³⁶⁶ **KARABAĞ BULUT**, s.131.

TMK m.23 hükmü kişilik hakları ihlâl edilen tarafı koruyucu amacı göz önünde tutularak değerlendirilecek ve geçersizlik yaptırımına amaca uygun belirli sınırlamaların uygulanması kabul edilebilecektir³⁶⁷.

Öğretide kişilik hakkı kavramı ile genel ahlâk kavramı arasındaki ilişki de tartışmalıdır. Bir görüşe göre kişilik hakkı kavramı genel ahlâk kurallarının bir alt kavramını oluşturmaktadır³⁶⁸. Buna göre, genel ahlâk kuralları kavramı, kişilik hakları da dâhil olmak üzere; aile, cinsellik gibi toplumun başka değerlerini de koruyan bu nedenle de kişilik hakkı kavramına göre daha geniş anlama sahip olan bir kavramdır³⁶⁹. Öğretide başka bir görüş tarafından ise³⁷⁰ kişilik haklarının ihlâlinin ahlâka aykırılık çerçevesinde gerçekleşebileceği gibi emredici hükme aykırılık sonucunda da gerçekleşebileceği ifade edilmektedir. TBK m.430/3 hükmünde ifadesini bulan ve taraflardan herbirinin on yıldan uzun süren iş sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyararak feshedebileceği yönündeki düzenlemedeki on yıldan uzun süreli iş sözleşmelerinin işçinin özgürlüğünü ihlâl etmesi ahlâka aykırılıktan ziyade bir hukuk kuralından kaynaklanmaktadır³⁷¹.

Kişilik haklarını ihlâl eden sözleşmelerin büyük çoğunluğunun ahlâka aykırı olduğunu da söylemek yanlış olmayacaktır³⁷². Bu bağlamda bir kimsenin para karşılığında organlarını satması, hayatının her anının kamera ile kayıt altına alınmasına rıza göstermesi örneklerinde olduğu gibi bu iki kavram çoğu zaman içiçe geçmiş olarak karşımıza çıkar³⁷³. Süresi belli olmayan ve feshedilemeyen bir sözleşme başka bir deyişle âdeti "ebedî" bir sözleşme, aşırı bağlanma anlamına gelecek ve hukuka aykırı sayıldığı gibi aynı zamanda kişilik haklarına ve ahlâka da aykırı olacaktır³⁷⁴. Aynı şekilde evde hizmetçi olarak çalışan bir kişinin, ev sahibi ile

³⁶⁷ KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.572 vd.; KARABAĞ BULUT, s.428.

³⁶⁸ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.167; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn.656. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. KOLLER, OR, §13, Rn.6.

³⁶⁹ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.167.

³⁷⁰ KARABAĞ BULUT, s.62.

³⁷¹ KARABAĞ BULUT, s.62; ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.67. Süresi on yılı aşan iş sözleşmeleri bakımından fesih hakkının imkânsız kılınması durumunda ahlâka aykırılık değil emredici hükme aykırılığın gündeme geleceği yönünde bkz. ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.133. Söz konusu sürenin on yıl olması, uzunluğu sebebiyle öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. ALPAGUT Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İSGHD, S.31, 2011, s.931; ÖZDEMİR, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.212.

³⁷² KARABAĞ BULUT, s.129 vd.; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.118 vd. Alman Hukuku'nda kişilik haklarına aykırılık kavramı metne alınmamıştır ve kişilik haklarını ihlâl eden sözleşmeler ahlâka aykırılık başlığı altında incelenmektedir. Bkz. §138 BGB. Bir kişinin çok uzun bir süre bir yerde yaşamamayı taahhüt ettiği anlaşma ahlâka aykırılık sebebi ile geçersiz sayılmaktadır. SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.167.

³⁷³ KARABAĞ BULUT, s.62.

³⁷⁴ EREN, s.363 vd.; BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.45; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.278 vd.; PALANDT/ ELLENBERGER, §138, Rn.39; HUGUENIN, OR, Rn.425.; EKONOMİ, Nichtigkeit, s.27; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.137 vd.; ATASOY, s.167 vd.

yaptıkları sözleşmede örneğin bir yıl boyunca evden hiç çıkmayacağına yönelik taahhüdü de şahsî ve ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlanması anlamına gelecektir³⁷⁵. Öğretide bu tarz sözleşmelere "kelepçeleme sözleşmeleri" denilmektedir³⁷⁶. Söz konusu kavramın öğretide farklı tanımlamalarının yapılmış olduğunu belirterek ifade edelim ki, kelepçeleme sözleşmesinden bahsedebilmek için söz konusu sözleşme kapsamında verilen taahhüt yer ve zaman bakımından aşırı uzun yahut geniş kapsamlı ya da belirsiz olmalı ve borçlunun ekonomik özgürlüğü ve geleceği sözleşmede öngörülen hükümler doğrultusunda alacaklının elinde bulunmalı yani diğer tarafa bağımlılık hâli söz konusu olmalıdır³⁷⁷.

Kelepçeleme sözleşmelerinin bir sözleşme tipi olmayıp, birçok sözleşmede ortaya çıkabilecek ve genel ahlâkı ihlâl eden bir hâl olduğunu da ifade edelim³⁷⁸. Bir kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derece sınırlanması ile birlikte diğer tarafa bağımlı hâle gelmesi söz konusu değilse, tek başına sözleşmenin uzunluğu o sözleşmenin kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmeyecektir³⁷⁹.

Uzun süreli sözleşmelerin kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından diğer önemli kriter ise fesih imkânının bulunmaması yahut kısıtlanmasıdır; zira fesih hakkının kısıtlanmadığı durumda taraflardan biri onu karşı tarafın bağımlılığı altına sokan sözleşmeden kurtulma imkânına sahiptir³⁸⁰. İş mevzuatında öngörülen pek çok hükmün nispi emredici nitelik taşıması ve bu nedenle işçi aleyhine değişikliğe imkân verilmemesi sebebiyle, iş hukukunun

³⁷⁵ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.98; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.391. Bir yerde kalma yahut bir yerden ayrılmaya ilişkin düzenlemelerin TMK m.23 kapsamına girdiği yönünde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.219.

³⁷⁶ BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.140; EREN, s.364; ANTALYA, s.460; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.222; ESENER/GÜNDOĞDU, s.1221 vd.; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.254; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.248; ANTALYA, s.460; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.5 vd.; DOĞAN Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırlarının Korunması, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.123. Ayrıca bkz. YHGK, 22.05.2013, E.2012/11-1601, K.2013/752, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 11. H.D., 13.05.2013, E. 2012/17736, K.2013/9814; Yarg. 11. H.D., 19.09.2018, E.2016/14483, K.2018, 5117; Yarg., 11. H.D., 04.04.2018, E.2016/10044, K.2018/2422; YHGK, 22.05.2013, E.2012/11-1601, K.2013/752, <http://www.kazanci.com.tr> Yargıtay özellikle 2013 yılından önceki kararlarında "kelepçeleme sözleşmeleri" ifadesini kullanmak yerine "aşırı ölçüde bağımlı olma", "borçlunun iktisaden mahvına sebep olma" gibi kavramlar kullanmıştır. Yarg. 15. H.D., 18.01.2010, E.2009/635, K.2010/64, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 13. H.D., 03.10.1995, E.1995/6697, K.1995/8386, <https://www.lexpera.com.tr/> Ayrıca bkz. SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.116; FLUME, s.371.

³⁷⁷ ATASOY, s.167; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.140 vd.

³⁷⁸ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.5. Ayrıca bkz. DOĞAN, Rekabet Yasağı, s.125; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.140 vd.

³⁷⁹ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.134.

³⁸⁰ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.140.

işçi açısından kelepçeleme sözleşmelerine cevaz verebilecek nitelikte olmadığı ifade edilmiştir³⁸¹.

ccc. Ahlâka Aykırılık ve Kamu Düzeni

Kamu düzeni kavramı ile ahlâk kavramı arasında bazı benzerlikler bulunsa da bu kavramlar esasen birbirinden farklı kavramlardır. Kamu düzeni toplumun temel yapısı ile çıkarlarını korumayı amaç edinen ve ahlâk kavramı karşısında yansız bir kavramdır³⁸². Öğretide ayrıca kamu düzeninin hukuk ahlâkını (Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan etik değerlendirmeler); buna karşılık ahlâk kurallarının ise sosyal ahlâkı korumayı hedeflediği belirtilmektedir³⁸³.

Öğretide kamu düzeni ile hukuki işlem ve hukuk düzeni arasındaki ilişki denetlenirken; ahlâk kuralları ile ise hukuki işlem ile toplumsal düzen yapısı arasındaki ilişkinin denetlendiği ifade edilmiştir³⁸⁴. Bu durum da tarafların kural koyma gücünün sadece kanunla değil sosyal normlarla da sınırlandığını göstermektedir³⁸⁵. Öğretide buna karşılık ayrıca özellikle TBK m.115³⁸⁶ hükmü örnek gösterilerek bazı hükümlerin hem genel ahlâkı hem de kamu düzenini korumayı amaçladıklarının üzerinde durulmaktadır. Ekonomik, sosyal veya fiziki açıdan zayıf durumda olan kişilerin korunmasına yönelik getirilen bu tarz hükümlerin bir yandan ahlâkı, diğer yandan ise kamu düzenini ilgilendirdiği belirtilmektedir³⁸⁷. Öğretide *Karabağ Bulut* da sosyal ahlâk ve hukuk ahlâkı ayırımından yola çıkılarak ayırıştırma yapılmasının doğru

³⁸¹ DOĞAN, Rekabet Yasağı, s.127. Yazar, rekabet yasağı sözleşmelerinin bir sözleşmenin işçi tarafından kelepçeleme niteliğinde olup olmadığının ele alınabileceği belki de tek kurum olduğunu ifade etmektedir. Buna karşılık iş hukuku açısından Kanun'da öngörülen şartları taşımayan rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olacağını belirterek rekabet yasağı sözleşmesi incelenirken kelepçeleme sözleşmesinin olup olmadığı değerlendirmesinin yapılmasına gerek olmadığını da eklemiştir, aynı eser, s.128.

³⁸² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.555; KARABAĞ BULUT, s.68.

³⁸³ Konuya ilişkin olarak bkz. BK-KRAMER, Art.19-22, OR, Rn.151 vd.; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.32 vd. Öğretide *Hatemi*, pozitif hukukun temel ilkeleri ile bağdaşabilen ahlâk kurallarının uygulanabilme niteliğinin bulunduğunu ifade etmektedir. HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.110. Konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. KARABAĞ BULUT, s. 66 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.555.

³⁸⁴ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.33.

³⁸⁵ BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.33.

³⁸⁶ Madde 115- *Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

³⁸⁷ HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.54. Ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.88; KARABAĞ BULUT, s.68

olmayacağını ifade etmektedir³⁸⁸. Ahlâk kurallarının sadece bireyin menfaatlerinin korunmasına yönelik olmadığı, kamu düzeni kuralları gibi, toplumun menfaatini ve temel çıkarlarını koruma amacıyla da konuldukları öğretide dile getirilen bir başka görüştür³⁸⁹. *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre etik bir kural sırf Anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yattığı için, ahlâk ile olan bağıyı koparıp kamu düzeni kuralı hâline dönüşemez³⁹⁰.

ddd. Ahlâka Aykırılık ve Aşırı Yararlanma (Gabin)

Daha sonra üzerinde ayrıntılı olarak duracağımız³⁹¹ aşırı yararlanma kavramı TBK m.28 hükmünde düzenlenmiştir. Burada kısaca değinmek gerekirse, aşırı yararlanmanın söz konusu olabilmesi için objektif unsur (edimler arasında açık orantısızlık) ve sübjektif unsurların (zarar görenin zayıf hâli ve karşı tarafın da bunu bilip sömürme kastının bulunması) birlikte gerçekleşmesi gerekir. Türk Borçlar Kanunu'na göre; *"Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir"*.

İfade edelim ki, somut olayda sadece aşırı yararlanmanın şartları gerçekleşmiş ise kanun koyucu aşırı yararlanma müessesesini ayrıca düzenlediği için söz konusu durumda aşırı yararlanma hükümlerine başvurmak gerekeceği öğretide ifade edilmiştir³⁹². Öğretide ayrıca aşırı yararlanma için aranan şartların dışında ek bazı unsurların da gerçekleşmesi hâlinde (sömürenin zihniyet veya davranışlarının aşağılık olarak nitelendirebileceğimiz durumlarda olduğu gibi) ahlâka aykırılığa da dayanılabileceği belirtilmiştir³⁹³.

³⁸⁸ **KARABAĞ BULUT**, s.68 vd.

³⁸⁹ **HATEMİ**, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s.54; **KARABAĞ BULUT**, s.69 vd. Yazar, kişilerin para karşılığı cinsel birlikteliğe razı olmaları örneğinden yola çıkarak, bu durumda hem bireyin hem de toplumun huzur ve sağlığı tehdit edileceğinden, sadece bireyin değil aynı zamanda toplumun menfaatinin de etkileneceğini belirtmektedir.

³⁹⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.555.

³⁹¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 6.

³⁹² **EREN**, s.366; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.500; **NOMER**, s.122.

³⁹³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.500.

cc. Ahlâka Aykırılığın Gerçekleşme Biçimleri ve Ahlâka Aykırılığın Belirlenmesi

Ahlâka aykırılık sözleşmenin niteliğinden kaynaklanabileceği gibi, sözleşmenin süresinden yahut taraflara yüklediği yükün aşırılığından da kaynaklanabilir³⁹⁴. Yargıtay verdiği bir kararda³⁹⁵ iktisadi özgürlüğü kabul edilemeyecek derecede sınırlandıran bir sözleşmenin ahlâka aykırı sayılacağını belirttikten sonra borçlunun iktisadi yıkımına sebebiyet veren fahiş cezai şartın ahlâka aykırı sayılması gerektiğine hükmetmiştir.

Ahlâka aykırı sözleşmelere gerek sözleşmenin yapılması gerek içeriği gerekse amacı dikkate alınarak çok sayıda örnek verebiliriz. Para karşılığı cinsel ilişkide bulunma yahut para karşılığı adam öldürmek için kiralık katil tutulması, çok uzun süreli sözleşmeler yapılması, borçlunun şahsi ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandıran çok uzun süreli rekabet yasağı ya da fahiş cezaî şart³⁹⁶, bir gazetecinin para karşılığında belirli bir kurum yahut kişi aleyhinde yazmamayı taahhüt ettiği sözleşme, soygun yapmak için âlet satılması, araç kiralması gibi örnekler bunlardan birkaçıdır³⁹⁷.

İfade edelim ki, devletin izni ile genelev açmak ve işletmek hususunda ahlâka aykırılık tartışması yapılamayacağı için yahut Yargıtay'ın da kararında belirttiği üzere, devletin izni bu duruma ahlâkilik kazandırmasa da ahlâkilik tartışmasını pratik olarak önlediği için bu sebeple bir taşınmazın kiralınmasına ilişkin olarak yapılan sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyecektir³⁹⁸.

Bir sözleşmenin ahlâka aykırı olup olmadığının kararını verecek olan hâkim, daha önce ifade ettiğimiz gibi subjektif değil, objektif ahlâk anlayışına göre karar verecektir. Yine hâkimin

³⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.92; EREN, s.363 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.556.

³⁹⁵ Yarg. HGK., 20.03.1974, E.1970/1053, K.1974/222. Ayrıca bkz. Yarg. 1. H.D., 06.03.2020, E. 2001/10578, K. 2002/2892, <https://kazanci.com.tr/>

³⁹⁶ Yargıtay verdiği kararda borçlunun iktisadî yıkımına sebep olacak bir cezaî şartın, ahlâk ve âdaba aykırı sayılması ve borçlu tacir de olsa kısmen veya tamamen iptal edilmesinin gerekeceğini belirtmiştir. YHGK, 20.03.1974, E.1970/1053, K.1974/222, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 19. H.D., 25.06.2013, E.2013/4781, K.2013/11859, <https://www.lexpera.com.tr/>

³⁹⁷ EREN, s.365 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.557 vd.; TAŞMAN s.295; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.138; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.27.

³⁹⁸ YİBK., 14.01.1948, E.1943/30, K.1948/2; Yarg. 13. H.D., 13.12.1976, E. 1976/2884, K. 1976/8294, <https://www.lexpera.com.tr/> Aynı yönde bkz. HUGUENIN, OR, Rn.414; EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.27; ERMAN, *Akit Serbestisi*, s.610; ESENER/GÜNDOĞDU, s.220; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.255 vd.; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.455; OLGAC, s.19; TUTAR, s.105.

somut olayda ahlâka aykırılığı tespit etmesi hâlinde, eğer bu yönde pozitif bir hukuk kuralı varsa (irade sakatlığı hâllerinde olduğu gibi) hâkim o kuralı uygulamakla yükümlü olacaktır³⁹⁹.

dd. Ahlâka Aykırılık Sebebi İle Sözleşmenin Geçersizliği

TBK m. 27/1 hükmü uyarınca, ahlâka aykırı sözleşmeler kesin olarak geçersizdirler. Bir sözleşmenin ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması için tarafların ahlâka aykırılık unsurunu biliyor olması şartı aranmaktadır⁴⁰⁰. Fakat öğretide bu durumun her zaman doğru kabul edilemeyeceği belirtilmiş ve bilme faktörünün yanı sıra karşı tarafın bu amacın gerçekleşmesini teşvik etmesi yahut bu sebeple normalin üstünde kazanç sağlamasının da gerekliliği vurgulanmıştır⁴⁰¹. Bu konuya ilişkin olarak bir kişinin metresi için ahlâka aykırı bir cinsel ilişki karşılığında kuyumcudan mücevher alması durumunda kuyumcu bu durumu bilse bile sözleşmenin geçersiz sayılmaması gerektiği, buna karşılık eğer bu amaçla mücevherin alınmasını kuyumcu ikna ediyor ise satım sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰².

Alman Hukuku'nda §138 BGB hükmünün ilk fıkrasında ahlâka aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılacağı belirtilmiştir⁴⁰³. Bir hukuki işlemin ahlâka aykırı olup olmadığının genellikle hukukî işlemin etkilerinin meydana geldiği zamana göre değil, işlemin gerçekleştirildiği andaki koşullara göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰⁴. Bu nedenle günün koşullarında yahut hukuki görüşlerde ahlâk kavramına ilişkin bir değişiklik gerçekleştiği anda bu durum ahlâki açıdan kabul edilebilir olan bir işlemi geçersiz kılmayacaktır. Tabiri caizse, "Geçmişe dönük etkili bir ahlâka aykırılıktan söz edilemez"⁴⁰⁵.

İsviçre Borçlar Kanunu madde 20 hükmünde içeriği imkânsız yahut kanuna aykırı olan ya da ahlâka aykırı bir sözleşmenin geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

³⁹⁹ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.201.

⁴⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.91; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.558 vd.

⁴⁰¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.91 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.558 vd.

⁴⁰² OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.92, dn.140; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.400.

⁴⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. NEUNER, §46, Rn.18 vd, s.557 vd.

⁴⁰⁴ NEUNER, §46, Rn.26, s.558. Ayrıca bkz. SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.40; KOLLER, OR, §13, Rn.179; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.230; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.136; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.202 vd.; EREN, s.363.

⁴⁰⁵ SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.41.

3. Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olmaması

a. Genel Bilgi

Sözleşen tarafların amacı sözleşmenin tam olarak ifasının gerçekleşmesini sağlamak olsa da taraflar kimi zaman bu amaca ulaşamayabilirler. İmkânsızlık kimi zaman bu amacın gerçekleşmesini engelleyen sebeplerden biri olarak karşımıza çıkar⁴⁰⁶.

Sözleşmenin kurulduğu sırada objektif imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda sözleşme kesin olarak geçersiz sayılmaktadır⁴⁰⁷. Bu duruma örnek olarak konser verecek olan bir sanatçının ölmüş olması, teslimi taahhüt edilen orijinal tablonun mevcut olmaması vb. verilebilir⁴⁰⁸.

Türk Borçlar Kanunu m.27 hükmünde başlangıçtaki imkânsızlığı düzenleyen ve sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran madde, edimin sonradan imkânsız hâle gelmesiyle ilgili olan aynı Kanun'un m.136 hükmü ile farklı hüküm ve sonuçlara tâbidir. Çalışmamızın konusu bakımından sözleşmelerin geçersizliği sonucunu doğuran sebepler önem arz ettiğinden, edimin sonradan imkânsız hâle gelmesi ve bunun doğurduğu hukukî sonuçlar konumuzun kapsamı dışında kalacaktır.

b. İmkânsızlık Türleri

aa. Başlangıçtaki İmkânsızlık – Sonraki İmkânsızlık

Başlangıçtaki imkânsızlık kavramı Roma hukukundan günümüze gelmiş bir kavramdır. Öğretide “İmkânsızlık borç doğurmaz.” yahut “İmkânsızlıktan dolayı kimse sorumlu değildir.”

⁴⁰⁶ GÜNDOĞDU Fatih, Borca Aykırılık Hâllerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.82; İNAN Ali Naim, Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freiburg im Breisgau, 1956, s.3; KOLLER, OR, §13, Rn.25 vd; GAUCH/SCHLUEP, Band II, Rn.3126; ALTUNKAYA Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.84 vd.

⁴⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.93; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.147; EREN, s.369; NOMER, s.93; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.138; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.580; GÜNDOĞDU, s.91; ESENER/GÜNDOĞDU, s.224; KOLLER, OR, §13, Rn.43 vd; KELLER/SCHÖBI, s.145; VON TUHR/PETER, s.263; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.246; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.502; HUGUENIN, OR, Rn.827; HUGUENIN Claire, Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR: Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Stämpfli & Cie AG, Bern, 1984, s.13.

⁴⁰⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.147.

şeklinde ifade edilen “*impossibilium nulla obligatio est*” ilkesi Roma hukukundan bu yana sözleşme ilişkilerine hâkim olan bir ilke olarak karşımıza çıkar⁴⁰⁹.

Öğretide bazı yazarlar başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı bakımından sözleşme konusu edimin ifa anını esas alırken⁴¹⁰, hâkim görüş⁴¹¹ ise sözleşmenin kurulduğu anı esas almaktadır. Buna göre, eğer ki sözleşme ile üstlenilen edim sözleşmenin kurulduğu anda imkânsız ise başlangıçtaki imkânsızlık söz konusudur⁴¹². Ancak sözleşmenin bir şarta ya da süreye bağlanması durumunda şartın gerçekleştiği yahut sürenin dolduğu anda edimin ifa edilebilir olması hâlinde ise imkânsızlık sebebi ile sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemeyecektir⁴¹³.

TBK m.27 hükmünde başlangıçtaki objektif imkânsızlığa kesin geçersizlik sonucu bağlanmıştır. Belirtelim ki, İş Kanunu’nda başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin özel düzenlemeler bulunmadığı için Türk Borçlar Kanunu’na tâbi olarak çalışan işçilerin iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelini ortaya çıkması durumunda uygulanacak esaslar kural olarak İş Kanunu’na tâbi işçiler için de geçerli olacaktır⁴¹⁴.

Edimin sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu esnada var olan objektif, sürekli, hukuki veya maddi bir engel sebebi ile borçlu dâhil kimse tarafından ifa edilememesi hâlinde sözleşme kesin olarak geçersiz olacaktır⁴¹⁵. Bu bağlamda iş sözleşmesinin kurulma anı başlangıçtaki imkânsızlığın tespiti bakımından önem taşıyacaktır. İş ilişkileri

⁴⁰⁹İNAN, Unmöglichkeit, s.8; GÜNDOĞDU, s.1.

⁴¹⁰DURAL, İmkânsızlık, s.26, dn.59’da belirtilen yazarlar.

⁴¹¹BK-KRAMER, Art.19-22, OR, Rn.246; KOLLER, OR, §13, Rn.41; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.233; İNAN, Unmöglichkeit, s.28; AKKURT, s.118; GÜNDOĞDU, s.95; NOMER, s.97; EREN, s.371; ANTALYA, s.463; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.94; DURAL, İmkânsızlık, s.25; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.259; ALTUNKAYA, s.102; TOPUZ Seçkin/CANBOLAT Ferhat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, AÜHFD, C.57, S.3, 2008, s.678; AKBULUT Pakize Ezgi, “Anlamsız -Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı (13.1.2011 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararının Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi)”, SDÜHFD, C.8, s.2, 2018, s.181; YÜCER Zeynep İpek, Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkânsızlık, Hüküm ve Sonuçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.28.

⁴¹²TOPUZ/CANBOLAT, s.678; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.259; ÇAVUŞOĞLU, s.35; EREN, s.370; DURAL Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.75; GÜNDOĞDU, s.95; AKDENİZ Ayşe Ledün, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.12. Konuya ilişkin ayrıca bkz. BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.246; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.502; HUGUENIN, OR, Rn.819; BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn. 47. Sözleşme kurulduktan sonra ve şart henüz gerçekleşmeden önce meydana gelen her imkânsızlığın sonraki imkânsızlık olduğu yönünde bkz. ERCOŞKUN ŞENOL, s.83.

⁴¹³EREN, s.371; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.260.

⁴¹⁴AKDENİZ, İmkânsızlık, s.105.

⁴¹⁵KOLLER, OR, §13, Rn.41; EREN, s.371; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.94; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.404 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, s.164; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.115; ALTUNKAYA, s.233 vd.; AKBULUT, İmkânsızlık, s.181.

bakımından başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık ayrımında esas alınacak zaman işçinin fiilen işe başlama anı değil, sözleşmenin kurulduğu andır⁴¹⁶. Başlangıçtaki imkânsızlığa örnek olarak, kiralanmış olan bir evin kira sözleşmesi yapılmadan evvel yanmış, satış sözleşmesi kurulduğu sırada satılan atın zaten ölmüş olması durumlarını verebiliriz⁴¹⁷.

Taraflardan birinin sözleşmenin kurulduğu sırada borçlanılan edimin imkânsız olduğunu bildiği yahut bilmesinin gerektiği durumlarda, sözleşme geçersiz olsa dâhi sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) gereği karşı tarafın uğradığı zararın tazmin yükümlülüğü doğacaktır⁴¹⁸.

Başlangıçtaki imkânsızlık edimin tamamı için değil bir kısmı için geçerli ise sözleşmenin tamamı değil, bir kısmı geçersiz sayılarak kısmi geçersizlik yaptırımına tâbi olacaktır⁴¹⁹. Sonraki imkânsızlık durumunda ise, sözleşme kurulduğu anda edimin ifası mümkündür; fakat sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan engel edimin ifasını engellemektedir⁴²⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağı belirtilmiştir. Söz konusu hükümle tarafların sözleşme içeriğini serbestçe belirleme hakkına sınırlama getirilmiş olmaktadır⁴²¹. Buradaki imkânsızlıktan anlaşılması gereken sözleşmenin yapıldığı sırada (başlangıçtaki imkânsızlık) edimlerden birinin objektif olarak imkânsız olmasıdır ve bu imkânsızlığın farkına sonradan varılması durumu değiştirmez⁴²². Bu nedenle başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı önem taşımaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda sonraki imkânsızlığın sonuçları, borçlunun borcun ifasının imkânsız hâle gelmesinde kusurlu olup olmamasına göre farklı maddelerde düzenlenmiştir. TBK m.112 uyarınca; borcun hiç yahut gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Kanun'un 136. maddesinde ise, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı nedenlerle imkansızlaşması hâlinde borcun sona ereceği ve borçtan

⁴¹⁶ AKDENİZ, İmkânsızlık, s.77.

⁴¹⁷ EREN, s.371; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.404. Ayrıca bkz. BYDLINSKI Peter, Bürgerliches Recht Band I, Verlag Österreich, 9. Auflage, 2021, §7, Rn.16.

⁴¹⁸ EREN, s.371; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.95; NOMER, s.98; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.139.

⁴¹⁹ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.149.

⁴²⁰ DURAL, İmkânsızlık, s.25; TOPUZ/CANBOLAT, s.679; EREN, s.371; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II, Rn.3126; İNAN, Unmöglichkeit, s.28; ZIEGLER Antje, Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung, in der schweizerischen Lehre, Verlag Paul Haupt, 1992, s.55.

⁴²¹ ZIEGLER, s.1.

⁴²² OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.94. Ayrıca bkz. EREN, s.371; NOMER, s.97 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.580.

kurtulan borçlunun da sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade borcunun bulunduğu belirtilmiştir.

bb. Fiilî İmkânsızlık- Hukukî İmkânsızlık

İmkânsızlık fiilî olabileceği gibi hukukî de olabilir. Fiilî imkânsızlık (*faktische/ tatsächliche Unmöglichkeit*) borcun doğa ve mantık kuralları gereği ifa edilemeyeceği anlamına gelirken, hukukî imkânsızlıkta (*rechtliche Unmöglichkeit*) ise bir hukuk kuralı yahut hukuken yetkili kılınmış bir makamın kararı ile o borcun ifasının engellemesi durumu söz konusudur⁴²³.

Fiilî imkânsızlığa verilen klâsik örnek sözleşme yapıldığı sırada sözleşme konusu malın yanmış olmasıdır. Bu durumda satışı yapılacak evin yahut tablonun sözleşmenin yapıldığı sırada zaten yanmış olması hâlinde ortada fiilî bir imkânsızlık vardır⁴²⁴. Aynı şekilde işverene ait işyerinin sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre önce yanmış olması durumunda fiili imkânsızlık söz konusudur⁴²⁵. Okyanusun dibine düşmüş bir yüzük hakkında bağışlama sözü verilmesi de fiilî imkânsızlığa örnek teşkil edecektir⁴²⁶. Bu noktada teknolojinin ilerlemesi ile birlikte fiili imkânsızlık alanının da daraldığını ifade etmek gerekir⁴²⁷. Günümüz teknolojisiyle batan gemilerin kurtarılabildiğini düşünürsek, geminin kurtarılmasına yönelik vaadde bulunulması durumunda imkânsızlık olmayacaktır⁴²⁸. Bunun dışında buza sıkışmış bir geminin römorkör gelmeden evvel eriyen buzlar nedeniyle kendiliğinden serbest kalması hâlinde ise fiili imkânsızlık gündeme gelecektir⁴²⁹.

⁴²³ DURAL, Sonraki İmkânsızlık, s.8 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, s.167; EREN, s.1165; ÖZÇELİK Ş. Barış, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları", AÜHFD, 63 (3), 2014, s.572; İNAN, Unmöglichkeit, s.8; ALTUNKAYA, s.191; SELİÇİ, s.90; ERCOŞKUN ŞENOL Kübra, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.44; ÇAVUŞOĞLU Aslı, Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.27; KELLER/SCHÖBİ, s.245; PALANDT/GRÜNEBERG, §275, Rn.16; ALTUNKAYA, s.93 vd. Belirtelim ki, bir mal hakkında ihraç yahut ithâl yasağının bulunması hâlinde öğretide bu durumun hukuki imkânsızlık sebebi ile mi yoksa emredici hükümlere aykırılık sebebi ile mi geçersiz sayılacağı tartışmalıdır. Konuya ilişkin olarak bkz. DURAL, Sonraki İmkânsızlık, s.23; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.260; SELİÇİ, s.90; ÇAVUŞOĞLU, s.33; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.114; KELLER/SCHÖBİ, s.146; ÖZÇELİK, s.574.

⁴²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.93; ALTUNKAYA, s.157; EREN, s.370; NOMER, s. 93; ESENER/GÜNDOĞDU, s.224; SELİÇİ, s.90; ANTALYA, s.463; GÜNDOĞDU, s.92.

⁴²⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2, Rn.288; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.28; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.324, Rn.34; EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.51; AKDENİZ, İmkânsızlık, s.78.

⁴²⁶ EREN, s.370; ERCOŞKUN ŞENOL, s.49; SELİÇİ, s.90; ÇAVUŞOĞLU, s.28 vd.

⁴²⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.500.

⁴²⁸ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.500.

⁴²⁹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.500.

Buna karşılık satım sözleşmesi ile bir malın mülkiyetinin devri borcu altına girilmiş fakat sözleşmenin kurulduğu anda miras sebebi ile o mal zaten sözleşmenin tarafı olan kişiye geçmişse borçlanılan edimin ifası hukuken imkânsız hâle gelmiş demektir⁴³⁰.

cc. Objektif İmkânsızlık – Sübjektif İmkânsızlık

Edimin sözleşmenin yapıldığı sırada borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilememesi durumunda objektif imkânsızlıktan bahsedilecektir⁴³¹. Aksine edim sadece borçlu tarafından ifa edilemiyor ise bu durumda sübjektif imkânsızlık gündeme gelecektir⁴³². Önceden başkasına satılıp mülkiyeti kazandırılmış olan malı ikinci kez satma durumu buna örnek olarak verilebilir⁴³³. Sözleşmenin kurulduğu sırada yanmış olan bir malın teslimi taahhüdünü içeren bir sözleşme objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz sayılacaktır⁴³⁴. Fakat borçlu tarafından üçüncü bir kişiye ait bir malın teslimi taahhüt edilmiş, ancak üçüncü

⁴³⁰ EREN, s.370.

⁴³¹ EREN, s.371; ANTALYA, s.463; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.94; NOMER, s.93; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.233; İNAN, Borçlar Hukuku, s.194; ALTUNKAYA, s.158; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.148; ESENER/GÜNDOĞDU, s.225; ÇAVUŞOĞLU, s.45; İNAN, Unmöglichkeit, s.24; KARAHASAN, s.283; KIRKBEŞOĞLU, s.156; SEROZAN Rona, "İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme", KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 76. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.168; TOPUZ/CANBOLAT, s.677; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.260; KOLLER, OR, §13, Rn.43; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.501; HUGUENIN, OR, Rn.816; HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit*, s.13; PALANDT/ GRÜNEBERG, §275, Rn.13 vd. Alman Federal Mahkemesi doğaüstü güç kullanmak suretiyle kartları okuyarak yaşam koçluğu sunan kişi ile kart okuma temelli olarak yapılan anlaşma bakımından, borçlunun vaad ettiği performansın bilim temelinden uzak, sihir ya da parapsikolojik güçlerin kullanılması yoluyla tavsiyelerde bulunmak olması sebebi ile objektif açıdan imkânsız olduğu gerekçesi ile başlangıçtaki objektif imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir. <https://www.juracademy.de/schuldrecht-bt2/dienstvertrag.html> Buna göre kişinin kart okuma yoluyla içgüdülerine dayanarak tavsiyelerde bulunacağına yönelik taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde vaat edilen hizmet doğa kanunlarına veya bilim ve teknolojiye göre yerine getirilebilecek bir hizmet değildir. Söz konusu olayın Türk ve İsviçre hukukları bakımından değerlendirildiği çalışma için bkz. AKBULUT, *İmkânsızlık*, s.196 vd. Edimin insan gücüyle değil sadece mantık veya parapsikoloji gücünün kullanılmasıyla yerine getirilmesi durumunda başlangıçtaki fiili imkânsızlığın söz konusu olacağı yönünde bkz. ALTUNKAYA, s.195.

⁴³² KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.148; SEROZAN, İfa Engelleri, s.168; ANTALYA, s.463; EREN, s.372; AKKURT, s.118; İNAN, Borçlar Hukuku, s.194; ESENER/GÜNDOĞDU, s.225; KARAHASAN, s.283; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.260; İNAN, Unmöglichkeit, s.24; ÇAVUŞOĞLU, s.45. Roma hukukunda da objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımı yapılmış olup sübjektif imkânsızlık "facultas dandi" kavramında ifadesini bulmuştur. Objektif imkânsızlık ise "impedimentum naturale" olarak ifade edilmektedir. İNAN, Unmöglichkeit, s.8; KOLLER, OR, §53, Rn.12; KELLER/SCHÖBİ, s.145; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.501 vd.; HUGUENIN, OR, Rn.427. Öğretide *Gündoğdu*, bir mal hakkında ihraç yahut ithâl yasağının bulunması hâlinde bir ayırım yapılması gerektiğini, herkes için geçerli bir ihraç yasağı durumunda objektif imkânsızlık, buna karşılık borçlunun ihraç yapabilmek için gerekli yetki belgelerine sahip olmaması nedeniyle ihraç yapamaması hâlinde ise sübjektif imkânsızlık durumunun mevcut olduğunu ifade etmektedir GÜNDOĞDU, s.33.

⁴³³ SEROZAN, İfa Engelleri, s.169.

⁴³⁴ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.148; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.260; İNAN, Borçlar Hukuku, s.194.

kişinin malı teslim etmek istememesi sebebi ile taahhüt yerine getirilemiyor ise sübjektif imkânsızlık gündeme gelecektir⁴³⁵.

Edimin başlangıçtan itibaren imkânsız olması ve sözleşmenin yapıldığı anda borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte olması hâlinde sözleşme geçersiz olacaktır⁴³⁶. O hâlde edimin ifası sadece borçlu için imkânsız ise yani sübjektif imkânsızlık söz konusu ise sözleşme geçerli kabul edilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sübjektif imkânsızlık borçlunun ekonomik durumundan kaynaklanabileceği gibi kişisel yeteneğinin yahut gücünün kaybolmasından da kaynaklanabilir⁴³⁷. Ekonomik güçsüzlük durumunda sözleşmenin geçerli olacağını kabul etmekte şüphe yoktur. Buna karşılık kişisel güçsüzlük yönünden bir ayırım yapılması gerektiği öğretilde savunulmuştur. Şöyle ki, eğer borçlanılan edim fiziksel güce bağlı bir edim ise (herkesin yerine getirebileceği temizlik yahut taşıma gibi hizmet edimi) kişi sözleşmenin kurulduğu sırada felç olsa bile sözleşme geçersiz sayılmayacaktır, keza başka bir kişi tarafından edimin yerine getirilmesi mümkün olacaktır. Buna karşılık öğretilde baskın görüş uyarınca, ünlü bir ressamla yapılan eser sözleşmesinde olduğu gibi söz konusu edim sadece borçlunun fikrî ya da artistik yeteneği ile yerine getirilecek bir edim ise ve bunu borçludan başkası da yerine getiremiyorsa sözleşmenin yine objektif imkânsızlık sebebi ile geçersiz olduğu kabul edilmelidir⁴³⁸. Zira burada kişiye sıkı sıkıya bağlı edim söz konusudur⁴³⁹.

dd. Tam İmkânsızlık – Kısmî İmkânsızlık

Borçlanılan edimin bir kısmının ifa edilemediği durumlarda kısmi imkânsızlık; tamamının ifa edilemediği hâllerde ise tam imkânsızlık söz konusudur. Kısmi imkânsızlıktan söz edebilmek için öncelikle borçlanılan edimin bölünebilir nitelikte bir edim olması

⁴³⁵ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.148.

⁴³⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.404; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.139; EREN, s.372 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.94; NOMER, s.93; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.259 vd.; ESENER/GÜNDOĞDU, s.224 vd.; ALTUNKAYA, s.157 vd.

⁴³⁷ Konuya ilişkin olarak bkz. EREN, s.372; AKBULUT, İmkânsızlık, s.183; YÜCER, s.26.

⁴³⁸ EREN, s.373; İNAN, Borçlar Hukuku, s.194; ÇAVUŞOĞLU, s.50; ALTUNKAYA, s.112; ESENER/GÜNDOĞDU, s.225; İNAN, Unmöglichkeit, s.25 vd.; ZIEGLER, s.58; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn. 636; BK-KRAMER, Art.19-20 OR, Rn.254; KOLLER, OR, §13, Rn.45; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s.501. Konuya ilişkin tartışmalar ve görüşler için ayrıca bkz. GÜNDOĞDU, s.134 vd. Yazar, edimin mutlak olarak borçlu tarafından ifa edilmesi gereken borçlarda, meydana gelen imkânsızlığın objektif imkânsızlık olarak kabul edilmesi gerektiğini, zira bu durumda borçlunun kıyaslanabileceği bir üçüncü kişinin bulunmadığını ifade etmektedir, aynı eser s.137.

⁴³⁹ EREN, s.373; ESENER/GÜNDOĞDU, s.225. Ayrıca bkz. GÜNDOĞDU, s.134 vd.; ALTUNKAYA, s.112.

gerekmektedir⁴⁴⁰. Edimin konusunu oluşturan şey niteliğinde bir değişiklik ya da ekonomik değerinde bir azalma olmadan parçalara bölünebiliyorsa bu edim bölünebilen edimdir⁴⁴¹. Geçersizlik yaptırımının amacı sözleşmenin değil, eksikliğin ortadan kaldırılması olduğu için, Borçlar Kanunu'nun sözleşmeleri ayakta tutma ilkesinden hareketle, sözleşmelerin kısmen geçersiz sayılmasına da imkân tanınmıştır⁴⁴².

ee. Devamlı İmkânsızlık – Geçici İmkânsızlık

İfa süresindeki engeller edimin ifa edilebilme ihtimâlini ortadan kaldırıyorsa yani edimi hiç ifa edilemez hâle sokuyorsa devamlı imkânsızlık (*dauerende Unmöglichkeit*) söz konusu olmaktadır⁴⁴³. Yani devamlı imkânsızlığa yol açan nedenin zamanla ortadan kalkması mümkün değildir⁴⁴⁴. Buna karşılık geçici imkânsızlıkta (*vorübergehende Unmöglichkeit*) edimin ifası geçici bir engel nedeniyle imkânsız olmakta; fakat engelin ortadan kalkması ile birlikte edimin ifası mümkün hâle gelmektedir⁴⁴⁵. Örnek vermek gerekirse borçlunun mülkiyetini devir borcu altına girdiği elbisenin yanmış olması devamlı imkânsızlık buna karşılık, hastalığı sebebi ile o günkü piyano dersine gidemeyen öğretmenin durumu geçici imkânsızlık durumu yaratır⁴⁴⁶. Geçici imkânsızlığa ilişkin güncel örneklerle ayrıca Covid-19 virüsünün neden olduğu pandemi döneminde de karşılaşılmıştır. Yıllık abonelik yaptırılan spor salonları sokağa çıkma yasağı döneminde ziyaret edilememiştir yahut çocuklar kreşlere ya da okullara gönderilememiştir⁴⁴⁷.

Öğretide bazı hâllerde geçici imkânsızlık söz konusu olmasına rağmen sözleşmenin amacı imkânsız hâle geldiğinden geçici imkansızlığın devamlı imkânsızlıkla bir tutulması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴⁸. Şöyle ki, geçici imkânsızlığın öngörülemeyecek kadar uzun sürmesi

⁴⁴⁰OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.593; DURAL, Sonraki İmkânsızlık, s.91; GÜNDOĞDU, s.113; TOPUZ/CANBOLAT, s.680; ÇAVUŞOĞLU, s.41; ALTUNKAYA, s.128; YÜCER, s.35; AKDENİZ, İmkânsızlık, s.16 vd.

⁴⁴¹DURAL, İmkânsızlık, s.38; DURAL, Sonraki İmkânsızlık, s.91; GÜNDOĞDU, s.114; TOPUZ/CANBOLAT, s.680; ALTUNKAYA, s.128; YÜCER, s.35. İsviçre Hukuku bakımından ayrıca bkz. HUGUENIN, OR, Rn.586. Yazar geçersiz olan kısım dışında sözleşmenin diğer kalan kısımlarının kanunun gerekliliklerini karşılaması ve bu kısmın taraflar için olmazsa olmaz bir şart niteliği taşıması gerektiğini ifade etmektedir.

⁴⁴²KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.150; ALTUNKAYA, s.129.

⁴⁴³DURAL, Sonraki İmkânsızlık, s.100; DURAL, İmkânsızlık, s.45; GÜNDOĞDU, s.102 vd.; ERCOŞKUN ŞENOL, s.94; TOPUZ/CANBOLAT, s.679; ALTUNKAYA, s.119; YÜCER, s.39.

⁴⁴⁴TOPUZ/CANBOLAT, s.679; İNAN, Unmöglichkeit, s.35 vd.; ALTUNKAYA, s.119.

⁴⁴⁵DURAL Mustafa, İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.7, S.1, Haziran 1973, s.45; GÜNDOĞDU, s.102 vd.; İNAN, Unmöglichkeit, s.35 vd.; ERCOŞKUN ŞENOL, s.94 vd.; DURAL, Sonraki İmkânsızlık, s.100; TOPUZ/CANBOLAT, s.679; ALTUNKAYA, s.120; YÜCER, s.40.

⁴⁴⁶DURAL, İmkânsızlık, s.45; ALTUNKAYA, s.120; YÜCER, s.40.

⁴⁴⁷SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s.502.

⁴⁴⁸DURAL, İmkânsızlık, s.46; GÜNDOĞDU, s.104.; SEROZAN, İfa Engelleri, s.163 vd.; AKDENİZ, İmkânsızlık, s.17.

hâlinde dürüstlük kuralı gereği sözleşme ile bağlı kalması alacaklıdan beklenemiyorsa ya da edimin sonradan yerine getirilmesinde alacaklının bir menfaati kalmayacaksa yahut zamanın geçmesi ile birlikte edimin kararlaştırılandan tamamen farklı bir nitelik kazanması söz konusu ise artık geçici imkânsızlığın devamlı imkânsızlığa dönüştüğü söylenebilecektir⁴⁴⁹.

c. Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlığa Bağlanan Hukuki Yaptırım

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde ifadesini bulan ve konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağına ilişkin hükümde ifade edilen imkânsızlık objektif imkânsızlıktır. İfade edelim ki, çalışmamızın konusunu oluşturan TBK m.27/1 anlamında sözleşmenin kesin geçersizliğine sebep olan nitelikteki imkânsızlık olduğu için, sözleşmenin konusundaki imkânsızlığın sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkması durumunda uygulanacak olan yaptırım bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır⁴⁵⁰.

Sözleşmenin kurulduğu sırada konusu herkes için imkânsız olan sözleşmeler kesin geçersizlik yaptırımına tâbi olacaktır⁴⁵¹. Sözleşmenin geçerliliğine etki eden imkânsızlık, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olan imkânsızlığın farkına sonradan varılmış olması sonuca etki etmeyecektir⁴⁵².

⁴⁴⁹ DURAL, *İmkânsızlık*, s.46 vd.; GÜNDOĞDU, s.104 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, s.163 vd.

⁴⁵⁰ Sözleşmenin konusundaki imkânsızlığın sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkması durumunda borçlunun kusurlu olup olmamasına göre bir ayrıma gidilecek ve eğer borçlunun kusuru yoksa bu durumda TBK m.136 gereği borç sona erecektir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık nedeniyle borçlunun borçtan kurtulması durumunda karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri verecek ve henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi talep hakkını da yitirecektir. Kanunda ayrıca kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumların bu hükmün kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir. İfanın imkânsızlaşması durumunda borçlu bunu gecikmeksizin alacaklıya bildirmekle yükümlüdür. Aksi hâlde bundan doğan zararı da gidermekle yükümlü olacaktır (m.136/2). Borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşması ise TBK m.137 hükmünde ifadesini bulmuştur. Borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşması hâlinde ise, borçlu borcun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulacaktır. (m.137/1) Ancak, bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erecektir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcunun kısmen imkânsızlaşması ve alacaklının kısmi ifaya razı olması durumunda, karşı edim de o oranda ifa edilecektir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır. (m.137/2)

⁴⁵¹ Öğretide örtülü boşluğun amaca uygun sınırlandırılması yoluyla somut olayın özelliklerine göre başlangıçtaki objektif imkânsızlığa sonraki imkânsızlığın sonuçlarının uygulanmasının mümkün olması gerektiği, başlangıçtaki objektif imkânsızlığın geçersizliğe neden olurken başlangıçtaki subjektif imkânsızlığın ifa imkânsızlığı olarak ele alınıp kıyasen sonraki imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasının hakkaniyete aykırı olduğu ifade edilmektedir. Zira satım konusu malın sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce yahut sonra yanmış olması farklı sonuçlar yaratmaktadır. Konuya ilişkin olarak bkz. KOLLER, OR, §13, Rn.54; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn.64.03. Buna göre TBK m.27/1 hükmü sadece kararlaştırılan edimin anlamsız/absürt olması durumunda uygulanacak yani sadece bu durumda kesin geçersizlik gündeme gelecek, bunun dışında kalan başlangıçtaki imkânsızlık hâlleri ifa imkânsızlığı kapsamında değerlendirilecektir. AKBULUT, *İmkânsızlık*, s.186.

⁴⁵² OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.94; EREN, s.371; AKBULUT, *İmkânsızlık*, s.184.

Taraflardan birinin taahhüt edilen edimlerden birinin objektif olarak imkânsız olduğunu zaten baştan itibaren bilmesi durumunda, sözleşme öncesi kusuru sebebiyle (culpa in contrahendo) diğer tarafın sözleşmenin geçerliliğine güvenden dolayı meydana gelen zararını karşılamakla yükümlü olacaktır⁴⁵³. Zira taraflardan birinin geçersizlik sebebini bilmesi veya ihmâli nedeniyle bilmemesi ve diğer tarafı bu konuda bilgilendirmemesi hâlinde, culpa in contrahendo ilkelerine göre tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁴⁵⁴.

Belirtelim ki, Alman Hukuku'nda 2002 yılında yapılan Reform Kanunu ile birlikte tüm imkânsızlık türleri tek bir maddede (§275 BGB) düzenlenmiştir. Alman Hukuku'nda, Türk Hukuku'nun aksine, objektif-sübjektif imkânsızlık ayrımı yapılmamakta, başlangıçtaki objektif imkânsızlığın sözleşmenin geçersizliğine yol açmadığı; ancak imkânsızlık nedeniyle borçlunun aslî edim yükümlülüğünden kurtulacağı kabul edilmektedir⁴⁵⁵. §275/1 BGB hükmü uyarınca; edim borçlu veya herkes için imkânsız ise edime ilişkin talep hakkı ortadan kalkacaktır⁴⁵⁶.

4. İrade Beyanlarının Sağlıklı Olması

a. Genel Bilgi

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. Sözleşmenin kurulabilmesi bakımından en temel unsur sözleşen tarafların irade beyanlarının bulunmasıdır⁴⁵⁷. Hukuki bir sonuca yönelmiş arzunun açıklaması olan irade beyanları sağlıklı ve birbirine uygun olmazsa sözleşmenin iptal edilebilirliği gündeme gelecektir.

⁴⁵³ NÖMER, s.94; SEROZAN, İfa Engelleri, s.176; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.95; EREN, s.371; AKBULUT, *İmkânsızlık*, s.184; VON TUHR/PETER, 264; HUGUENIN, OR, Rn.429; KOLLER, OR, §13, Rn.42.

⁴⁵⁴ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s.286; SEROZAN, İfa Engelleri, s.176.

⁴⁵⁵ PALANDT/ GRÜNEBERG, §275, Rn.4.

⁴⁵⁶ Borçlunun başlangıçtaki ifa engelinden sorumlu olması hâlinde alacaklının tazminat taleplerine ilişkin düzenlemenin yer aldığı §311a/2 BGB hükmüne göre (Maddenin birinci fıkra hükmünde bir sözleşmenin geçerliliğinin, borçlunun §275/1 ile §275/3 BGB uyarınca ifa zorunluluğunda olmaması ve ifa engelinin sözleşmenin akdedildiği sırada zaten mevcut olması nedeniyle engellenemeyeceği ifade edilmiştir.) alacaklı kendi tercihiyle bağlı olarak, ifa yerine tazminat veya §284 BGB belirtilen ölçüde masraflarının geri ödenmesini talep edebilir. Borçlunun sözleşmenin akdedildiği sırada ifa engelinin farkında olmaması ve bilgi eksikliğinden sorumlu olmaması durumunda bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Başlangıçtaki imkânsızlığın bulunduğu durumlarda alacaklının tazminat talebinde bulunabilmesi için öncelikle taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması, başlangıçtaki bir imkânsızlığın bulunması ve borçlunun, §275 BGB hükmü nedeniyle asli edimini yerine getirme mecburiyetinin olmaması, son olarak da borçlunun, sözleşmenin kurulduğu sıradaki imkânsızlığı doğuran olayı bilmesi veya bilmemesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi gerekir. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. TOPUZ/CANBOLAT, s.706; AKBULUT, *İmkânsızlık*, s.195.

⁴⁵⁷ VON TUHR, s.399.

İrade, üçüncü şahısların bilmesinin mümkün olmadığı bir iç unsur; buna karşılık beyan öğrenilmesi mümkün olan dış unsur olduğu için irade, beyan ile açıklanmış olur⁴⁵⁸.

Bir kimse bilerek ve isteyerek iradesine uymayan bir beyanda bulunuyor ise zihnî kayıt yahut latife beyanı söz konusudur⁴⁵⁹.

Kişinin aslında gerçekleşmesini yani sonucunu istemediği hâlde bir beyanda bulunması hâlinde zihnî kayıt söz konusudur ve bu durumda kişi bunu bilerek yaptığından yanılma hükümlerine dayanamaz, yapılan beyan güven teorisi çerçevesinde sonuç doğurur⁴⁶⁰. Burada kişi aslında "hayır" diye düşündüğü şeye karşı tarafı yanıltmak maksadıyla yahut karşı tarafı rahatlatmak niyetiyle⁴⁶¹ bile bile "evet" demektedir⁴⁶². Bu durumda kişi bir hataya düşmüş değildir⁴⁶³. Rakibi B'yi açık artırma salonunda gören A'nın, aslında istemediği hâlde sırf B'ye zarar vermek maksadıyla yüksek bir peyle artırmaya katılması ve malın A'ya ihale edilmesi durumunda zihnî kayıt söz konusu olacaktır⁴⁶⁴. Aynı şekilde fesih ihbar süresinde bulunan bir işçinin asıl amacı iş sözleşmesini feshetmek değil, ücret zammı almak ise bu durumda da zihni kayıt söz konusudur⁴⁶⁵. Zihnî kayıt durumunda, muhatap güven teorisi çerçevesinde zihnî kaydı biliyor ve bilebilecek durumda ise irade beyanı hukuken sonuç doğurmaz⁴⁶⁶. Alman Hukuku'nda konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. §116 BGB hükmü uyarınca; bir irade beyanı, beyanda bulunan kişinin kaydı zihnî ile beyan ettiğinden başka bir şey istemiş olması sebebi ile geçersiz sayılmayacak; fakat beyan başka bir kişiye yapılacaksa ve bu kişi de zihnî kaydı biliyorsa bu takdirde beyan geçersiz olacaktır.

Kişinin muhatapın ciddiye almayacağı düşüncesiyle hareket edip hukuki sonuç doğurmasını istemediği hâlde beyanda bulunması durumunda ise latife beyanı söz konusudur⁴⁶⁷. Bu tür

⁴⁵⁸ RESİOĞLU, s.99.

⁴⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.96; EREN, s.390 vd.; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.104; İNAN, Borçlar Hukuku, s.244; TEKİNAY, s.134 vd.; HUGUENIN, OR, Rn.197.

⁴⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.96.; RESİOĞLU, s.100; ANTALYA, s.343; EREN, s.393; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.424; ESENER/GÜNDOĞDU, s.93; TEKİNAY, s.134.

⁴⁶¹ EREN, s.393.

⁴⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.345; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.289.

⁴⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.346; EREN, s.393.

⁴⁶⁴ EREN, s.393.

⁴⁶⁵ ANTALYA, s.343.

⁴⁶⁶ EREN, s.393; DEMİRSATAN, s.1233.

⁴⁶⁷ ESENER Turhan, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Mumeleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956, s.24; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.96; RESİOĞLU, s.100; İNAN, Borçlar Hukuku, s.246; EREN, s.391; ESENER/GÜNDOĞDU, s.92; ANTALYA, s.345; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.425; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.290; HUGUENIN, OR, Rn.197; KELLER/SCHÖBI, s.195; VON TUHR/PETER, s.292.

beyanlar genellikle şaka, eğlence yahut övünme maksadıyla yapılmaktadır⁴⁶⁸. Bu durumda da güven teorisine göre karşı taraf beyanı ciddiye almakta haklı ise hukuki sonuç meydana gelecektir⁴⁶⁹. Ekonomik zorluk içinde olduğunu kuyumcu B'ye bildiren A, daha sonra o ortama gelen C'ye övünmek amacı ile B'ye değeri yüksek bir saati almak istediğini beyan etmesi durumunda latife beyanı söz konusudur ve burada zihni kaydın aksine karşı tarafı aldatma niyeti bulunmamaktadır⁴⁷⁰.

Türk Hukuku'nda Alman Hukuku'ndakinin aksine latife beyanının kesin geçersizlik sonucunu doğuracağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Alman Hukuku'nda ciddi olmayan yahut ciddiyetten yoksun olduğunun anlaşılacağı beklentisiyle yapılan irade beyanının geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır (§118 BGB). Fakat Türk Hukuku açısından da güven teorisi sayesinde bu sonuca varılabilecektir⁴⁷¹.

İrade açıklamasındaki sakatlık iradenin oluşumunda meydana gelmiş ise yanıltma, aldatma yahut korkutma söz konusudur. Bu sakatlıkların sözleşmeye etkisi Türk Borçlar Kanunu'nun 30-39. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

b. Yanıltma (Hata)

aa. Genel Bilgi

Yanıltma kavramını, gerçek durum hakkında istenmeyen ve bilinçsizce meydana gelen yanlış tasavvur olarak tanımlayabiliriz⁴⁷².

TBK m.30 hükmü uyarınca; *"Sözleşme kurulurken esaslı yanıltmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz"*. Alman Hukuku'nda §119 Abs.1 BGB hükmünde bir irade beyanında bulunurken beyanın içeriği konusunda yanıltan ya da bu içerikte bir beyanda bulunma niyetinde olmayan kişinin durumu mâkul surette takdir ederek gerçeği bilseydi bu beyanda bulunmayacağı varsayılırsa, beyanın iptalini isteyebileceği ifade edilmiştir.

⁴⁶⁸ EREN, s.391; KELLER/SCHÖBI, s.195.

⁴⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.96; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.104; EREN, s.391.

⁴⁷⁰ EREN, s.391.

⁴⁷¹ ESENER/GÜNDOĞDU, s.92.

⁴⁷² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.395; ANTALYA, s.373; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s.118; ESENER/GÜNDOĞDU, s.122; BSK OR I-SCHWENZER, Art.23, Rn.2.

Yanılma, irade ile beyan arasında istenmeyerek meydana gelen uyumsuzluk (beyan yanılması) şeklinde olabileceği gibi iradenin oluşmasına etki eden bir hususta tasavvurun gerçek duruma uygun olmaması (saikte yanılma) şeklinde de olabilir⁴⁷³.

bb. Yanılmanın Çeşitleri

aaa. Saikte Yanılma

Saik, kişiyi bir sözleşme yapmaya sevk eden olay ve durum hakkındaki düşüncesidir ve bu tasavvurun gerçek duruma uymaması hâlinde saikte yanılma söz konusudur⁴⁷⁴. Saikte yanılma durumunda işlem iradesinin oluşumunda hata vardır⁴⁷⁵. Örneğin kişinin tayininin Marmaris'e yapılacağını düşünerek orada bir ev kiralaması ancak tayininin düşüncesinin aksine başka bir şehre yapılması hâlinde kira sözleşmesinde saikte yanılma söz konusudur⁴⁷⁶.

Saikte yanılma sözleşme içi bir unsurla ilgili olabileceği gibi (vasıf/nitelikte yanılma), sözleşme dışı bir unsura ilişkin de olabilir⁴⁷⁷. A'nın B'den orijinal olduğu kanısı ile bir tablo satın alması fakat aslında tablonun orijinal olmaması durumunda edim konusu şeyin niteliklerine ilişkin sözleşme içi saikte yanılma söz konusudur⁴⁷⁸. Sözleşme içi unsura ilişkin yanılma kimi zaman da alacaklının borçlunun ödeme gücü hakkındaki yanlış düşüncesinden hareketle sözleşme yapmış olması örneğinde olduğu gibi, karşı tarafın niteliklerindeki yanılma sonucu meydana gelebilir⁴⁷⁹. Sözleşme yapan kişinin sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin gerçek durumun aksine belirli bir tarzda kullanıldığını zannetmesi durumunda sözleşme dışı vasıf hatası söz konusudur⁴⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 32. madde hükmü uyarınca; *"Saikte yanılma esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir"*. Bu bağlamda saikte yanılmanın esaslı nitelik

⁴⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.97; EREN, s.424.

⁴⁷⁴ EREN, s.424; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.428; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.396; İNAN, Borçlar Hukuku, s.284; KANIŞLI Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.142.

⁴⁷⁵ EREN, s.424.

⁴⁷⁶ EREN, s.427; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.342; ANTALYA, s.383.

⁴⁷⁷ EREN, s.427.

⁴⁷⁸ EREN, s.427 vd.

⁴⁷⁹ EREN, s.428.

⁴⁸⁰ EREN, s.428.

taşınması için, yanılma konusu olgunun yanılan bakımından sözleşmenin kurulması için “olmazsa olmaz bir şart (*conditio sine qua non*)” niteliği taşınması gerekmektedir⁴⁸¹.

Türk Borçlar Kanunu hukukî işlemde güven ilkesi sebebi ile kural olarak sadece beyan yanılmasını esaslı yanılma saymış, buna karşılık saikte yanılmayı istisnaî hâllerde esaslı kabul etmiştir⁴⁸².

bbb. Beyan Yanılması

Beyan ile irade arasında istenmeyerek bir farklılık meydana gelmesi durumunda beyan yanılması (açıklamada yanılma) söz konusudur⁴⁸³. Bu durumda irade sağlıklı bir şekilde oluşmasına rağmen açıklanması sırasında bir sakatlık meydana gelmiştir⁴⁸⁴. Beyan ile irade arasındaki uygunsuzluk beyan sahibinin yanılışına dayanmaktadır⁴⁸⁵. Beyan yanılması beyanı oluşturan araçlarda (beyan fiilinde) olabileceği gibi beyanın içeriğinde de olabilir⁴⁸⁶. Bu bağlamda örneğin beyanda bulunan kişinin sözleşmeye kilo yazmak istemesine rağmen ton yazması hâlinde beyan fiilinde yanılma söz konusu iken, kişinin asıl iradesinin kira sözleşmesi yapmak olmasına rağmen yanlış beyan sonucu satın almış duruma düşmesi hâlinde ise beyanın içeriğinde yanılma söz konusu olacaktır⁴⁸⁷.

cc. Esaslı Yanılma ve Esaslı Olmayan Yanılma Kavramları

aaa. Genel Bilgi

Türk Borçlar Kanunu’nun 30. maddesinde sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen tarafın sözleşme ile bağlı olmayacağı belirtilmiştir⁴⁸⁸. Bu durumda her yanılma durumunda değil bu yanılmanın esaslı olması hâlinde sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi olacak ve hata eden sözleşmeyi iptal edebilecektir. Yanılmanın esaslı olmadığı durumlarda ise, sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Bu bağlamda yanılma esaslı ise ister saik yanılması olsun ister beyan yanılması yanılan tarafa sözleşmenin iptali hakkını verir. Fakat daha önce de ifade ettiğimiz

⁴⁸¹ KANIŞLI, s.210; KELLER/SCHÖBI, s.168; HUGUENIN, OR, Rn.511; BSK OR I-SCHWENZER, Art.24, Rn.21; SCHMIDLIN Bruno, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, (BK-SCHMIDLIN), Art.23/24 OR, Rn.162.

⁴⁸² EREN, s.430; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.397.

⁴⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.97; NOMER, s.101; EREN, s.428; İNAN, Borçlar Hukuku, s.284; KÖHLER Helmut, BGB Allgemeiner Teil, C.H. Beck, 45. Auflage, 2021, §7, Rn.16.

⁴⁸⁴ Bu nedenle öğretide bu tür yanılma gerçek olmayan yanılma olarak da ifade edilmiştir. EREN, s.429.

⁴⁸⁵ EREN, s.429.

⁴⁸⁶ EREN, s.429.

⁴⁸⁷ EREN, s.429 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.398.

⁴⁸⁸ Benzer düzenleme OR Art.23 hükmünde ifadesini bulmuştur.

üzere⁴⁸⁹ âdi saik yanılması esaslı yanılma niteliğinde değildir ve sözleşmenin iptali sonucunu doğurmaz. Buna karşılık temel yanılması niteliğindeki saik yanılması (nitelikli saik yanılması) esaslı yanılma niteliğindedir.

Kanun'un 31. maddesinde özellikle esaslı sayılan beyanda yanılma hâlleri belirtilmiştir⁴⁹⁰. Kanun'un ifadesindeki "özellikle" deyiminden bu sayılanların Kanun'da belirtilenle sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır⁴⁹¹. Kanunun 32. maddesinde ise nitelikli saik yanılması düzenlenmiştir.

bbb. Esaslı Sayılan Açıklama Yanılması

aaaa. Sözleşmenin Niteliğinde Yanılma

Yanılanın gerçekte kurulmasını istediği bir sözleşme yerine başka bir sözleşme için iradesinin açıklanması durumunda sözleşmenin niteliğinde yanılma söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu m.31/1 hükmünde yanılanın kurulmasını istediği bir sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklaması hâlinde yanılmanın esaslı sayılacağı ifade edilerek *sözleşmenin niteliğine* ilişkin yanılmadan bahsedilmiştir⁴⁹². Kişinin aslında kiraya vermek istediği evi için yanlışlıkla satım beyanında bulunması hâli bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁴⁹³. Zira burada yapılmak istenen sözleşme esasen kira sözleşmesi olmasına rağmen istenmeyerek satış beyanında bulunulmuştur.

bbbb. Şeyde/Eşyanın Aynında Yanılma

Türk Borçlar Kanunu'nun m.31/1, b.2 hükmünde ifade edildiği üzere, yanılanın sözleşmenin konusunu teşkil eden şeyde yanılmaya düşmesi hâlinde şeyde/eşyanın aynında yanılma söz konusudur. Bir kişinin bir borçlar hukuku kitabını almayı istemesine rağmen yanlışlıkla kamu hukuku kitabını satın alması durumunda sözleşmenin konusunu oluşturan şeyde yanılma söz konusudur⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 4, b, bb, aaa.

⁴⁹⁰ Aynı şekilde İsviçre Hukuku'nda OR Art. 24 hükmünde kategoriler hâlinde esaslı yanılma hâlleri sıralanmıştır.

⁴⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.97 vd.; EREN, s.430; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.310.

⁴⁹² İsviçre Hukuku'nda OR Art.24 Abs.1 hükmünde kişinin kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklaması durumu hüküm altına alınarak sözleşmenin niteliğinde yanılma düzenlenmektedir.

⁴⁹³ EREN, s.432; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.338; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.398; ANTALYA, s.377.

⁴⁹⁴ EREN, s.432; ANTALYA, s.378.

Eşyanın aynında yanılma ile eşyanın niteliklerinde yanılma kavramlarının birbirlerine karıştırılmaması gerekir. Sözleşme konusunu oluşturan şeyin niteliklerinde yanılma TBK m.32 hükmü çerçevesinde değerlendirilerek şartları varsa esaslı yanılma sayılır⁴⁹⁵; aksi hâlde adi bir saik yanılması olmaktan öteye gidemez ve sözleşmenin iptali hakkını vermez. Bu bağlamda kişinin gerçekte ismi bilinmeyen bir ressam tarafından yapılmış olmasına rağmen ünlü bir ressama ait olduğunu zannederek gösterdiği tabloyu satın alması durumunda adi bir saik yanılması söz konusudur⁴⁹⁶.

cccc. Şahsın Kimliğinde Yanılma

Yanılanın sözleşme yapma iradesini sözleşmeyi yapmak istediği kişiden başka bir kişiye açıklaması durumunda şahısta yanılma söz konusudur. Şahısta yanılmanın esaslı bir yanılma sayılması için karşı tarafın kimliği dikkate alınarak bu sözleşmenin yapılmış olması, yani karşı tarafın kimliğinin kurulacak sözleşme bakımından önem arz etmesi gerekmektedir⁴⁹⁷. Şahıslara güvenin önemli rol oynadığı iş sözleşmeleri, bağışlama yahut kefâlet sözleşmeleri gibi bazı sözleşme tipleri açısından şahsın kimliğinde yanılmaya daha sık rastlanması mümkündür⁴⁹⁸. Örneğin ünlü bir ressam ile sözleşme imzalamak isteyen bir kişinin önerisini (icâbını) isim ve adres benzerliği sebebi ile başka bir ressama göndermesi hâlinde durum böyledir⁴⁹⁹. Aynı şekilde bir kimsenin İngilizce öğretmeni Ahmet İlgili ile sözleşme yapacakken, isim benzerliği dolayısıyla başka bir İngilizce öğretmeni yahut öğretmen olmayan Mehmet Engeli ile sözleşme yapması hâlinde kişide yanılma söz konusu olacaktır⁵⁰⁰.

Burada yine şahsın kimliğinde yanılma ile şahsın niteliğinde yanılma kavramlarının birbirlerine karıştırılmaması gerekir. Aynı örnekten hareket edersek, misafirliğe gittiği bir evde bir ressamla tanışan kişinin, isim benzerliği sebebi ile onu başka bir ressamla karıştırması ve

⁴⁹⁵ EREN, s.432; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.437.

⁴⁹⁶ EREN, s.432.

⁴⁹⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.399; ANTALYA, s.379; İNAN, Borçlar Hukuku, s.288; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.434; EREN, s.433; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24, Rn.14; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.311; HUGUENIN, OR, Rn.502; HAUSHEER Heinz/WALTER Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2013 (BK-HAUSHEER/WALTER), Art. 23/24, Rn.77.

⁴⁹⁸ İNAN, Borçlar Hukuku, s.288; TAŞKENT Savaş, "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Amağan II, İ.Ü Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1982, s.171; TAŞKENT Savaş, "Die Anfechtung des Arbeitsvertrages", Mängel des Arbeitsvertrages, Vergal Stämpfli & Cie AG, (Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred), Bern, 1983, s.57.

⁴⁹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.399; ANTALYA, s.379.

⁵⁰⁰ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.97.

onunla sözleşme ilişkisi içine girmesi durumunda şahsın kimliğinde değil, niteliğinde yanılmaya düşmüş olacaktır⁵⁰¹.

dddd. Şahsın Niteliğinde Yanılma

Kanun'un m.31/1, b.4 hükmü uyarınca, yanılanın sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklaması durumunda esaslı beyan yanılması söz konusudur. Bu durumda sözleşmenin karşı tarafının ekonomik, mesleki ve bedensel yetenekleri esaslı yanılmaya sebebiyet verebilecektir⁵⁰². Buna göre bir kişi, önemli bir ameliyat için yaptığı araştırma sonucu kendisine önerilen doktorun çalıştığı hastane ile sözleşme imzalayıp, ameliyat öncesinde, tavsiye edilen doktorun aslında bu ameliyat bakımından yeterli uzmanlığa sahip olmadığını öğrenmesi durumunda şahsın niteliğinde hataya düşmüş olacaktır⁵⁰³.

eeee. Edimin veya Karşı Edimin Miktarında Yanılma

Türk Borçlar Kanunu'nun m.31/1, b.5 hükmüne göre, yanılanın gerçekte üstlenmek istediği edimden önemli ölçüde fazla bir edim için yahut gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklaması hâlinde esaslı beyan yanılması söz konusu olacaktır. Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere burada miktarlar arasında önemli ölçüde bir fark bulunması gerekir⁵⁰⁴. Bir işçi işverenden saatlik 300 ₺ yerine 100 ₺ ücret istemiş ve önerisi kabul edilmiş ise miktarda yanılma söz konusu olacaktır ve farkın ne zaman önem arz ettiği ise iş yaşamına hâkim olan doğruluk kuralları uyarınca tespit edilecektir⁵⁰⁵.

Aynı maddenin son fıkrasında ifade edildiği üzere, basit hesap yanlışlıkları ise sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek, bunların düzeltilmesi ile yetinilecektir. Bu durumda örneğin bir iş sözleşmesinde ücret bileşenleri ayrı ayrı belirtilmiş fakat yanlış toplanmış ise sözleşme geçersiz olmayacak toplama hatası düzeltililecektir⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.399.

⁵⁰² KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.260; ANTALYA, s.379.

⁵⁰³ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.260.

⁵⁰⁴ Ayrıca bkz. HUGUENIN, OR, Rn.503; TAŞKENT, *Anfechtung*, s.57.

⁵⁰⁵ TAŞKENT, *Anfechtung*, s.57; TAŞKENT, *İptal*, s.172.

⁵⁰⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320 Rn.30.

gggg. İletmede Yanılma

Türk Borçlar Kanunu'nun m.33 hükmünde, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci yahut çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması hâlinde de yanılma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Habercinin haberi yanlış iletmesi, tercümanın yanlış çevirisi hâllerinde durum böyledir⁵⁰⁷.

ccc. Esaslı Sayılan Temel Yanılması (Nitelikli Saik Yanılması)

Türk Borçlar Kanunu'nun 32. maddesinde saikte yanılmanın esaslı yanılma sayılmayacağı; fakat yanılmanın, yanlışlığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması şartıyla yanılmanın esaslı sayılacağı ifade edilmiştir. Kural, iradenin oluşması aşamasında düşülen yanılmaya değer verilmemesi olmakla beraber; Kanun belirli koşullarda iradenin oluşması aşamasındaki yanılmaya da değer vermiştir⁵⁰⁸.

Temel yanılmasında, beyan yanılmasından farklı olarak, kişinin iradesi ile beyanı arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır; fakat iradenin oluşumu esnasında sakatlanması söz konusudur⁵⁰⁹.

Saik yanılmasının esaslı sayılabilmesi için saik yanılması, sübjektif unsur, objektif unsur ve karşı tarafça bilinebilirlik unsurlarının bir arada bulunması gerekir⁵¹⁰. Bunun için öncelikle taraflardan birinin işlem iradesinin dayandığı olay hakkındaki tasavvuru gerçekle uyuşmamalı (saik yanılması), yanılan bu yanılığı sözleşmenin temeli saymalı⁵¹¹ yani yanlışlığı hususları bilse idi bu sözleşmeyi hiç ya da yapmış olduğu hâliyle yapmayacak olmalı (sübjektif unsur), bu yanılı sadece yanılan taraf için değil, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına göre, mâkul ve doğru düşünen kişiler yönünden de sözleşmenin temeli sayılmalı (objektif unsur) ve nihayet

⁵⁰⁷ Konuya ilişkin olarak bkz. İNAN, Borçlar Hukuku, s.294; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.102; EREN, s.441; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.436 vd.; HUGUENIN, OR, Rn.504.

⁵⁰⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.263 vd.

⁵⁰⁹ EREN, s.434.; İNAN, Borçlar Hukuku, s.289; ANTALYA, s.382; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.105; ESENER/GÜNDOĞDU, s.132; KANIŞLI, s.139.

⁵¹⁰ EREN, s. 436; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.264 vd.; İNAN, Borçlar Hukuku, s.290 vd.

⁵¹¹ Yanılı, o sözleşmenin yapılmasındaki sebeplerden sadece biri ise yani sözleşmenin yapılmasının tek sebebi değil ise esaslılığını kaybedecektir. EREN, s.437; KELLER/SCHÖBI, 168; BUCHER, §13/III, s.206; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.783 vd.

karşı taraf yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saydığını biliyor olmalı yahut gerekli dikkat ve özeni gösterse idi bilebilecek durumda olmalıdır (bilinebilirlik unsuru)⁵¹².

Temel yanılması edim konusu şeyin niteliğinde hataya düşülmesi şeklinde olabileceği gibi kimi zaman da karşı tarafın niteliklerinde hataya düşülmesi şeklinde gerçekleşebilir⁵¹³. İnşaat yapılmak üzere bir arsanın satın alınması, fakat daha sonra bu arsanın inşaata elverişli olmadığının anlaşılması durumunda edimin konusu şeyin niteliğinde yanılma mevcut iken; kişinin yetenek, güvenilirlik, beceri ve ödeme gücünün sözleşmenin temel unsuru olarak düşünüldüğü ve fakat bunlardan yoksunluk durumunda ise karşı tarafın niteliğinde yanılmaya düşüldüğünden bahsedilecektir⁵¹⁴.

İş sözleşmelerinde olduğu gibi karşı tarafa yoğun bir güven duyulması gereken sözleşmeler açısından kişisel niteliklerde yanılma, söz konusu kişinin bu güvene lâyık olmadığının açıkça anlaşılması durumunda gündeme gelebilir⁵¹⁵. Bu bağlamda veznedar olarak çalışmak üzere işe alınacak bir kişinin güveni kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetinin ortaya çıkmış olması hâli buna örnek olarak verilebilir⁵¹⁶. Bir kişinin İngilizce öğretmeni sandığı fakat aslında Çince uzmanı olan biri ile sözleşme yapması hâlinde de temel yanılması söz konusudur⁵¹⁷.

Temel yanılmasının gelecekteki olaylara ilişkin olup olamayacağı ise öğretide tartışma konusu olmuştur⁵¹⁸. Bir görüşe göre, kişi ancak bilinebilir bir durum hakkında hataya düşebilir ve gelecekteki olaylar bakımından kesin bir bilgi değil ancak bir tahmin söz konusu olabileceği

⁵¹² **EREN**, s.437; **KANIŞLI**, s.210 vd.; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.133 vd. Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.264 vd. Öğretide *Hatemi/Gökyayla*, Kanun'un 32. maddesinde ifade edilen "durumun karşı tarafça bilinebilir olması" şartını eleştirmektedir. Yazarlar yanılmaya düşüldüğünün karşı tarafça bilinmesi hâlinde dürüstlük kuralı gereği yanılmadan değil, aldatmadan bahsedilebileceğini vurgulamaktadırlar. Burada önemli olan unsurun saik yanılmasının karşı tarafça bilinebilir olması değil, "somut olaydaki saik yanılmasının sözleşmenin temeli sayılmasının dürüstlük kuralına uygun olduğunun bilinebilir olması" olduğunu ifade etmektedirler. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.99.

⁵¹³ **EREN**, s. 437 vd.

⁵¹⁴ Benzer örnekler için bkz. **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.292.

⁵¹⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.403.

⁵¹⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.403. Benzer şekilde **KANIŞLI**, s.311; **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.437.

⁵¹⁷ **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.97.

⁵¹⁸ İsviçre Hukuku'nda konuya ilişkin öğreti görüşleri ve yargı kararları için bkz. **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.30; **BSK OR I-SCHWENZER**, Art.24, Rn.18; **GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/REY**, Band I, Rn.799.

için temel yanılmasından bahsedilemez⁵¹⁹. Buna karşılık aksi görüşte olan yazarlara göre ise gelecekteki olayların öngörülebilir olması hâlinde temel yanılması gündeme gelebilir⁵²⁰.

dd. Yanılmanın Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak İleri Sürülememesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 34. maddesinde yanılanın, yanıldığını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyeceği ifade edilmiştir⁵²¹.

Karşı taraf, yanılanın yanıldığını bilmiyor ise yahut yanılma sebebi ile sözleşme iptal edildiğinde karşı tarafın uğrayacağı zarar yanılanın uğrayacağı zarara oranla daha fazla ise veya yanılmaya rağmen sözleşmenin ifa edilmesi hâlinde yanılan taraf zarar görmeyecek ise yanılma sebebi ile sözleşmenin iptalini talep etmenin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı ve hakkın kötüye kullanılması olacağı ifade edilmektedir⁵²². Ayrıca belirtelim ki, sözleşmeden doğan borç ifa edilmiş ve ifanın üzerinden uzunca bir süre de geçmiş ise artık sözleşmenin iptali yoluna gidilememelidir⁵²³.

Kanunun 34. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ise; *“Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır”*. Bir bilgisayarın 1000 ₺'na satılmasının istenmesi fakat yanlışlıkla e-postada 500 ₺ olarak yazılmış olması örneğinde, kişinin hataya dayanarak sözleşmenin iptalini istemesi, muhatabın 1000 ₺ ödemeyi kabul etmesi durumunda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir⁵²⁴.

⁵¹⁹ GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.801 vd.; KOLLER, OR, §14, Rn.85; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.108; HUGUENIN, OR, Rn.520; GAUCH Peter/ JÄGGI Peter/ HARTMANN Stephan, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art.18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Schulthess, 4. Auflage, 2014, Rn.702.

⁵²⁰ BGE 48 II 238; BGE 49 II 492 <https://www.swisslex.ch/de/> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. VON TUHR, s.602; KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, (BK-KRAMER/SCHMIDLIN), Art.18, Rn.302 vd.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.315; EREN, s.439 vd.; KELLER/SCHÖBI, s.169; BUCHER, §13/III, s.204. Bu durumda sadece umutlar, beklentiler ve spekülasyonlar yeterli değildir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.405; ANTALYA, s.385.

⁵²¹ İsviçre Hukuku'nda OR Art.25 Abs.1 hükmünde de yanılma iddiasının dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir.

⁵²² EREN, s.442.

⁵²³ EREN, s.442.

⁵²⁴ EREN, s.442.

c. Aldatma (Hile)

Aldatma (*Täuschung*), bir kimsenin diğeriini sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla söz yahut davranışları ile kasten yanlış bir kanaat uyandırarak ya da zaten var olan yanlış bir kanaati güçlendirerek onun devamını sağlamasıdır⁵²⁵. Bu bakımdan aldatma, karşı tarafın bilerek ve isteyerek saik hatasına düşürülmesidir⁵²⁶.

Aldatma sebebi ile sözleşmenin bağlayıcı sayılmaması için; taraflardan biri sözleşme yapma konusunda aldatılmış olmalı, aldatma sözleşmenin diğer tarafı yahut sözleşmenin yapılmasında yardımından yararlanan kimse tarafından gerçekleştirilmeli, aldatan kişi bunu kasten yapmalı⁵²⁷ ve aldatma sonucunda sözleşme kurulmuş olmalıdır⁵²⁸. Örneğin satıcının ünlü bir ressamın eseri diye alıcıya aslında resmin kopyasını satmış olması hâlinde aldatma vardır ve burada karşı tarafın davranışı neticesinde saikte yanılma söz konusudur⁵²⁹. Buradaki yanılmanın esaslı olması da gerekmez. Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrasında taraflardan birinin diğeriini aldatması sonucu bir sözleşme yapılması hâlinde yanılma esaslı olmasa bile sözleşme ile bağlı olunmayacağı ifade edilmiştir⁵³⁰. Yanılmanın esaslı olması hâlinde aldatılan isterse yanılma hükümlerine de dayanabilir, fakat aldatma hükümleri mağdur bakımında daha avantajlı olacaktır⁵³¹.

Aldatma yukarıdaki örnekte olduğu gibi kimi zaman olumlu bir davranışla gerçekleşebileceği gibi bazen de olumsuz bir davranışla yani yapmama fiili, kaçınma, susma

⁵²⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.454; EREN, s.446; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.278; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.446; VON TUHR/PETER, s.320; BROX/WALKER, §19, s.211; SCHULZE Reiner, Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Auflage, Baden Baden, 2022. (HK-BGB/DÖRNER), BGB §123, Rn.2.

⁵²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.114; EREN, s.446; ANTALYA, s.396; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.352; NOMER, s.102; HUGUENIN, OR, Rn.532; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28, Rn.11.

⁵²⁷ Aldatmanın varlığı için dolaylı kastın da yeterli olacağı öğreti tarafından kabul edilmektedir. Buna karşılık ihmâle dayalı aldatma TBK m.36 anlamında bir aldatma sayılmaz. EREN, s. 448 vd.; ANTALYA, s.400. Ayrıca bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.864; VON TUHR/PETER, s.320 vd.; KELLER/SCHÖBİ, s.159.

⁵²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.115 vd.; EREN, s.447 vd.; ESENER/GÜNDOĞDU, s.156 vd.; HUGUENIN, OR, Rn.535 vd.

⁵²⁹ NOMER, s.102.

⁵³⁰ Aynı yönde ifade OR Art.28 Abs.1 hükmünde yer almaktadır.

⁵³¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.115.

ile de gerçekleşebilir⁵³². Aldatma durumundaki irade sakatlığı irade beyanında değil iradenin oluşumunda meydana gelir⁵³³.

Hukukta genel bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte kanundan, sözleşmeden yahut dürüstlük kuralından doğan sebeplerle tarafların aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelebilir⁵³⁴. Özellikle iş sözleşmeleri açısından aydınlatma yükümlülüğü büyük önem taşımaktadır. Zira iş ilişkisinde taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisi mevcuttur ve işçi işyeri ve işle bağlantılı olarak sorulan sorulara doğru cevap vermekle yükümlüdür⁵³⁵.

Aydınlatma yükümlülüğü bulunan tarafın bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde bu davranışı ile hatalı kanaatin devamını sağladığı için susması aldatma sayılmaktadır⁵³⁶. Bu noktada belirtmekte fayda vardır ki, kanunun bir sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birine aydınlatma yükümü yüklemiş olması durumunda buna uymayan taraf diğer tarafı aldatmış sayılarak ispat yükü aldatıldığını ileri süren taraftan alınarak aydınlatma yükümünü ihlâl edene yükletilmelidir⁵³⁷. Yine daha sonra üzerinde ayrıntılı olarak duracağımız üzere⁵³⁸, işverenin işe başvurana yakın zamanda hamile kalmayı düşünüp düşünmediğine, dini vecibelerini yerine getirip getirmediğine yahut siyasi görüşüne ilişkin yönelttiği sorular, kişilik hakkını koruyan hükümlere aykırı olacak ve kural olarak iş başvurusunda bulunana bu tarz sorular yöneltilemeyecektir. Bu nedenle aday gerçeğe aykırı cevap verse dâhi hile yapmış sayılmayacaktır⁵³⁹.

⁵³² **EREN**, s.447; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.115; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.278; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.446; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.459; **ANTALYA**, s.397 vd.; **KAMANABROU**, Rn.790. BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd.

⁵³³ **EREN**, s.446.

⁵³⁴ **EREN**, s.448; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.446 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.460; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.358.

⁵³⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.461; **ALBAYRAK ZİNCİROĞLU** Canan, “İş Sözleşmesinin Geçersizliği”, TAAD, Y.5, S.9, Ekim 2019, s.728; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.107 vd.; **EYRENCİ**, *Personel Seçimi*, s.250; **REHBINDER**, §7, Rn.68; **REHBINDER** Manfred, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev. Ömer Teoman, İÜHFM, C.45, S.1-4, s.753 vd.; Kasseler Handbuch/**LEINEMANN**, Rn.579, s.133; **BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, Art.320, s.21; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.30; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.10; **WÖRLEN** Rainer/**KOKEMOOR** Axel, *Arbeitsrecht*, Franz Vahlen Verlag, 13. Auflage, 2019, s.41; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.320.

⁵³⁶ **EREN**, s.448; **ULUSAN İlhan**, *Culpa in Contrahendo Üstüne*, 1982, Nostaljik Hukuk Serisi, Aristo Yayınları, s.20 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.320; **BSK OR I-SCHWENZER**, Art.28, Rn.8; **HK-BGB/DÖRNER**, BGB §123, Rn.2.

⁵³⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.116.

⁵³⁸ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, IV, B, 2.

⁵³⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.457; **EYRENCİ**, *Personel Seçimi*, s.254 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.650; **ERTÜRK**, *Temel Haklar*, s.73 vd.; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.109 vd.; **SEVİMLİ** Ahmet, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.154 vd.; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.180 vd.; **KRAUSE** Rüdiger, *Arbeitsrecht*, Nomos, 4.

Aldatma olmasaydı sözleşme hiç yapılmayacaktı ise asli hile, buna karşılık sözleşme başka ya da daha iyi şartlarda yapılacak ise fer'i hile söz konusu olur⁵⁴⁰. Örneğin, yeni bir araba satın almak isteyen bir kişiye devrilmiş arabanın boyatılarak yeni bir araba fiyatına satılması durumunda alıcı arabanın devrilmiş olduğunu bilse idi bu sözleşmeyi hiç yapmayacak idi ise asli hile; buna karşılık aldatılmasaydı arabayı yine alacak fakat daha düşük bir fiyat üzerinden alacaktı ise fer'i hile söz konusudur⁵⁴¹.

Aldatma sözleşen taraflardan biri tarafından yapılabileceği gibi üçüncü kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Kanun'un 36. maddesinin 2. fıkrasında; *"Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir."* hükmü yer almaktadır⁵⁴². Kanun'un ifadesinden de anlaşıldığı üzere aldatmanın üçüncü kişi tarafından gerçekleşmesi durumunda ayrıca sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması şartı aranmaktadır. Yine belirtmek gerekir ki, şartların gerçekleşmemesi sebebi ile aldatma hükümlerinden yararlanılamaması durumunda, eğer kişinin aldatma sebebi ile düştüğü yanılma esaslı bir yanılma ise kişinin yanılma hükümlerinden de faydalanması mümkün olacaktır⁵⁴³.

Sözleşmenin yapılması sırasında yardımcı kişilerden yararlanılması durumunda bu kişiler, temsilciler ya da tüzel kişinin organları üçüncü kişi sayılmayacak⁵⁴⁴ ve bunların yaptığı aldatma, yardımından yararlanan tarafın aldatmayı bilmesi şartı aranmaksızın karşı tarafın aldatması kabul edilerek 36. maddenin 1. fıkrasına tâbi olacaktır⁵⁴⁵.

Auflage, Göttingen 2020, s.149; **BROX/RÜTHERS/HENSSLER**, Rn.192; **SCHAUB/KOCH**, Arbeitsrecht von A-Z, s.385; **DÜTZ/THÜSING**, §3, Rn.119, s.60; **WALTERMANN** Raimund, Arbeitsrecht, Verlag Franz Vahlen, 20. Auflage, 2021, §9, Rn.172; **HUGUENIN**, OR, Rn.542; **BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, Art.320, s.21; **HK-ArbR/KREUDER/MATTHIESSEN-KREUDER**, BGB §611, 611a, Rn.14.

⁵⁴⁰ **EREN**, s.449; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.304; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.101; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.158; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s. 117; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.463. Aldatılan kişi aldatma olmasaydı dâhi aynı beyanda bulunacak idiyse, bunun ispatlanması hâlinde aldatmadan bahsedilemeyecektir. **HUGUENIN**, OR, Rn.544.

⁵⁴¹ **EREN**, s.449.

⁵⁴² Ayrıca bkz. OR Art. 28 Abs. 2.

⁵⁴³ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.118.

⁵⁴⁴ **BSK OR I-SCHWENZER**, Art.28, Rn.16; **EREN**, s.450; **REİSOĞLU**, s.121; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.159.

⁵⁴⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.118; **NOMER**, s.103; **EREN**, s.450; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.303; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.159 vd; Ayrıca bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Band I, Rn.866; **VON TUHR/PETER**, s.323; **KELLER/SCHÖBİ**, s.162; **HUGUENIN**, OR, Rn.546.

Aldatmayı aldatılan taraf ispat etmekle yükümlüdür. Aldatan ise bunu her türlü delille ispat edebilir. Aldatanın, aldatma olmasaydı dâhi aynı sözleşmenin yapılacağını ispat etmesi durumunda ise, aldatma sebebi ile sözleşmenin iptali ve tazminat istenemeyecektir⁵⁴⁶.

d. Korkutma (İkrah)

Türk Borçlar Kanunu'nun 38. maddesinde ifade edildiği üzere, hukuki işlemin karşı tarafta bizzat kendisinin yahut yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın zarar tehlikesi doğduğuna yönelik haklı inancı ile gerçekleştirilmesi hâlinde bu hukuki işlem korkutma (*Drohung*) ile gerçekleşmiş sayılır ve korkutulan kişinin iradesi sakatlanmıştır⁵⁴⁷. Korkutmanın ağır ve yakında gerçekleşecek bir zarar tehlikesine yönelik olması gerekmektedir. Korkutmanın gerçekleşme ihtimâli bulunmasa dâhi korkutulan taraf bunu bilmiyorsa örneğin kişinin aslında boş bir tabanca ile tehdit edilmesine rağmen tabancanın boş olduğunu bilmeyerek sözleşme yapması hâlinde de sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunmaktadır⁵⁴⁸.

Öğretideki baskın görüş uyarınca korkutmanın ağırlığı tespit edilirken korkutmanın ortalama anlayıştaki insan üzerindeki etkisi esas alınmamalı, korkutulan kimsenin kişisel özellikleri dikkate alınarak tespit yapılmalıdır⁵⁴⁹. Bu bağlamda bir korkutmanın yaşlı ve tek başına yaşayan bir kadın üzerinde bıraktığı etki ile genç bir erkek üzerinde bıraktığı etki aynı olmayabilir⁵⁵⁰. Yine ifade etmek gerekir ki, Kanun "yakınları" ifadesini kullanmakla sadece akrabalık bağı ilişkisi olanlara değil korkutulan kimsenin ciddi derecede etkileneceği kadar

⁵⁴⁶ EREN, s.451 vd.

⁵⁴⁷ Konuya ilişkin ayrıca bkz. VON TUHR, s.612; VON TUHR/PETER, s.325 vd.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 29, Rn.3; ANTALYA, s.405; ESENER/GÜNDOĞDU, s.164; AVCI Özgür, "İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S.1, Haziran 2021, s.643; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.362; İNAN, Borçlar Hukuku, s.307; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.449. Yazarlar bir kimseye, ülkesinin veya şehrinin önemli yapılarından birinin tahrip edileceğinin söylenmesi hâlinde de korkutmanın varlığından bahsedileceğini ifade etmektedirler.

⁵⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.120; EREN, s.455; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.476; ESENER/GÜNDOĞDU, s.165.

⁵⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.120; EREN, s.454; ANTALYA, s.408; İNAN, Borçlar Hukuku, s.308; ESENER/GÜNDOĞDU, s.165; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.323; HUGUENIN, OR, Rn.559 vd.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 29, Rn.4; ANTALYA, s.408; KLAUSBERGER Kurt, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht: Typologie, Wesentlichkeit und Abgrenzungen (auch zu verwandten Tatbeständen), Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s.41.

⁵⁵⁰ EREN, s.454; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.323; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 29, Rn.4.

yakınlık hissettiği, sevincini ve üzüntüsünü paylaştığı kimselere yönelen korkutmayı da bu kapsamda değerlendirmiş ve bu durumda da sözleşmenin iptali hakkını tanımıştır⁵⁵¹.

Korkutmadan söz edebilmek için hukuki işlemin yapılmasına yönelik bir korkutma eylemi gerçekleşmelidir. Yani ortada herhangi bir eylem yok iken sırf karşı tarafın saldırgan kişiliğinden yahut geçmişteki bazı olaylarından etkilenecek hissedilen korku ile bir sözleşmenin imzalanması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun m.37 vd. hükümlerinden yararlanılamayacaktır⁵⁵².

Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü kişinin korkutması sonucunda sözleşme yapması hâlinde yapılan sözleşme ile bağlı olmayacaktır (m.37/1). Tıpkı aldatma durumunda olduğu gibi korkutma hâlinde de kanun, getirdiği düzenleme ile irade özgürlüğünü usulsüz etkilere karşı koruma amacındadır⁵⁵³. Korkutma sebebi ile sözleşmenin geçerliliğinin etkilenmesi için korkutmanın karşı taraftan yahut üçüncü kişiden kaynaklanması gerekmektedir. Bu bağlamda herhangi bir korkutma olmaksızın kişinin kendiliğinden duyduğu korku sebebi ile bir sözleşmeyi yapmış olması durumunda bunun sözleşmenin geçerliliğinde bir etkisi olmayacaktır⁵⁵⁴. Aldatmadan farklı olarak üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen korkutma hâlinde karşı tarafın sözleşmenin kurulması esnasında korkutmayı bilip-bilebilecek durumda olması önem arz etmeksizin işlemin iptali ileri sürülebilecektir⁵⁵⁵. Bu durum da korkutmanın özgür iradeye aldatmaya oranla daha büyük zarar verdiğini göstermektedir⁵⁵⁶. Karşı tarafın iyiniyetli olması durumunda, iptal hakkını kullanan korkutulan hakkaniyet gerektirdiği takdirde fedakârlığın denkleştirmesine dayalı bir tazminat ödeyebilir ve ödediği bu tazminatı da kendisini korkutan üçüncü kişiden talep hakkı saklıdır⁵⁵⁷. Bu hâlde "sözleşme adaleti" gereği, üçüncü kişinin korkutması sebebiyle sözleşmenin yapıldığını bilecek durumda olmayan karşı tarafın sözleşmeye güvenden doğan menfi zararının giderilmesi imkânı tanınmıştır⁵⁵⁸.

⁵⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.120; İNAN, Borçlar Hukuku, s.307; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.475; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.289; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.324; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 30, Rn.5.

⁵⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.474.

⁵⁵³ VON TUHR, s.614.

⁵⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.121.

⁵⁵⁵ NÖMER, s.104; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.119; EREN, s.456; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.479; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.451; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.323; HUGUENIN, OR, Rn.551.

⁵⁵⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.323; HUGUENIN, OR, Rn.551.

⁵⁵⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.479.

⁵⁵⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.102.

Sözleşmenin iptaline sebep olan korkutma hâlinde manevi cebir söz konusudur. Eğer ki maddi cebirle bir sözleşme imzalanmış ise örneğin bir kişinin tabancasını karşı tarafın başına dayayarak zorla sözleşme imzalatması hâlinde sözleşme hiç kurulmamış sayılacağı için iptalinden de bahsedilemeyecektir⁵⁵⁹.

Korkutulan kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişinin karar organını oluşturan kişi yahut kişilere yönelik korkutma sonucunda yapılan hukuki işlem de iptal edilebilir⁵⁶⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, öğretide kanımızca da isabetli olarak tüzel kişinin korkutulan tarafla yakın bağlantılı kişiler arasında sayılıp sayılmayacağı konusunda, bir kimseyi aslında imzalamak istemediği bir sözleşmeyi sırf ortağı olduğu şirket aleyhine karalama kampanyası yapılacağı yönündeki tehdit sebebiyle imzalaması durumunda borçlar hukukunda öngörülen korkutma şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir⁵⁶¹.

Kanun'un m.38/2 hükmünde ifade edildiği üzere, bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapılması hâlinde, bu hakkı yahut yetkiyi kullanacağını açıklayanın, korkutulanın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlaması durumunda da korkutmanın varlığı kabul edilecek ve hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Bu bağlamda kanuni bir yetkinin kullanılacağı yahut hakkın talep edileceği iddiasıyla yapılan sözleşme geçerliliğini koruyacak iken, karşı taraftan aşırı bir menfaat sağlanarak bu sözleşmenin imzalanması hâlinde korkutmadan bahsedilebilecektir. Kira sözleşmesinin feshedileceği korkusu ile aşırı kira bedeli artışı yapılarak sözleşmenin yenilenmesi durumu korkutmaya örnek olarak gösterilebilir⁵⁶². Yahut bonoda yazılı olan borcunu ödeyecek durumda olmayan bir kişinin karşı tarafın haciz işlemlerine başlayacağı tehdidi karşısında borcundan çok daha yüksek bir meblağ için yeni bir senet imzalamak zorunda kalması hâlinde de aşırı bir menfaat sağlama durumu söz konusudur⁵⁶³.

e. İrade Sakatlığının Giderilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca; *"Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz"*⁵⁶⁴. Öğretide irade bozukluğuna bağlanan sonuçlar

⁵⁵⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.473; EREN, s.453; BSK OR I-SCHWENZER, Art.29, Rn.3.

⁵⁶⁰ EREN, s.454; AVCI, *Korkutma*, s.650; İNAN, Borçlar Hukuku, s.308; ANTALYA, s.406; REİSOĞLU, s.122; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.449; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s.324.

⁵⁶¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.476.

⁵⁶² OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 121; ANTALYA, s.409.

⁵⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.477. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. EREN, s.456.

⁵⁶⁴ Kanun'un "Aldatma" kenar başlıklı 36. maddesinde ve "Korkutma" kenar başlıklı 37. maddesinde "...sözleşmeyle bağlı değildir." ifadesi yer almaktadır.

açısından geçersizlik görüşünü (*Ungültigkeitstheori*) savunan yazarlara göre⁵⁶⁵, esaslı yanılma hâlindeki geçersizlik düzelebilir geçersizlik olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, yanılanın yanıldığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi geçersiz kılmak amacıyla beyanda bulunmaması durumunda sözleşme geçerli hâle gelecektir⁵⁶⁶. Yani bu durumda sözleşme baştan itibaren iki taraf için de geçersiz olmakla birlikte bu geçersizlik kesin bir geçersizlik değil, düzelebilir bir geçersizliktir⁵⁶⁷. Geçersizlik teorisine göre askı süresi içinde sözleşmenin geçerliliği, geciktirici şarta bağlıdır⁵⁶⁸. Bu nedenle bu görüş “*düzelebilir hükümsüzlük/geçersizlik görüşü*” olarak adlandırılmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş uyarınca ise⁵⁶⁹, bu sözleşme her iki taraf için de baştan itibaren sonuçlarını doğuracak, fakat yanılanın süresi içinde iptal hakkını kullanması hâlinde sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz kabul edilecektir. Öğretide bu görüş “*iptal görüşü*” (*Anfechtungstheorie*) olarak ifade edilmektedir⁵⁷⁰. Buna göre sözleşmenin geçerliliği bozucu şarta bağlı olacak, yani sözleşme askı durumunda iken geçerliliğini koruyacaktır⁵⁷¹. Kısaca ifade etmek gerekirse, geçersizlik teorisine göre sözleşme, kurulduğu andan itibaren geçici olarak geçersiz; fakat iptal teorisine göre ise geçici olarak geçerlidir⁵⁷². Alman ve İsviçre Hukuku’nda iptal teorisine üstünlük tanınmaktadır⁵⁷³. Bu konuda bir üçüncü görüş ise “*bölünmüş geçersizlik görüşü*” olarak ifade edilmektedir⁵⁷⁴. Bu görüş taraftarlarına göre⁵⁷⁵, sözleşme yanılan bakımından başlangıçtan itibaren geçersiz iken, diğer taraf için başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır⁵⁷⁶.

⁵⁶⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s.231; NOMER, s.72. Konuya ilişkin olarak bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.268 vd.; ANTALYA/TOPUZ, s.186; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.122 vd.

⁵⁶⁶ Konuya ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.122; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.268 vd.; NOMER, s.72 vd.; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24, Rn.8.

⁵⁶⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s.231; ANTALYA, s.411; NOMER, s.73. Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KANIŞLI, s.528 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.432 vd. İsviçre Hukuku’nda konuya ilişkin olarak bkz. BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24, Rn.8; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.890; HUGUENIN, OR, Rn.565.

⁵⁶⁸ EREN, s.460; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.326.

⁵⁶⁹ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.269; EREN, s.460; KANIŞLI, s.533; OKUMUŞ Selmani, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.165. İsviçre Hukuku için bkz. KELLER/SCHÖBİ, s.162; HUGUENIN, OR, Rn.574.

⁵⁷⁰ HUGUENIN, OR, Rn.566; KELLER/SCHÖBİ, s.162; FURRER/SCHNYDER, s.1050; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.326; EREN, s.460; ANTALYA/TOPUZ, s.218; NOMER, s.99.

⁵⁷¹ EREN, s.460; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.326; KELLER/SCHÖBİ, s.162.

⁵⁷² EREN, s.460.

⁵⁷³ HUGUENIN, OR, Rn.566.

⁵⁷⁴ KANIŞLI, s.525.

⁵⁷⁵ VON TUHR/PETER, s.338; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24, Rn.8; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.123.

⁵⁷⁶ KANIŞLI, s.525. Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. KANIŞLI, s.528 vd. İsviçre Hukuku için bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.326.

İptal hakkının kullanılması bakımından Kanun'da hak düşürücü⁵⁷⁷ bir süre öngörülmüştür. Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde ifade edildiği üzere, yanılma sebebi ile sözleşme yapan taraf yanılmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemez ise sözleşmeyi onanmış sayılır.

Alman Hukuku'nda §143 Abs.1 BGB hükmünde iptalin, karşı tarafa yöneltilen tek taraflı irade beyanı ile yapılacağı belirtilmiştir. Alman Hukuku'nda Türk Hukuku'ndan farklı olarak iptal hakkının kullanılmasına ilişkin Kanun'da bir süre öngörülmemiştir. İptalin süresine ilişkin §121 Abs.1 BGB hükmünde iptal hakkı sahibi iptale sebep olan durumu öğrenmesinden sonra kusurlu bir gecikme olmaksızın bu hakkını kullanmalıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise irade beyanının yapılmasının üzerinden on yıl geçmesiyle beraber artık iptal hakkının kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Yine §142 Abs.1 BGB hükmüne göre, iptal hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacaktır.

TBK m.35/1 hükmüne göre; yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararı gidermek zorundadır. Fakat, diğer taraf yanılmayı biliyor yahut bilmesi gerekiyor ise, tazminat istenemeyecektir. Burada bahsedilen zarar menfî zarardır ve sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, sözleşme yapıldıktan sonra bu sözleşmenin geçerli bir şekilde sonuç doğuracağına inanılarak ifa amacıyla yapılan masraflar, üçüncü kişilere karşı taahhüdün yerine getirilememesi sebebi ile ödenecek tazminatlar bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁷⁸. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, hâkim, hakkaniyet gerektiriyor ise, ifadan beklenen yararı aşmamak şartıyla, daha fazla tazminata hükmedebilecektir. Bu durumda ise müsbet zararın, yani sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı uğranılan zararın tazminine hükmedilebilecek ve karşı taraf sözleşme ifa edilse idi elde edebileceği menfaatleri talep edebilecektir⁵⁷⁹.

Aldatma hâlinde, yanılmada olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde belirtilen bir yıllık süre sınırı söz konusu olacak ve aldatılan tarafın bunu öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmemesi veyahut verdiği şeyi geri istememesi sözleşmenin onaylanması anlamına gelecektir. Yine aynı maddenin ikinci

⁵⁷⁷ Zira yenilik doğuran haklar hak düşürücü sürelerle bağlanmıştır. **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.373. Ayrıca bkz. BGE 101 II 209; BGE 114 II 131,141 <https://www.swisslex.ch/de/SCHWENZER/FOUNTOULAKIS>, s.326.

⁵⁷⁸ **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.154; **ANTALYA**, s.404; **EREN**, s.445; **NOMER**, s.105; **KANIŞLI**, s.658 vd.

⁵⁷⁹ **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.155; **EREN**, s.445; **KANIŞLI**, s.662.

fıkrasında belirtildiği üzere aldatmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması tazminat hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

Aldatmanın sözleşmenin tarafı yahut yardımcı kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hem culpa in contrahendo hem de haksız fiil sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Zira aldatma fiili dürüstlük kuralına aykırı olduğundan aynı zamanda hukuka aykırı bir fiildir⁵⁸⁰. Bu durumda hileye mâruz kalan kişi yarışan bu sorumluluk nedenlerinden hangisine dayanacağına karar verme hakkına sahiptir.

Üçüncü kişinin aldatması kural olarak sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek olsa da üçüncü kişinin aldatmasını karşı taraf sözleşmenin yapıldığı sırada biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise aldatılanın sözleşmeyi iptal hakkı bulunmaktadır⁵⁸¹. Zira bu durumda üçüncü kişinin aldatması karşı tarafın aldatması sayılacaktır⁵⁸². Üçüncü kişinin aldatmasının karşı tarafça bilinmemesi ya da bilinmemesi durumunda aldatılan esaslı yanılmaya ya da saik yanılmasına mâruz kalmış sayılacaktır⁵⁸³.

Aldatmanın üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ise haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir⁵⁸⁴. Üçüncü kişi sözleşme görüşmelerine katılmadığı için kural olarak onun bakımından culpa in contrahendo sorumluluğu doğmayacaktır⁵⁸⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde ifade edildiği üzere; korkutulma sonucunda sözleşmeyi yapan taraf korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılacaktır. Ayrıca maddede sözleşmenin onanmış sayılmasının, tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağı da hüküm altına alınmıştır.

⁵⁸⁰ **EREN**, s.451; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.400.

⁵⁸¹ **EREN**, s.450; **KARABEY** Fatih, Türk Borçlar Hukukunda Hile Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2018, s.72.

⁵⁸² **EREN**, s.450; **KARABEY**, s.72.

⁵⁸³ **EREN**, s.450.

⁵⁸⁴ **NOMER**, s.107; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.122; s. 122; **EREN**, s.450 vd.; **KARABEY**, s.72.

⁵⁸⁵ **NOMER**, s.107; **KARABEY**, s.72 vd.

5. Muvazaa Bulunmaması

a. Genel Bilgi

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan sözleşmelerin geçerliliği sadece *görünüşteki* bir açıklamanın varlığı ile sağlanamaz⁵⁸⁶. Tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması ya da görünüşteki değil gizlenen sözleşmenin hüküm doğurması hususunda anlaşarak gerçek iradelerine uymayan beyanlarda bulunmalarına muvazaa (*Scheingeschäft/Simulation*) denir⁵⁸⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun "Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler" kenar başlıklı 19. maddesi uyarınca; "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır." Aynı maddenin ikinci fıkrasında borçlunun, yazılı bir borç tanımaya güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamayacağı ifade edilmiştir.

Muvazaa durumunda tarafların gerçek iradeleri ile beyanları arasındaki uygunsuzluk kasıtlı olarak yapılmaktadır⁵⁸⁸. Muvazaa bu anlamda inançlı işlemde ayrılmaktadır. Zira inançlı işlem, inananın hakkını inanılana belirli bir maksatla ve tarzla kullanmak ve maksadın gerçekleşmesi hâlinde ise bu hakkı geri almak üzere yaptığı ve temelde güven esasına dayanan bir devir işlemidir⁵⁸⁹. Bu nedenle, inançlı işlemde hakkın devri gerçek bir devirdir ve burada muvazaa söz konusu değildir⁵⁹⁰. İnançlı işlemlerde güven, işlemin esasını oluşturmaktadır⁵⁹¹. Örneğin bir kimse başkasından olan alacağını tahsil etmek ve sonrasında da kendisine vermek üzere üçüncü kişiye devrederse inançlı temlik söz konusu olacaktır⁵⁹². İnançlı işlemde taraflar bu devri ciddi olarak isterler ancak inanç anlaşması gereğince inanan, inananın aleyhine

⁵⁸⁶ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.238 vd.

⁵⁸⁷ ESENER, Muvazaa, s.7; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.133; ANTALYA, s.345; REİSOĞLU, s.101; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.347; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.240. Ayrıca bkz. Yarg. 1. H.D. 12.06.2003, E. 2003/6131, K. 2003/7109, <https://kazanci.com.tr/> Ayrıca bkz. BYDLINSKI, §7, Rn.12; SCHAUB/LINCK, §32, Rn.12.

⁵⁸⁸ ESENER, Muvazaa, s.7 vd.; ANTALYA/TOPUZ, s.213; EREN, s.394; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.289; İNAN, Borçlar Hukuku, s.247; DEMİRSATAN, s.1223; ANTALYA, s.345; STAUDINGER/SINGER, §117, Rn.2. Ayrıca bkz. BAG, Urt. v.14.10.2020 – 5 AZR 409/19 (LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.08.2019 – 10 Sa 1139/18), NZA 1/2021, s.37.

⁵⁸⁹ EREN, s.411; ESENER/GÜNDOĞDU, s.115; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.417; İNAN, Borçlar Hukuku, s.268; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.282.

⁵⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.139 vd.; REİSOĞLU, s.110; ESENER/GÜNDOĞDU, s.115; İNAN, Borçlar Hukuku, s.274 vd.; OLGAC, s.18; ANTALYA, s.368.

⁵⁹¹ EREN, s.411; ESENER/GÜNDOĞDU, s.115; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.319 vd.; ANTALYA, s.361 ve s.366 vd.

⁵⁹² EREN, s.412; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.319.

hareket etmemek, hakkını başkasına devretmemek veya rehnetmemek ve sürenin dolması ile beraber yahut amacın gerçekleşmesiyle mülkiyet ve alacak hakkını tekrar inanana devretmek zorundadır⁵⁹³. Ayrıca yine muvazaadan farklı olarak borçlandırıcı işlemler açısından inançlı işlem yapılamaz iken muvazaa hem tasarruf hem de borçlandırıcı işlemler bakımından mümkündür⁵⁹⁴.

Kanuna karşı hile ile muvazaa da birbirinden farklı kurumlar olarak karşımıza çıkar. Kanuna karşı hilede taraflar hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek amacıyla, yapılması hukuken caiz olan başka bir işlemi yaparak aynı sonuca ulaşmaktadırlar⁵⁹⁵. Muvazaalı işlemde taraflar görünürdeki işlemin gerçekleşmesini istemez iken, kanuna karşı hilede taraflar gerçek niyetlerini gizleyerek kurdukları sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını arzulamaktadırlar⁵⁹⁶.

Muvazaanın değişik amaç ve sebepleri olabilir. Bu bağlamda bedelde muvazaa hâlinde tarafların amacı sözleşme bedelinin farklı gösterilmesi iken, sözleşmenin niteliğinde muvazaada ise taraflar sözleşmenin niteliğinde gerçek iradelerini gizlemekte ve buna uyumlu olmayan beyanda bulunmaktadır⁵⁹⁷. Muvazaa sözleşmenin tamamı için söz konusu olabileceği gibi, bir kısmı için de olabilir. Sözleşmenin bir kısmını konu edinmesi durumunda kısmi muvazaa söz konusu olacaktır⁵⁹⁸. Prim ve vergi kaçırmak maksadı ile işçiye daha yüksek bir ücret verilmesine rağmen daha az ücret veriliyor gösterilmesi hâlini kısmi muvazaaya örnek olarak verebiliriz⁵⁹⁹.

Muvazaanın sadece sözleşmeler bakımından değil, belirli bir kimseye yöneltilen, varması gerekli irade beyanına dayalı olarak kurulması şartıyla tek taraflı hukuki işlemler bakımından da gündeme gelebileceği öğretide ifade edilmiştir⁶⁰⁰. İki işçisinden sadece birini işten çıkarmak isteyen bir işverenin iş sözleşmesini sonlandırmak istediği işçiyi darıltmamak adına diğer işçi ile anlaşıp ona da muvazaalı bir bildirimde bulunması durumu buna örnek olarak verilmiştir⁶⁰¹.

⁵⁹³ EREN, s.414; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.320.

⁵⁹⁴ EREN, s.416; ESENER/GÜNDOĞDU, s.120; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.321.

⁵⁹⁵ EREN, s.419; ESENER/GÜNDOĞDU, s.115; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.253; İNAN, Borçlar Hukuku, s.276.

⁵⁹⁶ ESENER, Muvazaa, s.17; EREN, s.421; ESENER/GÜNDOĞDU, s.117, s.120; İNAN, Borçlar Hukuku, s.279; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.422.

⁵⁹⁷ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.240 vd.; ANTALYA, s.350.

⁵⁹⁸ EREN, s.396; ESENER, Muvazaa, s.43; ANTALYA, s.350.

⁵⁹⁹ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik s.34; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.173 vd.; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.456; ANTALYA, s.350.

⁶⁰⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.350.

⁶⁰¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.350.

Muvazaa üç temel unsurdan oluşmaktadır. Bunlar: muvazaalı işlem (görünürdeki işlem, *Scheingeschäft*), muvazaa anlaşması (*Simulationsabrede*) ve aldatma kastıdır (*Täuschungsabsicht*)⁶⁰². Muvazaa taraflar arasındaki işlem sayısı bakımından da ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda basit ve nitelikli olmak üzere muvazaa türleri üzerinde durulacaktır.

b. Muvazaa Türleri

aa. Basit Muvazaa (Mutlak Muvazaa)

Tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması yönünde anlaşmaları hâlinde basit muvazaadan bahsedilir⁶⁰³. Burada görünüşte gerçekleştirilen hukuki işlemin arkasında gizlenen başka bir hukuki işlem bulunmamaktadır⁶⁰⁴. Yani tarafların aslında asıl yapmak istedikleri yani gizledikleri bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu duruma ileride tekrar değineceğimiz üzere⁶⁰⁵ sahte sigortalılığı örnek olarak gösterebiliriz.

Ekonomik açıdan zor durumda bulunan birinin iş dünyasında itibarını kazanmak amacı ile aslında alacaklı olmamasına rağmen başka birinden yüklü miktarda alacaklı olduğunu gösteren bir hatır senedi alması durumu basit muvazaaya örnek olarak gösterilebilir⁶⁰⁶. Aynı şekilde borçlunun, alacaklıların icra takibinden kurtulmak maksadıyla mallarını arkadaşına devretmesi durumu da basit muvazaaya örnektir⁶⁰⁷.

bb. Nitelikli Muvazaa (Nispî Muvazaa)

Taraflar sırf görünüşte yaptıkları sözleşme yerine aslında gizledikleri sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması konusunda anlaşmışlar ise nitelikli muvazaadan bahsedilir⁶⁰⁸. Nitelikli muvazaa durumunda basit muvazaanın aksine taraflar arasında iki hukuki işlem bulunmaktadır.

⁶⁰² EREN, s.395; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.292 vd.; İNAN, Borçlar Hukuku, s.248 vd.; ANTALYA, s.346 vd.; BSK OR I-WIEGAND, Art.18, Rn.51.

⁶⁰³ ESENER, Muvazaa, s.41; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.134; İNAN, Borçlar Hukuku, s.250; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.347; NOMER, s.105; ANTALYA, s.348; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.243; ANTALYA/TOPUZ, s.183; EREN, s.397; ESENER/GÜNDOĞDU, s.94; OLGAC, s.16; SAPANOĞLU Süleyman, Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.49; AKKURT, s.115; TUTAR, s.107.

⁶⁰⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.347; REİSOĞLU, s.101; ESENER/GÜNDOĞDU, s.94; SAPANOĞLU, s.50.

⁶⁰⁵ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, V, A.

⁶⁰⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.348.

⁶⁰⁷ ANTALYA/TOPUZ, s.183; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.292; SAPANOĞLU, s.50.

⁶⁰⁸ ESENER, Muvazaa, s.42; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, 348; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.134; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.243; ANTALYA/TOPUZ, s.183 vd.; EREN, s.398; REİSOĞLU, s.101; NOMER, s.107; ESENER/GÜNDOĞDU, s.95; İNAN, Borçlar Hukuku, s.250; OLGAC, s.17; SAPANOĞLU, s.51; AKKURT, s.115; ANTALYA, s.349; TUTAR, s.107.

Bunlardan biri tarafların görünüşte yaptıkları sözleşme, diğeri ise gerçekte hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri gizlenen sözleşmedir. Bu konuda verilen klâsik örnek tarafların görünüşteki satım sözleşmesini aslında bağış sözleşmesini gizlemek maksadıyla yapmış olmaları durumudur⁶⁰⁹. Bunun gibi mirastan mal kaçırmak yahut bir taşınmaz bağışını gizlemek üzere ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılması hâlinde de durum aynıdır⁶¹⁰.

Muvazaanın başlıca basit ve nitelikli muvazaa olmak üzere iki türü bulunmakla birlikte muvazaa eğer sözleşmenin tamamını kapsıyorsa tam muvazaa, bazı hükümlerine ilişkin ise kısmi muvazaadan söz edilir⁶¹¹. Tarafların yaptıkları satım sözleşmesinde gerçek bedeline göre yüksek bedel göstermiş olmaları hâlinde ise kısmi muvazaa söz konusu olacaktır⁶¹². Söz konusu hâlde sözleşmenin tümü değil sadece satış bedeline ilişkin kısmi muvazaalıdır⁶¹³. Bu durumda gerçek bedele ilişkin hüküm sözleşmeye eklenecek ve tarafların gerçek iradesine uygun bir sözleşme meydana gelecektir⁶¹⁴. Ancak kısmi muvazaada kimi zaman muvazaalı bölümün çıkartılması durumunda onun yerine başka bir hüküm geçemeyebilir. Bu duruma örnek olarak iş sözleşmesine eklenen muvazaalı bir rekâbet yasağı hükmü verilebilir. Zira bu durumda gizli işlem rekabet yasağı çıktıktan sonra iş sözleşmesinin geri kalan tüm hükümleridir⁶¹⁵.

Kimi durumda ise sözleşmenin niteliği yanında tarafta muvazaa da söz konusu olabilir. Örnek vermek gerekirse, sabıkalı bir babanın karşı taraf ile anlaşarak kendisi yerine oğlunun, söz konusu sigorta şirketinde çalışmasını öngören bir iş sözleşmesi yapması, ancak tarafların gerçekte baba ile çalışılması konusunda anlaşmış olmaları ihtimâlinde şahısta muvazaa olacaktır⁶¹⁶.

Son olarak ekleyelim ki, görünürdeki sözleşme ile gizlenen sözleşmenin içerik bakımından birbirinin aynısı olması şart değildir. Örneğin görünürdeki iş sözleşmesi düşük bir ücret

⁶⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.135; NOMER, s.107; EREN, s.398; ESENER/GÜNDOĞDU, s.95; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.350; ANTALYA/TOPUZ, s.184; REİSOĞLU, s.102; SAPANOĞLU, s.51.

⁶¹⁰ NOMER, s.107; Yarg. 1. H.D., 12.06.2013, E.2013/9933, K.2013/9763, (YKD 2014, S.2, s.265); Yarg. 1. HD. 02.04.2019, E.2017/972, K.2019/2334; <https://kazanci.com.tr/> YHGK, 14.02.2024, E.2022/1-338, K. 2024/97, <https://kazanci.com.tr/>

⁶¹¹ ESENER, Muvazaa, s.62 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.134 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.351; EREN, s.398; AKKURT, s.116.

⁶¹² ESENER, Muvazaa, s.62; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.135; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.348; ESENER/GÜNDOĞDU, s.95.

⁶¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.358; ESENER, Muvazaa, s.62; EREN, s.399.

⁶¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.351.

⁶¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.353.

⁶¹⁶ EREN, s.400 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.355.

üzerinden kararlaştırılmasına rağmen gizlenen iş sözleşmesinde, taraflar bunun çok daha üzerinde bir ücret hususunda mutabık kalmış olabilir⁶¹⁷.

c. Muvazaanın Hüküm ve Sonuçları

Türk Borçlar Kanununun 19. maddesi uyarınca; *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”*. Bu bağlamda muvazaalı işlemler tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için hüküm doğurmayacaktır.

Alman Hukuku’nda §117/1 BGB hükmünde sadece görünüşte yapılan irade beyanlarının geçersiz sayılacağı açıkça ifade edilmiştir⁶¹⁸. Alman Hukuku’nun (§117 BGB) aksine Türk Hukuku’nda muvazaalı işlemin hüküm ve sonuçları açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle öğretide muvazaalı işlemin yaptırımı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüş uyarınca muvazaa durumunda kesin geçersizlik türünde bir geçersizlik söz konusudur⁶¹⁹. Diğer bir görüş uyarınca, muvazaalı işlem bakımından tarafların bir iradesinin bulunmadığı gerekçesi ile muvazaa durumunda kesin geçersizlik yaptırımının değil yokluk yaptırımının uygulanması gerekir. Bu görüşü savunan yazarlara göre muvazaa hâlinde ciddi bir beyan iradesi mevcut değildir, halbuki bir sözleşmenin bâtil olduğundan bahsedebilmek için ciddi beyanlar gerekir.⁶²⁰ Muvazaa durumunda taraflar beyan iradesinin yokluğu konusunda anlaşmışlardır⁶²¹. Fakat bu görüşün aksini savunan yazarlara göre ise, muvazaa hâlinde ortada gerçek bir irade olmasa dâhi şeklen de olsa bir irade olduğu için yokluktan söz edilemeyecektir⁶²². Yine bu konuda üçüncü bir görüş, muvazaa hâlinde ancak tarafların veya ilgili kişilerin ileri

⁶¹⁷ KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.356.

⁶¹⁸ Ayrıca bkz. NEUNER, § 40, Rn. 14, s.469; PALANDT/ELLENBERGER, §117, Rn.7.

⁶¹⁹ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.244; ANTALYA/TOPUZ, s.184; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.135; NÖMER, s.109; ANTALYA, s.352; REİSOĞLU, s.102; VON TUHR/PETER, s.294.

⁶²⁰ EREN, s.402; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.357; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.383. İsviçre Hukuku için bkz. KELLER/SCHÖBI, s.194. Ayrıca Yarg. 17. H.D., 04.11.2014, E.2013/7947, 2014/15062, <https://kazanci.com.tr/> Yargıtay söz konusu kararında, “...muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufları işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmeyi amaçlar.” ifadesini kullanmaktadır.

⁶²¹ EREN, s.402. Ayrıca bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.569; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.34, dn.171.

⁶²² OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.136. Muvazaa durumunda yokluk değil kesin geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. NÖMER, s.109; REİSOĞLU, s.102. Yarg. 9. H.D., 13.04.2022, E.2022/3174, K.2022/4466, <https://www.lexpera.com.tr/> Yargıtay söz konusu kararında muvazaa hâlinde taraflar arasında şeklen dâhi olsa görünürdeki sözleşmenin kurulmasına dair karşılıklı irade beyanlarının mevcut olduğunu, sözleşme kurulmuş ise de bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmamasına yönelik olarak tarafların arzusuna dayanan bir geçersizlik olduğunu ifade etmiştir.

sürebileceği, hâkimin re'sen göz önüne alamayacağı özel bir geçersizlik durumu olduğunu ve bunun bir nevi def'i sebebi olarak ileri sürülebileceğini belirtmektedir⁶²³.

Öğretide *Esener/Gündoğdu*, muvazaa sebebiyle geçersizlik durumunun, kanundan kaynaklanan ve kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş bir yaptırım olan kesin geçersizlikten farklı olduğunu ifade etmekte. Kesin geçersizlik yaptırımının aksine muvazaa sebebiyle geçersizlik iddiası herkese karşı ileri sürülemeyecektir; fakat işlemin hükümsüzlüğü taraflar arasında kural olarak kesin geçersizliğin doğuracağı sonuçları meydana getirir⁶²⁴. Öğretide muvazaaya klâsik anlamda kesin geçersizlik yaptırımının hüküm ve sonuçlarının uygulanmaması durumunun amaca uygun sınırlama yönteminin bir sonucu olduğu ifade edilmiştir⁶²⁵.

Kanaatimizce muvazaa hâlinde görünüşteki sözleşmenin (tarafların gerçek iradesine uymayan sözleşmenin) geçerli olmaması yönünde taraf iradeleri birbirine uygundur. Muvazaa durumunda şeklen dâhi olsa karşılıklı bir irade beyanı bulunmaktadır. Bu nedenle görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymaması sebebi ile kesin geçersizlik yaptırımına tâbi olmalı ve hüküm ve sonuçlarını doğurmamalıdır⁶²⁶.

Nitelikli muvazaa durumunda daha önce bahsettiğimiz üzere hem görünürde hem de gizlenen sözleşme mevcuttur. Bu durumda eğer gizlenen sözleşme için herhangi bir şekil şartı öngörülmüş ve sözleşme bu geçerlilik koşullarına sahip ise muvazaadan etkilenmeyecektir⁶²⁷. Ayrıca gizlenen sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusunun da imkânsız olmaması ve yanıltma, aldatma, korkutma, aşırı yararlanma gibi sebeplerden biriyle iptal edilmemiş olmaması gerekir⁶²⁸. Bu durumda gizli sözleşme geçerli bir sözleşme olacak ve muvazaalı bir sözleşme ile maskelenmiş olması sözleşmenin geçersizlik yaptırımına tâbi olması sonucunu yaratmayacaktır⁶²⁹. Buna karşılık gizli sözleşmede de genel geçersizlik sebeplerinden biri mevcutsa o da geçersiz olacaktır. Örneğin görünürde işçinin pazarlamacı olarak iş görme edimini yerine getireceğinin

⁶²³ GAUCH/ JÄGGI/ HARTMANN, Zürcher Komm., Art.18 OR, Rn.146; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art.18, Rn.162. Konuya ilişkin ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.136; EREN, s.402.

⁶²⁴ ESENER/GÜNDOĞDU, s.96.

⁶²⁵ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.146.

⁶²⁶ ANTALYA/TOPUZ, s.184.

⁶²⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.137; NOMER, s.111; EREN, s.406; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.358; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.91; İNAN, Borçlar Hukuku, s.257; SAPANOĞLU, s.260; AKKURT, s.117; ANTALYA, s.354.

⁶²⁸ AKKURT, s.117; ANTALYA, s.354; EREN, s.404; REİSOĞLU, s.104.

⁶²⁹ ESENER/GÜNDOĞDU, s.98.

kararlaştırıldığı bir iş sözleşmesi yapılması, ancak gerçek iradenin bu olmadığı durumda bu sözleşme muvazaâ sebebiyle, bu sözleşmenin arkasına gizlenen iş sözleşmesinde işçinin kaçakçılık yapacağı taahhüdü ise kamu düzenine aykırılık sebebiyle kesin olarak geçersiz olacaktır⁶³⁰.

Gizli sözleşme için bir şekil şartı öngörülmesi hâlinde muvazaalı sözleşmenin yapıldığı şeklin gizli sözleşme için aranan şekil şartını gerçekleştirmiş sayılıp sayılmayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bu konuda Yargıtay⁶³¹ ve yazarların büyük çoğunluğu, görünüşteki sözleşmenin muvazaâ sebebi ile gizlenen sözleşmenin ise aranan şekil şartına uyulmamış olması sebebi ile geçersiz olduğunu kabul etmektedirler⁶³². Kimi yazarlar şekle aykırılık iddiasının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı durumlarda gizlenen sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği iddiasında bulunulamayacağını kabul etmektedirler⁶³³. Kimi yazarlar da hükmün anlam ve amacında yola çıkarak başka bir yaptırım türü belirlemekte yahut kesin geçersizlik yaptırımının yine hükmün amacından yola çıkarak sınırlandırılması gerektiğini ifade etmektedirler⁶³⁴.

Kısmi muvazaada muvazaâ sözleşmenin tamamına değil, bir kısmına ilişkin olduğu için muvazaalı kısım geçersiz olacaktır⁶³⁵.

İfade edelim ki, Kanunun m.19/2 hükmü uyarınca; borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamayacaktır. Bunun sonucu olarak muvazaayı bilmeden alacağı iktisap eden üçüncü kişi için muvazaalı alacak geçerli bir alacak gibi sonuç doğuracaktır⁶³⁶. Bu durumda örneğin sırf iş hayatında itibar kazanması için bir kimse lehine hatır senedi düzenlenerek borçlu olduğunun bildirilmesi durumunda eğer bu alacak bir üçüncü kişiye devredilirse o kişinin iyiniyeti korunacaktır⁶³⁷.

⁶³⁰ **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.98; **TAŞMAN**, s.292. Bu durumda kişinin ücret hakkı da bulunmayacaktır. **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.251; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.568.

⁶³¹ YİBK, 01.04.1974, E. 1974/1, K.1974/2; Yarg. 1. H.D., 10.06.2015, E. 2015/8291, K.2015/8608; Yarg. 2. H.D., 03.05.2016, E. 2016/6358, K. 2016/5464, kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/>

⁶³² **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.138; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.358; **NOMER**, s.107 vd.; **EREN**, s.408; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.91; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.98; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.413; **HUGUENIN**, OR, Rn.371.

⁶³³ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.139; **HUGUENIN**, OR, Rn.199.

⁶³⁴ Görüşler ve eleştiriler için bkz. **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.310 vd.

⁶³⁵ **EREN**, s.403.

⁶³⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.136 vd. Ayrıca bkz. **HUGUENIN**, OR, Rn.200.

⁶³⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.363; **EREN**, s.403.

d. Muvazaanın İspatı

Taraflardan biri sözleşmenin muvazaalı olduğunu iddia ediyorsa yazılı veya resmi şekilde yapmış oldukları sözleşmedeki muvazaayı ancak yazılı yahut resmî delil getirmek sureti ile ispat edebilirler⁶³⁸. Bu durumda tanıkla ispat söz konusu değildir. Ancak muvazaalı sözleşmenin resmi şekilde yapılmış olması durumunda resmi senet şartı aranmaksızın yazılı senetle ispat da mümkündür⁶³⁹. Üçüncü kişiler ise muvazaalı işlemin tarafı olmadıklarından yazılı delil şartı aranmaksızın tanıkla da muvazaayı ispat edebilirler⁶⁴⁰.

Son olarak ekleyelim ki kesin geçersizlik görüşü uyarınca, muvazaalı işlemin geçersizliği zamanaşımına tâbi olmadan her zaman ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen göz önüne alınır⁶⁴¹.

6. Aşırı Yararlanma (Gabin) Bulunmaması

a. Aşırı Yararlanma Kavramı ve Hukuki Niteliği

İrade özerkliğinin bir sonucu olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilerin istedikleri kişiler ile istedikleri şekilde ve içerikte sözleşme yapma ve yaptıkları bu sözleşmeye son verme hakkını tanıyan liberal hukuk teorisinin ve piyasa ekonomisinin en temel ilkesidir⁶⁴². Fakat sözleşme özgürlüğünün de diğer tüm özgürlükler gibi belirli sınırları vardır ve bu sınırlar daha önce de bahsettiğimiz üzere TBK m.27/1 hükmünde ifadesini bulmuştur. Öğretide aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirdiği ifade edilmektedir⁶⁴³.

Aşırı yararlanma (gabin) Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar arasındaki sözleşmede karşılıklı edimler arasında, zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanmak suretiyle açık bir

⁶³⁸ **ESENER**, Muvazaa, s.85; **EREN**, s.410; **REİSOĞLU**, s.107 vd.; **NOMER**, s.107; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.244 vd.; **ANTALYA/TOPUZ**, s.185.

⁶³⁹ **ESENER**, Muvazaa, s.87; **EREN**, s.410; **REİSOĞLU**, s.108.

⁶⁴⁰ **EREN**, s.409; **NOMER**, s.111; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.135; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.245; **REİSOĞLU**, s.108; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.108. Yargıtay'ın, miras bırakanın saklı pay kuralını ihlâl etmek amacıyla hareket edilen durumlarda saklı payı ihlâl edilen mirasçıların açtıkları davada muvazaa iddialarının her türlü delille ispatlanabileceği yönünde kararı için bkz. YHGK, 11.11.2009, E.2009/427, K.2009/492, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁶⁴¹ **ANTALYA/TOPUZ**, s.185; **REİSOĞLU**, s.102.

⁶⁴² **ERCOŞKUN ŞENOL**, *İçeriği Belirleme Özgürlüğü*, s.710 vd.

⁶⁴³ **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.380; **ANTALYA**, s.415; **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.481; **REİSOĞLU**, s.135; **ÇAKIRCA**, s.63; **ACABEY**, s.111; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21, Rn.1a. Aldatmanın sözleşme özgürlüğüne aşırı engel olarak görülmesi iki tarihsel kökene dayanmaktadır: İlk olarak geç Roma hukukunda satıcıyı korumak için geliştirilen *laesio enormis* ve sonrasında aşırı yararlanma kavramı. **VON TUHR/PETER**, s.343.

orantısızlık mevcutsa aşırı yararlanma söz konusudur⁶⁴⁴. İş hukuku mevzuatı iş ilişkisinin güçsüz tarafı olan işçiler için özel hukuki koruma sağlıyor olsa da bir işçinin tecrübesizliği yahut zor durumda kalma hâli istismar edilerek bir sözleşme yapılmış olması durumunda bir işçi de aşırı yararlanma hükümleri tarafından sağlanan hukuki himayeden yararlanabilecektir⁶⁴⁵.

İfade edelim ki, bazı durumlarda irade bozukluğu hâli olan aldatma (hile), aşırı yararlanma ile aynı paydada buluşabilir. Gerçekten de aldatma ile aşırı yararlanma sömürülen tarafın deneyimsizlik yahut düşüncesizliğinden kaynaklanması hâlinde kesişebilir⁶⁴⁶. Sömüren kişi zorda kalma hâline kendisi bilerek ve isteyerek sebep olmuşsa ve aynı zamanda bundan yararlanmışsa aşırı yararlanma ile beraber aldatma da gündeme gelecektir⁶⁴⁷. Bunun yanında zorda kalma hâlinde sözleşme yapma zorunluluğunu hisseden zarar gören kişinin her zaman iradesinin de sakatlanmış olduğunu söylemek mümkün değildir⁶⁴⁸. Örnek vermek gerekirse, nakit ihtiyacı sebebi ile değerinden çok daha düşük bir meblağa aracını satan bir kişinin yanıldığından yahut korkutmaya maruz kaldığından bahsedilemeyecektir⁶⁴⁹. Bunun gibi korkutma her zaman aşırı yararlanma ile örtüşmez⁶⁵⁰. Gerçekten de aşırı yararlanmaya uğrayan kişinin her durumda korkutmaya maruz kaldığını iddia etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Kötü hava şartları sebebi ile taksi bulmakta zorlanan bir kişinin, ederinden çok daha fazla bir para karşılığında taksiye binmesi hâlinde herhangi bir irade bozukluğundan bahsedilemeyecek, kişinin sadece zorda kalma hâli gündeme gelecektir.

Aşırı yararlanma kavramının ahlâka aykırılık kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de öğretilde tartışmalıdır. Belirtmek gerekir ki, bu iki kavrama bağlanan hukuki sonuç da birbirinden farklı olacaktır. Zira TBK m.27 uyarınca, ahlâka aykırılık hâli kesin geçersizlik yaptırımına bağlanmış iken; daha sonra da ele alınacağı üzere aşırı yararlanma durumunda sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi için Kanun'un m.28/2 hükmünde

⁶⁴⁴ İsviçre Hukuku'nda aşırı yararlanma (*Übervorteilung*) müessesesi Art.21 OR hükmünde ifadesini bulmuştur. Maddenin ilk fıkrasına göre; taraflardan birinin diğer tarafın zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğinden yararlanarak imzaladığı bir sözleşmede edim ile bedel arasında açık bir orantısızlık tespit edilirse, zarar gören taraf bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını beyan edebilir ve daha önce ödenmiş olanların iadesini talep edebilir. Alman Hukuku'nda ise aşırı yararlanma §138 BGB hükmünde ahlâka aykırılık başlığı altında değerlendirilmektedir.

⁶⁴⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.484.

⁶⁴⁶ ÇAKIRCA, s.56.

⁶⁴⁷ EREN, s.474.

⁶⁴⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.481, dn.4.

⁶⁴⁹ ÇAKIRCA, s.56.

⁶⁵⁰ ÖZKAYA Eraslan, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2020, s.26.

Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 1. H.D., 02.05.1979, E.1978/3138, K.1979/6251, <https://www.lexpera.com.tr/>

öngörülen ve uyulması gereken hak düşümü süreleri mevcuttur. Olayda sadece aşırı yararlanmaya ilişkin şartların gerçekleşmiş olması hâlinde ahlâka aykırılığı düzenleyen hüküm yerine aşırı yararlanma hükümlerine başvurmak gerekir⁶⁵¹. Zira kanun koyucu aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabileceği her durumda ahlâka aykırılık hükmüne dayanabileceğimizi kabul etse idi ayrı bir hüküm altında aşırı yararlanma müessesesini düzenlemezdi⁶⁵². Başka bir ifade ile sözleşmede ahlâka aykırılık olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durumun olmaması hâlinde sırf edimler arasında oransızlık olması sözleşmeyi ahlâka aykırılık sebebi ile geçersiz saymak için yeterli olmamalıdır⁶⁵³. Ayrıca ekleyelim ki, aşırı yararlanma için aranan şartların mevcudiyeti yanında olayda taraflardan birinin ekonomik üstünlüğünün açık bir şekilde kötüye kullanıldığı, yahut mesleki etik kurallarının ağır bir biçimde ihlal edildiği veya sömürenin zihniyet ya da hareket tarzının aşağılık bir nitelik taşıdığı hâllerde olduğu gibi ahlâka aykırılık olarak nitelendirebileceğimiz ek bir unsurun daha gerçekleşmiş olduğu durumlarda ahlâka aykırılık nitelendirmesi de yapılabilirdir⁶⁵⁴. Öğretide edimler arasında “açık” değil “çok veya olağanüstü ölçüde açık” bir oransızlığın bulunması durumunda ahlâka aykırılık yaptırımının da uygulanmasının mümkün olabileceği belirtilmektedir⁶⁵⁵.

Alman Hukuku’nda aşırı yararlanma kavramı ahlâka aykırı işlemlerin özel bir görünümü (türü) olarak §138 Abs.2 BGB’de düzenlenmiştir⁶⁵⁶. Alman Hukuku’na göre aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için karşılıklı edim içeren bir sözleşme olmalı, bu edimler arasında açık bir oransızlık bulunmalı, sözleşmenin taraflarından biri zayıf durumda olmalı ve diğer taraf da bu durumdan yararlanmalıdır⁶⁵⁷. §138 Abs.2 BGB’de tarafın hangi durumda zayıf sayılacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Alman Hukuku’nda aşırı yararlanmaya (gabin) bağlanan hukuki sonuç Türk Hukuku’ndan farklı olarak kesin geçersizliktir⁶⁵⁸.

⁶⁵¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.500. Aşırı yararlanma kavramı bir yandan irade zayıflığı nedeniyle irade bozukluklarına yaklaşmakta olup bir yandan da içinde ahlâka aykırılık unsurunu barındırsa da aşırı yararlanmaya ilişkin düzenlemenin ahlâka aykırılığa ilişkin düzenlemeye göre özel nitelikte olduğu ve aşırı yararlanma için gerekli şartların sağlanması durumunda TBK m.27/1 hükmüne dayanılamayacağı yönünde bkz. NÖMER, s.122.

⁶⁵² ÇAKIRCA, s.60.

⁶⁵³ HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 243 vd.

⁶⁵⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.500; ÇAKIRCA, s.61.

⁶⁵⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.500; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.202 vd.

⁶⁵⁶ STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.191; HWK/THÜSING, §611a BGB, Rn.225; KAMANABROU, Rn.777; PALANDT/ELLENBERGER, §138, Rn.79. Ayrıca bkz. BAG 21.06.2000 – 5 AZR 806/98 (Vorinstanz: LAG Niedersachsen, Urt. v. 25.08.1998- 13 Sa 2362/97), NZA, Heft19, 2000, s.1050 vd.

⁶⁵⁷ SCHAUB/LINCK, §34, Rn.4; STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.242 vd.

⁶⁵⁸ STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.235; MüKoBGB/ ARMBRÜSTER, §138, Rn.267 vd.

b. Aşırı Yararlanma (Gabin) Kavramının Unsurları

Aşırı yararlanmadan söz edebilmek için objektif ve sübjektif koşul olmak üzere iki unsurun varlığı aranmaktadır⁶⁵⁹. Kanunun aşırı yararlanma için aradığı objektif koşul edimler arasındaki açık oransızlıktır. Burada sözü edilen oransızlık işten anlayan herkesin kolayca anlayabileceği oransızlıktır⁶⁶⁰. İş sözleşmelerinde çok düşük ücretin belirlenmesi, satım sözleşmelerinde çok yüksek fiyatların belirlenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Daha sonra üzerinde ayrıca duracağımız gibi⁶⁶¹ aşırı yararlanma müessesinin ahlâka aykırılık başlığı altında incelendiği Alman Hukuku'nda işçinin zor durumundan, deneyimsizliğinden, muhakeme eksikliğinden yahut ciddi irade zayıflığından yararlanılarak kurulan bir sözleşmede işçinin yaptığı iş ile aldığı ücret arasında bâriz bir uyumsuzluğun olması durumu "*Lohnwucher (ücret tefeciliği)*" terimi ile ifade edilmektedir⁶⁶². Bu durumda taraflar arasında ahlâka aykırı sayılacak düşüklükte ücret anlaşması söz konusudur⁶⁶³ ve gabin müessesesinin özel olarak düzenlenmediği Alman Hukuku'nda bu durum ahlâka aykırılık sebebi olarak ele alınmaktadır.

Edimler arasında orantısızlık belirlenirken, edimin dikkate alınacak değeri sözleşmenin kurulduğu andaki objektif değerdir⁶⁶⁴. Bu bağlamda örneğin eski bir saatin satıcı bakımından hatırası sebebi ile maddi ve manevi olarak kendisi için çok değerli olması edimin değerinin

⁶⁵⁹ Yarg. 19. H.D., 24.05.2004, E.2003/9904, K.2004/6054; Yarg. 17. H.D., 31.10.2019, E.2016/1246, K.2019/10033; Yarg. 1. H.D., 03.12.2019, E.2018/2337, K.2019/6212; Yarg. 11. H.D., 12.12.2019, E.2018/1939, K.2019/8133, kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/> KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.298 vd.; İNAN, Borçlar Hukuku, s.203 vd.; ANTALYA, s.417; ESENER/GÜNDOĞDU, s.173; EREN, s.470; NOMER, s.119 vd.

⁶⁶⁰ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21, Rn.5; ESENER/GÜNDOĞDU, s.174; ANTALYA, s.417; EREN, s.470; İNAN, Borçlar Hukuku, s.206; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.485; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.258; ACABEY, s.130; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141. İvazlar arasında yüzde onbeş oranında bir fark olmasının aşırı orantısızlık olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 11. H.D., 12.12.2019, E.2018/1939, K.2019/8133, <https://www.lexpera.com.tr/> Açık orantısızlığın kabulü için edimler arasında en az bir misline yakın, bir misli yahut daha fazla fark bulunması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 14. H.D., 05.02.1987, E.1986/6425, K.1987/821, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 21. H.D., 19.04.2016, E.2015/13528, K.2016/6953, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁶⁶¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, VI, A.

⁶⁶² BAG 21.06.2000 – 5 AZR 806/98 (Vorinstanz: LAG Niedersachsen, Urt. v. 25.08.1998- 13 Sa 2362/97), NZA, Heft19, 2000, s.1050 vd. HWK/THÜSING, §611a BGB, Rn.225, s.1345; KAMANABROU, Rn.777; PALANDT/ ELLENBERGER, §138, Rn.79; BROX Hans/RÜTHERS Bernd/HENSSLER Martin, Arbeitsrecht, Verlag W. Kohlhammer, 20. Überarbeitete Auflage, 2020, Rn.189; SCHMID Hans Dieter/TRENK HINTERBERGER Peter, Grundzüge des Arbeitsrecht, Verlag Franz Vahlen München, 2. Auflage, 1994, §2 III, s.31.

⁶⁶³ STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.191.

⁶⁶⁴ ESENER/GÜNDOĞDU, s.174; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.259; ACABEY, s.113; NOMER, s.119; ANTALYA, s.417; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.486; EREN, s.470; OKUMUŞ, s.182; ÇAKIRCA, s.144; ASLAN Çiğdem Mine, Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, BK m.21, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.78; HUGUENIN, OR, Rn.456; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21, Rn.6. Ayrıca bkz. BGE 123 III 292 <https://www.swisslex.ch/de/> Sözleşmenin kurulmasından sonra edimler arasındaki dengenin değişmesi bir geçersizlik sebebi olmayıp beklenmeyen hâller nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına sebep olabilir. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.301

belirlenmesinde bir kıstas olarak değerlendirilmeyecektir⁶⁶⁵. Zira bu konuda tarafların sübjektif değer yargıları dikkate alınmayacaktır⁶⁶⁶. İş hukuku bakımından ise edimler arasında orantısızlığın tespiti konusunda ise emsal ücret araştırması yapılması gerekecektir⁶⁶⁷.

Kanun, edimler arasındaki oransızlığın zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden meydana gelebileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda zor durumda kalma hâli ekonomik açıdan darda olma sebebi ile olabileceği gibi, çok ihtiyacı olan ilacın fahiş fiyatla satın alınmasında olduğu gibi psikolojik sebeple⁶⁶⁸ yahut ailevi ya da siyasi sebeple de olabilir⁶⁶⁹. Bu durumda kişinin içinde bulunduğu zor durumdan kurtulabilmesinin tek çaresi sözleşmede öngörülen orantısız koşulları kabul etmek olmalıdır⁶⁷⁰. Alacaklılar tarafından sıkıştırılan borçlunun değerli mallarını çok ucuza satması, ihtiyaç hâlinde bulunan bir işçinin çok düşük ücretle çalışmayı kabul etmesi hâlleri söz konusu duruma örnek olarak gösterilebilir⁶⁷¹. İfade edelim ki, sözleşme teklifinin mutlaka aşırı yararlanan tarafından yapılmış olması aranmayıp zarar gören tarafından da teklifin yapılması mümkündür⁶⁷².

Genellikle ayırt etme gücünü kaldırmayan ölçüdeki akıl zayıflığı hâllerinde düşüncesizlik hâli mevcut iken, akdedilen sözleşmeyi yapma konusunda gerekli özel bilgiye sahip olunmaması hâlinde ise deneyimsizlikten bahsedilebilir⁶⁷³. Bu bağlamda deneyimsizlik kişinin yaş küçüklüğü, tecrübe eksikliği yahut sözleşmeye konu olan husus hakkında bilgi eksikliğinin bulunması hâllerinde gerçekleşebilir⁶⁷⁴. Düşüncesizlik hâlinde de deneyimsizlikte olduğu gibi tarafların kültürel, ekonomik ve sosyal konumları önem arz etmektedir⁶⁷⁵. Sözleşme yapma

⁶⁶⁵ ÇAKIRCA, s.144.

⁶⁶⁶ MüKoBGB/ ARMBRÜSTER, §138, Rn.268; STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.242.

⁶⁶⁷ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.21, Rn.6; ÖZKAYA, s.34; ÇAKIRCA, s.146.

⁶⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141 vd.; ANTALYA, s.419; EREN, s.471; ACABEY, s.114; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.489. Ayrıca bkz. VON TUHR/PETER, s.344.

⁶⁶⁹ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.259; NOMER, s.119.

⁶⁷⁰ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.298. Ayrıca bkz. YHGK., 22.11.2018, E.2017/13-636, K.2018/1762, <https://kazanci.com.tr/>

⁶⁷¹ TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.384.

⁶⁷² ACABEY, s.116; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.21, Rn.14.

⁶⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.142; ANTALYA, s.420; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21, Rn.12. Kişi ayırt etme gücüne sahip değilse, sözleşmenin geçerliliği aşırı yararlanma açısından değil; hukuksal işlem ehliyeti açısından incelenmelidir. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.299.

⁶⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.488; EREN, s.473 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.463; OKUMUŞ, s.129; ACABEY, s.115; AKINTÜRK/ATEŞ, s.69; ANTALYA, s.420; ÇAKIRCA, 162; DÄUBLER Wolfgang/HJORT Jens Peter/SCHUBERT Michael/WOLMERATH Martin (Hrsg.), Nomos Kommentar, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, Nomos Verlagsgesellschaft, 5. Auflage, 2022, (HK-ArbR/KREUDER/MATTHIESSEN-KREUDER), BGB §611, 611a, Rn.189, s.1342. Aşırı yararlanmaya dayanan davacının okuryazar olmayan yaşlı bir kadın olduğu ve inşaat yapım işlerinde tecrübesiz olduğu karar için bkz. Yarg. 15 H.D. 12.09.2007, E.2006/4666, K.2007/5275, YKD 2018, S.11, s.2193.

⁶⁷⁵ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.300.

teklifinin kim tarafından geldiği önem taşımaksızın zarar görenin bu durumunu bilerek ve bundan yararlanarak yani karşı tarafın sömürülerek sözleşme yapılması durumunda aşırı yararlanma söz konusu olacaktır⁶⁷⁶.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı öğretide duraksama yaratmaktadır. Bunun temelinde aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için gerekli olan edimler arasında açık orantısızlık kriterinin tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçekleşemeyecek oluşu yatmaktadır⁶⁷⁷. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, aşırı yararlanma için aranan şartların mevcudiyeti hâlinde sulh sözleşmelerinde de aşırı yararlanma hükümleri uygulanabilmelidir⁶⁷⁸.

Karşılıksız hukuki işlemlerde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı da aynı şekilde tartışmalı bir diğer konudur. Karşılıksız işlemlerde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanamayacağını savunan görüş⁶⁷⁹ yanında, diğer bir görüş uyarınca⁶⁸⁰ bu durumda da aşırı yararlanma hükümlerine başvurulabilecektir.

Belirtelim ki edimler arasındaki aşırı oransızlığın sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olması gerekmektedir⁶⁸¹. Zira edimler arasında sözleşme kurulduktan sonra bir orantısızlığın

⁶⁷⁶ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21, Rn.14; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.142. Yarg. 1. H.D., 19.09.2006, E.2006/6466, K. 2006/8887; Yarg. 1. H.D., 21.06.2008, E.2018/2254, K.2018/11408, <https://kazanci.com.tr/>

⁶⁷⁷ BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.11; EREN, s.470; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.458; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.486. Buna karşılık *Huguenin*'e göre, tek taraflı sözleşmeler bakımından da aşırı yararlanmanın oluşması mümkündür. HUGUENIN, OR, Rn.453.

⁶⁷⁸ KALKAN Burcu, Türk Hukukunda Gabin, Vedat Kitapçılık, 2004, s.105. Aşırı yararlanmanın sinallagmatik olmayan sözleşmeler için de kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde bkz. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21, Rn.3.

⁶⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.458; BK-KRAMER, Art.21 OR, Rn.11

⁶⁸⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn. 735.

⁶⁸¹ ESENER/GÜNDOĞDU, s.174; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.459; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.486; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141; ANTALYA, s.417; EREN, s.470; NOMER, s.119; ÇAKIRCA, s.135; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 21, Rn.6

meydana gelmesi durumunda aşırı yararlanma hükümleri değil, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması⁶⁸² (*clausula rebus sic stantibus*)⁶⁸³ müessesesi gündeme gelecektir⁶⁸⁴.

Zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden yahut deneyimsizliğinden kaynaklı zayıf hâli ve karşı tarafın da bunu bilip sömürme kastının bulunması aşırı yararlanmanın sübjektif unsurunu oluşturmaktadır⁶⁸⁵. Bu noktada karşı tarafta zarar görenin zayıf durumunun bilinmesi (bilme unsuru) ve bundan yararlanma isteği (isteme unsuru) birlikte bulunmalıdır⁶⁸⁶. Yargıtay'a göre⁶⁸⁷; "*Gabin davasında öncelikle edimler arasındaki, aşırı oransızlık üzerinde durulmalı, objektif unsur ispatlandığı takdirde mutazarrırın kişiliği, yaşı, sağlık durumu, toplumdaki yeri, ekonomik gücü psikolojik yapısı gibi maddi, manevi yönler yani sübjektif unsur derinliğine araştırılıp incelenmelidir*". Bu bağlamda ekonomik açıdan dar durumda olan bir işçinin çok düşük bir ücretle çalıştırılması yahut bir ürünün çok düşük fiyata satılması, ameliyat olacak kişinin bu durumundan faydalanıp kendisinden bağış namı ile para alınması somut olayın özelliklerine göre zor durumda kalmaya örnek olarak gösterilebilir⁶⁸⁸.

Zor durumda kalan kişi sözleşmenin tarafı olan yani sömürülen kişi olabileceği gibi onun yakınları da olabilir. Böyle bir durumda yani sömürülen kişinin yakınlarından birinin zor durumda kalması hâlinde de aşırı yararlanmanın sübjektif unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir⁶⁸⁹. Öğretide yer alan bir görüşe göre⁶⁹⁰, kişi gerçekte zor durumda olmasa bile

⁶⁸² TBK m.138 uyarınca; "*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme 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, hâkimden 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*".

⁶⁸³ "*Clausula rebus sic stantibus*" teorisi uyarınca sözleşmenin kurulmasından sonra, şartların beklenmedik şekilde değişmesi ile birlikte artık ahde vefa ilkesinin uygulanma imkânının bulunmaması ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması gerekecektir. Söz konusu teoriye ilişkin bilgi için bkz. **DURAL**, Sonraki İmkânsızlık, s.28. Ayrıca bkz. **KANIŞLI**, s.187, dn. 456.

⁶⁸⁴ **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.288; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.486; **ÇAKIRCA**, s.135.

⁶⁸⁵ **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.298 vd.; **KALKAN**, s.122; **ANTALYA**, s.418; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.207; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.176; **EREN**, s.471; **NOMER**, s.119; **ASLAN**, s.83; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.289. Yarg. 11. H.D., 05.04.2007, E.2007/1698, K.2007/5342; Yarg. 1.H.D., 21.06.208, E.2018/2254, K.2018/11408; Yarg. 17. H.D., 31.10.2019, E.20016/12468, K.2019/10033; Yarg. 1. H.D., 13.12.2004, E. 2004/10529, K.2004/13816, <https://kazanci.com.tr/>

⁶⁸⁶ **EREN**, s.474; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.142; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.463.

⁶⁸⁷ Yarg. 1. H.D., 19.09.2006, E.2006/6466, K.2006/8887; Yarg. 1. H.D., 10.09.2013, E.2013/8716, K.2013/12288; Yarg. 6. H.D., 25.05.2015, E. 2014/8210, K.2015/5046, kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/>

⁶⁸⁸ **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.176.

⁶⁸⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 461; **ÖZKAYA**, s.38; **ÇAKIRCA**, s.154.

⁶⁹⁰ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Band I, Rn.738. Öğretide *Huguenin*'e göre, bu durumda da genel kuraldan sapılmamalı ve kişinin öznel algısının da nesnel olarak mâkul olması gerekmektedir. **HUGUENIN**, OR, Rn.459.

kendisinin zor durumda olduğuna inanıyor ve bu inancı sebebi ile bir sözleşme ilişkisinin tarafı oluyorsa aşırı yararlanmanın subjektif unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

İfade edelim ki, öğretide sömürenin, karşı tarafın zor durumda olmasını sadece bilmesi durumunda değil bilebilecek durumda olması hâlinde de aşırı yararlanmanın gerçekleşmiş sayılacağı ileri sürülmüştür⁶⁹¹. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca; aşırı yararlanma kastının kapsamının genişletilmesi, Kanun'un açık ifadesi ve bu kurumun istisnâ bir nitelik taşıması göz önüne alındığında mümkün olmamalıdır⁶⁹².

c. Aşırı Yararlanmanın Hukuki Sonuçları

Aşırı yararlanma durumunda zarar gören sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da durumun özelliğine göre sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini isteyebilir⁶⁹³. Zarar gören iptal hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalma hâlinde ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Bir ve beş yıllık süreler hak düşürücü süre niteliğinde oldukları için burada zamanaşımının durmasına yahut kesilmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır⁶⁹⁴. Bununla beraber zarar görenin her zaman def'i yoluyla borcunu ifa etmekten kaçınması mümkündür⁶⁹⁵. Yine ifade edelim ki, edimler arasındaki aşırı orantısızlık giderilirken malın piyasadaki ortalama değerinin esas alınması gerekir⁶⁹⁶.

Öğretideki kanımızca da isabetli olan görüşe göre, aşırı yararlanma durumunda aslında sözleşme baştan itibaren geçerlidir. Fakat Kanun zarar görene sözleşmeyi iptal edebilme hakkı tanımıştır. Bu nedenle öğretide burada "*bozulabilir geçerliliğin*" söz konusu olduğu ifade edilmiştir⁶⁹⁷. Buna karşılık öğretide diğer bir görüşe göre, aşırı yararlanma hâlinde "*düzelebilir*

⁶⁹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.493.

⁶⁹² Aynı yönde, ÇAKIRCA, s. 171.

⁶⁹³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin aşırı yararlanma sebebi ile sakat olan sözleşmede sömürülen tarafın orantısızlığın giderimini isteme hakkı olmaksızın sadece iptal hakkının düzenlendiği eski hükmü, amaca uygun sınırlayarak, aşırı yararlanma durumunda sözleşmenin geçersizliği talep edilmeden orantısızlığın gideriminin de istenebileceği yönündeki kararı için bkz. BGE 123 III 292, <https://www.swisslex.ch/de/> Konuya ilişkin ayrıca bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.754; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.103.

⁶⁹⁴ EREN, s.476; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.373; ACABEY, s.120.

⁶⁹⁵ NOMER, s.122.

⁶⁹⁶ ACABEY, s.118; ESENER/GÜNDOĞDU, s.180; ÇAKIRCA, s.231 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.499. Edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesinin temelinde kısmi iptal olduğu yönünde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.498 vd.; EREN, s.475; NOMER, s.121.

⁶⁹⁷ EREN, s.475; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.144; ANTALYA, s.422; ACABEY, s.117. Ayrıca bkz. ANTALYA/TOPUZ, s.220; OĞUZMAN/BARLAS, s.232; SARI Suat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun

geçersizlik söz konusudur⁶⁹⁸. Bu görüşe göre, aşırı yararlanmaya maruz kalan taraf sözleşme ile bağlı olmayacaktır ve sözleşme baştan itibaren her iki taraf için de hüküm doğurmayacaktır. Zarar görenin Kanun’da belirtilen iki seçimlik haktan birini kullanma imkânı bulunmaktadır⁶⁹⁹.

Son olarak bir sözleşme için hem aşırı yararlanma hem de ahlâka aykırılık hükümlerine dayanılıp dayanılmayacağı konusunda daha önce de ifade ettiğimiz üzere⁷⁰⁰ olayda ahlâka aykırılık olarak nitelendirebileceğimiz ek unsurlar mevcut değil ise, sırf edimler arasındaki açık orantısızlık nedeni ile ahlâka aykırılık hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık aynı olayla ilgili olarak sömüren kişinin aşağılık olarak ifade edilebilecek nitelik taşıyan hareket tarzı yahut mesleki etik kurallarının açıkça çiğnenmesi gibi hâller söz konusu ise zarar gören aşırı yararlanma hükümlerine dayanabileceği gibi ahlâka aykırılık hükümlerine de dayanıp sözleşmenin geçersizliğini isteyebilecektir.⁷⁰¹ Ahlâka aykırılık hükümlerine dayanılması hâlinde bir yıllık süre şartı aranmayacaktır.

7. Kanunun Öngördüğü Şekle Uyulması

a. Genel Bilgi

Türk Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde ifade edildiği üzere, kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerde şekil serbestisi prensibi geçerlidir. Bu prensip sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur⁷⁰². Fakat Kanun’da “aksi öngörülmedikçe” denildiği için şekil serbestisi prensibinin her durumda geçerli olmadığı yani bazı sözleşmelerin geçerliliği için uyulması gereken şekil şartı olduğu anlaşılmaktadır⁷⁰³.

Kanun’un m.12/2 hükmünde, kanunda sözleşmeler için bir şekil şartı öngörülmüş olması durumunda bunun kural olarak geçerlilik koşulu olarak kabul edileceği ve öngörülen şekle

Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.1031; **OKUMUŞ**, s.165; **ÇAKIRCA**, s.186.

⁶⁹⁸ **NOMER**, s.73; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.105 vd.;

⁶⁹⁹ **NOMER**, s.73; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.105 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.590.

⁷⁰⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B, 2, e, bb, ddd.

⁷⁰¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.500.

⁷⁰² **NEUNER**, §44, Rn.3, s.527.

⁷⁰³ Alman Hukuku’nda da aksi belirtilmedikçe borçlar hukuku anlamındaki sözleşmeler bakımından şekil serbestisinin bulunduğu §125 BGB hükmü gereği ifade edilmektedir. Sözleşme özgürlüğü özel hukuk sözleşmelerinin basit ve hızlı bir şekilde akdedilmesine hizmet edecek, sözleşen tarafların bireysel ihtiyaçlarına daha çok dikkat edilmesini sağlayacaktır. Fakat bu esneklik kimi zaman tehlikeyi de beraberinde getirmekte ve sözleşen taraflardan üstün olanın zayıf taraf aleyhine gücünü kullanmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu durumu engellemek adına tek tarafı emredici norm düzenlemeleri yaygınlaşmıştır. **MEDICUS/LORENZ**, §9, Rn.6 vd., s.28 vd. Şeklin faydaları konusunda ayrıca bkz. **KELLER/SCHÖBI**, s.19 vd.; **VON TUHR/PETER**, s.235 vd.; **BSK OR I-SCHWENZER**, Art.11, Rn.2; **KOLLER**, OR, §12, Rn.9 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.99; **EREN**, s.299 vd.

uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda Kanun'da aksi belirtilmemişse şekil şartını ispat değil geçerlilik şartı olarak kabul etmek gerekecektir⁷⁰⁴. Bir sözleşmenin geçerliliği bir şekil şartına bağlanmış ise bu hâlde geçerlilik koşulu söz konusu iken, kanunun şekle uymayı taraflara ispat aracı sağlamak için emrettiği durumlarda ise ispat şeklinden bahsedilir⁷⁰⁵.

Kanun'da temel olarak adi yazılı şekil ve resmi yazılı şekil olmak üzere iki şekil şartı öngörülmüş olmakla birlikte evlenme, kefâlet, vasiyetname düzenlenmesi gibi bazı hukuki işlemler için özel şekil şartları da öngörülmüş olabilir⁷⁰⁶. Kanunda bazı sözleşmeler açısından şekil şartı aranmasındaki amaç Yargıtay'ın da belirttiği üzere⁷⁰⁷ şeklin bazen taraflardan birinin veya her ikisinin kimi zaman ise üçüncü kişilerin, kamunun yararının korunması ve hukuki güvenliğin sağlanmasıdır. Taşınmazların devri açısından şekil şartı konulmasının amacı ise, tarafların acele davranarak yanlış kararlar vermesini önlemek, altından kalkamayacakları yüklerin altına girmelerini engellemektir⁷⁰⁸.

b. Kanunun Öngördüğü Şekil Şartları

aa. Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şekil (*einfache Schriftlichkeit*), sözleşmeyi yapan tarafların irade beyanlarının yahut beyanlardan birinin yazılı bir metin ile açığa vurularak metnin özellikle borç altına giren kişi tarafından imzalanması anlamına gelir⁷⁰⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun m.14/1 hükmünde yazılı yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Kefalet sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi, tüketici kredisi sözleşmeleri, alacağın devri sözleşmesi vb. adi yazılı şekilde yapılan sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. İş Kanunu'nda çağrı üzerine çalışma sözleşmesi (m.14/1), uzaktan çalışma sözleşmesi (m.14/4), geçici iş ilişkisi kapsamında

⁷⁰⁴ Çalışmamız bakımından ele alınan şekil, ispat şekli olmayıp sözleşmenin geçerliliği ile ilgilidir. Geçerlilik koşulu olarak kanunda öngörülen şekle "kanunî şekil" denir. Buna karşılık, geçerlilik koşulu olarak şekli tarafların kararlaştırması durumunda ise buna "iradî şekil" denir. EREN, s.303.

⁷⁰⁵ ESENER/GÜNDOĞDU, s.184 vd.

⁷⁰⁶ §126 ff. BGB maddelerinde şeklin türlerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

⁷⁰⁷ YİBK, 30.09.1988, E.1987/2, K.1988/2, <https://kazanci.com.tr/> Ayrıca bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.99; EREN, s.299 vd.; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.153 vd.; ANTALYA, s.528; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.263. İsviçre Hukuku için bkz. KELLER/SCHÖBI, s.19 vd.; VON TUHR/PETER, s.235 vd.; BSK OR I-SCHWENZER, Art.11, Rn.2; KOLLER, OR, §12, Rn.9 vd.;

⁷⁰⁸ YİBK, 26.11.1980, E.1980/5, K.1980/3, <https://kazanci.com.tr/>

⁷⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.148; NOMER, s.112; EREN, s.308; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.221 vd.; ESENER/GÜNDOĞDU, s.189; ANTALYA, s.535; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, s.255.

yapılması gereken sözleşmeler (m.7/11), takım sözleşmesi (m.16/2) ile ondört yaşını doldurmamış çocuklarla sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışmak üzere yapılacak iş sözleşmesinin (m.71/11) yazılı yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. İş Kanunu m.8’de süresi bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmekte, 11. madde hükmünde ise belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiği belirtilmektedir⁷¹⁰.

Belirtelim ki, temsil yahut vekâlet ilişkisi vasıtasıyla yapılan hukuki işlemler bakımından temsilci veya vekilin senet metninin altına kendi adını koyup imzalaması yeterli sayılacaktır⁷¹¹. Bunun dışında senette temsil veya vekâlet ilişkisinin varlığını belirten bir ibarenin de yer alması gerekecektir⁷¹².

Adi yazılı şekil şartı açısından metnin yazılı olduğu yerin yahut metnin el yazısı ile yazılmış olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır⁷¹³. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun m.14/2 hükmünde ifade edildiği üzere, *“Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer”*. Bu bağlamda eBK’dan farklı olarak TBK teyit edilmiş olmak şartıyla faks⁷¹⁴ ve buna benzer iletişim araçları veya güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin de adi yazılı şekil koşulunu sağlayacağını belirtmiştir. Elektronik İmza Kanunu m.4 uyarınca; *“Güvenli elektronik imza, münhasır imza sahibine bağlı olan sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan, elektronik imzadır”*.

⁷¹⁰ Söz konusu iki madde ile ilgili olarak iş hukuku öğretisindeki görüş farklılıkları için bkz. 2. Bölüm, VII, A, 1.

⁷¹¹ **EREN**, s.311.

⁷¹² **EREN**, s.311.

⁷¹³ **NOMER**, s. 113 vd.; **EREN**, s.309; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.49; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.189.

⁷¹⁴ Teyit edilmiş faks ve benzeri iletişim araçları ile kurulan sözleşmeler bakımından taraf imzaları olmadan da adi yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılması da yine bu madde ile getirilen bir yeniliktir. Kanun teyit edilmiş faks ifadesini kullanmış fakat teyidin kimin tarafından yapılacağı hususunu belirtmemiştir. Öğretide faksla öneride bulunanın önerisinin muhatap tarafından teyit edilmesi gerektiği aynı şekilde muhatabın kabul faksının ise öneren tarafından teyit edilmesi gerektiği savunulmaktadır. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.152. Belirtmek gerekir ki, Kanun getirdiği özel hükümlerle Türk Borçlar Kanunu’nun m.14/2 hükmüne sınırlamalar öngörebilir. Örneğin, Kanun’un açık hükmü karşısında kefâlet sözleşmesinde; kefilin sorumlu olacağı azami miktar, düzenleme tarihi belirtilmeli ve müteselsil kefâlet söz konusu ise bu şekilde yükümlülük altına girdiğini kefil, kendi el yazısı ile belirtmelidir (TBK m.583). Bunun yanında Kanun 603. maddesinde de kefâletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını belirtmiştir.

Öğretide hâkim görüş uyarınca, boş bir kâğıda imza atılması (açığa imza, beyaza imza) ve sonradan imza sahibinin beyanına uygun olarak üzerinin doldurulması hâlinde bu metin de hüküm ifade edecektir⁷¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 15. maddesinde ifade edildiği üzere, imza borç altına girenin el yazısı ile atılmalıdır. Güvenli elektronik imza da elle atılmış imza gibi adi yazılı şekil koşulunu yerine getirmektedir. Güvenli elektronik imzanın taşınması gereken şartlar Elektronik İmza Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilmiştir. Elektronik İmza Kanunu'nun m.5/1 hükmünde de güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı belirtilmektedir (aynı şekilde; TBK, m.15/1).

Görme engelliler açısından ise, TBK m.15/3 hükmünde belirtildiği üzere, talep etmeleri hâlinde imzalarında şahit aranacaktır. Aksi durumda ise, imzalarını el yazısı ile atmaları yeterli olacaktır. Öğretide Oğuzman/Öz'e göre söz konusu hüküm, en az bir şahidin bu sıfatla imzalamadığı bir metnin geçersizliğini bunu imzalayan görme engelli kişinin her zaman ileri sürebilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır⁷¹⁶. Buna karşılık görme engelli olmayan karşı taraf ise buna dayanarak geçersizlik iddiasında bulunamaz⁷¹⁷. Kanımızca Kanun görme engelliler açısından talep hâlinde imzalarında şahit aranacağını buna karşılık aksi durumda imzalarını el yazısı ile atmalarının yeterli olacağını belirttiği için, herhangi bir talebin mevcut olmaması hâlinde el yazısı ile imza atmaları yeterli sayılmalı ve sonradan bu sözleşmenin geçersizliği ileri sürülememelidir. Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere her ne kadar görme engelliye koruma amacı gözetilmişse de Kanun, talepleri hâlinde şahit bulundurma hakkını görme engelliye tanımıştır. Buna karşılık şahit bulundurmayan görme engellinin sonradan bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilmesi kanaatimizce dürüstlük kuralına uymayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu 16. maddesinde imza atamayanlara ilişkin de bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, bu kişiler açısından usulüne göre onaylanması şartıyla parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür de imza yerine kullanılabilir. Belirtmek gerekir ki, Noterlik Kanunu'nun m.75/2 hükmünde "*mühür kullanılması hâlinde baş parmağın da bastırılması zorunludur.*" ifadesine yer verilerek Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bir zorunluluk getirilmektedir. İmza atamayanların durumu kenar başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun m.206/1 uyarınca ise, imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi

⁷¹⁵ EREN, s.312; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.155; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.312.

⁷¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.155.

⁷¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.155.

kullanmak suretiyle yapacakları hukukî işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır⁷¹⁸. Tüm bu hükümler, âdi yazılı şekil şartı öngörülen iş sözleşmelerinin yapılmasında da dikkate alınması gereken esasları göstermektedir.

bb. Resmî Yazılı Şekil

Resmî şekil, tarafların iradelerinin kanunda belirtilen usule uygun olarak, resmî makamların (sulh hâkimi, noter, tapu memuru...) katılımı ile düzenlenen belge vasıtasıyla açıklanmasını ifade eder⁷¹⁹. Türk Borçlar Kanunu'nda resmî senet düzenlemeye yetkili olan makamın kim olduğu belirtilmemiş; fakat Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinde kanunlarda resmî olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemlerin noterler tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

Adi yazılı şekil ile resmî yazılı şekil açısından nitelik yönünden bir farklılık bulunmadığını ifade etmek gerekir. Zira ikisi de yazılı şekilde gerçekleştirilmektedir. Fakat, âdi yazılı şekilde bu şart özel kişiler tarafından gerçekleştirilirken, resmî şekil şartı ise resmî bir makam yahut kamu düzeni ile donatılmış kişilerce yerine getirilmektedir⁷²⁰.

Resmî şekilde yapılması gereken sözleşmelere örnek olarak, taşınmazın mülkiyetinin devrini doğuran sözleşmeler, taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması, taşınmaz satış vaadi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi vb. verilebilir. Resmî şekil şartının iş hukuku açısından bir önemi bulunmamaktadır.

c. Şekil Şartı Öngörülen Sözleşmelerde Değişiklik Yapılması

Türk Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinde belirtildiği üzere, Kanun'da yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmede değişiklik yapılmak isteniyorsa yine yazılı şekle uyulması gerekmektedir⁷²¹. Sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler açısından ise bu kural uygulanmaz. Bu hâlde örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesindeki bedeli artırmak için

⁷¹⁸ Söz konusu Kanun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girdiği için bu tarihten önce usulüne uygun olarak düzenlenmiş olan senetler Kanun yürürlüğe girdikten sonraki süre için de geçerliliklerini koruyacaklardır. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.154.

⁷¹⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.156; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.230; **NOMER**, s.137; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.161; **EREN**, s.319; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.51 vd. Ayrıca bkz. **HUGUENIN**, OR, Rn.360.

⁷²⁰ **EREN**, s.320.

⁷²¹ Bkz. OR Art. 12. **HUGUENIN**, OR, Rn.366.

noterde senet düzenlemek gerekecek iken, sözleşmede yer almayan ifa yerini sonradan belirlemek için ise herhangi bir şekil şartına uyma zorunluluğu olmayacaktır⁷²².

TBK m.13/2 hükmünde söz konusu kuralın yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Bunun sonucunda âdi yazılı şekil şartına göre daha ağır bir şart olarak öngörülmüş olan resmî yazılı şekildeki değişikliğin de yine resmî şekilde yapılması gerekecektir.

d. Şekle Aykırılığın Yaptırımı

Türk Borçlar Kanunu'nun m.12/2 hükmünde kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik (sıhhat) şekli olduğu ve bu kurala uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir⁷²³. Burada sözü geçen hükümsüzlüğün kesin geçersizlik olduğu Yargıtay⁷²⁴ ve öğretide bazı yazarlar⁷²⁵ tarafından kabul edilmektedir⁷²⁶. Kesin geçersizlik görüşünü savunan yazarlar zamanla görüşlerini yumuşatarak bazı durumlarda, şekil eksikliği bulursa dâhi, sözleşmenin sıhhat kazanabileceğini kabul etmektedirler. Öncelikle taraflar şekle aykırı olarak yaptıkları sözleşmedeki edimlerini eksiksiz bir şekilde ifa etmişler ise edimlerin iadesinin istenmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecektir. Bu durumda ise şekle aykırılık iddiası dinlenmeyecektir. İkinci olarak ise şekle aykırılığa, karşı tarafı aldatarak kasten

⁷²² OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.161; EREN, s.344.

⁷²³ Alman Hukuku'nda §125 BGB hükmü uyarınca şekle aykırı yapılan sözleşmeler kural olarak geçersizdir.

⁷²⁴Yarg. 8. H.D., 14.10.2014, E.2014/6935, K.2014/18281; Yarg. 3. H.D., 19.02.2018, E.2016/10019, K.2018/1276; YHGK, 16.11.2021, E.2018/13-17, K.2021/1426; YHGK, 22.03.2023, E.2021/14-873, K.2023/232, kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/>

⁷²⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.102; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.161; NARMANLIOĞLU, *Yargıtay'ın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, s.8; ESENER/GÜNDOĞDU, s.186; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.53; ÖĞÜZ Tufan, "Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.104; AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.305. Yazar, şekle aykırılığın yaptırımının kesin geçersizlik olmasıyla beraber bu sonucun her zaman âdil sonuçlar yaratmayacağını belirterek amaca uygun sınırlama yapılabileceğini ifade etmektedir. Şekle aykırı sözleşmenin taraflarca ifa edilmiş olması durumunda hakkın kötüye kullanımı yasağına gerek olmadan hükmün amacı doğrultusunda sonuca ulaşılmalıdır. Bu bağlamda şekil hükmünde örtülü boşluk bulunduğu kabul edilerek ifa edilen sözleşmede şekli koruma amacının gerçekleşmiş olduğu ileri sürülerek geçersizlik iddiasında bulunulamayacaktır, aynı eser s.306 ve s.312 vd. Öğretide Kılıçoğlu, geçerlilik şekline aykırılığın kesin geçersizlik yaptırımı sonucunu doğurduğu genel olarak kabul edilmekle birlikte, son zamanlarda kendine özgü geçersizlik yaptırımının da savunulduğuna dikkat çekmiştir. KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.207.

⁷²⁶ İsviçre öğretisinin büyük çoğunluğu ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de hükümsüzlüğün kesin geçersizlik olarak anlaşılması gerekmektedir. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.263. OR Art. 11/2 hükmü uyarınca; Kanun'un öngördüğü şekle uyulmaması durumunda, Kanun münferit durumlar için özel kurallar öngörmedikçe işlem geçersizdir. Klâsik geçersizlik teorisine göre şekle aykırı sözleşmeler kesin olarak geçersizdir. Fakat Federal Yüksek Mahkeme şekle aykırılık sebebi ile işlemin kesin olarak geçersiz sayılmasının bazen haksızlıklara yol açabileceği gerekçesi ile şekil açısından geçersiz işlemlerin kesin geçersizliğine ilişkin bazı sınırlar belirlemeye başlamıştır. Şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlar buna örnek gösterilebilir. BGE 112 II 330, <https://www.swisslex.ch/de/> HUGUENIN, OR, Rn.760.

sebebiyet veren taraf daha sonra bu eksikliğe dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecektir. Zira bu durum hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır⁷²⁷. Buna karşılık öğretide bir kısım yazar ise, burada kesin geçersizlikten bahsedilemeyeceğini, kendine özgü bir geçersizliğin mevcut olduğunu savunmaktadır⁷²⁸. Bu görüşteki yazarlar kesin geçersizlik yaptırımının şeklin tarafları koruma amacına ters düşeceğini belirtmektedirler. Ayrıca TMK m.166 hükmünün de bu görüşü doğrular nitelikte olduğu ifade edilmiştir⁷²⁹. Söz konusu hükümde, evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış bir evliliğin, kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebi ile butlan yaptırımına tâbi tutulamayacağı ifade edilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hâkim şekle aykırılık hâlini re'sen göz önüne alamayacaktır ve şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı hâllerde sözleşmenin ayakta tutulması bu görüşle açıklanabilmektedir⁷³⁰. İfade edelim ki, iş hukuku öğretisinde de iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gereken hâllerde bu kurala uyulmamasının yaptırımı konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır.

Öğretide de savunulduğu üzere, bize göre, şekil şartı sadece bir tarafın bilgilendirilmesi amacıyla getirilmişse ve geçersizliğin korunan tarafa karşı ileri sürülmesinin kanunun amacına aykırı olduğu hâllerde tek taraflı geçersizlik gündeme gelebilir⁷³¹. İleride ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi bu kabul iş hukuku açısından daha büyük önem taşımaktadır⁷³².

Üzerinde durulması gereken başka bir husus da sözleşmenin tahvili (çevirme)dir. Bir sözleşmenin hüküm doğurması için gerekli olan şekil şartına uyulmadan sözleşmenin yapılması hâlinde, bu sözleşmede başka bir sözleşme için öngörülen şekle uyulmuş ise ve tarafların yapmış oldukları sözleşmenin hüküm doğurmayacağını bilselerdi şekil şartını sağladıkları diğer

⁷²⁷ Konuya ilişkin olarak bkz. **EREN**, s.327 vd.; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.53; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.163 vd.; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.111.

⁷²⁸ **ANTALYA/TOPUZ**, s.187; **EREN**, s.329; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.223. Öğretide *Oğuzman/Öz*, şekle aykırı sözleşmelerin geçersizliğinin kabul edilmesi gerektiğini, borçlar hukuku sisteminde kesin geçersizlik ve iptal edilebilirlik dışında başka geçersizlik türü olmadığından yeni geçersizlik türleri yaratmanın isabetli olmayacağını belirtmektedir. Şekil eksikliğinin korunması amaçlanan tarafa karşı ileri sürülmesinin kanunun amacına aykırı olacağı hâllerde ise tek taraflı geçersizliğin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.162. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.207. İsviçre Hukuku için bkz. **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.266; **HUGUENIN**, OR, Rn.433. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **KELLER/SCHÖBI**, s.25.

⁷²⁹ **EREN**, s.330.

⁷³⁰ **EREN**, s.329; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.223. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **NOMER**, 123; **HUGUENIN**, OR, Rn.368 vd. ve Rn.433.

⁷³¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.162. Ayrıca bkz. **ÖZ** Turgut, "6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler", Yürürlüğe 5 Kala 6502 sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Sempozyum Yayını, Ankara, 2014, s.104 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.283.

⁷³² Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, VII, C.

sözleşmeyi yapacakları kabul edilebiliyorsa, şekil eksikliği bulunan sözleşmenin şekil şartını sağlayan sözleşmeye çevrilmesi ve böylelikle sözleşmenin hüküm doğurmasına tahvil denir⁷³³.

Noterlik Kanunu'nda değişiklik yapılmadan evvel noter senedi ile yapılan taşınmaz satışının taşınmaz satış vaadine çevrilerek hüküm ifade etmesi bu duruma gösterilen örnektir⁷³⁴. 2023 yılı itibariyle 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda yapılan değişiklikle taşınmaz satış sözleşmeleri artık noter huzurunda da yapılabilecektir⁷³⁵. Buna karşılık ahlâka aykırı yapılmış bir işlem bakımından -bu işlem başka bir işlemin geçerlilik koşullarını taşısa bile- çevirmenin mümkün olamayacağı kabul edilmektedir⁷³⁶.

Çevirme müessesesi Alman Hukuku'nda §140 BGB hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, geçersiz bir hukuki işlem başka bir hukuki işlemin şartlarını gerçekleştiriyorsa ve tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi diğer işlemi isteyecekleri varsayılabiliriyorsa ikinci işlem geçerli olacaktır.

Öğretide savunulan bir görüşe göre bir sözleşmenin şekle aykırılık sebebi ile hüküm doğurmayacağının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebiliyorsa sözleşmenin şekle aykırı da olsa geçerli olarak sonuç doğuracağının kabulü gerekir⁷³⁷. Yargıtay da bu görüştedir⁷³⁸. Bu bağlamda bu konuda kesin olarak bir kural koyulamamakla birlikte; sözleşen tarafların borçlarını ifa edip sonradan şekle aykırılık nedeni ile geçersizlik iddiasında bulunmaları durumunda, şekle aykırılık iddiasında bulunan tarafın bu aykırılığa kasten sebebiyet vermesi hâlinde hakkın kötüye kullanılması gündeme gelebilecektir⁷³⁹. Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararında⁷⁴⁰ hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan

⁷³³ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.163; ANTALYA, s.561; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.611; EREN, s.333; ESENER/GÜNDOĞDU, s.244; AKKURT, s.106. İsviçre Hukuku için bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.267; HUGUENIN, OR, Rn.379; BSK OR I-SCHWENZER, Art.11, Rn.35. Geçersiz işlemin geçerli başka bir işleme çevrilmesinin söz konusu hükümdeki örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemi ile mümkün olduğu hakkında bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.124.

⁷³⁴ EREN, s.334; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.163.

⁷³⁵ Hâkimler ve Savcılar ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7413 sayılı Kanun 23.06.2022 tarihinde TBMM tarafından kabul edilerek 28.06.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanmış ve bu Kanun'un 12. maddesi ile Noterlik Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır.

⁷³⁶ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.127.

⁷³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.163 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.104; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.216. İsviçre Hukuku için ayrıca bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.264; BSK OR I-SCHWENZER, Art.11, Rn.18.

⁷³⁸ YHGK, 07.12.1983, E.1983/4-224, K.1983/1276, YHGK, 20.02.2020, E.2017/13-2618, K.2020/184; Yarg. 8. H.D., 09.06.2021, E.2021/122, K.2021/4895; kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/>

⁷³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.164 vd.

⁷⁴⁰ YİBK, 30.09.1988, E.1987/2, K.1988/2, <https://kazanci.com.tr/> Kararda ayrıca şu ifadelerle yer verilerek bazı hâllerde tapu memurunun hakkın kötüye kullanılmasını engellemek adına geçersiz sözleşmeye dayanarak tescil yapabileceğine değinilmiştir: "Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak

hakkın kötüye kullanılması yasağının şekle aykırılığın ileri sürülmesi hâlinde de hâkim tarafında re'sen dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Şekle aykırılığa buna dayanan tarafça kötüniyetle sebebiyet verilmiş olması, sözleşme imzalandığı zaman bu aykırılığın kasıtlı olarak gerçekleştirilmesi ve hatta kendi menfaati için özellikle istenmesi hâllerinde hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebileceği belirtilmiştir⁷⁴¹. §226 BGB hükmünde de bir hakkın kullanılmasının sırf başkasına zarar verme amacı taşıdığı takdirde bu hakkın kullanılmasına izin verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Öğretide başka bir görüş ise hakkın kötüye kullanılması yasağına gerek kalmadan kesin geçersizlik yaptırımının sınırlanabileceğini savunmaktadır⁷⁴². Bu görüşe göre, şekle ilişkin getirilen düzenlemelerin amacı tarafları düşünmeye sevk etmek, tarafların acele karar vermelerini engellemek olduğu için şekil hükmünde örtülü boşluk bulunduğu kabul edilecek ve hüküm bu koruma amacı doğrultusunda sınırlandırılacaktır. Bunun için de önemli olan şekle aykırılık sebebiyle oluşan geçersizliğin hükmün anlam ve amacı dikkate alındığında kesin geçersizliğin katı sonuçlarının somut olaya uygulanmasının söz konusu amaca uygun nitelikte olmamasıdır⁷⁴³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, iradi şekle ilişkin olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 17. maddesinde, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılmasının kararlaştırıldığı durumlarda, kararlaştırılan şekilde yapılmayan sözleşmelerin tarafları bağlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca ise, herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı bir şeklin kararlaştırılması durumunda yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu bağlamda tarafların şekle tâbi kıldıkları bir

alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakim TMK 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir." Karardaki karşı oy yazısında ise, tapu kütüğünde tescil yapılmadan şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağı, taşınmazların nakline ilişkin şekil kuralının kamu düzeni düşüncesi ile getirildiği bu durumda da şekil eksikliği değil şekil yokluğundan bahsedilip yokluğun ileri sürülmesinin ise hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağı ifade edilmiştir. Yine bir diğer karşı oy gerekçesinde ise, TMK m.2 hükmünün tâli nitelik taşıdığı ve kanunun bir kural koymadığı durumlarda uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay kararlarında bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını hâkim tarafından re'sen nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir. YHGK, 07.12.1983, E.1983/4-224, K.1983/1276; Yarg. 11. H.D., 29.01.1999, E.1998/10031, K.1999/250, kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/> Yargıtay'ın hakkın kötüye kullanılması yasağının kamu düzeni ile ilgili olduğu, tarafların ileri sürmesine gerek olmaksızın hâkim tarafından re'sen göz önüne alınması gerektiği yönündeki kararı için bkz. YHGK, 13.02.1974, E. 1973/524, K.1974/103, <https://kazanci.com.tr/>

⁷⁴¹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.265.

⁷⁴² AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, 313 vd.

⁷⁴³ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.310 vd.

sözleşmeyi söz konusu şekil şartına uymadan yapıp ifa etmelerinde olduğu gibi, şekil anlaşmasının sonradan örtülü olarak da kaldırılabilceği öğretide kabul edilmektedir⁷⁴⁴.

8. Genel İşlem Koşulları İçin Aranan Sınırlara Uyulması

a. Genel İşlem Koşulları Kavramı

Genel işlem koşullarına ilişkin yasal düzenleme⁷⁴⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'un 20. maddesinde genel işlem koşullarının tanımı ve unsurlarına yer verilmiştir. Buna göre; *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz"*. Genel işlem koşullarında belirleyici özellik, sadece taraflardan birinin sözleşmenin hazırlanmasında rol oynayıp, diğer tarafın ise sözleşmenin hazırlanması aşamasında söz hakkı olmamasıdır⁷⁴⁶. Zira sözleşmenin diğer tarafı ya genel işlem koşullarının varlığı veya içeriği hakkında bilgi sahibi değildir veya genel işlem koşullarını anlayıp kavrayabilecek donanımı bulunmamaktadır yahut pazarlık gücüne sahip olmadığı için zarurî olarak söz konusu koşulları kabul etmektedir⁷⁴⁷.

Kanun'a göre aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin birebir aynı olması da gerekmemektedir, bu durumda da bu sözleşmelerin içerdiği hükümler genel işlem koşulu sayılır (m.20/2). Bu durumda sözleşmede farklı hükümler bulunsa da, ortak hükümler genel işlem

⁷⁴⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.391; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.168. Tarafların anlaşmasına dayanan geçerlilik şeklinin (iradi şekil) kanundan kaynaklı şekilden farklı olarak her zaman, herhangi bir şekil şartı gerekmesizin sona erdirilip değiştirilebileceğine ilişkin ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.160.

⁷⁴⁵ Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar" kenar başlıklı 5. maddesinde taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerde genel işlem koşulları ve sınırlandırılması düzenlenmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, TKHK m.5 hükmü Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşıdığı için, TKHK'da boşluk bulunan hâllerde Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yine Türk Ticaret Kanunu'nun m.55/f hükmü de Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşıdığından öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.169; **ALTOP** Atilla, *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi"*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2007, s.254 vd.

⁷⁴⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.170; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.63; **ALTOP**, *Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*, s.254; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.230; **ATAMER** Yeşim, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.61 vd.; **EREN**, s.232; **TUZCUOĞLU** Tuğçe, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 S. TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.82; **CİVAN**, *Genel İş Koşulları*, 16 vd.; **HUGUENIN**, OR, Rn.605; **SÄCKER** Franz Jürgen/ **RIXECKER** Roland/ **OETKER** Hartmut/ **LIMPERG** Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, C.H. Beck, 9. Auflage 2022 (MüKoBGB/ **FORNASIER**), §305, Rn.20 vd.

⁷⁴⁷ **ALTOP**, *Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*, s.254; **ULUSAN** İlhan, *"Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler"*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.1219.

koşulu sayılmaya devam edecek, bu hükümlerin sözleşmelerde farklı yerlerde, farklı dillerde olması nitelendirmeyi değiştirmeyecektir⁷⁴⁸.

Kanun'da genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağı ifade edilerek genel işlem koşulu olma şartının tarafların iradesinden bağımsız olarak değerlendirileceği belirtilmiştir (m.20/3).

Kanun'un genel işlem koşullarıyla ilgili hükümleri, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır (m.20/4). Bu hüküm doğrultusunda genel işlem koşulları bakımından örneğin kamu kurum ve kuruluşları da yaptıkları özel hukuk sözleşmelerinde TBK m.20-25 hükümlerine tâbi olacak, ayrıcalıklı bir durumda olmayacaklardır⁷⁴⁹.

Alman Hukuku'nda Reform Kanun ile yapılan değişiklikle beraber §§305-310 BGB hükümlerinde genel işlem koşullarına ilişkin kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir. "Genel İşlem Koşullarının Sözleşmeye Dâhil Edilmesi" (*Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag*) kenar başlıklı §305 BGB hükmüne göre; "Genel işlem koşulları, sözleşmenin kurulmasında sözleşen taraflardan birinin diğer sözleşme tarafına sunduğu ve çok sayıda sözleşme için önceden formüle edilmiş sözleşme hüküm ve koşullarının tümüdür". Yine maddenin devamında sözleşme hükümlerinin sözleşme metninde yahut sözleşme ekinde yer almasının, kapsamının ne olduğunun, hangi yazı türü ile yazıldığıнын ve sözleşmede ne şekilde yer aldıklarının önem taşımayacağı ifade edilmiştir. Buna karşılık sözleşme şartlarının sözleşen taraflar arasında ayrıntılı olarak müzakere edilmesi hâlinde genel işlem koşullarından bahsedilemeyecektir.

İfade edelim ki, genel iş koşulları (tip iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri, işyeri uygulamaları) genel kurallar içeren, soyut, birden çok kişiyi ilgilendiren, tek taraflı düzenlemeler olmaları dolayısıyla genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olarak kabul edilmektedir⁷⁵⁰. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun m.20-25 hükümleri, genel iş koşulları bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

⁷⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.170.

⁷⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.171; ALTOP, *Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*, s.258.

⁷⁵⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.268; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.64; SÜZEK, *Genel İş Koşulları*, s.6; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.463; SENYEN KAPLAN, *İş Hukuku*, s.22 vd.;

b. Genel İşlem Koşulu Sayılabilmenin Unsurları

aa. Sözleşme Koşullarının Taraflardan Biri Tarafından Tek Başına Hazırlanmış Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde genel işlem koşullarının *düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri* olduğu ifade edilmiştir⁷⁵¹. Burada önemli olan söz konusu sözleşme koşullarını düzenleyenin bizzat hazırlaması olmayıp, kim tarafından hazırlanmış olursa olsun, sözleşmenin kurulması sırasında önceden hazırlanmış olan bu sözleşmenin diğer tarafa sunulmak suretiyle kullanılmasıdır⁷⁵².

Genel işlem koşullarında esasen güçlü olan tarafın, sözleşmenin kuruluşu aşamasında sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden tek taraflı yararlanmasından kaynaklı bazı problemler doğmaktadır⁷⁵³. Bu nedenle öğretide genel işlem koşulları bakımından bunların bağlayıcılık kazanmasını isteyen kişi tarafından hazırlanmış olmasının belirleyici bir faktör olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda Alman Hukuku'nda olduğu gibi "düzenleyen" ifadesi yerine "kullanan (*Verwender*)" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı da dile

YILDIZ Gaye Burcu, "İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.11; **ERTÜRK** Şükran, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2014, s.81; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.48; **CİVAN** Orhan Ersun, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (1), 2016, s.784; **ALPAGUT**, 2014 Değerlendirme, s.59; **MOLLAHAHMETOĞULU/ASTARLI/BAYSAL**, s.513; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.35 vd.; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.26; **KARAÇÖP/YAMAKOĞLU**, s.92; **KARACA** Aybüke/**ERENER** Ebru, "Genel İşlem Koşullarının İş Hukukuna Etkisi", 7. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, 25-30 Ağustos 2015, s.668.

⁷⁵¹ Öğretide, genel işlem koşulları çoğunlukla bizzat kullanan tarafından hazırlanmadığı için "düzenleyen" ve "tek başına hazırlayarak" kelimelerinin kullanılmasının sıkıntı yaratabileceği belirtilerek §305/1 BGB hükmündeki tanım esas alınarak genel işlem koşulları kavramının "çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin (kullanan) diğer tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümleri" şeklinde tanımlanmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir. **ALTOP** Atilla, "Genel İşlem Koşulları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen: Doç. Dr. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.36.

⁷⁵² **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.171; **ANTALYA**, s.491; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.233; **HAVUTÇU** Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Göre Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003, s.75; **DAĞDELEN** Ahmet Hakan, "Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.640; **YABA** Tuğçe, "Genel İş Koşullarının Denetimi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 16, S.1, s.133; **ARIKAN** Mustafa, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.70 vd.; **TUZCUOĞLU**, s.95.

⁷⁵³ **HAVUTÇU**, s.76.

getirilmektedir⁷⁵⁴. Zira düzenleyen kişi ile kullanan kişinin aynı kişi olması gerekmekte, ilgili kişinin yanında avukatları ile metnin hazırlanması yahut bazı kişilerden danışmanlık alınmış olması metni kullanan kişinin genel işlem koşulları denetiminden kurtulacağı anlamına gelmeyecektir⁷⁵⁵.

bb. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşmede Kullanılmak Üzere Hazırlanmış Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde genel işlem koşullarının *düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla ... karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri* olduğu ifade edilmiştir. Genel işlem koşullarını içeren benzer sözleşmeler standart, tip, formüler veya kitlesel sözleşme olarak anılmaktadır⁷⁵⁶. Alman öğretisi ve uygulamasında bu koşulların en az üç kez kullanılmak üzere hazırlanmış olması aranmaktadır⁷⁵⁷. Türk Hukuku'nda böyle bir şarta yer verilmemesi sebebi ile kanaatimizce de isabetli olarak çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılma amacı bulunması şartı ile ilk kullanımda dâhi söz konusu şartın gerçekleştiği kabul edilmelidir⁷⁵⁸. Bu nedenle hazırlanan sözleşmenin fiilen kaç defa kullanıldığı önem taşımamalıdır⁷⁵⁹.

Öğretide ayrıca ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma unsuru olmadan da tek bir olaya özgü olmak üzere taraflardan birinin tek başına hazırladığı koşulların da genel işlem koşulu olabileceği ifade edilmiştir⁷⁶⁰.

cc. Hazırlanan Sözleşmenin Diğer Tarafa Sunulması

Sözleşmenin diğer tarafa sunulması amacıyla hazırlanması, söz konusu sözleşme koşullarının tartışma ve pazarlık konusu olmaksızın diğer tarafa dayatılması anlamına

⁷⁵⁴ HAVUTÇU, s.76; ALTOP, *Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*, s.257 vd.; ALTOP, *Genel İşlem Koşulları*, s.40; ULUSAN, *Genel İşlem Şartları*, s.1223; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.203; TUZCUOĞLU, s.89; ANTALYA, s.490.

⁷⁵⁵ ATAMER Yeşim, "Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m.6 ve TTK m.55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.14 vd.

⁷⁵⁶ EREN, s.232; HAVUTÇU, s.12 vd.

⁷⁵⁷ BAG 01.03.2006- 5 AZR 363/05 – NZA 2006, s.746, BAG 24.01.2013 – 8 AZR 965/11, NJW 2013, s.2138; NK-GA/PETERHÄNSEL, §305 BGB, Rn.13; ARIKAN, s.70; ANTALYA, s.492; ANTALYA, s.492; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.271.

⁷⁵⁸ ATAMER, *Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, s.16; ANTALYA, s.492; AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.365; ATAMER, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, 66; YELMEN Adem, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.55; TUZCUOĞLU, s.97; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.28; YABA, s.135; HAVUTÇU, s.83; HUGUENIN, OR, Rn.635c.

⁷⁵⁹ YELMEN, s.55; TUZCUOĞLU, s.97.

⁷⁶⁰ KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.172.

gelmektedir⁷⁶¹. Taraflarca tartışma konusu yapılmamış olan sözleşme hükümlerine müdahale edilmesinin nedeni, taraflar arasında bozulmuş olan dengenin tekrar kurulmasının sağlanmasıdır⁷⁶².

Belirtelim ki, Kanun'un m.20/3 hükmünde ifade edildiği üzere, genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır. Bu bağlamda, sözleşme koşullarının her birinin tek tek tartışılarak kabul edildiğinin şeklen sözleşmede yer alması yeterli olmayacak, koşulların karşı tarafça tek tek incelenip kendi özgür iradesi ile kabul ettiğinin ispatlanması hâlinde *“tek başına hazırlama”* koşulunun gerçekleşmediği kabul edilebilecektir⁷⁶³.

Alman Hukuku'nda sözleşme şartlarının karşılıklı olarak taraflarca müzakere edilmiş olması hâlinde bu şartların genel işlem koşulu niteliği taşımayacağı açıkça ifade edilmiştir. (§305/I, son cümle BGB)

dd. Genel ve Soyut Nitelikte Hazırlanan Hükümler Olması

Genel işlem koşullarının “genel” nitelikte olması, bu koşulların kimlikleri önceden belirli olan kişiler için hazırlanmamış olmalarını yani sözleşmenin diğer tarafının belirli olmamasını ifade ederken; bu koşulların “soyut” olma niteliği ise yer ve zaman açısından tamamen belirsiz olan bir sözleşmeye yönelik olarak düzenlenmiş olmalarını ifade eder⁷⁶⁴. Nitekim genel işlem koşulları somut olayın özellikleri, sözleşmenin karşı tarafının kişiliği yahut kimliği etkili olmaksızın yeknesak bir biçimde hazırlanmaktadır⁷⁶⁵.

c. Genel İşlem Koşullarına İlişkin Koruyucu Hükümler

aa. Yazılmamış Sayılma

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesine göre; *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme*

⁷⁶¹ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.172; YABA, s.135. Ayrıca bkz. HAVUTÇU, s.87.

⁷⁶² ATAMER Yeşim, *“Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.295.

⁷⁶³ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.173.

⁷⁶⁴ EREN, s.233; HAVUTÇU, s.80; ESENER/GÜNDOĞDU, s.234.

⁷⁶⁵ HAVUTÇU, s.81.

imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır”.

Maddenin birinci fıkrasına göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olması için bu koşullar hakkında karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi gerekmektedir. Aksi hâlde bu koşullar yazılmamış sayılacak ve sözleşme kapsamına dâhil edilmeyeceklerdir. Öğretide bu hükümle beraber borçlar hukukumuzda olmayan yeni bir yaptırım türü getirilmiş olduğu belirtilmektedir⁷⁶⁶. Kanun’da öngörülen “bilgilendirme”; açık, samimi ve tereddütten uzak olmalıdır⁷⁶⁷. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise; gerekli bilgilendirme yapıp karşı tarafça incelenmiş olsa bile, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Bunlara şaşırtıcı şartlar da denilmektedir. Bu hükümle sözleşmeyi hazırlayan tarafın sözleşmeye yabancı hükümleri karşı tarafa kabul ettirerek çıkar sağlamasını engellemek amaçlanmıştır⁷⁶⁸. Sözleşmenin tamamı dikkate alındığında, işlem hayatı bakımından normal sayılamayan veya işletmecinin tavırları sebebiyle somut sözleşmede normal kabul edilemeyen hükümler şaşırtıcı hüküm olarak değerlendirilir⁷⁶⁹. Burada sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan kayıtların geçersizliği değil, sözleşmeye dâhil edilmemesi söz konusudur⁷⁷⁰. §305c BGB hükmünde de genel işlem koşullarına muhatap olan tarafın bekleyemeyeceği olağandışı hükümlerin sözleşmenin bir parçası olmayacağı ifade edilmiştir. Ekleyelim ki, her iki durumda genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması için karşı tarafın menfaatine aykırı olması gerekir⁷⁷¹.

Genel işlem koşullarında yazılmamış sayılma yaptırımının öngörüldüğü üçüncü hâl ise Kanun’un 24. maddesinde ifadesini bulmuştur. Söz konusu hükme göre, “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek*

⁷⁶⁶ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.174. Konuya ilişkin görüş farklılıkları ve tartışmalar için bkz. Bölüm, II, 8, d, aa.

⁷⁶⁷ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.176.

⁷⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.173.

⁷⁶⁹ ÖZDEMİR Hayrunnisa, “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m.21/II”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y.2016, C.22, S.3, s.2352.

⁷⁷⁰ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.174; ÖZDEMİR, “Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar”, s.2350.

⁷⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.174.

yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır”.

bb. Aleyhe Yorum İlkesi

Genel işlem koşullarının yorumlanması Kanun’un 23. maddesinde ifadesini bulmuştur. Söz konusu madde uyarınca; “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*”. Bu madde, sözleşmeler hukukunun en eski kurallarından biri olan kimsenin kendi davranışından kendi lehine sonuç çıkaramaması (*in dubio contra stipulatorem*) ilkesinin genel işlem koşulları alanındaki görünümüdür⁷⁷². Bu nedenle örneğin genel işlem koşulu niteliğinde olan işyeri yönetmeliğinde yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse söz konusu hüküm işveren aleyhine yorumlanacaktır⁷⁷³. §305c BGB hükmünde de genel işlem koşullarında “şüphe hâlinde” kullananın aleyhine yorum yapılacağı ifade edilmiştir⁷⁷⁴.

cc. Değiştirme Yasağı

Türk Borçlar Kanunu m.24 hükmü uyarınca, “*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*”. Bu hükme göre genel işlem koşulları niteliği taşıyan bir sözleşmede düzenleyene tek taraflı olarak diğer taraf aleyhine sözleşme koşullarını değiştirme yetkisi içeren kayıtlar yazılmamış sayılacaktır. Madde ile karşı taraf aleyhine düzenleme yapılması hâlinde yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanacağı belirtilmiş olduğundan, düzenleyenin sonradan karşı taraf lehine değiştirme yapma yetkisini içeren kayıtlar bu düzenlemenin kapsamı dışında kalacak ve yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanmayacaktır⁷⁷⁵.

⁷⁷² **ALTOP**, *Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*, s.259; **KILIÇOĞLU**, *Borçlar Hukuku*, s.177. İki eşit tarafın ortaklaşa görüşme uzlaşma sonucunda hazırlamış oldukları metinler bakımından “sözleşme metninin kaleme alan taraf aleyhine yorumlanması” ilkesi geçerli olmaz iken genel işlem koşullarının hazırlanmasında olduğu gibi daha güçlü tarafın kendi menfaatlerini düşünerek hazırladığı sözleşmeler bakımından ise bu ilke uygulanmaktadır. **ALTOP** Atilla, “*Sözleşmenin -Hükümlerinin- Yorumlanmasında Başvurulan Yorum Araçları ve İlkeleri*”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Ed. Bahri Öztürk, C.11, S.111, Şubat, 2019, s.632.

⁷⁷³ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.269; **SÜZEK**, *İş Hukuku*, s.71 vd.; **SÜZEK**, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.467; **YABA**, s.148; **MOLLAMAHMUTOĞULU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 513; **YAYVAK NAMLI** İrem, *İş Hukuku’nda Cezaî Şart*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.248.

⁷⁷⁴ Alman Hukuku’nda genel işlem koşulunun yorumunda şüphe hâlinde, söz konusu hükmün düzenleyen aleyhine yorumlanacağı kuralı iş sözleşmeleri bakımından önceden de zaten uygulanmaktaydı. **ErfK/PREIS**, §305-310 BGB, Rn.32 Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **CİVAN**, *Genel İş Koşulları*, s.205 vd.

⁷⁷⁵ **KILIÇOĞLU**, *Borçlar Hukuku*, s.180.

d. Genel İşlem Koşullarının Denetimi

Genel işlem koşullarına yönelik bir uyumsuzluk hâlinde hâkimin bu koşulları denetleme yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu yargısal denetimler yürürlük denetimi (m.21 ve 22), yorum denetimi (m.23) ve içerik denetimi (m.24 ve 25) olmak üzere üçe ayrılır.

aa. Yürürlük Denetimi

Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olup olmadıklarının belirlenmesi amacıyla yapılan denetimdir⁷⁷⁶.

Tarafların serbest müzakere imkânı bulduğu bireysel sözleşmelerden farklı olarak⁷⁷⁷ genel işlem koşullarında, düzenleyenle karşı tarafın müzakere imkânı bulunmamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olması için genel işlem koşullarının doğurabileceği sonuçlar bakımında karşı tarafın aydınlatılması ve bu aydınlatma doğrultusunda da söz konusu koşulların kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim TBK m.21/1 hükmü uyarınca, *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır”*. Gerekli aydınlatmanın yapıp bu koşulların karşı tarafça yeterince incelendiğinin ispat yükü sözleşmeyi kullanan taraftadır⁷⁷⁸. Ekleyelim ki, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı tartışması yürürlük denetiminin değil, içerik denetiminin konusudur⁷⁷⁹.

TBK m.21/2 hükmü uyarınca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı koşullar da yazılmamış sayılacaktır. Yazılmamış sayılma, Türk Hukuku’nun yabancı olduğu bir yaptırım türüdür. Bu nedenle yazılmamış sayılma yaptırımının neyi ifade ettiği öğretide tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş burada kastedilenin yokluk yaptırımı olduğu yönündedir⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 232; EREN, s.234 vd.; ALTOP, Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, s.257; ESENER/GÜNDOĞDU, s.236; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.370; ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s.324; ATAMER, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.26; YABA, s.144; TUZCUOĞLU, s.134; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.163.

⁷⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 232.

⁷⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.172; ATAMER, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.24 vd.

⁷⁷⁹ ESENER/GÜNDOĞDU, s.238; EREN, s.242; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.249 vd.

⁷⁸⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.172 vd.; EREN, s.235; OĞUZMAN/BARLAS, s.220; DAĞDELEN, s.649; NOMER, s.80; AKÇAAL Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Y.2014, S.1, s.56 vd.; ATASOY, s.191; ŞEKER Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı

Öğretide bir kısım yazar⁷⁸¹ yazılmamış sayılmayı yokluk saymakta iken, bu yaptırımı kısmi geçersizlik⁷⁸² yahut kesin geçersizlik yaptırımı ile eş gören yazarlar⁷⁸³ da bulunmaktadır.

Öğretide *Antalya*'ya göre⁷⁸⁴, yazılmamış sayılma yaptırımı kesin geçersizlik yaptırımı ile eş değer olmayıp ondan daha ağır bir yaptırımı ihtiva etmektedir. Yazar yazılmamış sayılma yaptırımının kesin geçersizlik ve yokluk arasında ağır bir yaptırımı öngören kendine özgü bir geçersizlik olarak kabul etmektedir.

Eren, yazılmamış sayılma yaptırımından anlaşılması gerekenin kısmi yokluk olduğu görüşündedir⁷⁸⁵. Sözleşmenin yazılmamış sayılan hükümleri dışındaki diğer hükümleri geçerliliğini koruyacaktır.

Atamer ise, geçersizliğin ancak sözleşmenin içeriği hâline gelmiş hükümler bakımından söz konusu olacağını bu nedenle yazılmamış sayılma yaptırımıyla kastedilenin geçersizlik yaptırımı

Yeni Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.238 vd.

⁷⁸¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.172 vd.; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.175; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.386; **ATASOY**, s.203; **EREN**, s.235. Yazar yazılmamış sayılmadan maksadın yokluk olduğunu ifade etmektedir. TBK m.22 uyarınca; "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez". Burada "kısmi yokluk" yaptırımı uygulanacaktır. Yazılmamış sayılma yaptırımından anlaşılması gerekenin kısmi yokluk olduğu görüşü için ayrıca bkz. **ŞEKER**, s.100 ve s.172; **NOMER**, s.87.

⁷⁸² **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.66; **YABA**, s.146; **YAYVAK NAMLI**, Cezaî Şart, s.244. Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.189 vd. **TUZCUOĞLU**, s.216 vd.; **ŞEKER**, s.93 vd.; **ARIKAN**, s.72 vd.; **YELMEN**, s.92 vd. Yazar, yazılmamış sayılma yaptırımında asıl meselenin sözleşmenin kurulup kurulmadığı yahut geçerli olup olmadığı değil, söz konusu şartların sözleşmenin kapsamına girip girmediği olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre yazılmamış sayılma yaptırımı, diğer geçersizlik türlerinden farklı bir niteliğe sahip olup kendine özgü bir yaptırım türüdür. Yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil etmesi halinde TBK m.2/1 hükmü uyarınca sözleşmenin tamamının geçersiz hâle gelebileceği hakkında bkz. **YABA**, s.147; **AKÇAAL**, s.59; **YELMEN**, s.110. Ayrıca bkz. **ÖZDEMİR**, "Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar", s.2358. Yazılmamış sayılma yaptırımının kesin geçersizlik benzeri bir yaptırım olduğu yönünde ayrıca bkz. **KARAÇÖP/YAMAKOĞLU**, s.96.

⁷⁸³ **ULUSAN**, Genel İşlem Şartları, s.1224; **ÖZ Turgut**, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 4.07.2012 tarihli ve 6353 sayılı kanunla getirilen dahil, bazı değişiklikler işlenmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.9; **TUZCUOĞLU**, s.214; **KIRKBEŞOĞLU**, s.64; **AYDOĞDU** Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.77; **DAĞDELEN**, s. 649 vd. Yazar TBK m. 21/1 hükmünün teşmil denetimi ile ilgili olduğunu ve bu denetimi aşamayan sözleşme kurallarına bağlanan yazılmamış sayılma yaptırımından anlaşılması gerekenin yokluk olduğunu ifade etmektedir. Yazar yürürlük denetiminde ise, teşmil denetimini aşan genel işlem koşullarının bu şartlar önüne konulan taraf açısından beklenebilirliğinin incelendiğini ifade etmektedir. (TBK m.21/2). Yürürlük denetimini aşamayan genel işlem koşulları bakımından ise uygulanacak yaptırım kesin geçersizlik yaptırımıdır.

⁷⁸⁴ **ANTALYA**, s.505; **ANTALYA/TOPUZ**, s.216, dn.483. Yazarlar, kanun koyucunun bir yaptırım olarak geçersizliği öngördüğü hâllerde onun mutlaka kesin geçersizlik veya onun türevi olma zorunluluğu bulunmadığını ifade etmekte ve kanun koyucunun kuralın amacına uygun olarak farklı geçersizlik türlerini öngörebileceğini ifade etmektedir. Yazarlara göre, kesin geçersizlik dışında kalan diğer tüm geçersizlik türleri kesin geçersizliğin sonuçları itibarıyla ağırlaştırılmış yahut hafifletilmiş görünümünü oluşturan kendine özgü geçersizlik türüdür.

⁷⁸⁵ **EREN**, s.235. Aynı yönde bkz. **NOMER**, s.87; **ŞEKER**, s.100 ve s.172.

olmayacağı yönünde görüşünü ifade etmektedir. Bu hükümler sözleşmenin içeriğine dâhil edilmeyecektir⁷⁸⁶.

Altop, "...aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır." ifadesinin "aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dâhil sayılmazlar" şeklinde düzenlenmesinin daha doğru olacağı görüşündedir⁷⁸⁷.

*Civan*⁷⁸⁸, geçersizlik yaptırımının ancak sözleşmenin içeriği hâline gelmiş hükümler bakımından söz konusu olabileceğini, sözleşme içeriği olmamış bir koşulun geçersiz olmayacağından bahsetmektedir. Yazar ayrıca TBK m.22 gerekçesine değinerek gerekçede geçen " ... düzenleyenin Tasarının 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır." ifadesinden yazılmamış sayılma yaptırımının geçersizlik yaptırımı olarak anlaşılmaması gerektiğini belirtmektedir⁷⁸⁹.

Kanımızca yazılmamış sayılma yaptırımının kısmi yokluk yaptırımı olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır⁷⁹⁰. Öncelikle ifade edelim ki, daha önce belirttiğimiz üzere yokluk yaptırımında sözleşmelerin kurucu koşullarında bir eksiklik söz konusudur. Genel işlem koşullarında ise tartışma konusu olan söz konusu koşulun sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığı meselesidir. Esasen burada sözleşme kurulmuştur. Fakat söz konusu koşul özelinde bir yokluk yaptırımı uygulanmaktadır. Zira bu koşul sözleşmenin içeriğine hiç dâhil olamamaktadır. Bu nedenle yazılmamış sayılma yaptırımı alışık olduğumuz yaptırım türlerinden ziyade kendine özgü bir yaptırımdır. TBK 21. madde gerekçesinde kanun koyucu "yazılmamış sayılma"nın "sözleşmenin içeriğinden sayılmama" olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bundan da yola çıkarak biz de sözleşmenin içeriğine dâhil olmayan bir ifadeyi sözleşmenin içeriğine dâhil ederek kesin geçersizlik yaptırımına tâbi tutmayı çelişki olarak görmekteyiz⁷⁹¹. Ayrıca TBK m.25 hükmünden farklı olarak içerik denetiminin yaptırımının kesin geçersizlik olduğu kanun koyucu tarafından ifade edilmiş, buna karşılık yazılmamış sayılmadan anlaşılması gerekenin ne

⁷⁸⁶ **ATAMER**, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.30 vd.; **ATAMER**, *Glş Denetiminde Yeni Açılımlar*, s.325.

⁷⁸⁷ **ALTOP**, Genel İşlem Koşulları, s.40.

⁷⁸⁸ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.189 vd.

⁷⁸⁹ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.190.

⁷⁹⁰ **EREN**, s.235; **NOMER**, s.85; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.191; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.390; **ŞEKER**, s.100 ve s.172.

⁷⁹¹ **ŞEKER**, s.101.

olduğu açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle de bu yaptırım ile kanun koyucunun kesin geçersizlik yaptırımından başka bir yaptırım türünü hedeflediğini söyleyebiliriz⁷⁹².

Eklemek isteriz ki, yazılmamış sayılma yaptırımı genel işlem koşulu bakımından geçerli olacaktır. Yoksa tüm sözleşmeyi etkileyen bir yaptırımdan söz edilmeyecektir. TBK m.22’de düzenleyenin yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Kanun’un bu hükmüyle, kısmi geçersizlik yaptırımında düzenlenen, bu hükümler olmasaydı sözleşmenin yapılamayacağını açıkça anlaşılması hâlinde sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı (TBK m. 27/2, c.2) yönünde bir düzenleme getirilmediği anlaşılmaktadır⁷⁹³.

bb. Yorum Denetimi

Türk Borçlar Kanunu’nun 23. maddesinde genel işlem koşullarında belirsizlik olması hâlinde bu hükmün düzenleyenin aleyhine yorumlanacağı açıkça ifade edilmiştir (belirsizlik ilkesi). Söz konusu hüküm uyarınca; “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*”. Madde gerekçesinde Roma hukukunda hâkim olan “*in dubio contra stipulatorem*” (Sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır.) ilkesine de atıf yapılmaktadır.

Genel işlem koşullarının yorum denetiminde taraflar arasındaki bireysel anlaşmaların önceliği ilkesi uygulanır⁷⁹⁴. §305b BGB hükmünde açıkça bireysel anlaşmaların genel işlem koşullarına nazaran öncelikli olduğu ifade edilmiştir.

cc. İçerik Denetimi

Genel işlem koşullarının içerik denetimi iki türlü yapılmaktadır: Bu hükümler sözleşme içeriğine dâhil oldukları için TBK m.27 kapsamında genel hükümlere göre denetime tâbi tutulacaklardır. Bunun sonucunda da söz konusu hükümler hukuka, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olamazlar⁷⁹⁵. Aksi hâlde kesin geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır.

⁷⁹² ŞEKER, s.105 vd.

⁷⁹³ AKÇAAL, s.59.

⁷⁹⁴ ATAMER, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.38 vd.; ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, s.124.

⁷⁹⁵ EREN, s.240. Öğretide Oğuzman/Öz, emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine aykırılık bulunması hâlinde TBK m.27 hükmü devreye gireceği için içerik denetimine gerek kalmayacağı görüşündedir. OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.175.

Genel işlem koşullarının aşırı yararlanma yahut irade sakatlığı sebebi ile iptali de gündeme gelebilir⁷⁹⁶.

Diğer bir denetim ise özel içerik denetimidir. Kanun'un 25. maddesine göre, genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler konulamaz⁷⁹⁷.

Alman Hukuku'nda §307 BGB hükmünde içerik denetimine ilişkin genel kural ifade edilmiştir. Buna göre genel işlem koşullarındaki hükümlerin dürüstlük kurallarına aykırı şekilde sözleşmenin karşı tarafının ölçüsüz mağduriyetine yol açmaması gerekir ve ölçüsüz mağduriyet hükmün açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabilir. Kanun'un 308 ve 309. maddelerinde ise özel yasak hükümleri sıralanmıştır⁷⁹⁸.

Bir genel işlem koşulunun içerik denetimine tâbi tutulması için öncelikle yürürlük ve yorum denetiminden geçmiş olması gerekmektedir⁷⁹⁹. İçerik denetiminin yürürlük ve yorum denetiminden sonraki aşamayı oluşturmadaki sebep, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, hâkimin sözleşme içeriğine müdahale etmesinin kural olarak son çare (*ultima ratio*) olarak kabul edilmesidir⁸⁰⁰.

Bir koşulun genel işlem koşulu olarak özel içerik denetimine tâbi tutulması için her şeyden önce sözleşme hükmü hâline gelmiş olması, kanundaki yedek bir hukuk hükmünü değiştirmiş veya onu tamamlamış olması,⁸⁰¹ sözleşmenin karşı tarafı aleyhine konulmuş olması ve dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir⁸⁰². Dürüstlük kuralına aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği Kanun metninde açıklanmamıştır. Bu nedenle Yargıtay⁸⁰³ ve öğreti⁸⁰⁴ sözleşmenin

⁷⁹⁶ EREN, s.240.

⁷⁹⁷ Kredi sözleşmelerinin büyük bir kısmında yer alan ve kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı olarak artırma yetkisi veren koşullar yazılmamış sayılmalıdır. ALTOP, *Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*, s.259.

⁷⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BROX/WALKER, §10, Rn.18, s.117 vd. Eğer bir genel işlem koşulu §308 ve §309 BGB kapsamına giriyorsa, artık §307 BGB uygulama alanı bulmamaktadır. Zira genel işlem koşullarının içerik denetimi yapılırken ilk olarak §308 BGB ve §309 BGB yasak hükümleri bakımından inceleme yapılmaktadır. Ayrıca bkz. ÜNAL Akın/KÖROĞLU Emre, "Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019, s.524, dn. 4.

⁷⁹⁹ ATAMER, *GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar*, s.292; ÜNAL/KÖROĞLU, s.525; ESENER/GÜNDOĞDU, s.236 vd.; ATAMER, *Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, s.33; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.160. Ayrıca bkz. Yarg. 11 H.D., 18.04.2016, E. 2015/9764, K. 2016/4814, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁸⁰⁰ ATAMER, *Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*, s.33; AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.366.

⁸⁰¹ Emredici nitelikteki hükümlerin taraflarca değiştirilmesi mümkün olmadığı için bu hükümler genel işlem koşullarının konusunu oluşturmazlar. EREN, s.242. Ayrıca bkz. BROX/WALKER, §10, Rn.18, s.117.

⁸⁰² EREN, s.241 vd.

⁸⁰³ Yarg. 11. H.D., 27.06.2018, E.2016/13461, K.2018/4893, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁸⁰⁴ AYDIN Ramazan, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5)", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S. 1, 2016, s.106. Ayrıca bkz. ÜNAL/KÖROĞLU, s.526; AYDOĞDU, *GİK ve Denetim*, s.126.

amacına ve somut olaya göre değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması gerektiğini belirtmektedir. Buna karşılık §307/2 BGB hükmünde açıkça, ayrıldığı yasal hükmün temel fikirleri ile bağdaşmayan yahut sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye atacak şekilde kısıtlayan hükümlerin, şüphe hâlinde sözleşmenin diğer tarafını dürüstlük kuralına aykırı şekilde mağdur ettiğinin varsayılacağı ifade edilmiştir.

Madde gerekçesinde yapılan düzenleme ile, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Medeni Kanun'un 2. maddesinde herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun hareket etmeli hükmü yer almakla birlikte burada dürüstlük kuralı bir hakkın kullanılmasında yahut borcun yerine getirilmesinde değil, sözleşmenin hükümlerinin konulmasında aranacaktır⁸⁰⁵.

Yine madde gerekçesinde bu tür hükümlerin yaptırımının m.27/2,c.1 anlamında kesin geçersizlik olacağı belirtilmiştir. Ancak uygulanacak yaptırımın gerekçe yerine neden madde metninde yer almadığı eleştiriye açık bir husustur⁸⁰⁶. “İçerik denetimi” kenar başlıklı §307/1 BGB hükmünde açıkça dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı taraf aleyhine ölçüsüz mağduriyete yol açan genel işlem koşullarının geçersizlik yaptırımına tâbi olacağı ifade edilmiştir. Genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler toplumun geniş bir kesimini koruma amacı güttüklerinden bu hükümler değiştirilemeyen ve aksi taraflarca kararlaştırılamayan emredici hükümlerdir⁸⁰⁷. Emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı da kural olarak kesin geçersizliktir. Geçersizlik kısmi ve tam olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Burada öngörülen geçersizlik yaptırımı esasen sözleşmenin kısmi geçersizliğidir⁸⁰⁸. Bu durumda sözleşme özgürlüğüne asgari düzeyde müdahale edilmiş olacak ve sözleşmenin ayakta kalması sağlanacaktır⁸⁰⁹. TBK m.27/2 hükmünde ifade edildiği üzere, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Fıkranın ikinci cümlesinde, “Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” ifadesi yer almaktadır. Belirtelim ki genel işlem koşulları bakımından, sözleşmeyi düzenleyen taraf, kesin geçersiz sayılan genel

⁸⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.174. Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.181.

⁸⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s.248 vd.; ATAMER, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.61; ÜNAL/KÖROĞLU, s.527.

⁸⁰⁷ EREN, s.249; ANTALYA, s.476. Ayrıca bkz. ÜNAL/KÖROĞLU, s.528.

⁸⁰⁸ EREN, s.250; ÜNAL/KÖROĞLU, s.529.

⁸⁰⁹ ÜNAL/KÖROĞLU, s.530.

işlem koşulları bulunmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir⁸¹⁰. Nitekim Kanun'un 25. maddesine ilişkin gerekçede içerik denetimi sonucunda genel işlem koşullarının kısmi geçersizliğine karar verilmesi hâlinde TBK m.27/2, c.1 hükmünün uygulama alanı bulacağı, buna karşılık aynı maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Genel işlem koşulları içeren hükümlerin kesin geçersiz sayılması sebebi ile ortaya boşluk çıkması durumunda hâkim öncelikle konuya ilişkin mevcut bir hukuki düzenlemenin var olup olmadığını incelemeli, düzenlemenin bulunmadığı durumda ise boşluk örf ve âdet hukuku veya hâkimin koyacağı hukuk ile doldurulmalıdır⁸¹¹. Bu noktada hâkim tarafları sözleşme yapmaya iten amaçları, sözleşmenin konusunu, türünü, yeni hükmün sözleşmenin geriye kalan kısmı ile çelişip çelişmediğini, mahkeme kararları ve öğreti görüşlerini de dikkate alarak karar vermelidir⁸¹².

Kanun'un 24. maddesinde ayrıca değiştirme yasağına yer verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; *"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."* Bu hüküm doğrultusunda düzenleyenin bir değişiklik yapmak istemesi hâlinde bunun karşı tarafça kabul edilmesi gerekmektedir. Şunu da ifade etmek gerekir ki, içerik denetiminin konusunda incelenen ve düzenleyene tek taraflı değiştirme yasağı koyan bu hükmün yaptırımı, içerik denetiminin yaptırımı olan kesin geçersizlik olarak değil, yürürlük denetimine özgü bir yaptırım olan yazılmamış sayılma şeklinde ifade edilmiştir⁸¹³. Zira genel işlem koşullarında içerik denetiminin yaptırımının TBK m.27'de düzenlenen kesin geçersizlik yaptırımı olduğu madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir⁸¹⁴.

⁸¹⁰ EREN, s.250. İş sözleşmeleri açısından zayıf taraf olan işçi, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde korunan taraftır. Bu nedenle kısmi geçersizlik iddiasından bulunabilecek taraf işçidir. Zira işverenin bu iddiada bulunması çelişkili davranış yasağını ihlal edecek, hakkın kötüye kullanılması yasağına da aykırı olacaktır, aynı eser, s.250 vd. Ayrıca bkz. ÜNAL/KÖROĞLU, s.533 vd. Ayrıca bkz. ATAMER, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.62 vd.

⁸¹¹ EREN, s.251; ÜNAL/KÖROĞLU, s.537 vd.; ATAMER, *GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar*, s.306 vd.; ATAMER, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.63; YABA, s.147. Ayrıca bkz. Yarg. 11 H.D., 27.06.2018, E. 2016/13461, K. 2018/4893.

⁸¹² ATAMER, *GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar*, s.307; ÜNAL/KÖROĞLU, s.540.

⁸¹³ TUNÇSİPER Yiğit, Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s. 76, Çevirimiçi: <http://acikerisim.baskent.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11727/2948/10217160.pdf?sequence=1> Söz konusu hükmün esasen içerik denetimine ilişkin olmakla birlikte yaptırımı itibariyle yürürlük denetiminin kapsamında düzenlendiğine ilişkin olarak bkz. NÖMER, s.87.

⁸¹⁴ YELMEN, s.157.

C. Yokluk ve Sözleşmelerin Geçersizliğinin Hukuki Sonuçları

1. Yokluk

Hukuki işlemin kurucu koşullarının bulunmaması durumunda yokluk (keenlemyekün) yaptırımını ile karşılaşılabacaktır. Bu, kimi zaman irade beyanlarının yokluğundan kimi zaman da kanunun aradığı kurucu koşulların bulunmamasından kaynaklanır⁸¹⁵. Örneğin evlendirme memuru olmadan yapılan bir evlilik kanunun aradığı kurucu koşul bulunmadığı için yokluk yaptırımına tâbi olacaktır.

Yokluk durumunda kesin geçersizlik yaptırımından farklı olarak işlemin düzeltilmesi yahut dönüştürülmesi (tahvil) mümkün değildir ve yokluğun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etse dâhi buna engel olunamaz⁸¹⁶. Yargıtay da verdiği bir kararda “*Yokluk durumunda, yokluğu ileri sürmenin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile dâhi olsa işlemin ayakta tutulması mümkün değildir.*” ifadesine yer vermiştir⁸¹⁷. Bu anlamda olmak üzere öğretide esasen ayırt etme gücü olmayan birinin iradesinden söz edilemeyeceği ve irade de hukuki işlemin kurucu koşulu olduğuna göre, ayırt etme gücünün bulunmamasının “*kesin geçersizlik*” değil, “*yokluk*” sebebi olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşılık bazı yazarlar, yaptırımın “*kesin geçersizlik*” olmasının altında yatan sebebin tam ehliyetsiz kişiyi korumak olduğunu belirterek işlemin kesin geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda işlemi TMK m.2 mekanizmasıyla ayakta tutabilmenin mümkün olacağını ifade etmektedirler⁸¹⁸.

⁸¹⁵ ESENER/DEMİR, s.245; OĞUZMAN/BARLAS, s.219; DURAL/SARI, s.223; ERMAN, Medenî Hukuk, s.79.

⁸¹⁶ ANTALYA/TOPUZ, s.209; NOMER, s.61; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.86; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.581; ATASOY, s.187; ŞEKER, s.76 vd.; AKKURT, s.103; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.31; DURAL/SARI, s.223.

⁸¹⁷ Yarg. 2. H.D., 20.11.1970, 5577/6142. Benzer yönde bkz. Yarg. 2. H.D., 12.05.2014, E.2014/8794, K.2014/10814, <https://kazanci.com.tr/>

⁸¹⁸ OĞUZMAN/BARLAS, s.222, dn.344; TUZCUOĞLU, s.219

Hukuki işlemin yokluğu durumunda hâkim bunu re'sen dikkate alacak ve ayrıca dava açılmasına gerek olmayacaktır ve bu durum ilgili herkes tarafından ileri sürülebilecektir⁸¹⁹. Yokluk durumunda hukuki işlem hiç doğmamıştır⁸²⁰.

2. Geçersizlik

a. Kesin Geçersizlik Hakkında Genel Bilgi

Öğreti ve uygulamada daha önceleri "mutlak butlan" olarak ifade edilen "kesin geçersizlik" durumunda, hukuki işlemin kurucu koşullarında bir eksiklik bulunmamakta, buna karşılık bu hukuki işlemin kamu düzenine ilişkin geçerlilik koşulları bulunmamaktadır⁸²¹. Bu nedenle kesin geçersizlik hâlinde öğretide sıkça ifade edildiği üzere hukuki işlem ölü doğmuştur⁸²².

Kesin geçersizlik hâlinde yasa koyucunun sözleşme açısından önemli gördüğü unsurlarda bir eksiklik bulunduğu için söz konusu unsurların eksikliği hâlinde bu durum, ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir⁸²³. Kesin geçersiz bir işlemin zamanla geçerlilik kazanması da mümkün değildir. Bu durum "*Bâtıl işlem iflah olmaz.*" kuralı ile ifade

⁸¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.79; Ayrıca bkz. **VON TUHR**, s.282; **VON TUHR/PETER**, s.226; **ANTALYA/TOPUZ**, s.208; **HELVACI/ERLÜLE**, s.38; **ESENER/DEMİR**, s.245; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.386; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.582; **DURAL/SARI**, s.224; **ŞEKER**, s.64; **KIRKBEŞOĞLU**, s.27; **TUZCUOĞLU**, s.217 vd.; **AKKURT**, s.103; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.31.

⁸²⁰ **ANTALYA/TOPUZ**, s. 209; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.221; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.196; **ŞEKER**, s.63; **AKKURT**, s.100; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.32.

⁸²¹ **GÜRAL**, s.35 vd.; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.79; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.5; **DURAL/SARI**, s.224; **ŞEKER**, s.67; **ESENER/DEMİR**, s.246; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.386; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.221; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.135; **AKKURT**, s.103; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.23. Öğretide *Antalya/Topuz*, yokluk ile kesin geçersizlik farkını şu örnekle açıklamaktadır: Hukuki işlemi bir suya benzeten yazarlar, bu işlemin varlık kazanabilmesi için gerekli olan irade beyanı ve hukuk düzeninin irade beyanına sonuç bağlamasını hidrojen ve oksijene benzetmektedirler. Bu iki temel bileşen yoksa hukuki işlem hiç doğmamış olacaktır. Fakat hukuki işlemin var olması ondan beklenen sonuçları meydana getirmesine yetmez. Tıpkı su var olsa da içilebilmesi için tadı, rengi ve kokusunun da tam ve uygun olması gerektiği gibi bir işlemin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için de belirli özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu unsurlar sözleşmenin geçerlilik koşullarıdır. **ANTALYA/TOPUZ**, s.208.

⁸²² **GÜRAL**, s.39; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.79; **REİSOĞLU**, s.140; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.5; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.242; **DURAL/SARI**, s.224; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.243; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.196; **DEMİR** Fevzi, Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınlar:98, Mart 2006, s.137; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.295; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.173; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.32. Ayrıca bkz. Yarg. 10. H.D., 16.01.2014, E. 2013/14038, K.2014/327, <https://kazanci.com.tr/>

⁸²³ **GÜRAL**, s.39; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.135; **DURAL/SARI**, s.2245; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.242; **ANTALYA/TOPUZ**, s.209 vd.; **HELVACI/ERLÜLE**, s.39; **ESENER/DEMİR**, s.245 vd.; **EREN**, s.377; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.225; **REİSOĞLU**, s.141; **NOMER**, s.66; **ŞEKER**, s.75; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.173; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.197; **BAKIRCI**, s.422; **ATASOY**, s.188; **KIRKBEŞOĞLU**, s.31; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s.185; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.33; **TÜRKMEN**, s.1070.

edilmektedir⁸²⁴. Ekleyelim ki, öğretide esnek geçersizlik (*flexible Nichtigkeit*) olarak adlandırılan yaptırım türüyle kimi zaman kesin geçersizliğe sadece korunan tarafın dayanabileceği, hâkimin de geçersizliği re'sen sadece onun lehine dikkate alabileceği kabul edilmektedir⁸²⁵.

Esnek geçersizlik yaptırımının amacı esasen özellikle sosyo-ekonomik açıdan zayıf durumda olan tarafın menfaatinin korunmasıdır⁸²⁶. Öğretide *Kocayusufpaşaoğlu*, esnek geçersizlik kavramını ikiye ayırarak incelemektedir⁸²⁷. Yazara göre sınırsız (mutlak) esnek geçersizlik durumunda, ihlâl edilen kanun maddesinin anlam ve amacından yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Fakat yazar, sınırsız bir esnek geçersizlik anlayışına karşı olduğunu da ifade etmektedir. Zira sınırsız esnek geçersizliğin kabul edilmesi ile beraber geçersizlik sistemi olumsuz etkilenecek ve bu durum yaptırım konusunda birlik sağlanmasında zorluklara sebebiyet verecektir. Yazarın savunduğu sınırlı esnek geçersizlik yaptırımına göre ise TBK m.27 hükmündeki ifade kesin geçersizlik yaptırımını bir karine olarak düzenlenmektedir ve bu karinenin de çürütülebilmesi mümkündür. İhlâl edilen hükmün anlam ve amacı farklı bir yaptırımı zorunlu kılıyor ise karinenin çürütülmesine imkân verilebilecektir. Yazar ayrıca iş sözleşmesi gibi kesin geçersizliğin ileriye etkili sonuç doğurduğu sözleşmeler bakımından da geçersizliğin ileri etkisinin temelinde esasen esnek geçersizlik anlayışının yattığını belirtmektedir⁸²⁸. Aynı şekilde kişilik hakları ihlâl edilen kişinin geçersizliğe dayanabilmesi, buna karşılık diğer tarafın geçersizlik iddiasında bulunamaması da buna örnek teşkil edecektir⁸²⁹.

⁸²⁴ **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.135; **ANTALYA/TOPUZ**, s.210; **ESENER/DEMİR**, s.246. Ayrıca bkz. **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.387, **EREN**, s.377; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.225; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.86; **NOMER**, s.66.

⁸²⁵ Konuya ilişkin olarak bkz. **NOMER**, s.66; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.24; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.591; **KARABAĞ BULUT**, s.407 vd. Esnek geçersizlik kavramı yerine kesin geçersizlik yaptırımının teleolojik redüksiyon yoluyla sınırlandırılmasından hareket etmenin daha doğru olacağı yönünde bkz. **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.75 vd.; **NOMER**, s.66; **HUGUENIN**, OR, Rn.433; BSK OR I-**HUGUENIN/MEISE**, Art. 19/20, Rn.55. *Hatemi/Gökyayla*, esnek geçersizlik kavramından beklenen hukukî yararın hakkın kötüye kullanılması yasağı ve culpa in contrahendo kavramı ile sağlanabileceği, kesin geçersizliğin geriye mi yoksa ileriye mi etkili olacağı konusunda yeni bir terim yaratmaya gerek olmaksızın, örtülü boşluk kavramından yararlanmanın mümkün olacağını ifade etmektedirler. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.88 vd. Öğretide ayrıca klâsik kesin geçersizlik kavramının bir köşeye bırakılıp sınırsız esneklik görüşü savunulduğunda, her özel duruma göre yeni bir geçersizlik türü yaratılmasının geçersizlik sistemini kargaşaya sürükleyeceği ifade edilmiştir. Bu yönde eleştiriler ve görüşler için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.593. Esnek geçersizlik görüşü için ayrıca bkz. BSK OR I-**HUGUENIN/MEISE**, Art.19/20 Rn. 55 vd.

⁸²⁶ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.73.

⁸²⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.591 vd.

⁸²⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.595.

⁸²⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.594.

Öğretide *Antalya* da esnek geçersizlik görüşünü kabul etmekte, esnek geçersizliğin kesin geçersizlik yaptırımının hafifletilmiş hâli olduğunu ifade etmektedir⁸³⁰.

Akbulut ise, TBK m.27 hükmünde kesin geçersizlik yönünde bir karine yer aldığını, fakat ihlâl edilen hükmün anlam ve amacı gerektiriyorsa kesin geçersizlik yaptırımının sınırlandırılabilceğini ifade ederek bu sınırlandırmanın ise geçersizlik hükmünde örtülü boşluğun bulunması sebebiyle, hükmün amaca uygun sınırlandırılması yönemiyle gerçekleşeceğini belirtmektedir⁸³¹. Yazar, örtülü boşluğu doldurmak suretiyle bir hukuk yaratma metodu olan amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yönteminin, ayrıca bir yaptırım ile nitelendirilmesinin gerekli olmadığını savunmaktadır⁸³².

İfade edelim ki, gerekçesi ne olursa olsun söz konusu görüşlerin hizmet ettiği ortak amaç geçersizlik normlarının salt kavramsal olarak ve lafzıyla yorumlanamayacak olmalarıdır⁸³³. Zira her normun özünde barındırdığı konuluş amacı toplumun ihtiyaçları sonucu ortaya çıkmıştır ve toplumsal düzen ve adaletin korunup gelişmesine hizmet etmektedir⁸³⁴.

Kesin geçersizliğe sebep olan unsurlar sözleşmenin geçerliliğini önemli derecede etkileyen unsurlar olmaları sebebi ile hâkim de önüne gelen olayda söz konusu unsurların varlığını re'sen araştırmakla görevlidir. Zira bu unsurlar sadece tarafların yararına olmayıp, aynı zamanda kamu yararını da ilgilendirmektedir⁸³⁵. Hukuki işlem geçersiz kabul edildiğinde yapıldığı andan itibaren (ex tunc) geçersiz hâle gelecektir. Bu noktada hemen belirtelim ki, ileride ayrıntılı olarak ifade edeceğimiz üzere⁸³⁶ sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin özel niteliğine uygun düşmeyecektir⁸³⁷. Bu nedenle TBK m.394/3 hükmü ile bu konuda özel bir düzenleme getirilmiştir.

Alman Hukuku'nda §134 BGB hükmünde kanundan farklı bir sonuç çıkmadıkça, kanunun yasaklayıcı hükmüne aykırı sözleşmelerin kesin geçersiz olacağı belirtilmekte, emredici ve

⁸³⁰ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.182.

⁸³¹ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.76.

⁸³² **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.77.

⁸³³ **TÜRKMEN**, s.1072.

⁸³⁴ **TÜRKMEN**, s.1072.

⁸³⁵ **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.136; **ESENER/DEMİR**, s.246 vd.; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.242; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.197; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s.156.

⁸³⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, D, 2.

⁸³⁷ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.295 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.173 ve s.265; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.346 vd.; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.114; **SÜMER**, İş Hukuku, s.61; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.244; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.384 vd.; **BAŞBUĞ/BODUR**, s.138; **SELİÇİ**, s.46 vd.; **BROX/WALKER**, §19, Rn.50, s.210; **SZECH**, s.305; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.283; **PORTMAN/WILDHABER**, s.30. YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/>

yasaklayıcı hüküm ayrımı yapılarak yasaklayıcı bir hükme aykırılığın geçersizlikle sonuçlanması için hükmün anlam ve amacından bu sonucun çıkması gerektiği ileri sürülmektedir⁸³⁸.

İsviçre Hukuku'nda da emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan yahut konusu imkânsız olan bir hukuki işlemin doğrudan geçersizlik yaptırımına tâbi olmaması gerektiği savunulmaktadır. Bunun için ya hüküm açıkça kesin geçersizlik yaptırımını öngörmeli yahut hükmün anlam ve amacından bu sonuç çıkmalıdır⁸³⁹.

Türk Hukuku açısından daha önce de açıkladığımız üzere⁸⁴⁰ emredici-yasaklayıcı hüküm ayrımı hâkim görüşçe kabul edilmemesine karşılık yasaklayıcı nitelikteki bir hükmün bulunması ve bu hükmün ihlâli durumunda her zaman klâsik anlamda kesin geçersizlik yaptırımının uygulanması âdil olmayan sonuçları beraberinde getirebileceğini ifade edelim. Bu nedenle öğretide isabetle belirtildiği gibi bir sözleşmenin emredici hükümlere aykırılığı ihlâl mi ettiği yoksa bu aykırılığın sözleşmenin geçersizliği sonucunu mu doğurduğu sorularının birbiri ile özdeş kabul edilmesi kabul edilemez ölçüde katı bir yaklaşım olacaktır⁸⁴¹. Bu bağlamda klâsik anlamda kesin geçersizliğin biçim değiştirdiği ve daha esnek bir yapıya büründüğü söylenebilir⁸⁴².

İfade edelim ki, kesin geçersizlik yaptırımı sebebi ile geçersiz olan bir hukuki işlem hakkında da geçersiz olmasına rağmen ifa edilmiş olsa bile kural olarak geçersizlik iddiasında bulunulabilir. Buna karşılık kimi zaman böyle bir sözleşmenin geçerli sayılması söz konusu olabilir. Bu duruma örnek olarak geçerlilik şekline tâbi bir sözleşmenin şekle aykırılığa sebep olan ve karşı tarafın ifasını kabul eden kişinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi gösterilebilir. Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan

⁸³⁸ MüKoBGB/ARMBRÜSTER, BGB §134, Rn.177 vd.; SCHAUB/ LINCK, §32, Rn.65. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. HKK/DORN, §§134-137, Rn.1; MüKoBGB/ARMBRÜSTER, BGB §134, Rn. 177 vd.; HÜBNER, s.405; BEATER Axel, "Der Gesetzesbegriff von §134 BGB- zur Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verfassungs- und Satzungenormen, allgemeine Rechtsgrundsätze und Gesetzesumgehungen", Archiv für die civilistische Praxis, 197. Band, Mohr Siebeck, 1997, s.505

⁸³⁹ VISCHER/MÜLLER, §9, Rn. 51. BGE 81 II 619, <https://www.swisslex.ch/de/> BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.322; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn. 684; HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit*, s.88; HUGUENIN, OR, Rn.432; BGE 102 II 401, <https://www.swisslex.ch/de/> BGE 134 III 52, 54, <https://www.swisslex.ch/de/> BGE 114 II 279, <https://www.bger.ch>

⁸⁴⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 2, b, aa.

⁸⁴¹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.278. Bu noktada normun anlam ve amacının önem arz ettiği hususunda bkz. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.54; VON TUHR/PETER, s.253; MüKoBGB/ARMBRÜSTER, BGB §134, Rn.177 vd.; HÜBNER Heinz, "Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften", Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Vandenhoeck&Ruprecht in Göttingen, 1978, s.405; BEATER, s.505; HKK/DORN, §§134-137, Rn.1.

⁸⁴² DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.281.

kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesi varmışçasına hüküm ve sonuçlarını doğuracağını öngören TBK m.394/3 hükmü de kanundan kaynaklı istisnaya örnek olarak gösterilebilir⁸⁴³.

b. Kesin Geçersizlik Türleri

aa. Tam Kesin Geçersizlik

Tam butlan olarak da ifade edilen kesin geçersizlik yaptırımına sebep olan hâller TBK m. 27/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, konusu tamamen imkânsız, hukuka, ahlâka ve kamu düzenine aykırı sözleşmeler kesin olarak geçersizdir.

Daha önce ifade ettiğimiz ve hukuki işlemin ölü doğmuş olması olarak isimlendirilen yaptırım türü esasen tam kesin geçersizlik yaptırımıdır. Tam kesin geçersizlik durumunda sözleşme kural olarak tümüyle geçersiz olmakta⁸⁴⁴ ve her zaman herhangi bir süre sınırı olmaksızın ileri sürülebilmektedir⁸⁴⁵. İfade edelim ki, ihlâl edilen emredici normun anlam ve amacı tam geçersizlik yaptırımının uygulanmasını engellerse bu yaptırım uygulanamayacaktır.

bb.Kısmi Geçersizlik

aaa. Kısmi Geçersizlik Kavramı ve Şartları

Kısmi geçersizlik (*Teilnichtigkeit*), bir hukuki işlemin belirli bir kısmının geçersiz sayılıp diğer kısımlarının geçerli kabul edilmesini ve kalan hükümlerle işlemin ayakta tutulmasını sağlar⁸⁴⁶. Buradaki amaç “*favor contractus: sözleşme yararına yorum ilkesi*” gereği sözleşmeleri mümkün olduğunca ayakta tutarak, sözleşmenin bir bölümündeki geçersizliğin

⁸⁴³ Konuya ilişkin olarak bkz. **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.136.

⁸⁴⁴ **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.6; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.278; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.79; **REİSOĞLU**, s.140; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.242; **DURAL/SARI**, s.224;

⁸⁴⁵ **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.135; **ESENER/DEMİR**, s.246 vd.; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.242; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.197; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s.156; **ANTALYA/TOPUZ**, s.210; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.387, **EREN**, s.377; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.225; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.86; **NOMER**, s.66; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.280.

⁸⁴⁶ **ANTALYA/TOPUZ**, s.214; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.6; **EREN**, s.380; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.177; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.227; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.391; **ATASOY**, s.189; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.281; **KIRKBEŞOĞLU**, s.203 vd.; **HKK/DORN**, §§134-137, Rn.19 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.283. Kısmi geçersizlik İsviçre Hukuku’nda Art.20/2 OR hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmedeki sakatlık sözleşmenin yalnızca bir kısmına ilişkin ise, geçersiz kısım olmasaydı sözleşmenin hiç yapılmayacağı varsayılamadığı sürece yalnızca bu kısımlar geçersiz olacaktır. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Band I, Rn.689; **BSK OR I-HUGUENIN/MEISE**, Art.19/20, Rn.61 vd. **BK-KRAMER**, Art. 19-20 OR, Rn.326.

tüm sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmasını engellemektir⁸⁴⁷. Kısmi geçersizlik hâlinde, sözleşmenin sakat olan kısımları haricindeki diğer kısımları herhangi bir değişikliğe uğramadan geçerliliğini korumaktadırlar. Kısmi geçersizliği ifade eden söz konusu hüküm Roma hukukundan gelen “geçerli olmayan kısım geçerli olan kısma zarar vermez. (*utile non debet per inutile vitiari*)” ilkesinin bir yansımasıdır⁸⁴⁸.

TBK m.27/2 hükmü uyarınca: “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”.

Kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanabilmesi için sözleşmenin bölünebilir olup olmaması önem arz edecektir. Zira bölünemeyen bir sözleşme olduğunda sözleşmenin tüm bölümleri bir bütün oluşturacağı için kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanamayacaktır⁸⁴⁹. Geçersiz olan kısım sözleşmeden çıkarıldığında geriye anlamlı bir bütün oluşturacak bağımsız bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir⁸⁵⁰. Sözleşmenin bölünebilme olasılığı sözleşmenin geçerli kalan kısmının korunmasını da sağlayacaktır⁸⁵¹.

Kısmi geçersizlik için aranan objektif şart sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka ya da ahlâka aykırılık ile sakatlanmış olması yahut imkânsız olmasıdır⁸⁵². Kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanabilmesi için sözleşmenin içeriği sakat olmalıdır. Bu bağlamda “sözleşmenin içeriği” ifadesinde ne anlaşılması gerektiği de önem arz etmektedir. Öğretide, tarafların yapmış oldukları sözleşme kapsamında kararlaştırdıkları her şeyin (edimler, bu

⁸⁴⁷ **ESENER/DEMİR**, s.247; s.140; **EREN**, s.380; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.281; **SÜZEK** Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C.20, S.1, Y.2014, s.140; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.600; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.252; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.350; **KIRKBEŞOĞLU**, s.105; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.367.

⁸⁴⁸ **ERCOŞKUN ŞENOL**, s.129.

⁸⁴⁹ **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.57; **EREN**, s.381; **ANTALYA**, s.465; **KAŞAK**, s.403; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.6; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s. 606; **KIRKBEŞOĞLU**, s.115 vd.; **SCHWENZER/FOUNTOULAKIS**, s.284; **EBERTH** Rolf, Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht, Eine Untersuchung der Bedeutung des § 139 BGB im Arbeitsrecht, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1967, s.19.

⁸⁵⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.606.

⁸⁵¹ **EBERTH**, s.21.

⁸⁵² **EREN**, s. 381; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.282; **AKKURT**, s.121; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.310. Öğretide objektif şartın olumlu (sözleşmenin içeriğinin bir kısmının sakat olmaması) ve olumsuz (tarafların hükümsüzlük anlaşması yapmamış olmaları) olmak üzere ikiye ayrılarak incelendiği görüş için bkz. **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.52 vd.

edimlerin nerede ve ne zaman ifa edileceği, yan edimler, sözleşmenin şekli gibi) bu kavrama dâhil olması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁵³

Kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanabilmesi için sözleşmenin içerdiği kısımların tamamının değil bir kısmının geçersiz olması gerekir. Bu durum biraz evvel değindiğimiz “sözleşmenin bölünebilirliği” kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusunu gündeme getirmektedir. Zira ifade ettiğimiz gibi kısmi geçersizlik yaptırımı için sözleşmenin içeriğinin bölünebilir olması gerekmektedir. Bu konu da öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş sözleşmenin her anlaşması kendi içinde bütünlük arz etmekte olup sözleşmelerin içerdiği anlaşmaların kendi içinde bölünemeyeceğini kabul etmekte iken⁸⁵⁴, diğer bir görüş anlaşmanın kendi içinde de bölünebileceğini kabul etmektedir⁸⁵⁵. Bir görüşe göre “sözleşmenin bir kısmı” kavramı hem sözleşmenin içerdiği bireysel kısımları hem de borçlanılan edimin miktar olarak bir kısmını ifade eder. Bu bağlamda edim miktar olarak bölünebildiği için “en yüksek sınırı aşan edimin” yasal sınıra indirilmesi mümkün olacaktır⁸⁵⁶. Diğer bir görüşe göre⁸⁵⁷ burada anlatılmak istenen daha geniş bir kapsamda sözleşmede herhangi bir hususu düzenleyen şart, kayıt yahut noktadır. Buna göre TBK m.27/2 hükmünde edimin bir kısmından değil de “sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmından” bahsedilmekte olup sözleşme içeriğinin bölünebilirliği ile edimin bölünebilirliği birbirinden farklı kavramlardır ve salt edimin bölünebilir olması sözleşmenin de bölünebileceği anlamını taşımamaktadır⁸⁵⁸.

Kısmi geçersizlik yaptırımı gereği, sözleşmenin bazı hükümlerinin taraflardan birini aşırı derecede bağlamış olması (işçinin hayatı boyunca yapılan bir iş sözleşmesinde olduğu gibi) yahut taraflardan birinin borçlandığı edimin, kanunî miktarı aşırı ölçüde aşmış olması durumunda (ceza koşulunun kanuni miktardan fazla belirlenmesi durumunda olduğu gibi) sözleşme tamamen geçersiz sayılmayacaktır⁸⁵⁹.

⁸⁵³ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.310; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.60; KIRKBEŞOĞLU, s.140; ERÇOŞKUN, İçeriği Belirleme Özgürlüğü, s.718.

⁸⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn.692; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.62; KARABAĞ BULUT, s. 365 vd. Yazar, TBK m.27/2 hükmüyle “sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmının hükümsüz” olmasından söz edilmesi karşısında belirli bir hükmün de kısmen geçersiz sayılabileceğini savunmanın mümkün olmayacağını ifade etmektedir, aynı eser, s.366.

⁸⁵⁵ KIRKBEŞOĞLU, s.119 vd.

⁸⁵⁶ Konuya ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.61 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s.137; KAŞAK, s.406; KARABAĞ BULUT, s.365.

⁸⁵⁷ BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.62; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.310, s.319; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.216.

⁸⁵⁸ CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.216.

⁸⁵⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. EREN, s.382 vd.; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.216. İsviçre Hukuku’nda konuya ilişkin olarak bkz. KELLER/SCHÖBİ, s.150; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.703.

Öğretide çok uzun süreli rekabet yasağı içeren iş sözleşmesinde işveren, rekabet yasağı olmaksızın iş sözleşmesini yapmayacak idi ise, bu sözleşmenin bölünemeyen nitelikte bir sözleşme olduğu, hâkimin ağır şartlarla yapılan rekabet yasağını geçersiz sayıp iş sözleşmesini rekabet yasağını içermeyen bir sözleşme olarak ayakta tutamayacağı ifade edilmiştir⁸⁶⁰. Böyle bir durumda sözleşmenin on yıl süreli rekabet yasağı ile ayakta tutulabileceğinin kabul edilebileceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce konuyu ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır: Eğer ki iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağına ilişkin hüküm genel işlem koşulu niteliği taşıyor ise TBK m.27/2 hükmü uygulanamayacaktır. Nitekim genel işlem koşullarında içerik denetimine ilişkin TBK m.25 hükmünün gerekçesinde kısmi geçersizliğin sübjektif şartı kaldırılmıştır. Bu bağlamda işveren o hüküm olmasaydı sözleşmeyi yapamayacağı iddiasıyla sözleşmenin tamamının geçersiz olacağını ileri sürememelidir. Kaldı ki daha sonra da değineceğimiz üzere iş hukukunda hâkim olan iktisadî ve sosyal açıdan zayıf konumda olan işçinin korunması ilkesi gereği korunması amaçlanan kişinin aleyhine hükümler içeren sözleşmeyi tamamen geçersiz kılmak yerine kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması daha isabetli olacaktır. Öğretide tarafların farazî iradesine giderek sözleşmeyi bütünüyle geçersiz kılma hakkının -dürüstlük kuralının imkân verdiği ölçüde- sadece korunan tarafa tanınabileceği ifade edilmektedir⁸⁶¹. Bu bağlamda, ikinci ihtimâl ise söz konusu hükmün genel işlem koşulu niteliği taşıması durumudur. Örneğin kilit bir işçi için iş sözleşmesine ağır şartlar içeren bir rekabet yasağı maddesi konulduğu varsayımında ancak çok istisnâî bazı işler açısından, rekabet yasağının hayatî önem taşıdığı durumlarla sınırlı olarak, yasağın geçersiz sayılmasının, sözleşmenin de geçersizliği sonucunu doğurabileceğini kabul edebiliriz. Rekabet yasağı istisnai de olsa işveren için vazgeçilmez bir şart ise yani rekabet yasağı olmasaydı iş sözleşmesini yapmayacak idiyse sözleşme geçersiz olacak ve bu durumun ispatı işverenin üzerinde olacaktır⁸⁶². Bu durumun istisnai hâllerde karşımıza çıkabileceğini, iş ilişkisinin bir kira yahut ön alım ilişkisi gibi değerlendirilebilecek bir ilişki olmadığını tekrar ifade edelim⁸⁶³. Zayıf olan sözleşme tarafını korumak için getirilmiş bir norma aykırılık sözleşmenin tamamını geçersiz kılar ise bu durum normun koruma amacına

⁸⁶⁰ EREN, s.384 vd.

⁸⁶¹ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.312; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.367; EREN, s.379.

⁸⁶² MANAV Eda, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", TBB Dergisi, S.87, 2010, s.326 vd.; SOYER Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md.348-352), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s.39 vd.

⁸⁶³ Yazar ayrıca şu örneği vermektedir: A ile B arasında yapılan sözlü bir sözleşmede A, taşınmazını B'ye kiralarken, aynı zamanda ona ön alım hakkı da tanıdığı ve farazî iradesi ön alım sözleşmesi olmaksızın kira sözleşmesinin de olmayacağı yönünde ise, burada kira sözleşmesi ile ön alım sözleşmesi bölünebilir nitelik arz etmemektedir. Ön alım sözleşmesi yazılılık şartını sağlamaması sebebiyle geçersiz olacağı için kira sözleşmesi de geçersiz olacaktır. EREN, s.384.

ters düşmek anlamına gelecektir⁸⁶⁴. Bu nedenledir ki, iş hukukunda sözleşme taraflarının farazî iradesi dikkate alınmamaktadır⁸⁶⁵.

Sözleşmenin bazı bölümlerinin emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu durumda geçersiz olan bölüm yerine kanunun emredici hükmünün geçerek sözleşmenin geçerliliğinin sağlanıp sağlanamayacağı da cevaplanması gereken başka bir sorudur. Bir örnekle açıklamak gerekirse, TBK m.115 hükmünde; borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir. İşverenin işçi ile yapmış olduğu iş sözleşmesinde olası iş kazalarında ağır kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik kayıt koyması durumunda sadece bu kayıt geçersiz olacak, fakat sözleşme geçerli olarak devam edecektir. Söz konusu kaydın yerine ise TBK m.115 hükmü geçmelidir. Bu durumda bir iş kazası meydana geldiğinde, sorumsuzluk kaydına rağmen, genel hükümler uyarınca işverenin olayda kusurlu olması hâlinde ya da somut olayda kusursuz sorumluluk söz konusu olacaksa işverenin sorumluluğuna gidilmelidir⁸⁶⁶.

TBK m.27/2 hükmünde ifade edildiği üzere; *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”*. Bu bağlamda bu şart olmazsa o sözleşmenin taraflarca yapılamayacağı anlaşılırsa sözleşmenin tamamı geçersiz sayılacaktır. Öğretide bu durum kısmi hükümsüzlüğün subjektif şartı olarak ifade edilmiştir⁸⁶⁷. Bu hâlde öğretide bir görüşe göre (*objektifleştirilmiş farazi iradeler görüşü*) hâkimin mâkul ve dürüst bir kişinin, sözleşmenin kuruluşu aşamasında kısmi geçersizliği bilseydi nasıl karar verecek idiyse ise o yönde bir karar vermesi gerekecektir⁸⁶⁸. Diğer bir görüşe göre ise⁸⁶⁹ tarafların farazî iradelerinin tespitinde sözleşen tarafların amaçları ve beklentileri esas alınmalıdır (*subjektifleştirilmiş farazi iradeler görüşü*). İki aşamalı farazi iradeler görüşü olarak adlandırılan son görüş taraftarlarına⁸⁷⁰ göre ise olayların pek çoğunda sözleşmenin niteliği ve sözleşmesel menfaat dengesi, sözleşme kurulurken tarafların içinde

⁸⁶⁴ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.367.

⁸⁶⁵ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.313; SÜZEK, Geçersizlik, s.140.

⁸⁶⁶ Konuya ilişkin olarak bkz. EREN, s.383; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.708 vd.

⁸⁶⁷ EREN, s.385; KIRKBEŞOĞLU, s.189 vd.; AKKURT, s.121; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.311; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.328; KARAHASAN, s.292; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.161; KAŞAK, s.401; KARABAĞ BULUT, s.362.

⁸⁶⁸ EREN, s.385 vd.; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.101. Konuya ilişkin olarak bkz. AKBULUT, s.330.

⁸⁶⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.330; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.94; KIRKBEŞOĞLU, s.192.

⁸⁷⁰ Konuya ilişkin olarak bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.330; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.94; KIRKBEŞOĞLU, s.195; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.601; ANTALYA, s.469.

bulunduğu şartlar gibi unsurlar araştırılmaksızın sadece mâkul ve dürüst sözleşenlerin farazi iradeleri ile yetinmek isabetli bir çözüm olmayacaktır. Öğretide işe çok ihtiyaç duyan bir kadın işçinin 10 yıl içinde hamile kalmasının bir fesih sebebi oluşturacağı yönündeki sözleşme kaydını kabul etmesi durumunda, tarafların dışa yansımış iradelerini esas alan subjektif kriterlerin yeterli olmayacağı, objektif kriterlerin de değerlendirilerek kişilik haklarına aykırı sayılan bu hükmün geçersiz sayılarak boşluğun doldurulması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁷¹.

Tarafların farazi iradelerinin araştırılması bakımından esas alınacak zaman sözleşmenin kurulduğu andır⁸⁷².

Önemle belirtelim ki, geçersizliği öngören kanun hükmünün koruyucu amacından veya dürüstlük kuralından aksi anlaşılıyorsa, taraflardan birinin geçersiz sayılan hüküm olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğu yönündeki savunması dinlenmez⁸⁷³. Zira aksinin kabulü ile kişisel veya sosyo-ekonomik açıdan güçsüz olan tarafı korumak adına getirilen bir hüküm korunan taraf aleyhine hüküm ve sonuç doğurmuş olacaktır ki bu yaklaşım kabul edilemez⁸⁷⁴. İşverenin bu hükme dayanarak sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürmesi ise mümkün olmayacaktır. Zira bu iddia, dürüstlük kurallarına aykırı olduğu gibi, emredici hükmün koruma amacına da ters düşecektir⁸⁷⁵. Hükmün amacı kısmi geçersizlikten olumsuz etkilenen tarafı korumaktır⁸⁷⁶.

Yukarıda ifade edildiği üzere TBK m.27/2 hükmünün kapsamına giren durumlarda esas olan kısmi geçersizliktir. Alman Hukuku'nda ise kısmi geçersizlik §139 BGB hükmünde düzenlenmiştir ve bu hüküm Türk Hukuku'ndan farklı bir düzenleme ihtiva etmektedir. Kısmi geçersizlik (*Teilnichtigkeit*) kenar başlıklı söz konusu hükme göre, bir hukuki işlemin bir kısmının geçersiz olması hâlinde işlemin tamamı geçersizdir, meğerki geçersiz olan kısım

⁸⁷¹ KIRKBEŞOĞLU, s.196.

⁸⁷² KIRKBEŞOĞLU, s.196 vd; EREN, s.385; KARABAĞ BULUT, s.368; SOERGEL/HEFERMEHL, §139 BGB, Rn.35.

⁸⁷³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.601; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.190; EREN, s.385; KARABAĞ BULUT, s.374.

⁸⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.602; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.190 vd.; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.140; SÜZEK Sarper, *İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık*, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2012, s.89; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.367 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s.36; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.219.

⁸⁷⁵ EREN, s.383 vd; ESENER/GÜNDOĞDU, s.252; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.190 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.708 vd.

⁸⁷⁶ ESENER/GÜNDOĞDU, s.252; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368.

olmasaydı da işlemin yapılacağı varsayılın. Buna göre Alman Hukuku'nda kesin geçersizlik asıl, kısmi geçersizlik ise istisnadır⁸⁷⁷.

bbb. Kısmi Geçersizliğin Türleri

Basit kısmi geçersizlikte geçersiz olan hükümlerin yerine başka hükümler geçmemekte, o hükümler sözleşme metninden ayrılarak sözleşme geri kalan hükümleriyle devam etmektedir⁸⁷⁸. Kısmi geçersizlik hâlinde sözleşmenin geçersiz olan hükmünün yerine başka bir hükmün ikame edilmesi ve bu yolla da kısmi geçersizliğe sebep olan boşluğun doldurulması *“değiştirilmiş kısmi geçersizlik/modifizierte Teilnichtigkeit”* olarak ifade edilmektedir⁸⁷⁹. Değiştirilmiş kısmi geçersizlik söz konusu olduğunda geçersiz hükmün yerine ikame edilecek hükmün kaynağı kanun ya da tarafların farazî iradeleri olacaktır⁸⁸⁰. Örneğin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.36 hükmüne göre; *“Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır”*. Bu hükümle doğrudan doğruya kanuni bir değiştirilmiş kısmi geçersizlik hâli düzenlenmiştir⁸⁸¹. Bu durumda esasen kanun zayıf olanı koruyan düzenlemelere aykırılık hâlinde, tarafların aksi yöndeki farazî iradeleri ile ilgilenmeksizin, geçersiz kısmi değiştirerek yerine konulacak ikame hükmü belirlemiştir⁸⁸². İş sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerin süresinin TMK m.23/2 hükmüne⁸⁸³ aykırı olarak belirlenmesi durumunda da öğretide değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği ve boşluğun tarafların farazi iradelerine göre doldurularak sözleşmenin ayakta kalmasının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁸⁴.

⁸⁷⁷ Alman Hukuku'nda kısmi geçersizliğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.254; **KAŞAK**, s.398; **KIRKBEŞOĞLU**, s.91 vd., s.136 vd., s.238; **SOERGEL/HEFERMEHL**, §139, Rn.1 vd.; **BROX/WALKER**, §15, Rn.1; **MüKoBGB/BUSCHE**, §139, Rn.1 vd.

⁸⁷⁸ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.315; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.338.

⁸⁷⁹ **OĞUZMAN/BARLAS**, s.229; **ANTALYA**, s.467; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.53; **ÜNAL**, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.217; **KIRKBEŞOĞLU**, s.47 ve s.209; **NOMER**, s.68; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.316; **CİVAN**, *Kısmi Geçersizlik*, s.223; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.288; **ŞEKER**, s.90; **KOCAYUSUFPİŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.604; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.26.

⁸⁸⁰ **KIRKBEŞOĞLU**, s.210; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.316; **ANTALYA**, s.467; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.339.

⁸⁸¹ **KIRKBEŞOĞLU**, s.210. Ayrıca bkz. **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.28; **AKYİĞİT** Ercan, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.348; **AKTAY** Ahmet Nizamettin/**ÖZDEMİR ERTÜRK** Olgu, Toplu İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.198. Ayrıca bkz. **TUNCAY A. Can/SAVAŞ KUTSAL** Burcu/**BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, Toplu İş Hukuku, 8.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.304.

⁸⁸² **KIRKBEŞOĞLU**, s.212.

⁸⁸³ Söz konusu madde uyarınca; *“Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz”*.

⁸⁸⁴ **KIRKBEŞOĞLU**, s.330 vd. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **BUCHER**, OR, s.267 vd.

Kısmi geçersizlik hâlinde geriye kalan ve geçerli olan hükümlerden bazılarının geçersiz sayılan hüküm olmaksızın taraflarca kabul edilemeyeceği söylenebiliyor ise, geçersiz hükümle birlikte bu hükümlerin de geçersiz sayılacağı ve sözleşmenin geriye kalan hükümlerle varlığını koruyacağını kabul edilmesine ise “*genişletilmiş kısmi geçersizlik*” denilmektedir⁸⁸⁵. Değiştirilmiş kısmi geçersizlik sonucu oluşan boşluğun emredici ve tamamlayıcı hükümlerle doldurulacağını, bu yönde bir düzenleme bulunmadığı takdirde tarafların ortak farazî iradelerinin dikkate alınacağını yukarıda belirtmiştik. Bu noktada ifade edelim ki, hâkim tarafların ortak farazî iradelerinden, sözleşmenin diğer kısımlarının da geçersiz kılınmasına yahut içeriğinin değiştirilerek ayakta kalmasına kanaat getirirse genişletilmiş kısmi geçersizlik yaptırımının da değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımı ile bir arada bulunabileceği öğretide kabul edilmektedir⁸⁸⁶. Bununla beraber öğretide sözleşme boşluğunun emredici yahut tamamlayıcı hükümler yoluyla doldurulması hâlinde genişletilmiş kısmi geçersizlik ile değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımının bir arada bulunup bulunmayacağı sorusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Hâkim görüş⁸⁸⁷ bu soruya olumsuz cevap vermekte iken, bunun aksini savunan yani sözleşmedeki boşluğun emredici yahut tamamlayıcı hükümler ile doldurulması hâlinde de değiştirilmiş kısmi geçersizlik ile genişletilmiş kısmi geçersizliğin bir arada bulunabileceğini savunan yazarlar⁸⁸⁸ da bulunmaktadır.

“*Geçerliliği koruyan indirgeme/Geltungserhaltende Reduktion*” olarak adlandırılan ayrıca “*düşey kısmi geçersizlik*” olarak da ifade edilen yaptırım türü ise kanunda emredici olarak alt ve üst sınırların belirlendiği yahut hâkime kanunda belirtilen sınırları indirme, yükseltme, sınırlama hakkında takdir yetkisinin tanındığı durumlarda gündeme gelmektedir⁸⁸⁹. İfade edelim ki düşey kısmi geçersizlik yaptırımı kanunda bir alt sınırın belirlendiği durumlar bakımından da uygulanabilecek bir yaptırım türüdür⁸⁹⁰. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse işçilere en az asgari ücret verilmesi gerekmekte olup aksi takdirde söz konusu ücretin asgari ücrete yükseltilmesi gerekecektir⁸⁹¹. Taraflarca yıllık izin sürelerinin kanunda öngörülenden

⁸⁸⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s.230; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.606; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.152; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.294; ŞEKER, s.90; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.317; ANTALYA, s.468.

⁸⁸⁶ KIRKBEŞOĞLU, s.216; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.356; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, “*Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler*”, Selim Kaneti’ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul, 1996, s.33.

⁸⁸⁷ BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.174; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmi Hükümsüzlük, s.33.

⁸⁸⁸ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.356; KIRKBEŞOĞLU, s.216 vd.

⁸⁸⁹ KIRKBEŞOĞLU, s.37 vd. ve s. 219; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.349; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.285.

⁸⁹⁰ KIRKBEŞOĞLU, s.334.

⁸⁹¹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318.

daha kısa kararlaştırılması yahut fazla mesailer hariç haftada kırk sekiz saat çalışılacağıının öngörülmesi durumunda yasal sınırlar uygulanacaktır⁸⁹².

ccc. Kısmi Geçersizlik Yaptırımının Sonuçları

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kısmi geçersizlik hâlinde, sözleşmenin sakat olmayan kısımları herhangi bir değişikliğe uğramadan geçerliliğini korumakta, bu da sözleşme lehine yorum ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şarta bağlı hukukî işlemler bakımından ise kısmi geçersizlik yaptırımının nasıl olacağı, daha doğru bir ifade ile şarta bağlı hukuki işlemlerde kısmi geçersizliğin uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur. Öğretide bir görüş şarta bağlı işlemler bakımından kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanamayacağını savunmaktadır⁸⁹³. Bir diğer görüş ise⁸⁹⁴, geciktirici şarta bağlı işlemler bakımından kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanamayacağını, buna karşılık bozucu şart bakımından ise aynı sonuca varılamayacağını ifade etmektedir. Öğretide konuya ilişkin verilen örnek şu şekildedir: Evli bir kadın işçinin hamile kalmaması bozucu şartına bağlı olarak bir iş sözleşmesinin imzalanması durumunda, iş sözleşmesinin ifa edilmesinden sonra kadın işçinin hamile kalması ihtimâlinde ahlâka aykırı bu bozucu şartın gerçekleşmesi sebebi ile sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuracak ve işçinin mağduriyetine sebebiyet verecektir⁸⁹⁵.

İrade sakatlıklarının sözleşmenin bir kısmına ilişkin olması hâlinde de kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanabileceği öğretide kabul edilmektedir⁸⁹⁶.

⁸⁹² CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318.

⁸⁹³ HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, s. 192 vd.; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, 218 vd.

⁸⁹⁴ PULAŞLI Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1989, s.133. Taraf menfaatleri, işin niteliği ve sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurması gibi özellikler dikkate alınarak şarta bağlı işlemler bakımından da kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanmasının mümkün olabileceği yönünde bkz. KIRKBEŞOĞLU, s.340 vd.

⁸⁹⁵ PULAŞLI, s.133 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s.340 vd.

⁸⁹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 453 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.445; NOMER, s.99; KÜRŞAT Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 2003, s.89; KIRKBEŞOĞLU, s.344.

c. İptal Edilebilirlik

aa. İptal Hakkının Hukuki Niteliği

İptal hakkı, tek taraflı, karşı tarafa ulaştırılması gereken bir irade beyanıdır. Öğretide iptal kavramı yerine “nispi butlan” kavramı da kullanılmaktadır⁸⁹⁷. Zira iptal hakkını sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin kullanması mümkün değildir⁸⁹⁸. Bu hak bozucu yenilik doğuran bir hak olup şarta bağlanamaz ve hukuki niteliği itibari ile itiraz değil def’idir⁸⁹⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nda irade bozukluğunun giderilmesine ilişkin 39. madde ve aşırı yararlanmaya ilişkin 27. madde hükümlerinde iptal kavramı yerine “sözleşme ile bağlı olmama” ifadesi kullanılmıştır. Bu bağlamda irade sakatlığı hâlleri (yanılma, aldatma, korkutma) ve aşırı yararlanma (gabin) iptal yaptırımına sebep olabilecek geçersizlik hâllerindendir.⁹⁰⁰ Alman ve İsviçre Hukuku’nda iptal edilebilirlik kavramı “*Anfechtbarkeit*” olarak ifade edilmektedir⁹⁰¹.

bb. İptal Hakkının Kullanılması

İptal hakkı (*Anfechtungsrecht*) taraflara tanınmıştır ve bu hakkın ileri sürülmesi de zaman bakımından sınırlandırılmıştır. Öngörülen süre içinde bu hakkın kullanılmaması hâlinde daha sonra ileri sürülmesi mümkün değildir, bu durum hâkim tarafından re’sen dikkate alınmaz⁹⁰². Zira iptal hakkı hukuki niteliği itibariyle itiraz değil def’i hakkıdır⁹⁰³.

Türk Borçlar Kanunu’nun 39. maddesine göre; “*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı*

⁸⁹⁷ GÜRAL, s.45.

⁸⁹⁸ EREN, s.388; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.179; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.589; DURAL/SARI, s.228.

⁸⁹⁹ EREN, s.388. Ayrıca bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s.231; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.179; OKUMUŞ, s.165; AKKURT, s.125; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.43; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.157. Ayrıca bkz. BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, s.721.

⁹⁰⁰ Konuya ilişkin bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.136.

⁹⁰¹ Alman Hukuku için bkz. BROX/WALKER, §17, Rn.15 vd.; WALTERMANN, §9, Rn.170 vd.; JUNKER, Arbeitsrecht, s.105; SCHAUB/LINCK, §34, Rn.23. İsviçre Hukuku için bkz. KELLER/SCHÖBİ, s.153; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.290.

⁹⁰² EREN, s.388, s.466; KANIŞLI, s.550. Ayrıca bkz. BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.22 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn. 891; HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit* s.22. Yanılan tarafından iptal hakkının kullanılmadığı sürede, hâkimin re’sen irade sakatlığını dava dosyasından anladığı kadarıyla dikkate alıp alamayacağı hususunda öğretideki görüş farklılıkları için bkz. KANIŞLI, s.548 vd.

⁹⁰³ EREN, s.388.

*olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır*⁹⁰⁴. Yine aşırı yararlanma durumunda, *“zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir”*.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, iptal hakkı herkes tarafından değil, bizzat sözleşmenin tarafınca kullanılmalıdır. Bu bağlamda örneğin iradesi sakatlanan kişi sözleşmeyi iptal edebilir iken üçüncü kişilerin bunu ileri sürebilme imkânı bulunmamaktadır⁹⁰⁵.

cc.İptal Hakkının Kullanılmasının Hukuki Sonuçları

Öğretide bir kısım yazar aldatma, yanıltma yahut korkutma sebebi ile iradesi sakatlanan kişinin söz konusu hukuki işlemle *baştan itibaren bağlı olmayacağını* ifade etmektedir (*geçersizlik görüşü*)⁹⁰⁶. Fakat, bu kişi bir yıl içinde söz konusu hukuki işlemle bağlı olmadığını açıklamaz ise işlemle bağlı hâle gelecek, iptal hakkının kullanılması ihtimalinde ise hukuki işlem baştan itibaren kesin olarak geçersiz olacaktır. Bu durumda *“düzelebilir geçersizlik”* hâli mevcuttur⁹⁰⁷.

Öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız başka bir görüş olan iptal teorisine göre ise bu durumda kişi *geçerli sözleşmeyi* hak düşürücü süre içinde iptal edebilir⁹⁰⁸. İptal edilebilir bir anlaşma iptal hakkının kullanılmadığı müddetçe geçerli bir anlaşma olarak varlığını korur⁹⁰⁹. Fakat iptal hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme baştan itibaren geçersiz kabul edilecektir⁹¹⁰. Bu durum ise *“bozulabilir geçerlilik”* olarak ifade edilmektedir⁹¹¹.

İptal hakkının kullanılması ile birlikte hukuki ilişki geçersiz olup, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve iptal edilmiş bir sözleşme kesin geçersiz bir sözleşme gibi olur⁹¹². Önemle ifade edelim ki, iş sözleşmelerinde olduğu gibi sürekli edim içeren sözleşmeler bakımından

⁹⁰⁴ Öğretide *Eren*, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin onanmasından bahsedilemeyeceğinden hareketle onama sözcüğünü doğru bulmamakta, burada “iptal hakkından feragat” deyiminin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. **EREN**, s.466.

⁹⁰⁵ **TÜRKMEN**, s.1070.

⁹⁰⁶ **NOMER**, s.73; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.102 vd.; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.142; **KÜRŞAT**, Hile, s.65; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.589 vd.

⁹⁰⁷ **HELVACI/ERLÜLE**, s.39; **ANTALYA/TOPUZ**, s.186; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.231, dn.364; **NOMER**, s.73; **AKKURT**, s.125; **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.81.

⁹⁰⁸ **EREN**, s.387; **KANIŞLI**, s.529.

⁹⁰⁹ **EREN**, s.459; **ANTALYA**, s.204 vd.; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.269; **KANIŞLI**, s.533; **OKUMUŞ**, s.165; **VON TUHR**, s.297; **KELLER/SCHÖBİ**, s.162; **HUGUENIN**, OR, Rn.574.

⁹¹⁰ **VON TUHR**, s.297.

⁹¹¹ **HELVACI/ERLÜLE**, s.40; **ANTALYA/TOPUZ**, s.218 vd.

⁹¹² **EREN**, s.388, s.464; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.22.

iptalin geçmişe etkili olması, âdil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Zira ifa edilen edimlerin iadesine yönelik işlemler kimi zaman imkânsız ve dürüstlük kuralına aykırı olacaktır⁹¹³.

İptal, iptal beyanının karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğurur ve bu beyan geçerliliği yönünden herhangi bir şekle tâbi değildir⁹¹⁴.

d. Noksanlık

Noksanlık yahut askıda geçersizlik, hukuki işlemin tamamlayıcı unsurlarının eksikliği hâlinde uygulanan bir yaptırım türüdür⁹¹⁵.

Hukuki işlemin bazı geçerlilik koşullarının sonradan tamamlanması mümkün olabilir. Bu durumda sonradan gerçekleşen unsur, başlangıçtaki eksikliğin tamamlanmasını sağlıyor ise hukuki işlem baştan itibaren geçerli olur⁹¹⁶. İşlemdeki eksikliğin tamamlanıp tamamlanmayacağını belli olmadığı dönem için ise bu işlem askıda geçersiz (*schwebende Unwirksamkeit*) sayılacaktır.⁹¹⁷ Örneğin sınırlı ehliyetlilerin kanuni temsilcilerinin iznini almadan yaptıkları işlemlerde askıda geçersizlik hâli gündeme gelmektedir. Bu sözleşme kanuni temsilcinin onayına kadar eksik bir sözleşmedir, fakat onayla birlikte sözleşme tamamlanarak başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur⁹¹⁸. Yetkisiz temsil durumunda da temsil olunan kişinin işleme onay vermesi hâlinde, işlem baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Zira TBK m.46 uyarınca; “*Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa bu işlem ancak onandığı takdirde temsil olunanı bağlar*”.

⁹¹³EREN, s.465; KANIŞLI, s.578 vd. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.297; CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.267; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.444; NOMER, s.122; ÖZER, s.268 vd.; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.173. Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. BROX/WALKER, §18, Rn.50; JUNKER Abbo, Fälle zum Arbeitsrecht, Juristische Fall-Lösungen, Verlag C.H. Beck, München, 2005, s.49; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.201; NK-GA/MESTWERDT, §611 BGB, Rn.439. İsviçre Hukuku’nda aynı yönde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.942; BK-SCHMIDLIN, Art.31 OR, Rn.105; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 25, Rn.6; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.313; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 39.25; KELLER/SCHÖBI, Band I, s.278; HUGUENIN, OR, Rn.585.

⁹¹⁴EREN, s.388.

⁹¹⁵ANTALYA/TOPUZ, s.221; HELVACI/ERLÜLE, s.40; ESENER/DEMİR, s.249; OĞUZMAN/BARLAS, s.233; ESENER/GÜNDOĞDU, s.241; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.595; ATASOY, s.190; DURAL/SARI, s.229; ERCOŞKUN ŞENOL, s.189; ANTALYA, s.213.

⁹¹⁶EREN, s.376; OĞUZMAN/BARLAS, s.233; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.21.

⁹¹⁷ERMAN, Medeni Hukuk, s.82; EREN, s.376; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.595; OĞUZMAN/BARLAS, s.233; KÖHLER, §15, Rn.21.

⁹¹⁸EREN, s.376; OĞUZMAN/BARLAS, s.233 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.596; ATASOY, s.190; DURAL/SARI, s.230; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.21; ERCOŞKUN ŞENOL, s.190; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.10; TUTAR, s.109; ERMAN, Medeni Hukuk, s.82; KÖHLER, §15, Rn.21.

Yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemler bakımından da askıda geçersizlik hâli söz konusudur.

D. Geçersizlik Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

1. Geçersizlik ile Fesih Kavramının Ayırt Edilmesi

Fesih, geçerli olarak kurulan sürekli bir sözleşme ilişkisinin ileri etkili olarak sona erdirilmesi demektir. Fesih bozucu yenilik doğuran bir hak olup, ister olağanüstü (derhâl) ister olağan (sürelî) fesih olsun hüküm ve sonuçlarını muhatabın hâkimiyet alanına ulaştığı anda ileriye etkili olarak doğurur⁹¹⁹. Sözleşme ilişkisinin feshedilmesi ya tarafların bu konudaki bir anlaşması ile yahut kanun hükmünden doğmaktadır⁹²⁰.

Fesih durumunda geçersizlik yaptırımında olduğu gibi sözleşmenin geçerlilik koşullarında herhangi bir eksiklik bulunmamaktadır. Fesih hâlinde sonradan ortaya çıkan bir sebep söz konusudur⁹²¹. Bunun dışında iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerde –iş güvencesi kapsamına girmeyen iş sözleşmeleri açısından- sözleşmeye aykırı bir davranış söz konusu olmadan da fesih gündeme gelebilmektedir.

2. Geçersizlik ile Sözleşmeden Dönme Kavramının Ayırt Edilmesi

Klâsik görüşe göre, sözleşmeden dönme kavramı, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir sebeple kural olarak geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir⁹²². Yeni dönme görüşüne göre ise dönme, sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmamakta, geleceğe etkili olarak henüz ifa edilmemiş edimleri sona erdirmektedir⁹²³. Dönmenin doğuracağı ilk sonuç, hak sahibini borçtan kurtarma etkisi, diğer sonuç ise teslim alınan edim konusu şeyi geri verme etkisidir⁹²⁴.

Dönme, bir sözleşme yapılırken ileride tarafların bu sözleşmeden dönme haklarını saklı tutmaları (iradi dönme) şeklinde olabileceği gibi temerrüt hâlinde diğer tarafa tanınan dönme

⁹¹⁹ EREN, s.1410; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.476; SÜZEK, İş Hukuku, s.538 vd.; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.378 vd.; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.229.

⁹²⁰ EREN, s.1410.

⁹²¹ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.138; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.14.

⁹²² ULUSAN İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s.74; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.138; SELİÇİ, s.209; SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.42 vd.; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.158; EREN, s.1410.

⁹²³ EREN, s.1411.

⁹²⁴ EREN, s.1412.

hakkında olduğu gibi kanuni bir düzenlemeye (kanuni dönme) dayanarak da gündeme gelebilir⁹²⁵.

Fesih, sürekli edimin ifasına geçilmiş sürekli sözleşme ilişkilerinde söz konusu olurken dönme sürekli sözleşme ilişkilerinde kural olarak ancak sürekli edimin ifasına geçilmeden evvel edim yükümünden kurtarıcı bir etkiyle işlerlik gücü kazanabilir⁹²⁶.

⁹²⁵ **EREN**, s.141.

⁹²⁶ **SEROZAN**, Sözleşmeden Dönme, s.120.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

I. İş Sözleşmesinde Tarafların Ehliyeti

A. Genel Bilgi

İşçi ve işverenin karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanı ile kurulan iş sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için her sözleşmede olduğu gibi tarafların bu sözleşmeyi yapmak hususunda ehil olması gerekir. Bu bağlamda iş sözleşmesi yapma ehliyetinin genel olarak hukuki işlem ehliyetinden ayrılan bir yönü bulunmamaktadır.

Tarafların ehliyeti bakımından medeni hukukun ehliyetle ilişkin düzenlemeleri önem arz etmektedir. Bu bakımdan taraflarca iş sözleşmesi kurulabilmesi konusunda tarafların tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsiz olup olmamalarına göre farklı değerlendirmeler yapmak gerekecektir.

İş Kanunu m.2/1 uyarınca; sözleşmenin işçi tarafı sadece gerçek kişi olabilecek iken, işveren tarafı ise hem gerçek hem de tüzel kişi yahut tüzel kişiliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları olabilir. Bu nedenle iş sözleşmesinde işçi tarafının ehliyeti meselesi gerçek kişi açısından değerlendirilecektir. İş sözleşmesi işverenin tüzel kişi olması ihtimâlinde bu tüzel kişinin yetkili organı tarafından yahut yetkili işveren vekili tarafından yapılabilir⁹²⁷. TMK m.49 hükmü uyarınca; tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanacaklardır. Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanacak ve organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokabileceklerdir (TMK m.50/1, 2).

⁹²⁷ Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık bakımından Yargıtay'ın 2018 yılında verdiği bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Bu nedenle adi ortaklığa karşı açılan dava, diğer ortakların tümüne karşı yöneltilmiş demektir. Başka bir anlatımla, aktif ve pasif taraf ehliyeti tüm ortaklara aittir. Bu açıdan ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Adi ortaklık, adına üçüncü kişiler aleyhine açılacak davaların bütün ortaklar tarafından açılması gerekir. Keza, bir ortağın diğer ortak veya ortaklar aleyhine açtığı davada da tüm ortaklar davaya dahil edilmelidir. Somut olayda; davanın asıl işveren sıfatına sahip adi ortaklığı oluşturan şirketlerin tamamına yöneltilerek, adi ortaklığı oluşturan tüm şirketlerin tazminattan sorumluluklarına karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile adi şirket ortaklığının sorumluluğuna karar verilmesi doğru olmamıştır. Adi ortaklığı oluşturan tüm şirketlere dava dilekçesinin tebliği ile taraf teşkili sağlandıktan sonra her bir şirketin sorumluluğuna karar verilmelidir". Yarg. 10. H.D., 8.11.2018, E.2018/5288, K.2018/9142, <https://legalbank.net/>

Kendisine iş sözleşmesi yapma yetkisi verilen işveren vekilleri iş sözleşmesi yapabilecekse de “*Yetkisiz Temsil*” kenar başlıklı Türk Borçlar Kanunu’nun 46. maddesi uyarınca; bir kimsenin yetkisi olmaksızın temsilci olarak bir hukuki işlemi yapması hâlinde söz konusu işlem onandığı takdirde temsil olunanı bağlayacağını belirtelim. Bu hâlde yetkisiz bir işveren vekilinin iş sözleşmesi yapması hâlinde, bu sözleşme işveren tarafından onaylanırsa geçerli hâle gelecektir⁹²⁸.

Yargıtay’a yansımış eski tarihli bir kararda⁹²⁹ davalı banka şube müdürünün, davacıyı bankada sınav açılmak suretiyle işe alarak fiilen çalışmaya başladığı ifade edilmiş, sonrasında çıkan uyuşmazlıkta Yargıtay Genel Kurulu ortada bir iş sözleşmesi bulunmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay’a göre iş sözleşmesinin kurulması kural olarak yazılı şekle tâbi olmasa da bu durum her türlü fiili çalışmanın iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Söz konusu olayda işçi, işe almaya yetkili işveren yahut işveren vekili tarafından işe alınmamıştır. Belirtilen yetkiyi haiz olmayan banka şube müdürünün davacıyı bir süre çalıştırmış olması taraflar arasında iş sözleşmesinin kurulduğunu göstermez. Belirtelim ki, söz konusu karar öğretilerde eleştirilmiştir⁹³⁰. Öğretilerde *Akyiğit*’e göre⁹³¹, banka şube müdürleri o işyerinin en yetkili kişisidir ve bu kişilerin aynı zamanda ticari temsilcisi niteliği bulunmaktadır. Bu nedenle yazar, yetkisi sınırlanmış olsa dâhi banka şube müdürlerinin o bankaya işçi alınması konusunda iş sözleşmesi imzalayabilecekleri görüşündedir. Yazar buna karşılık bu kişilerin ikinci bir müdür alınması örneğinde olduğu gibi kendi yetkilerini haiz bir statüye ise işçi alamayacağını ifade etmektedir. Fakat bankada çay servisi yapmak üzere bir kişi ile iş sözleşmesi imzalanmasında bir sakınca bulunmadığını belirtmektedir. Öğretilerde *Narmanlioğlu* da ayrı ve açık bir düzenleme ile aksi öngörülmediği takdirde, işyerinde işi sevk ve idare eden işveren vekillerinin iş sözleşmesi yapma yetkisinin bulunmadığını söylemenin güç olduğunu ifade etmektedir⁹³².

Konuya ilişkin kanaatimizi şu şekilde açıklayabiliriz: İşçiyi işe alma yetkisi kural olarak işverende olmakla birlikte işveren tarafından işe alma konusunda yetkilendirilmiş işveren vekili de iş sözleşmesi imzalama yetkisine sahiptir. Fakat böyle bir durum söz konusu değilse kanaatimizce TBK m.46 hükmü esas alınmalıdır. Söz konusu hükme göre, yetkisiz kişinin

⁹²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.323; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.492.

⁹²⁹ YHGK, 19.03.1986, E.1984/555, K.1986/251, <https://www.lexpera.com.tr/> GÜNAY, s.378; NARMANLIOĞLU, 1986 Yılı Karar Değerlendirme, s.6.

⁹³⁰ NARMANLIOĞLU, 1986 Yılı Karar Değerlendirme, s.6 vd.; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.14 vd.

⁹³¹ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.14 vd.

⁹³² NARMANLIOĞLU, 1986 Yılı Karar Değerlendirme, s.6 vd.

yapmış olduğu sözleşme ancak temsil olunanın onaması hâlinde kendisini bağlamaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere⁹³³, noksanlık yahut askıda geçersizlik olarak ifade edilen geçersizlik türünde, hukuki işlemin tamamlayıcı unsurlarının eksikliği söz konusu olmakta⁹³⁴ ve işlemdeki eksikliğin tamamlanıp tamamlanmayacağına belli olmadığı dönem için bu işlem askıda geçersiz olarak kabul edilmektedir⁹³⁵. İşçiye işe almaya yetkisi bulunmayan işveren vekili tarafından işçinin işe alınması ve sonradan işverenin bu duruma onay vermesi hâlinde ise iş sözleşmesi temsilci aracılığıyla kurulmuş olacaktır⁹³⁶. Sorun işverenin söz konusu işleme icazet vermemesi halinde ortaya çıkacaktır. Bu durumda sözleşmenin geçersizliği sonucuna varılıp varılamayacağı üzerinde durulması gereken bir sorundur. Kanaatimize göre, işçi bu işyerinde çalışmaya devam etmiş, bu çalışma sonucunda işçiye ücreti de ödenmişse artık işverence söz konusu sözleşmeye zımnen icazet verildiği kabul edilmeli ve işçinin bu işleme olan haklı güveni korunmalıdır. Bir diğer deyişle bu durum iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. İfade edelim ki, güven teorisinin haklı gösterebileceği bazı istisnai hâller bakımından da yetkisiz temsilci tarafından yapılan hukuki işlemler, adına hareket edilen kimse için bağlayıcı olabilmektedir⁹³⁷. Bu nedenle iş sözleşmesi imzalayan işveren vekilinin bu yetkiyi haiz olup olmadığını bilecek ve araştırarak durumda olmayan ve sınavla işe alınıp çalışmaya başlayan işçinin güveni korunmalıdır. Kaldı ki işverenin işçiye ücret ödemesi işverenin zımnen de olsa bu işleme icazet verdiği anlamına da gelmeli ve iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülememelidir düşüncesindeyiz⁹³⁸.

Daha önce belirttiğimiz üzere⁹³⁹ aralarındaki ilişki aile yardımlaşması yahut hatır olarak değerlendirilmediği sürece eşler arasında yahut ana-baba ve çocuk arasında da iş ilişkisi kurulabilir. Bu nedenle somut olaya göre değerlendirme yapılmalı ve iş sözleşmesinin unsurlarının varlığı hâlinde taraflar arasında akrabalık ilişkisi de olsa bu durum iş sözleşmesinin varlığına engel teşkil etmemelidir.

Yine ifade edelim ki, eşlerden biri diğerinin iznine ihtiyaç duymadan işçi veya işveren tarafı olmak fark etmeksizin iş sözleşmesi imzalayabilirler. Fakat eş, iş ve meslek seçiminde ve

⁹³³ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, C, 2, d.

⁹³⁴ **ANTALYA/TOPUZ**, s.221 vd.; **HELVACI/ERLÜLE**, s.40; **ESENER/DEMİR**, s.249; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.233; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.241; **ATASOY**, s.190; **DURAL/SARI**, s.229; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.595.

⁹³⁵ **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.82; **EREN**, s.376; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.595; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.233.

⁹³⁶ **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.17.

⁹³⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.207.

⁹³⁸ **NARMANLIOĞLU**, 1986 Yılı Karar Değerlendirme, s.7.

⁹³⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, I, C, 2.

bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararını gözetmelidir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun "Eşlerin meslek ve işi" kenar başlıklı 192. madde hükmüne göre, "Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur"⁹⁴⁰. Bu durumda eşlerden her ikisi bakımından da kural izin alma zorunluluğunun bulunmaması olmakla birlikte, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı gözetileceğinden iş sözleşmesi ile ifa edilecek işin niteliği önem taşımaktadır⁹⁴¹. Buna göre örneğin eşlerden biri mesleğini yahut çalışma yerini değiştirmeye yönelik bir karar aldığı zaman hem ailenin menfaatini hem de diğer eşin çıkarını gözetmek zorunda olacaktır⁹⁴². Bu durum esasen aile hukuku bakımından önem taşımakta olup işveren açısından bir yükümlülük doğurmaz.

Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden evvel, eski Medeni Kanun'un m.159 hükmü uyarınca, evli bir kadının, iş sözleşmesi ile çalışabilmesi için kocasından izin alması gerekli idi⁹⁴³. Anayasa Mahkemesi şu gerekçelerle söz konusu Kanun hükmünü Anayasa m.49 hükmüne aykırı bulmuştur⁹⁴⁴: "Kadının, tıpkı erkek gibi mesleğini ve işini özgürce seçmekte, topluma yarar getiren etkinliklerde bulunmaya hakkı vardır. Anayasa'nın 12. maddesinde göre kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki çalışma hak ve özgürlüğü, evli

⁹⁴⁰ Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, söz konusu madde İsviçre Medeni Kanunu'nun 167. maddesi göz önünde tutulmak suretiyle kaleme alınmıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme'de kadınların serbestçe çalışma ve meslek edinme özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir. Nitekim, kadının bir meslek ve sanatla iştigal etmesinin kocasının iznine tâbi olduğuna ilişkin yürürlükteki Kanun'un 159. Maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Maddeyle Sözleşme hükümleri de göz önünde tutulmak suretiyle, sadece kadının değil her iki eşin de meslek veya iş seçiminde diğer eşin iznini almak zorunda olmadığı kabul edilmiştir. <http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-192>

⁹⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.494.

⁹⁴² UÇAR Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", AÜHFD, C.VI, S.1-4, Y.2022, s.319.

⁹⁴³ Söz konusu kanun hükmüne göre;

"Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zimnen müsaadesi ile bir iş veya sanatla iştigal edebilir.

Kocanın izinden imtinaı halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin, hâkim tarafından verilebilir.

Koca, karısının bir iş veya sanat ile iştigalden men ettiği takdirde keyfiyet kâtibiâdil marifetiyle ilân edilmedikçe, hüsniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez".

Söz konusu kanun hükmünün evli kadının sözleşme yapma ehliyetini sınırlamadığı, kocasının yasaklamasına rağmen kadının imzaladığı iş sözleşmesinin yine de geçerli olacağı yönünde bkz. TUNÇOMAĞ Kenan, İş Hukuku, Cilt I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul, 1986, s.143. Yazar aynı yönde Yargıtay kararına da atıf yapmıştır. Yarg. 4. H.D., 26.11.1965, RKD 1967/3, s.88. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.120.

⁹⁴⁴AYM, 29.11.1990, E.1990/30, K.1990/31 (RG 02.07.1992, No:21272).

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1990-31-nrm.pdf>

kadının da temel haklarından biridir. Kocanın sahip olduğu çalışma hak ve özgürlüğü ile aralarında hiçbir hukuksal fark ve ayrıcalık yoktur...”

Şunu da ekleyelim ki, kural iş sözleşmesinin doğrudan doğruya kurulması olsa da bazı durumlarda iş sözleşmesi, önceden akdedilmiş olan başka bir sözleşmeye istinaden de kurulabilir⁹⁴⁵. İş Kanunu m.16 hükmüne göre; “Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir”. Kanun’a göre bu durumda, takıma dâhil işçilerin her birinin işe başlaması ile birlikte sözleşme işveren ile o işçi arasında doğrudan doğruya yapılmış sayılacaktır. Bu durumda, takım kılavuzu ile takımı teşkil eden diğer işçiler bakımından da aşağıda sözünü edeceğimiz ehliyeteye ilişkin kuralların uygulanması gerekecektir⁹⁴⁶.

Alman Hukuku’nda §104 BGB uyarınca, yedi yaşını doldurmamış olanlar ve iradelerinin özgürce belirlenmesini engelleyen akıl hastalığı bulunanlar kendi irade beyanı ile yasal işlemleri etkin bir biçimde yürütebilme kabiliyetine sahip değildirler. §105 BGB uyarınca ise, hukuken ehliyetsiz olan bu kişilerin irade beyanları geçersizdir. Bu bağlamda Alman Hukuku’nda, Türk Hukuku’ndan farklı olarak ayırt etme gücüne sahip olma yönünden bir yaş sınırının öngörülmüş olduğunu ifade edebiliriz. Bilinç kaybı yahut zihinsel aktivitedeki geçici rahatsızlık durumunda yapılan irade açıklaması hukuken geçersizdir. §106 BGB hükmü uyarınca, yedi yaşına ulaşmış bir çocuk, Kanun’un 107⁹⁴⁷ ile 113. maddeleri uyarınca sınırlı bir ehliyeteye sahiptir.

Bu temel medeni hukuk ilkeleri dışında konumuz bağlamında iş hukuku açısından önem arz eden §112 ve §113 BGB hükümlerine de değinmek faydalı olacaktır. Reşit olmayan işverene ilişkin düzenleme içeren §112 hükmü uyarınca, kanuni temsilci aile mahkemesinin onayı ile reşit olmayan birini, bir ticari işletmeyi yahut işi bağımsız olarak yürütmek konusunda yetkilendirebilir. Bu durumda reşit olmayan kişi söz konusu işin gerektirdiği hukuki işlemler

⁹⁴⁵ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.186.

⁹⁴⁶ İZVEREN Adil, İş Hukuku (I, II, III), Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974, s.101. Belirtelim ki, takım sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Konuya ilişkin başlıca görüşler bunun “üçüncü kişinin fiilini taahhüt”, “yetkisiz temsil”, “yetkili doğrudan temsil” olduğu yönündedir. Tunçomağ/Centel, takım sözleşmesinin bu kavramların karşılığı olmadığı, iş sözleşmesi ve başkasının edimini taahhüt sözleşmesi olmak üzere iki sözleşmeden oluşan “birleşik sözleşme” olduğu görüşündedir. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.79; TUNÇOMAĞ Kenan, “Takım Sözleşmesi”, İÜHFD, C.36, S.1-4, 1970, s.320; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.255 vd.

⁹⁴⁷ Söz konusu maddeye göre reşit olmayanların kendilerine hukuki bir menfaat sağlamayan irade beyanında bulunabilmeleri için yasal temsilcilerinin rızası gerekmektedir.

bakımından ehil olacaktır. Yetkilendirme sadece temsilci tarafından aile mahkemesinin onayı ile geri alınabilir.

§113 BGB hükmü ise reşit olmayan işçiyi düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, yasal temsilcinin küçüğü bir hizmete girmek konusunda yetkilendirmesi-izin vermesi durumunda küçük, sözleşme yapma yahut sözleşmeyi sonlandırma, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda yasal olarak ehil kabul edilir. Aile mahkemesinin onayına ihtiyaç duyulan sözleşmeler ise hariçtir. Bu konudaki yetkilendirme, yasal temsilci tarafından geri alınabilir yahut kısıtlanabilir. Yasal temsilcinin vasi olması hâlinde, vasi tarafından reddedilen izin, küçüğün talebi üzerine aile mahkemesi tarafından değiştirilebilir. Bu durumda vasi sözleşmenin kurulmasını reddetse dâhi aile mahkemesinin onayı var ise küçük yetkili sayılacaktır. Münferit bir olay için verilen yetki şüpheli durumda aynı tür ilişkilerin kurulması için genel bir yetki olarak kabul edilir.

B. Tarafların Ehliyeti

1. Tam Ehliyetli Kişiler Bakımından

Ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan bir kişi (tam ehliyetli) her hukuki işlemde olduğu gibi iş sözleşmesinin de tarafı olarak borç altına girebilir, hak elde edebilir. Zira iş sözleşmesi tıpkı diğer sözleşmeler gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. İş sözleşmeleri bakımından ehliyeti incelerken genel hükümlere göre bir sonuca varmak gerekecektir.

2. Sınırlı Ehliyetli Kişiler Bakımından

Sınırlı ehliyetliler aslında fiil ehliyetine sahip olup, korunmaları düşüncesi ile bazı hukuki işlemleri yapabilmeleri için yasal danışmanın görüşünün alınması gereken kişilerdir. Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde bu kişilere hangi hukuki işlemler bakımından yasal danışman atanması gerektiği belirtilmiştir. İş sözleşmesi yapma bu kapsamda değerlendirilecek bir hukuki işlem olmadığı için bu kişilerin iş sözleşmesinin tarafı olmaları bakımından hukuken bir sakınca bulunmamaktadır.

3. Sınırlı Ehliyetsiz Kişiler Bakımından

a. Kanuni Temsilcinin Rızasının Alınması

aa. Veli ya da Vasinin Rızasının Alınması

Daha önce ifade ettiğimiz üzere ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlılar sınırlı ehliyetsiz kabul edilirler. Bu bağlamda işçinin kısıtlı olması yahut ayırt etme gücüne sahip bir küçük (18 yaşını doldurmamış) olması durumunda kanuni temsilcinin rızasının bulunması hâlinde yapılan iş sözleşmesi geçerli olacaktır⁹⁴⁸. Söz konusu rıza iş sözleşmesinin yapılmasından evvel iş sözleşmesinin yapılmasına izin şeklinde verilebileceği gibi sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılan iş sözleşmesine yasal temsilci tarafından sonradan onay verilmesi (icazeti) tarzında da olabilir⁹⁴⁹. Yapılacak iş sözleşmesi şekle tâbi olsa dâhi, rıza şekle tâbi olmadan verilebilir⁹⁵⁰. Zira sınırlı ehliyetsiz kişi tarafından yapılan işlemin geçerliliği şekil şartına bağlanmış olsa bile, verilecek rızanın kural olarak şekle tâbi olmadığı kabul edilmektedir⁹⁵¹.

Yine önemle belirtelim ki, iş sözleşmesinin ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından yapılması hâlinde rıza beyanının velâyet hakkına sahip anne ve baba tarafından verilmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun "*Çocuğun Temsil Edilmesi*" kenar başlıklı m.342/1 hükmünde anne ve babanın velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının temsilcisi oldukları ifade edilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, "*İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler*". Bu bağlamda eğer söz konusu rıza velâyet hakkına sahip anne veya babadan sadece biri tarafından verilmiş ise, iş sözleşmesinin karşı tarafının diğer yasal temsilcinin işleme rıza göstermediğini bilmediği ve gereken özeni göstermesi hâlinde dâhi bilebilecek durumda olmadığı durumlarda (iyiniyetli sayılma) iş sözleşmesi geçerli olacaktır⁹⁵².

Kanaatimizce çocuk ve genç işçilerle yapılacak iş sözleşmeleri açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.12, c hükmü üzerinde de durmak

⁹⁴⁸ ÖĞÜZ Tufan, "*Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar*", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.9, Mart 2008, s.24; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.492; BAKIRCI, s.158.

⁹⁴⁹ ÖĞÜZ, s.24.

⁹⁵⁰ ÖĞÜZ, s.24; ZİYAN, Sempozyum, s.861; DİNC, s.69. Ayrıca bkz. SEÇER, s.1434.

⁹⁵¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.88; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.102; KAYIHAN, s.176; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.80.

⁹⁵² ÖĞÜZ, s.25.

gerekir. Söz konusu hükme göre işveren, çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisi ile yazılı iş sözleşmesi yapmak zorundadır⁹⁵³. Bu durumda çocuk ya da genç işçiler adına sözleşmeleri yasal temsilcilerinin yapmasının gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide yönetmelik hükmü gereğince işverenin doğrudan çocuk yahut genç işçinin tarafı olduğu bir sözleşme yapılamayacağı ileri sürülse de⁹⁵⁴ kanaatimizce örneğin onaltı yaşındaki bir kişi ile yasal temsilcinin izni yahut onaması ile iş sözleşmesi yapılabilmesine bir engel yoktur. Yönetmelik bu konuda kişinin tam ehliyetsiz yahut sınırlı ehliyetsiz olup olmadığı hususunu farklı değerlendirmeye tâbi tutmadan çocuk yahut genç işçilerle yapılacak sözleşmelerin yasal temsilcisi ile yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Ancak Yönetmelik hükmünü esas aldığımızda Kanun'un imkân tanıdığı bir yola Yönetmelik ile sınırlama getirmiş olacağız ki kanaatimizce bu durum kabul edilemez. Zira İş Kanunu'nda bu yönde sınırlayıcı bir hüküm olmadığı gibi Türk Borçlar Kanunu'nda sınırlı ehliyetsizler ile yapılacak sözleşmelerin yasal temsilcilerinin izni yahut onaması ile sonuç doğurabileceği açıkça düzenlenmiştir⁹⁵⁵.

İfade edelim ki *“Çocuk ile ana ve baba arasındaki hukukî işlemler”* kenar başlıklı TMK m.345 hükmü uyarınca *“Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır”*. Bu bağlamda örneğin ayırt etme gücüne sahip bir küçük anne veya babası ile bir iş sözleşmesi yapması durumunda kayyımın katılması ve hâkimin onayı gerekecektir.

Kısıtlı kişiler ise TMK m.451 hükmü uyarınca vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla iş sözleşmesi yapabilecektir. İş sözleşmesinin kısıtlı tarafından yapılması ihtimâlinde ise kısıtlanan kişiye karşı kural olarak iyiniyet korunmayacak; ancak kısıtlama kararı verilmekle birlikte henüz ilân edilmemiş ise karşı tarafın iyiniyetli olması hâlinde iş sözleşmesi geçerli olacaktır. Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere, TMK m.410/2 hükmü uyarınca kısıtlama, iyiniyetli üçüncü kişileri ilândan önce etkilemeyecektir.

⁹⁵³ Kanaatimizce söz konusu hüküm öngördüğü yazılılık şartı bakımından da eleştiriye açıktır. Bu konuda açıklamalarımız için bkz. 2. Bölüm, VII, B.

⁹⁵⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.498; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, *Çocuk ve Genç İşçi*, s.525; **URHANOĞLU CENGİZ**, *Çocuk ve Gençler*, s.213.

⁹⁵⁵ İfade edelim ki TMK m.449 hükmü uyarınca kefil olma, vakıf kurma, önemli bağışta bulunma işlemleri ne sınırlı ehliyetsiz tarafından ne de yasal temsilci tarafından yapılabilir.

bb. Vesayet Makamının İznini Gerektiren Hâller

TMK m.404 hükmünde ifade edildiği üzere velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınacağı için bu durumda rıza vasi tarafından verilecektir. TMK m.462 hükmünde sayılan işlemler bakımından vesayet makamının da izni gereklidir. TMK m.463 hükmünde belirtilen işlemler bakımından ise vesayet makamının izninden sonra ayrıca denetim makamının da izni gereklidir. TMK m.463’de sayılan işlemler incelendiğinde ise, “*bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması*”nın vesayet makamının iznini gerektirdiği görülmektedir (1, 3). Sayılan bu işlem işverenlik sıfatına sahip olunmasını da içerecek nitelikte olduğu için konumuzla ilgilidir. Dolayısıyla vesayet altındaki kişinin işveren sıfatı elde edeceği bu tür bir işlemin yapılmasında vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gerektiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca TMK m.463/1, 7’de “*vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması*”ndan söz edilmektedir. Madde metninde sözleşmenin türü ya da niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama olmadığına göre vasi ile vesayet altındaki kişi arasında kurulacak bir iş sözleşmesi de vesayet makamının izni yanında denetim makamının da iznine tâbi olacaktır.

cc. Kanuni Temsilci Henüz İzin ya da Onay Vermemişken İşçinin Tam Fiil Ehliyetini Kazanması Durumu

İşlem yapıldıktan sonra, yasal temsilci iradesini açıklamadan evvel, sınırlı ehliyetsiz kişinin tam fiil ehliyetini kazanması ihtimâlinde işlem, tam fiil ehliyetini kazanan sınırlı ehliyetsizin onayı ile de geçerli hâle gelebilecektir⁹⁵⁶. Fakat yasal temsilcinin işleme onay vermemesi ve bu arada sınırlı ehliyetsizin tam fiil ehliyetini kazanmış olması durumunda sınırlı ehliyetsizin fiil ehliyetini kazandıktan sonra verdiği onay işlemi geçerli hâle getirmeyecek, işlemin yeniden yapılması gerekecektir⁹⁵⁷. Zira yasal temsilcinin işleme onay verdiği ana kadar yapılmış olan hukuki işlemin askıda geçersiz olacağına, buna karşılık onay verilmemesi durumunda hukuki işlemin kesin olarak geçersiz olacağına değinmiştik⁹⁵⁸. Kesin geçersiz olan bir işlem ise ancak

⁹⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.103; DURAL/ÖĞÜZ, s.88; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.447.

Ayrıca bkz. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.24.

⁹⁵⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.103, dn.336; DURAL/ÖĞÜZ, s.88; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ /FIRAT ŞİMŞEK, s.100.

⁹⁵⁸ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, C, 2, d.

yeniden yapılması şartıyla hüküm ve sonuç doğurabilir⁹⁵⁹. Sözünü ettiğimiz bu kural iş hukukuna uygulandığında iş sözleşmesi yapıldıktan sonra yasal temsilci iradesini açıklamadan sınırlı ehliyetsiz işçi tam ehliyetli olursa, tam fiil ehliyetini kazanan işçi işleme onay vermelidir. Yasal temsilcinin iş sözleşmesi yapılması konusunda onay vermemesi ve fakat sınırlı ehliyetsizin sonradan tam ehliyetli olması ihtimâlinde ise sözleşmenin yeniden yapılması gerekecektir⁹⁶⁰. Kanımızca bu noktada üzerinde durulması gereken konu şudur: İş sözleşmesi yapıldıktan sonra ve fakat yasal temsilci onay vermeden küçük işçi tam ehliyetli olursa ve tam ehliyetli olduktan sonra dürüstlük kuralı gereği mâkul sayılabilecek bir sürede iş görme edimini yerine getirmişse bu durumda işçinin sözleşmeye zımnen onay verdiği söylenebilecek midir? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek ve işçinin zımnen onay verdiğini kabul etmek gerekecektir. Bu durumda edimin ifasının sözleşmenin onaylandığı yönünde karşı taraf açısından bir güven uyandırması söz konusudur ve çelişkili davranış yasağı sebebi ile de sözleşmenin geçersizliği ileri sürülememelidir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken ikinci ihtimâlde ise, yasal temsilcinin daha önce açıkça onay vermediği bir sözleşmenin tam fiil ehliyetini kazanan sınırlı ehliyetsiz tarafından yeniden yapılmak suretiyle geçerlilik kazanacağıdır. Eğer ki yapılan iş sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tâbi değilse işçinin yukarıda ifade ettiğimiz gibi somut duruma göre iş görme edimini ifasına devamı ile beraber sözleşmenin yeniden yapıldığı kabul edilmelidir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin şekil şartına tâbi bir sözleşme olması ihtimâlinde ise, dikkat edilmesi gereken husus hukukun temel ilkesi olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağıdır. Zira herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir (TMK m.2). Bu nedenle şekle tâbi bir iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, sınırlı ehliyetsiz işçi tam ehliyetli olduktan sonra sözleşme yeniden yapılmasa dâhi sözleşmeye geçerlilik tanınabilmelidir. Bu durumda işçi haklı neden yokken örneğin yeni bir iş bulması sebebi ile iş sözleşmesini feshetmek istediğinde ihbar süresi tanıyarak sözleşmeyi feshetmeli aksi hâlde ihbar tazminatı ödemek zorunda kalmalıdır. Aynı şekilde işveren de işçiyi haklı neden yokken işten çıkartmak istediğinde iş sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürüp işçinin feshe bağlı alacaklarını ödemediği sözleşmeyi sonlandıramamalıdır.

⁹⁵⁹AKKURT, s.104; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.37 vd.; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.135; ANTALYA/TOPUZ, s.210; ESENER/DEMİR, s.246.

⁹⁶⁰ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. DİNÇ, s.68.

b. Sınırlı Ehliyetsizin Görüşünün Alınmasına İlişkin Düzenleme ve Görüşünün Alınmamasının Yaptırımı

İş Kanunu m.71/1 hükmü uyarınca; “ *On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler*”. Görüldüğü gibi kanun koyucu burada hiçbir yaş sınırı öngörmemiş ve sınırlı ehliyetsizlerin olduğu gibi tam ehliyetsiz küçüklerin de belirli koşulların gerçekleşmesi ile sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasına olanak tanımıştır. Öneminden dolayı konuyu tam ehliyetsizler bakımından daha sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğiz⁹⁶¹. Sınırlı ehliyetsiz çocuklar açısından ise yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere yasal temsilcinin izin yahut onayı ile sözleşmenin imzalanacağını ifade edelim.

Bu noktada Türk Medeni Kanunu’nun bazı hükümlerine değinmekte yarar vardır. Kanun “*Velâyetin Kapsamı*” kenar başlıklı m.339/3 hükmünde anne ve babanın, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanıyacağı ve önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini de göz önünde tutacaklarını belirtmiştir. Ayrıca m.450 hükmünde vesayet altındaki kişinin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması durumunda, vasinin önemli işlerde karar vermeden evvel olanak ölçüsünde, vesayet altındaki kişinin görüşlerini almakla yükümlü olacağı ifade edilmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesi uyarınca da “*Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanır*”. Ekleyelim ki, TMK’nın 339/3 hükmündeki “olabildiğince” ifadesi, öğretide çocuğun görüşünün alınmasını öngörülemez derecede sınırlaması sebebi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi ile uyumsuzluğu da ifade edilerek eleştirilmektedir⁹⁶². Konumuzla ilişkili olarak, iş sözleşmeleri gibi şahsen ifanın gerektiği ve işçinin kişiliğini yakından ilgilendiren sözleşmeler bakımından yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsiz kişiler adına bizzat işlem yapması hâlinde küçük veya kısıtlının görüşünü de

⁹⁶¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 4, c, cc.

⁹⁶² ZİYAN Ayşe, Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.138; TUĞ LEVENT Gaye, Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2022, s.129. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>

alması gerektiği aşîkârdır. Çocuğun görüşü alınırken açık ve anlaşılır bir dil kullanmaya da özen gösterilmeli⁹⁶³ ve karar alma sürecine katılma olabildiğince değil mutlaka sağlanmalıdır⁹⁶⁴.

Kanun'da yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin görüşünü almakla yükümlü olduğu ifade edilmiş fakat aksine bir davranışın sözleşmenin geçerliliğine etkisinin ne olacağı belirtilmemiştir⁹⁶⁵. Bu noktada Öğüz, sınırlı ehliyetsizin görüşünün alınmaması hâlinde imzalanan iş sözleşmesinin geçerli olacağı, fakat bu durumun iş sözleşmesinin taşıdığı özellik nedeniyle TMK m.2 gereği sınırlı ehliyetsiz açısından iş sözleşmesini haklı nedenle derhâl fesih için sebep olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁶⁶. Bakırcı⁹⁶⁷, sınırlı ehliyetsizi yükümlülük altına sokan işlemler bakımından tam anlamıyla yasal temsilin geçerli olacağı ve bu nedenle de anne-babanın çocuk ve gencin çıkarlarını haksız zarara uğratmamak ve çocuk ve gencin ergin olacağı yaşa kadar geçerli olmak üzere onlar adına iş sözleşmesi imzalayabileceğini ifade etmektedir. Yazar, küçük istememesine rağmen iş sözleşmesinin yapılması ve küçüğün zorla çalıştırılması hâlinde anne ve babanın velayet hakkının kötüye kullanılması gerekçesi ile hâkim tarafından velayetin kaldırılmasına ve vasi tayinine karar verilebileceğini ifade etmekte ve bu durumun da iş sözleşmesinin iptal edilebilir bir nitelik kazanmasına yol açabileceğini belirtmektedir.

Bize göre iş sözleşmesi şahsî edim içeren bir borç doğurması sebebi ile önemli nitelik arz etmekte ve bu nedenle de kişinin olgunluğu ölçüsünde görüşünün alınmasını gerekli kılmaktadır. Sınırlı ehliyetsizin görüşünün alınmaması işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı vermeli yönündeki görüş kanaatimizce İş Kanunu m.24 çerçevesinde değerlendirdiğimizde ulaşılması zor bir çözüm olarak görülmektedir. Kanuna göre sağlık sebepleri, ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller vb. ve zorlayıcı sebepler işçiye haklı nedenle fesih imkânı tanımaktadır. İş sözleşmesi kurulurken yasal temsilci tarafından işçinin görüşünün alınmaması söz konusu başlıklar altında değerlendirilemez görüşündeyiz. İş sözleşmesinin iptali de kanımızca uygun bir yaptırım olmayacaktır. Zira burada sözleşmenin iptalini gerekli kılan örneğin bir irade sakatlığı hâli bulunmamaktadır. Kanun sınırlı ehliyetsizin belirli konularda olgunluğu ölçüsünde görüşünün alınmasını belirttikten sonra buna aykırı bir

⁹⁶³ TUĞ LEVENT, s.128.

⁹⁶⁴ ZİYAN, Çocuğun Temsili, s.139; TUĞ LEVENT, s.128.

⁹⁶⁵ Öğretide madde metninde herhangi bir yaptırıma yer verilmemesi sebebi ile vasinin çocuğun görüşünü almadan yapmış olduğu hukuki işlemlerin geçerliliğini koruyacağı ifade edilmiştir. Madde metninde ayrıca vesayet altındaki kişinin işi uygun bulmuş olmasının vasiyi sorumluluktan kurtarmayacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda vesayet altındaki kişinin hiç yahut gereği gibi bilgilendirilmemesi yahut görüşüne başvurulmaması nedeniyle bir zarar meydana gelmiş ise zarardan vasinin sorumlu olacağı belirtilmiştir. TUĞ LEVENT, s.164.

⁹⁶⁶ ÖĞÜZ, s.25. Benzer görüş için bkz. DİNÇ, s.69.

⁹⁶⁷ BAKIRCI, s.159.

davranış için herhangi bir yaptırım da öngörmemiştir. Bu durumda boşluk söz konusudur. Yargı organı tarafından boşluğun doldurulması ve yaptırımın belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada bir öneri olarak noksanlığın gündeme gelebileceğini söyleyebiliriz. Bu durumda uygulanacak yaptırım askıda hükümsüzlüktür. İşçi mâkul bir sürede görüşünün alınmaması sebebi ile sözleşmeyi ileriye etkili olarak geçersiz kılabilceği gibi çalışmayı sürdürmekle sözleşmenin devamını da sağlayabilmelidir. Bu noktada önem arz eden husus çelişkili davranış yasağıdır. İşçi mâkul bir süre boyunca edimini ifa etmiş, herhangi bir beyanda bulunmamış ise görüşünün alınmaması sebebi ile askıda geçersiz olan sözleşmenin ileriye etkili olarak geçersizliğini ileri sürememelidir. Aksi durum dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır kanaatindeyiz. Fakat ifade ettiğimiz üzere yürürlükteki hukuk açısından bu bir öneri olmaktan ileri gidemez ve kanunda görüş alınmamanın yaptırımının açıkça belirtilmesi gerekir.

c. Vesayet Makamı Tarafından Meslek ya da Sanatın Yürütülmesi İçin İzin Verilen veya Aile Dışında Yaşayan Küçüğün Yaptığı Sözleşmelerin Geçerlilik Durumu

Türk Medeni Kanunu m.453 hükmünde, vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş olması durumunda o kişinin bununla ilgili tüm olağan işleri yapmaya yetkili olacağı ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁹⁶⁸, bu durumda yasal temsilcinin ayrıca izin veya icazeti aranmaksızın geçerli bir iş sözleşmesi yapılabilecektir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, ayırt etme gücüne sahip olan ve velisi yahut vasisinin açık ya da örtülü izni ile bir meslek ya da sanatla uğraşan veya bir işte çalışan ya da aile dışında yaşayan küçüklerin kanuni temsilcilerinin imzası olmadan yaptıkları sözleşme geçerli sayılacaktır. Öğretide diğer bir görüşe göre ise⁹⁶⁹; sınırlı ehliyetsizin meslek ve sanatla

⁹⁶⁸ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.200; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.438; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.113. Yazar yasal temsilci tarafından iş sözleşmesi yapmaya ve iş ve sanatla uğraşmaya yönelik verilen yetkinin, onun sözleşmedeki edimlerden sorumluluğunu ve alacaklarını alması imkânını da kapsayacağını ve bu bağlamda ücretin tahsili için yasal temsilciden ayrıca onay almasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.184; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.492; DEMİR, Bireysel İş Hukuku, s.130; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.81 vd.; ZİYAN, Sempozyum, s.866; YALÇINTAŞ, s.49; DEMİR Fevzi, "Çalışma Hayatında Çocukların Korunması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı 2012), s.567; AVCI, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.1407; URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk ve Gençler, s.210; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Çocuk ve Genç İşçi, s.488; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.102; BAKIRCI, s.159; DİNÇ, s.68; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.24.

⁹⁶⁹ SEÇER, s.1435. Yazar, küçüğün işverene bağlı olarak çalışması ve gelir elde etmesi durumunda anne ve babanın onay ve icazetinin ortadan kalktığının söylenmesinin mümkün olmadığını, burada bağımsız bir işin yürütümü söz konusu olmadığı için bu ilişkinin sözünü ettiğimiz maddenin kapsamına girmeyeceğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. SEZGİN Sedat, "Vesayet Altındaki Kişinin Vasi Rızası Gerektirmeksizin Bizzat Yapabileceği İşlemler", NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022 (1), s.60.

uğraşması denilince bağımsız olarak tarımsal, sanatsal veya bilimsel bir işin yürütülmesi anlaşılmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlarca, küçüğün bir işverene bağlı olarak çalışması bu kapsamda değerlendirilmeyecek ve yasal temsilcinin onay ve icazetinin ortadan kalktığını söylemek mümkün olmayacaktır.

Ekleyelim ki, öğretide anne ve babanın izni ile aile dışında yaşayan küçüğün de, anne ve babanın izni veyahut onaması olmadan iş sözleşmesi yapabileceği ifade edilmektedir. Zira anne ve baba küçüğün ev dışına çıkmasına izin vermekle esasen onların sözleşmelerin tarafı olmasına da izin vermiş sayılacaktır⁹⁷⁰.

d. Sınırlı Ehliyetsiz Küçüğün İş Görme Edimi Karşılığında Elde Ettiği Ücretin Yönetimi

Türk Medeni Kanunu 357 vd. maddelerinde “Çocuğun Serbest Malları” kenar başlığı ile bazı çocuk mallarının yönetimi konusunda anne ve babaya yönelik kısmen yahut tamamen sınırlamalar getirmiştir. Buna göre serbest mallar; çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalar, çocuğun saklı payı ve konumuz açısından ayrı öneme sahip olan çocuğa meslek ya da sanat icra etmesi için verilen mal ve kişisel kazançtır. Anne ve babanın yönetim hakkının kapsamına, çocuğun serbest malları dışındaki diğer tüm malları dâhildir⁹⁷¹. TMK m.359/1 hükmü uyarınca; “Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir”⁹⁷².

Çocuğun kişisel kazancı, onun iş görme edimi sonucunda elde ettiği; bedenî veya fikrî çalışması karşılığındaki edinimleri ve bunların yerine geçen değerlerin bütünüdür⁹⁷³. Bu bağlamda bir çocuğun iş sözleşmesi kapsamında çalışmasının karşılığı olarak elde edeceği ücret çocuğun kişisel kazancı olacaktır⁹⁷⁴. Çocuğun yaptığı iş sözleşmesinin geçerli olması anne-

⁹⁷⁰ Konuya ilişkin olarak bkz. **BAKIRCI**, s.159.

⁹⁷¹ **ÖZDEMİR** Hayrunnisa, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Y. 2013, S.3, s.86; **BAYGIN**, s.315; **YÜCEL** Özge, “Türk Hukukunda Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanımı ve Harcanması ile Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.164, Nisan 2020, s.776; **ZİYAN**, Sempozyum, s.867; **SEÇER**, s.1448 vd.; **AKYÜZ** Emine, “Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C.12, S.1-4, 1979, s.156.

⁹⁷² Hükümde belirtilen “mesleki ve sanatsal faaliyet” ifadesinden anlaşılması gerekenin çocuk tarafından bağımsız olarak yerine getirilen gelir getirici faaliyetlerin olması gerektiği ve bu nedenle işverene bağımlı olarak çalışmanın bu kapsamda değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. **ALBAYRAK** Süleyman, “Çocuğun Serbest Malları”, SÜHFD, C.26, S.2, 2018, s.462.

⁹⁷³ **ÖZDEMİR**, “Çocuk Malları”, s.91; **SEÇER**, s.1449; **ALBAYRAK**, s.465; **YALÇINTAŞ**, s.69.

⁹⁷⁴ **ALBAYRAK**, s.465.

babasının iş sözleşmesine rıza göstermesine bağlıdır⁹⁷⁵. Çocuğun anne-babasının izni ile bir işyerinde çalışması durumunda çalışmasının karşılığında elde edeceği ücret çocuğa ödenmelidir. Aksi hâlde iş sözleşmesinin tarafı anne-baba değil çocuk olduğundan, borç alacaklıya ifa edilmemiş olacak ve işveren bir kere daha ücret ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir⁹⁷⁶.

Belirtelim ki kanun koyucu söz konusu hükmü öngörürken ayırt etme gücüne sahip küçükleri göz önünde bulundurmuştur⁹⁷⁷. Bu nedenle ileride ayrıntılı olarak değineceğimiz⁹⁷⁸ reklam, sanat, kültür faaliyetleri kapsamında çalıştırılan ve elde ettiği kazancı yönetebilecek düzeyde ayırt etme gücü bulunmayan küçükler bu kapsamda değerlendirilmemelidir⁹⁷⁹. Yargıtay ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin olmayan küçüğe, çalışmasının karşılığı olarak aylık ücretleri ile izin ücretlerinin ödenmeyeceğine hükmeden iş mahkemesi kararını velisinin izniyle çalışmaya başlaması nedeniyle TMK m.359 hükmüne dayanarak bozmuştur. Yargıtay'a göre davacı işçi küçük olmakla birlikte velisinin izniyle çalışmaya başladığına göre hak kazandığı ücretleri tahsil etme yetkisinin veli tarafından kendisine verildiği kabul edilmelidir⁹⁸⁰. TMK m.359/2 hükmüne göre ise, çocuğun evde anne ve babasıyla birlikte yaşaması durumunda, anne ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteme hakkına sahiptir. Öğretide *Öztan*, çocuğun anne baba ile birlikte yaşamadığı durumda da anne ve babanın çocuktan kendilerinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmayı isteyebileceklerini savunmaktadır⁹⁸¹. Kanımızca bu hüküm aile hukuku açısından önem taşımakta olup işverene ücretin bir kısmını işçinin velisine ödeme yükümlülüğü yüklemeyiz.

e. Yasal Temsilcinin Rızası Olmaksızın Sınırlı Ehliyetsiz ile Yapılan İş Sözleşmesinin Hukuki Durumu

Sınırlı ehliyetsiz ile yasal temsilcinin rızası olmadan yapılan iş sözleşmesi yasal temsilcisinin icazetine kadar askıda geçersiz olacak, icazet ile birlikte ise baştan itibaren geçerli

⁹⁷⁵ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, a.

⁹⁷⁶ *ÖZTAN*, Aile Hukuku, s.1184.

⁹⁷⁷ *YÜCEL*, *Çocuk Malları*, s.776.

⁹⁷⁸ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 4, c, cc.

⁹⁷⁹ *YÜCEL*, *Çocuk Malları*, s.776.

⁹⁸⁰ Söz konusu olayda taraflar arasında uyumsuzluk reşit olmayan fakat temyiz kudretini haiz bulunan işçiye ödenen izin ücretinin ve aylık ücretlerin geçerli sayılıp sayılmayacağı hususunda toplanmaktadır. Yarg. 9. H.D., 12.02.2002, E.2001/17321, K.2002/2667, <https://www.lexpera.com.tr/>

⁹⁸¹ *ÖZTAN*, Aile Hukuku, s.1184.

bir iş sözleşmesi olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁹⁸². Yapılan işlemin diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir sürede onanmaması hâlinde ise, diğer taraf sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulacaktır (TMK m.451/2). Bu nedenle iş sözleşmesinin işveren tarafı sözleşmeyle bağlı olacak, fakat işveren yasal temsilciden işlemi onaylamasını isteyebileceği gibi hâkim tarafından da sürenin belirlenmesini talep edebilecektir.

Sözleşmenin işçinin çalışmaya başlamasından önce yasal temsilci tarafından onanmaması ve ifasına başlanmamış olması hâlinde sözleşme baştan itibaren geçersiz olacaktır⁹⁸³. Sözleşmenin ifasına başlanmış olduğu durumda ise iş sözleşmesi ileriye etkili olarak geçersiz olacaktır. Bu bağlamda askı hâlinde işçi, sonradan sözleşme onaylanmasa dâhi, geçerli bir iş sözleşmesinin sağladığı haklardan yararlanacaktır. Zira kişinin bu dönemde işçi sıfatı korunmaktadır. Ayrıca ileride ayrıntılı olarak üzerinde duracağımız üzere⁹⁸⁴, burada iş hukukunun işçiyi koruma amacından hareketle “geçersizliği sonradan anlaşılma” koşulu aranmayacaktır.

Onamamanın sonucunu düzenleyen TMK m.452 hükmü uyarınca; “*Vasinin onamadığı işlemlerde taraflardan her biri verdiğini geri isteyebilir. Ancak, vesayet altındaki kişi, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur*”. Aynı maddenin son fıkrası uyarınca ise, kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda karşı tarafı yanıltması hâlinde onun bu yüzden uğramış olduğu zarardan sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

4. Tam Ehliyetsiz Kişiler Bakımından

a. Genel Olarak

Ayırt etme gücü olmayan tarafla sözleşme yapan kişinin bu konuda iyiniyetli olması yani karşı tarafın ayırt etme gücüne sahip olmadığını bilmesi önem arz etmeksizin sözleşme geçersiz olacaktır⁹⁸⁵. Bu bağlamda işverenin temyiz kudretinden yoksun bir işçi ile iş sözleşmesi

⁹⁸² ÖĞÜZ, s.26; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.100; ZİYAN, Sempozyum, s.860; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.210; SEÇER, s.1435; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, *Çocuk ve Genç İşçi*, s.524; VON TUHR, s.348 vd.

⁹⁸³ ÖĞÜZ, s.26; ZİYAN, Sempozyum, s.868; SEÇER, s.1440.

⁹⁸⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, B, 3.

⁹⁸⁵ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.12; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.437; AVCI, *İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.1407. Yargıtay’ın ayırt etme gücü bulunmayan kişi ile hukuki işlem yapan kişinin, onun ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmeksizin iyiniyetle hareket etmiş olmasının hukuki sonuç

imzalaması durumunda iş sözleşmesi kesin olarak geçersiz olacaktır. Bu noktada belirtelim ki, öğretide *Serozan*, ayırt etme gücünden yoksunluğun evlenmede, ölüme bağlı tasarruflarda ve iş sözleşmesinde kesin geçersizlik yerine iptale yol açacağını ifade etmektedir⁹⁸⁶.

Daha önce de belirttiğimiz üzere⁹⁸⁷, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar adına hukukî işlemleri yasal temsilcileri yapacak, bu vesile ile tam ehliyetsiz hak elde edebilecek yahut borç altına girebilecektir. TMK m.449'da ifade edilen yasak işlemleri yasal temsilci çocuğu temsilen yapma hakkına sahip değildir. Öğretide söz konusu yasak işlemler listesinin yetersiz olduğu ifade edilmektedir. *Serozan*, bir hayır kurumuna hâkimin izniyle dahî önemli bağışta bulunamayan velinin, iş sözleşmelerinde olduğu gibi uzun süreli bağlantılar kurabilecek olmasını eleştirmektedir. Yazara göre çocuk için sakınca doğurabilecek tüm işlemler bakımından kayyım atama zorunluluğuna önem verilmelidir⁹⁸⁸. Fakat yine ifade etmekte yarar vardır ki, yasal temsilcinin tam ehliyetsiz kişiyi temsilen yapamayacakları işlemler, TMK m.449 da belirtilen hâller dışında, yasal ve aynı zamanda iradî temsile de düşman kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma noktasında da kendini gösterir⁹⁸⁹.

b. İşverenin Tam Ehliyetsiz Olması

İşverenin tam ehliyetsiz olması durumunda TMK m.443 hükmü çerçevesinde kanuni temsilcinin onun adına iş sözleşmesi yapması mümkündür⁹⁹⁰. Söz konusu hükme göre; “*Vesayet altındaki kişinin malvarlığı içinde ticarî, sınaî veya benzeri bir işletme varsa; vesayet makamı, bunların işletilmesinin devamı veya tasfiyesi için gerekli talimatı verir*”.

İş sözleşmelerinde işçi işverenin emir ve talimatlarına uyma, işveren ise işi yapmasını isteme ve bu konuda tâlimat verme hakkına sahiptir. Bazı durumlarda ise işyeri sahibi olmayan bir kişinin işçiden en üst düzeyde iş görme edimini yerine getirmesini isteme ve ona tâlimat verme hakkı bulunmaktadır⁹⁹¹. İşyeri sahibinin hukuki işlem ehliyeti bulunmadığı durumlarda yasal temsilcinin işveren sıfatını kazanması bu duruma örnek olarak gösterilmektedir⁹⁹². Bu

yaratmayacağı yönündeki kararı için bkz. YİBK., 11.06.1941, E.1941/4, K.1941/21, **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.12.

⁹⁸⁶ **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.437.

⁹⁸⁷ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 1, b, bb, bbb, bbbb.

⁹⁸⁸ **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.434 vd. Yazar aynı şekilde velinin çocuğunu ömür boyu borç altına sokabilecek, onun yıkımına neden olabilecek kredi anlaşmaları yapabilecek olmasını, mirastan feragat edip mirası reddedebilecek olmasını da eleştirmektedir.

⁹⁸⁹ **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.435.

⁹⁹⁰ **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.183.

⁹⁹¹ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.96; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.149.

⁹⁹² **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.96; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.149.

durumda öğretide yaş küçüklüğü sebebiyle hukuki işlem yapma ehliyeti bulunmayan küçük “soyut işveren”, yasal temsilci ise “somut işveren” olarak anılmaktadır⁹⁹³. Öğretide *Ekmekçi/Yiğit* ise kanımızca isabetli olarak, soyut işveren-somut işveren ayrımının tartışmaya açık olduğunu belirterek bir kişinin işvereni en üst düzeyde temsil etmesinin onu hukuken işveren konumuna getirmeyeceğini ifade etmektedirler⁹⁹⁴.

c. İşçinin Tam Ehliyetsiz Olması

aa. Öğretideki Görüşler

İş sözleşmesinin işçi tarafının tam ehliyetsiz olması hâlinde öğretide iş sözleşmesinde işçinin kişiliğinin önem arz etmesi ve işçinin işini bizzat yerine getirmekle yükümlü olması gerektiği kuralından hareketle tam ehliyetsiz bir kişi adına yasal temsilcisinin sözleşme yapamayacağı ifade edilmektedir⁹⁹⁵.

Öğretide *Yalçıntaş*, işin özenle ifa edilmesi borcunu içinde barındıran iş görme ediminin sadakat borcu, işverenin talimatlarına uyma borcu gibi yan edimleri de içerdiğini ve ondört yaşın altındaki kişiler bakımından iş görme yükümlülüğünün varlığından bahsetmenin çok da mümkün olamayacağını ifade etmektedir⁹⁹⁶. Ayrıca bağımlılık unsuru yönünden konuyu ele alan yazar, tam ehliyetsiz birinin emir ve talimatlara uymasından bahsedilemeyeceği gerekçesi ile yasal temsilci aracılığı ile bağımlılığın gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği sorusu ile beraber imzalanan sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olduğuna şüphe ile yaklaşılması gerektiğini belirtmektedir⁹⁹⁷. Yazar sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan tam ehliyetsiz çocukların çalışmalarına yönelik iki alternatif çözüm önermektedir: Çözümlerden ilki

⁹⁹³ SÜZEK, İş Hukuku, s.149; SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.62 vd.; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.110; ARICI Kadir, Türk İş Hukuku-I, Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s.55 vd.; BAŞBUĞ/BODUR, s.122; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.190; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.31.

⁹⁹⁴ EKMEKÇİ/YİĞİT, s.39.

⁹⁹⁵ ÖĞÜZ, s.24; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.493; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.124; SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.63; DİNÇ, s.67; AVCI, *İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, 1407; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.183, dn. 59; ŞAKAR, s.58. Yazar ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin yaptığı iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu ve kanuni temsilcilerinin izni ile dâhi işçi olarak geçerli bir sözleşme yapamayacaklarını ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.53; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.113. Yazar işçinin kişiliğinin önem arz etmesi ve ifayı bizzat yerine getirme zorunluluğu karşısında, kanuni temsilcinin rızasının ayırt etme gücü eksikliğini gidermeyeceğini ve onun adına kanuni temsilcinin de iş sözleşmesi yapamayacağını ifade etmektedir. Buna karşılık işveren ayırt etme gücünden yoksunsa onun adına kanuni temsilcisi veya yetkili işveren vekili geçerli bir iş sözleşmesi yapabilir. SÜMER, İş Hukuku, s.51. Yazar ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin işçi olarak çalışmasını gerektiren bir iş sözleşmesinin kanuni temsilci tarafından da yapılamayacağını ifade etmektedir.

⁹⁹⁶ YALÇINTAŞ, s.38. İş sözleşmesinin esaslı unsurlarını taşımamasına rağmen İş K. m.71 hükmü karşısında sözleşmenin geçerli bir iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde aynı eser, s.63.

⁹⁹⁷ YALÇINTAŞ, s.44.

sorunu "iş sözleşmesi" kavramı ile değil "iş ilişkisi" kavramı ile çözmektir⁹⁹⁸. Buna göre çocuk çalışması iş sözleşmesine dayanmasa bile katılma kuramı benimsenerek, çocuğun işyerine gidip çalışmaya başlaması ile çocuk işçi sıfatını haiz olacaktır. İleri sürülen ikinci çözüm ise, her ne kadar iş sözleşmesi unsurları bulunmasa da söz konusu ilişki İş Kanunu'nda özel olarak düzenlendiği için sözleşme iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁹⁹⁹.

Öğretide *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, tam ehliyetsiz kişiler bakımından kanuni temsilcisinin hiçbir koşulda işçi tarafını teşkil edecek bir iş sözleşmesi yapamayacağını ifade ettikten sonra, iş görme ediminin ifa edilmesinin hukuki bir işlem olmayıp maddi fiil niteliği taşıdığından hareketle, bir kimsenin tam ehliyetsiz olmasına rağmen bir takım koşullar altında işçi sıfatını haiz olabileceğini belirterek sanat, kültür ve reklam faaliyetleri ile sınırlı olmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun iş sözleşmesi kapsamında çalışmasının mümkün olacağını ifade etmektedir¹⁰⁰⁰.

Öğretide bir başka görüş ise, küçüğün emir ve talimatlara uyma borcu ve bağımlılık ilişkisi bağlamında sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışacak tam ehliyetsiz çocukların, kıyasen ifa yardımcısı olarak nitelendirilebileceğini ve iş görme ediminin yerine getirilmesi bakımından çocuğa yardımcı olacak yasal temsilcinin katkısıyla edimlerini ifa ettiklerini ve bağımlılık unsurundaki esnekleşme görüşü de esas alınarak tam ehliyetsizin iradesi dâhilinde olmasa da bağımlılık unsurunun varlığından bahsedilebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁰¹.

bb. Genel Olarak Tam Ehliyetsizlerle İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Görüşümüz

Belirtelim ki belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde her yaşta çocuğun çalıştırılmasına izin veren İş K. m.71/1 hükmü aşağıda ayrıca incelenecektir. Bu başlık altında ele aldığımız tam ehliyetsizlik durumu yaş küçüklüğünden kaynaklanmamaktadır. Acaba ayırt etme gücünden yoksun ergin bir kişi adına yasal temsilcinin iş sözleşmesi imzalaması ve bu kişilerin işçi olarak çalışmaları mümkün olabilecek midir?

Kanaatimizce tam ehliyetsiz kişiler iş sözleşmesini kendisi akdedemese de yasal temsilcisinin tam ehliyetsiz adına iş sözleşmesi yapması belli durumlar için mümkün

⁹⁹⁸ Daha önce söz konusu kavramlar arasındaki ilişkiyi ayrıntılı olarak açıkladığımız için, tekrardan kaçınmak adına, burada ilgili bölüme atıf yapmakla yetineceğiz. Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, I, B.

⁹⁹⁹ YALÇINTAŞ, s.60 vd.

¹⁰⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.493.

¹⁰⁰¹ ZİYAN, Sempozyum, s.864.

olabilmelidir¹⁰⁰². Bu noktada “şahsi edim” ile “kişiyeye sıkı sıkıya bağı hak” kavramlarını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Öğretide genel olarak, başkasına devredilmesi ya da miras yoluyla başkasına geçmesi mümkün olmayan, hak sahibini yakinen ilgilendiren, bizzatihi mâli bir değer taşımayan ve kural olarak yasal temsilci vasıtasıyla değil, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken haklar kişiyeye sıkı sıkıya bağı hak olarak tanımlanmıştır¹⁰⁰³. Bu bağlamda ergin kılınma, adın değiştirilmesi talebi, evlenme, soybağının reddi, babalık davası açma gibi haklar kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklara örnek olarak gösterilebilir. Başka bir tanıma göre ise¹⁰⁰⁴, kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklar, hakkın kullanılması konusundaki kararın bizzat hak sahibi tarafından alınması gereken, böylece hak sahibinin korunması amacına hizmet eden, hak sahibinin karar verme ve verdiği kararı uygulama özgürlüğünü güvence altına alan kişi varlığı haklarıdır. Öğretide kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların en derin insanî duygulara bağı olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰⁵.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağı bir hak söz konusu ise (evlenme, evlat edinme vb.) daha önce de ifade ettiğimiz üzere¹⁰⁰⁶ ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsiz adına bu işlemleri yasal temsilcisinin yapması mümkün değildir. Yani kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklar bakımından temsille bağdaşmazlık söz konusudur. Fakat şahsî edim içeren bir borcun yasal temsilcinin kendisi adına imzaladığı bir sözleşme kapsamında tam ehliyetsiz tarafından yerine getirilmesi ise kanımızca mümkündür. Şahsî edim, bizzat borçlunun kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken edimdir.

Tam ehliyetsiz kişilerin iş hayatına dâhil olmaları kimi zaman onların menfaatine de hizmet etmektedir. Eğer somut olayda velâyet ya da vesayetin kötüye kullanılması durumu söz konusu ise elbette ki velayet/vesayetin kaldırılması gündeme gelebilecektir. Ama böyle bir durum yok ise daha baştan yasal temsilcilerin onlar adına imzaladığı sözleşmeye rağmen, tam ehliyetsiz kişilerin işçi olamayacağını kabul etmek bu kişileri iş hayatından dışlamak anlamına da gelecek ve çalışma hakkının ellerinden alınması sonucunu doğuracaktır kanaatindeyiz.

¹⁰⁰² Çalıştırma yaşını öngören hükümler ve küçüklerin belirli durumlarda yaş sınırı aranmaksızın çalıştırılabileceği hâller zaten İş Kanunu’nda düzenlenmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde de ifade ettiğimiz üzere tam ehliyetsizlik durumu sadece yaş küçüklüğü sebebi ile ortaya çıkmamaktadır. Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 1, b, bb, bbb

¹⁰⁰³ **DURAL/ÖĞÜZ**, s.78; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s.317; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.435 vd.

¹⁰⁰⁴ **KARAKAŞ**, s.32.

¹⁰⁰⁵ Nişanlanma, evlenme, evlilik dışı çocuğun tanınması, vasiyetname düzenlenmesi gibi kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların kullanılmasına ilişkin kararlar belirli ölçüde duygusal kararlardır. **KARAKAŞ**, s.35 ve orada anılan yazarlar.

¹⁰⁰⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 1, b, bb, bbb, dddd.

Çalışma hayatına dâhil olmak aynı zamanda bir sosyalleşme aracıdır, bu nedenle de bireyin kişilik gelişimine de hizmet eder ve onun yararınadır. Tam ehliyetsiz bir kişinin hayatını idame ettirmek için paraya ihtiyacı varsa, üzerine aldığı iş ruhen ve bedenen kendisine zarar vermeyecekse, bu iş tehlike arz etmeyecek nitelikteyse, kendisinin psikolojik gelişimi, rehabilitasyonu, hayata adaptasyonu için faydalı olacak ise bu bağlamda akla ve mantığa uygun bir iş üstlenmiş ise tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisinin imzalamış olduğu sözleşmenin geçersiz sayılması kanaatimizce tam ehliyetsiz kişiyi koruyan bir yaklaşım da olmayacaktır. Belirtelim ki, ortalama zekâyâ sahip, mâkul düşünen bir işçiden beklenen bir özen yahut tâlimata uyma durumu bu işçiler bakımından beklenemese de sınırlı olarak mevcuttur. Emir-tâlimata uyma kavramı, ayırt etme gücü kavramı ile eş anlama sahip değildir. Ayırt etme gücü olmayan bir akıl hastası örneğin kolilere malları koyup onları taşıma yönündeki talimatı anlıyor ve yerine getiriyorsa emir talimat ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda engelli çalıştırma yükümlülüğü bakımından da¹⁰⁰⁷ örneğin bir akıl hastanesinde çekilecek bir film için akıl hastası olan kişilerin oyuncu olarak işini ifa etmeleri durumunda sözleşme işçi tarafının tam ehliyetsiz olması gerekçesi ile geçersiz olmamalı, aksine işverenin engelli çalıştırma yükümlülüğü bakımından bu kişiler de hesaba katılmalıdır görüşünderiz. Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik¹⁰⁰⁸ m.3 hükmü uyarınca engelli kavramı *“Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri”* ifade eder. Bu bağlamda engellilik durumu bakımından engellilik sebebinin doğuştan yahut sonradan meydana gelip gelmediği, bu durumun sürekli olup olmadığı, engelin bedensel ya da zihinsel olup olmadığı yahut kişinin yaşı önem arz etmemektedir¹⁰⁰⁹.

İfade edelim ki, İş Kanunu ek m.1 hükmünde *“korunmalı işyerleri”* bakımından özel düzenleme öngörülmüştür. İşgücü piyasasına kazandırılmaları zor olan zihinsel veya ruhsal

¹⁰⁰⁷ İş Kanunu m.30 uyarınca; *“İşverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli...çalıştırmakla yükümlüdürler... Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır”*.

¹⁰⁰⁸ RG. T. 25.04.2009, S. 27210.

¹⁰⁰⁹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.555. Sakatlık, doğuştan bir eksiklik, bir hastalık yahut bir kaza sonucu ortaya çıkmış olabilir. Sakatlık ile sınırlı hareket kabiliyeti kavramları ise birbirinden farklı anlamlara sahiptir. Konuya ilişkin olarak ve ayrıca 1475 sayılı eski İş Kanunu bakımından bkz. **UŞAN** Fatih, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası'nın Yayınları, 1999, s.37 vd., s.46 vd.

engellilere işverenlerince zamanında ödenmiş olan ücretlerinin belirli bir tutarı belirli şartlarda hazine tarafından işverene ödenmektedir. Korumalı işyerleri işgücü piyasasında çalışma imkânı güç olan zihinsel ya da ruhsal engelli kişilerin çalışabileceği istihdam ortamının oluşturulması amacıyla mâli ve teknik yönden desteklenen işyerleridir¹⁰¹⁰. Korumalı işyeri kavramı yasal dayanağını 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'dan almakta olup söz konusu Kanun'un m.3 hükmü uyarınca engelli kavramı; *"fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duygusal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey"* olarak tanımlanmıştır.

cc.Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılan Çocuklara İlişkin Görüşümüz

04.04.2015 tarihinde yapılan değişiklikle İş Kanunu'nun m.71/1 hükmünde; on dört yaşını doldurmamış çocukların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlâki gelişmelerine ve eğitimin devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için izin almak şartıyla çalıştırılabilecekleri ifade edilmiştir¹⁰¹¹. Bu durumda örneğin iki yaşında ayırt etme gücü bulunmayan bir bebeğin bir filmde yahut dizide ya da bir reklam filminde oynaması örneğinde olduğu gibi, tam ehliyetsiz bebek adına sözleşmeyi yasal temsilcisi yapacak, sözleşmenin tarafı ise bu yolla tam ehliyetsiz kişi olacaktır. Zira İş Kanunu'nda bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi olarak tanımlandığına göre, İş Kanunu kapsamına giren bir işte çalışan ve sözleşmenin tarafı olan tam ehliyetsiz küçük işçi sıfatını haiz olacaktır. Doğrudan temsil ilişkisi kapsamında yasal temsilcinin hukuki işlemi tam ehliyetsiz çocuk adına ve hesabına yapması sonucunda hukuki işlem etkilerini çocuk üzerinde gösterecektir¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ <https://www.aile.gov.tr/ss/engelli-ve-yasli-hizmetleri-genel-mudurlugu/korumali-isyerleri/#:~:text=Korumal%C4%B1%20i%C5%9Fyerlerinde%20%C3%A7al%C4%B1%C5%9Facak%20zihinsel%20veya,Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1m%C4%B1zca%20kar%C5%9F%C4%B1lan%C4%B1r.>

¹⁰¹¹ Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı m.3/1, d hükmü uyarınca; *"Reklam faaliyetleri: Bir ürünün, hizmetin, markanın, kampanyanın, eserin, kişi, kurum veya kuruluşun tanıtımı amacı ile tertip edilen her türlü defile, şov, söyleşi ile fotoğraf, katalog, broşür çekimi ve benzeri faaliyetleri"* m.3/1, f hükmü uyarınca ise; *"Sanat ve kültür faaliyetleri: Sinema, televizyon, tiyatro, opera, bale, dans, folklor, edebiyat, görsel, dekoratif, müzik ve sahne sanatlarını"* ifade eder. <https://www.kastder.org.tr/download/14yonetmelik.pdf> Öğretide spor faaliyetlerinin metne dâhil edilmemesi haklı olarak eleştirilmektedir. YAŞAR Mert, Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı ile İlgili Görüşler, s.4, https://www.academia.edu/27530917/Sanat_K%C3%BClt%C3%BCr_ve_Reklam_Faaliyetlerinde_%C3%87ocukların_%C3%87alı%C5%9Ftırılma_Usul_ve_Esasları_Hakkında_Y%C3%96netmelik_Taslağı_Hakkında_G%C3%96r%C3%9Cşler ZİYAN, Sempozyum, s.862. Ayrıca söz konusu Taslak metinde canlı performans gerektiren işler bakımından ayrı bir düzenlemeye yer verilmeden tüm kültür, sanat ve reklam faaliyetlerinin aynı kurallara tâbi olması eleştirilmektedir. YAŞAR, s.4.

¹⁰¹² ZİYAN, Sempozyum, s.850.

Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılması Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı'na göre, çocuğun veya yasal temsilcinin talebi üzerine dinlenme süreleri uzatılabilir (m.8/1). Çocuklar yasal temsilcileri olmaksızın alıştırılamayacaklardır ve yasal temsilciler her zaman çocuğun kendilerini görebileceği ve kendilerine ulaşabileceği şekilde faaliyet alanında hazır olmakla ykmldrlr (m.12/4). Süresi bir ayı geçen işler bakımından çocuğun kendisinin yahut yasal temsilcinin, masrafların tamamı işveren tarafından karşılanmak üzere, her zaman çocuğun psikolojik destek almasını talep etme hakkı bulunmaktadır (m.12/7). Çocuğun yasal temsilcisi, fiziksel ve ruhsal problemlerin oluşması ya da çocuğun eğitiminde meydana gelecek aksaklıklar gibi nedenlerle uzun süreli işlerde bir ay önceden ihbar bildiriminde bulunmak suretiyle her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme hakkına sahiptir. Söz konusu madde hükmü öğretide haklı olarak eleřtirilmektedir¹⁰¹³. Öncelikli olarak fesih beyanı doğası gereği "tek taraflı" bir beyan olduğu için, hükümde yer alan "tek taraflı" ifadesi gereksizdir. Ayrıca bir ay gibi uzun bir ihbar süresinin -kanaatimizce de İş Kanunu'na aykırı olarak- ngrlmş olması fiziksel yahut ruhsal problemler yaşayan veya eğitiminde aksaklıklara sebebiyet verdiği anlaşılan böyle si bir ortamda küçüğün bir ay daha çalışmak zorunda kalması anlamına gelecektir ki bu durumun temel ilke olan "ocuğun üstün menfaati" ilkesi ile bağdaşan hiçbir yanı bulunmamaktadır. Ayrıca bu noktada belirtelim ki, küçük yaştaki çocuklarını âdeta gelir kapısı olarak gören kimi ebeveynler çocuğun psikolojik yahut fiziksel şiddete mâruz kaldıklarını grseler dâhi sessiz kalmayı tercih edebilir yahut çocuğu çalışmaya zorlayabilirler. Bu nedenle kanaatimizce çocuğa mahkeme tarafından bir kayyım atanması ve iş sözleşmesini fesih hakkının kayyıma tanınması daha doğru bir çözüm olacaktır.

Temsil ilişkisi kapsamında ayrıca önemle ifade etmekte yarar vardır ki, söz konusu temsil yetkisi, çocuğun dilediği kadar borç altına sokulması gibi sınırsız bir yetkiyi içermemektedir. Temsil yetkisinin kullanılmasının sınırı "ocuğun üstün menfaati" temel ilkesi, çocuğun görüşünün dikkate alınması ve çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi ile izilmektedir¹⁰¹⁴. Öğretide isabetli olarak özellikle çocuğun mallarının yönetilmesi bakımından vasi kadar sıkı olmasa da bir denetimin bulunması gerektiği de ifade edilmiřtir¹⁰¹⁵. Özellikle reklam ve dizi-film sektöründe oyuncu olan küçüklerin kazançlarının yasal temsilci tarafından dilediği ölçüde kullanılması, kimi zaman çocuğun üstün menfaati ilkesinden uzaklaşılıp, âdeta yasal

¹⁰¹³ YAşAR, s.12; YALçINTAş, s.68.

¹⁰¹⁴ ZİYAN, Sempozyum, s.855 vd.

¹⁰¹⁵ ZİYAN, Sempozyum, s.859.

temsilcinin kendi menfaati için küçüğün çalıştırılması anlamına gelecek ve bu durum da küçüğe yarar sağlamaktan çok zarar verecektir. Bu sektörlerde kimi zaman psikolojik ve fiziksel olarak zor şartlar altında çalışan küçükleri de düşündüğümüzde çocuk işçilerin elde ettikleri kazançların kendi gelecekleri için kullanılmak üzere ayrılması ile menfaat dengesi sağlanmış olacaktır.

Daha önce ifade ettiğimiz ve anne babaya çocuğun mallarını yönetme yetkisi vermeyen TMK m.359 hükmü çok küçük yaşta modellik, oyunculuk yaparak kazanç elde eden ayırt etme gücü bulunmayan çocuklar bakımından öngörülmediği için¹⁰¹⁶ çocuğun mallarının yönetimi açısından kayyım atanması konuya ilişkin çözüm niteliğinde olabilir kanaatindeyiz¹⁰¹⁷. Zira kişisel kazancın anne babanın yönetim yetkisi dâhilinde olduğunu kabul ettiğimizde çocuk istismarının önü açılmış olacaktır¹⁰¹⁸. Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi çocuk tarafından elde edilen kazancın en azından belirli bir yüzdesi çocuk adına açılan bir çeşit fon hesabına yatırılarak erginliğe ulaştığında çocuğa verilmek üzere bir güvence oluşturulmalıdır¹⁰¹⁹. Gerçekten de çocukluğunu bile yaşayamadan küçük yaşta kameralar önünde yüksek ücretler karşılığı çalışan kimi çocukların erginliğe ulaştıklarında kazançlarının büyük bir kısmının yahut tamamının anne baba tarafından harcanmış olduğu gerçeği de sıklıkla karşılaşılan bir sorundur. Bu nedenle çocuk adına bir fon oluşturulması çocuğun üstün menfaati ilkesi gereği bu durumun yasal bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir.

Bu noktada ifade edelim ki, Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı'nın m.23/2 hükmü, yapılacak işin süresinin, koşullarının, çalışma saatlerinin, çocuğun alacağı ücretin ve bu ücretin banka aracılığıyla yatırılacağı çocuğun hesap numarasının açıkça işveren ve çocuğun yasal temsilcisi arasında yapılan sözleşmede belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Fakat söz konusu düzenlemede çocuk hesabına yatırılan ücretin kim tarafından ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

¹⁰¹⁶ Söz konusu maddede kişisel kazancın yönetim yetkisinin çocuğa ait olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle kazancını yönetecek derecede ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için bu madde uygulama alanı bulamayacaktır.

¹⁰¹⁷ YÜCEL, *Çocuk Malları*, s.776; ÖZTAN, 1129. Ayrıca bkz. ZİYAN, Sempozyum, s.871.

¹⁰¹⁸ YÜCEL, *Çocuk Malları*, s.776.

¹⁰¹⁹ ZİYAN, Sempozyum, s.871; YAŞAR, s.18 vd. Yazarlar bu öneriyi sunarken Amerika'nın Kaliforniya eyaletindeki fon düzenlemesini örnek göstermektedirler.

Ekleyelim ki, iş sözleşmesinin yapılmasından sonra işçinin ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin yaptıkları hukuki işlemler geçersiz olacağı için bu kişiler adına tüm işlemlerin yasal temsilci tarafından yapılması gerekecektir¹⁰²⁰.

II. İş Sözleşmesinin Konusunun Emredici Hukuk Kurallarına, Kamu Düzenine, Genel Ahlâka ve Kişilik Haklarına Aykırı Olmaması

A. Genel Bilgi

Özel hukuk kapsamındaki temel özgürlükler bütünüünün bir parçası olan¹⁰²¹ sözleşme özgürlüğü ilkesi iş hukukunda işçi ve işveren tarafının iş sözleşmesini yapıp yapmama, tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme ve iş sözleşmesini sona erdirmeye özgürlüklerini ifade etmektedir. Bununla beraber iş sözleşmelerindeki bu özgürlük genel hukukun geleneksel sözleşmelerine oranla çok daha geniş bir biçimde emredici ve yasaklayıcı nitelikteki hükümlerle sınırlandırılmıştır¹⁰²². Esasen bu düzenlemelerin büyük bir çoğunluğunun temelinde işçinin korunması kimi zaman da kamu düzeninin korunması amacı olduğundan kanunla getirilen bu tarz hükümlerin sözleşme özgürlüğünü ihlâl ettiğini kabul etmek mümkün olmayacaktır¹⁰²³.

İş sözleşmesinin özü gereği sözleşme taraflarının özellikle işçinin özgürlüklerinin bir ölçüde sınırlanması da kaçınılmazdır. Her gün bir işyerine gelip çalışmak zorunda olan işçinin özgürlüğü kısıtlanmış olsa da bu kısıtlamanın hukuka yahut ahlâka aykırı olduğundan söz edemeyiz¹⁰²⁴. Buna karşılık evde hizmetçi olarak çalışan bir kişinin bir yıl süre boyunca evden hiç çıkmayacağı taahhüdünde bulunması ise kişilik haklarını ihlâl edici nitelikte bir taahhüt olacaktır¹⁰²⁵. Sınırlamada önem arz eden husus sınırlamanın kişilik haklarına ve ahlâka aykırı olup olmama noktasında kendini göstermektedir.

¹⁰²⁰ ÖĞÜZ, s.24.

¹⁰²¹ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.2.

¹⁰²² GÜNAY, s.371; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.47.

¹⁰²³ EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.18. İşçinin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan birçok hükmün esas olarak işçinin maddi ve manevi varlığının korunmasına hizmet ettiği yönünde bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.289; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.15; MHdB ArbR/BENECKE, §32, Rn.1.

¹⁰²⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.391. Bağımlılık unsurunun tarafların eşitliği ilkesine uygun olmayan bir durum yaratmasına karşılık bu durumun meşruluk temelini işverenin bağımlılığı altına giren işçinin bu hukuki durumu kendi hür iradesiyle kabullenmesinde bulunduğu yönünde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.236; DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.98; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.175.

¹⁰²⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.391.

B. İş Sözleşmesinin Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olmaması

1. Genel Bilgi

Mutlak emredici hükümler, hukuki işlemin taraflarından birinin menfaatinden ziyade daha önemli bir menfaatin gözetildiği durumlarda sözleşmenin hiçbir tarafı lehine değişikliğin mümkün olmadığı kuralları içermektedir¹⁰²⁶. Zayıf sözleşme tarafının korunması, temelde emredici hükümlerle sağlandığından, sosyal devlet anlayışına uygun olarak iş hukukunda da emredici düzenlemelere yer verilmiş, tarafların sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmış ve nispi emredici hükümlerle kişinin kendi kaderini sözleşme ile tayininde asgarî kurallar getirilmiştir¹⁰²⁷. Emredici hükümler yoluyla işçinin korunması kamu düzeninin sağlanması ve sürekliliği düşüncesine dayanmakta olup bu şekilde sosyal dengenin kurulması sağlanarak hem ekonomik hem de sosyal yaşamda toplum yararına uygun bir uyum sağlanması amacına ulaşılmış olacaktır¹⁰²⁸.

İfade edelim ki, klâsik Roma Hukuku'nda yasaklayıcı kanunlar incelenirken üçlü bir ayrıma gidilmiştir. En katı yasaklayıcı kanun "*lex perfecta*" tipindeki kanunlardı ve bunun ihlâli işlemi geçersiz kılmaktaydı. Diğeri "*lex imperfecta*" olarak adlandırılan ve buna uyulmaması hâlinde herhangi bir yaptırım uygulanmayan kanunlardı. Son olarak da bu iki kanun arasında olan aykırılığı hukuki işlemi geçersiz kılmayan ancak ceza yaptırımlarının öngörüldüğü "*lex minus quam perfecta*" niteliği taşıyan kanunlardı.¹⁰²⁹

Klâsik hukuk teorisine göre kanunlarda yer alan kurallar emredici hukuk kuralları ve yedek hukuk kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, mutlak emredici (*absolut zwingend*) hukuk kuralları tarafların iradesinden bağımsız, herkes tarafından mutlak suretle uyulması gereken kuralları ifade ederken, yedek hukuk kurallarının aksi ise sözleşmelerle öngörülebilir. Klâsik hukuk teorisinde olduğu gibi iş hukukunda da herkesçe uyulması zorunlu kurallar olduğu gibi işçi lehine değişikliğin mümkün olduğu nispi emredici kurallar da bulunmakta, bu kurallar zayıf tarafı korumak maksadıyla tesis edilen kurallar olarak

¹⁰²⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.22; SÜZEK, İş Hukuku, s.38; SÜZEK, *Sözleşme Özgürlüğü*, s.359; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.15; KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.536; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.249; REİSOĞLU, s.128; EREN, s.359; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.12; ERMAN, *Akit Serbestisi*, s.609; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.165; ERCOŞKUN ŞENOL, *İçeriği Belirleme Özgürlüğü*, s.723; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.64; KAŞAK, s.286 vd.; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 86.

¹⁰²⁷ KAŞAK, s.32 vd.

¹⁰²⁸ SÜZEK, *Sözleşme Özgürlüğü*, s.359.

¹⁰²⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. BEATER, s.509; HKK/DORN, §§134-137, Rn.4

karşımıza çıkmaktadır¹⁰³⁰. Nispi emredici hükümlerle getirilen sınırın altına inilmesi mümkün olmamakla birlikte, sözleşme, toplu iş sözleşmesi yahut işyeri uygulamaları ile söz konusu sınırın üstüne çıkılması mümkün olmaktadır. Alman ve İsviçre hukuklarında ise nispi emredici normlar, tek taraflı emredici (*einseitig zwingend*) normlar olarak anılmaktadır¹⁰³¹. Bu noktada ifade edelim ki, iş hukukuna hâkim olan nispi emredici hükümlerin çokluğu iş hukukunun işçinin hukuku olduğu anlamına gelmemeli, bu durum taraflar arasında en azından asgari şartların sağlanması yoluyla bir denge kurulmasının amaçlandığına işaret etmelidir¹⁰³². İş hukuku esas itibarıyla işçi ve işveren ilişkilerini düzenleyen ve işçileri diğer hak sahiplerine oranla daha teminatlı ve imtiyazlı duruma sokan bir hukuk dalı olmakla beraber her hüküm işçi lehine yorumlanarak işçi ve işverenin ortak menfaatlerinin dikkate alınması göz ardı edilemez¹⁰³³. İş hukuku işçiyi koruma amacı güdüyor olsa da son amacı yine toplumun genel menfaatine yararlı olmaktır, zira bütünün menfaati kişinin özel menfaatinden daha önemlidir¹⁰³⁴. Bu nedenle işçileri koruma ve durumlarını iyileştirme çabası sınırsız bir şekilde genişletilmemelidir.

İş hukuku tarihinin iş hayatında bireysel sözleşme özgürlüğünün kaldırılmasının tarihi olduğu, günümüzde iş ilişkilerinin çoğunluğunun büyük ölçüde içerik olarak boş (*inhaltsleeren*) iş sözleşmelerine dayandığı ve esasen iş ilişkisini etkileyen her türlü yasal norm tarafından şekillendiği öğretilde ifade edilmektedir¹⁰³⁵. Zira iş hukuku mevzuatında sözleşme özgürlüğüne emredici hükümler yoluyla müdahale edildiği görülmektedir. Bireysel iş sözleşmesinin içeriği belirleme fonksiyonundaki (*Gestaltungsfunktion*) bu geri gidiş sosyal devlet modeline karşılık gelir çünkü sözleşme özgürlüğü sosyal olarak güçlü olanları sosyal olarak zayıf olanlara tercih etme eğilimindedir¹⁰³⁶.

Emredici hükümlere ilişkin kanunla getirilen düzenlemeler esasen hukukun tutarlılığı ve sözleşmeden doğan özgürlükler üzerindeki önceliği ile açıklanabilir¹⁰³⁷. Alman Hukuku'nda ilk

¹⁰³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.38; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.22 vd.; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.2; KAŞAK, s.287; ABEGG Andreas, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2004, s.172. YHGK, 15.11.2017, E.2015/1389, K.2017/1368, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁰³¹ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.20; HWK/THÜSING, Vor §611a BGB, Rn.20; ABEGG, s.172; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.87.

¹⁰³² ELBİR Halid Kemal, "İş Hukukunda Yorum", İş Hukuku Dergisi, C.1, S.1, 1969, s.10; SÜZEK, Sözleşme Özgürlüğü, s.359; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.15.

¹⁰³³ ELBİR, Yorum, s.10.

¹⁰³⁴ HUECK/NIPPERDEY, §7, s.27; ELBİR, Yorum, s.10.

¹⁰³⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.30

¹⁰³⁶ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.30.

¹⁰³⁷ BEATER, s.508.

defa Menger ve Gierke ile birlikte ortaya atılan, iş sözleşmelerindeki asgarî içeriğin kanunun emredici hükümleri ile şekillendirilmesi yönündeki görüş ile birlikte, zayıf tarafın yasalarla da korunması fikri önem kazanmıştır¹⁰³⁸.

İfade edelim ki, iş sözleşmesinde işçinin işverene karşı zayıf konumda olması esasen bu sözleşmenin unsurlarından biri olan bağımlılık ilişkisinden kaynaklanmaktadır¹⁰³⁹. Alman Hukuku'nda istihdamın önündeki engellerin (*Einstellungshindernisse*) temelini oluşturan kuralların çoğunun kanun koyucu tarafından kişisel nedenler dolayısıyla özel olarak korumaya ihtiyaç duyulan işçilerle ilgili olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴⁰. Buna çocuklar ve gençler, hamileler ve engelliler dâhildir. Bu kişiler, Alman Hukuku'nda belirli kanunlarla (JArbSchG, MuSchG, SGB IX) özel olarak korunmaktadırlar. Bu yasaklar aynı zamanda üçüncü kişileri ve toplumun genelini koruma amacına da hizmet edebilirler. Öğretide kayıt dışı işçi çalıştırma yahut gıda sektöründe bulaşıcı hastalığı olan bir kişiyi çalıştırma, oturma izni alması gereken yabancı bir işçinin söz konusu izni olmaksızın çalıştırılması bu duruma örnek olarak gösterilmektedir¹⁰⁴¹.

Türk Hukuku'nda ilk İş Kanunu olan 3008 sayılı Kanun çıkarılıncaya kadar iş sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş işçi ve işveren arasındaki hak ve borçlar yine söz konusu Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Fakat iş hukukunun gerçek emredici yapısının, Borçlar Kanunu'ndan ayrı, özel iş kanunları aracılığıyla oluşturulduğunu belirtmek gerekir¹⁰⁴². İş hukukunda kuralların emredici karakter taşımasıyla, işçinin asgari düzeyde korunması amacı sağlanabilir¹⁰⁴³. Yine ifade edelim ki, hukukumuzda emredici hükümler esneklik akımı ile birlikte yumuşamakta fakat, esnekleştirmenin sınırları emredici normlarla belirlenmektedir¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁸ **GIERKE** Otto, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig, Duncker und Humbold Verlag, 1889, s.192 vd.; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapısı, s.14 vd.

¹⁰³⁹ **ATASOY**, s.262; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.236. Yarg. 22. H.D., 22.10.2019, E. 2016/20628, K. 2019/19667; Yarg. 9. H.D., 22.02.2010, E.2008/10530, K.2010/4617. Kararın incelemesi için bkz. **SÜMER**, *Bağımlılık Unsuru*, s.63 vd.

¹⁰⁴⁰ **HROMADKA/MANSCHMANN**, §5, Rn.96. Alman Hukuku'nda istihdam engellerinin temelini oluşturan normların hukuki sonuçları bakımından sözleşme yapma yasakları (*Abschlussverboten*) ve çalıştırma yasakları (*Beschäftigungsverboten*) ayrımı yapılmaktadır. Sözleşme yasağına aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırım hukuki işlemin geçersizliğidir. Bu sözleşmeleri kurmak yasaklanmıştır ve tarafların bu tür sözleşmeleri kurma imkânları da bulunmamaktadır. **HROMADKA/MANSCHMANN**, §5, Rn.97; **HWK/THÜSING**, §611a BGB, Rn.202; **SCHAUB/ LINCK**, §32, Rn.60; **NK-GA/MESTWERDT**, §611 BGB, Rn.399; **MüKoBGB/ ARMBRÜSTER**, §134, Rn.110.

¹⁰⁴¹ **HROMADKA/MANSCHMANN**, §5, Rn.96.

¹⁰⁴² **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.23; **DOĞAN YENİSEY** Kübra, "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.46.

¹⁰⁴³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.14.

¹⁰⁴⁴ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.23; **SÜZEK** Sarper, "İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum", Sicil 34, 2015, s.12; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.23. Ayrıca bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.21 vd.

Zira katı düzenlemelerin esnekleştirilmesi "kuralsızlaştırma" olarak anlaşılmamalıdır¹⁰⁴⁵. Çalışma koşullarına esneklik tanınması iş mevzuatının ortadan kaldırılması anlamına gelmemekte, iş ilişkilerinin belirli sınırlar içerisinde farklı gereksinimlere göre düzenlenmesi, ekonomik koşullara uyumu engelleyen hükümlerin taraf iradelerine daha fazla yer bırakacak şekilde değiştirilmesi amacı taşımaktadır¹⁰⁴⁶.

İş hukukunda emredici kurallar mutlak emredici ve nispi emredici kurallar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici kurallar taraflarca aksine bir düzenlemenin yahut değişikliğin yapılamayacağı kurallar olup, nispi emredici kurallar ise işçi aleyhine bir kararlaştırmanın mümkün olmadığı, ancak işçi lehine değiştirilebilen kurallardır. Yargıtay¹⁰⁴⁷, iş hukukunda da klâsik hukuk teorisinde olduğu gibi herkes tarafından uyulması gereken, taraf iradeleri ile değiştirilemeyecek emredici kuralların yanı sıra, temel amacı işçiyi korumak olan işçi aleyhine değişikliğin mümkün olmadığı emredici kuralların (nispi emredici kurallar) da bulunduğunu ifade etmektedir. Bu kurallar ile işçi hakları açısından alt sınır çizilmiştir. Alman öğretisinde *Hübner*¹⁰⁴⁸ de emredici normun ihlâlinde her durumda mutlak bir geçersizliğin söz konusu olmayacağını fakat geçersizlik ile *karşılaşılabileceğini* ifade etmektedir. Buna göre yazar, bir norm özel yahut ağırlıklı olarak sözleşmenin bir tarafını korumak amacı ile getirilmiş ise mutlak bir geçersizlik (*absolute Nichtigkeit*) yerine nispi geçersizliğin (*relative Unwirksamkeit*) kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu noktada ifade edelim ki, öğretide *Özdemir*, mutlak emredici normları taraflarca aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı normlar olarak tanımlamanın doğru olmayacağını, mutlak emredici normları yararlılık ilkesinin uygulanmasını ortadan kaldıran normlar olarak anlamının daha doğru olacağını ifade etmektedir¹⁰⁴⁹.

Nispi emredici kurallar taraflar arasındaki çalışma barışını korumak amacıyla getirilmiştir ve işçiden çok işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlamaktadır¹⁰⁵⁰. İş hukukunun doğuş dinamiği işçiye asgari düzeyde koruma sağlamak olduğundan iş hukukunda çoğunlukla nispi

¹⁰⁴⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.23; SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.13; YILDIZ Gaye Burcu, "Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.205; BAYCIK Gaye, "Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1, 2014, s.226; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.21.

¹⁰⁴⁶ EKMEKÇİ Ömer, "İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.84.

¹⁰⁴⁷ YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁰⁴⁸ HÜBNER, s.495.

¹⁰⁴⁹ ÖZDEMİR Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD, C.54, S.2, 2005, s.105.

¹⁰⁵⁰ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.13 vd.; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 88.

emredici kurallarla karşılaşırız¹⁰⁵¹. Bir normun mutlak yahut nispi nitelikte olup olmadığı hususunda hükmün izlediği doğrudan amaç (*ratio legis*) dikkate alınmalıdır¹⁰⁵². Mutlak emredici hükümler tüm toplumun, bütünüyle çalışma yaşamının ve çalışma barışının korunması amacına hizmet ederken, nispi emredici hükümlerin doğrudan amacı işçinin korunmasıdır¹⁰⁵³. Bu bağlamda fazla çalışma yahut fazla sürelerle çalışma karşılığı ödenecek zamlı ücretin tutarı, yıllık izin süreleri, asgari ücrete ilişkin düzenlemeler nispi emredici nitelikte olup işçi aleyhine değiştirilemezken işçi lehine bir değişikliği mümkün kılmaktadırlar. Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere nispi emredici hükümlerle işçi hakları açısından bir alt sınır çizilmiş olmaktadır. Bu sınırın altına inilmesini kanun koyucu yasaklamış iken, sözleşme, işyeri uygulaması, toplu iş sözleşmesi ile bu sınırın üstüne çıkılması mümkündür¹⁰⁵⁴. İş Kanunu m.21 hükmünde belirtilen, işe iade davası sonucunda işçinin işverene başvurusu üzerine bir ay içerisinde işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarındaki tazminata ilişkin düzenleme, aynı şekilde kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğine ilişkin kural mutlak emredici nitelik taşımaktadır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere bir hükmün emredici hukuk kuralı olup olmadığı bazen hükmün ifadesinden bazen de o hükmün dayandığı esastan ve hükmün konulmasındaki amaçtan anlaşılmaktadır. Yani bir normun mutlak emredici ya da nispi emredici olup olmadığı belirlenirken normun lafzı ve konuluş amacı bize yol gösterecektir¹⁰⁵⁵. İş Kanunu m.21/son hükmünde açıkça *"Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir."* ifadesi yer almaktadır. Bu ifade söz konusu hükümlerin mutlak emredici nitelik taşıdığını göstermektedir. Öğretide ayrıca kıdem tazminatının tavanına ilişkin hükmün mutlak emredici nitelikte olduğu ifade edilse de¹⁰⁵⁶ *Ekmekçi/Yiğit*, kanımızca da isabetli olarak 1475

¹⁰⁵¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.23; SÜZEK, İş Hukuku, s.39; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.1; SENYEN KAPLAN, s.12; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.14; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.42; HEPER, s.108; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.88; GÜVEN/AYDIN, s.155.

¹⁰⁵² SÜZEK, İş Hukuku, s.40 vd.; SÜZEK, Sözleşme Özgürlüğü, s.361; HEPER, s.110 vd.

¹⁰⁵³ SÜZEK, Sözleşme Özgürlüğü, s.361.

¹⁰⁵⁴ YHGK, 15.11.2017, E.205/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁰⁵⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.40 vd.; ESENER, İş Hukuku, s.35; ÖZDEMİR, *Mutlak Emredici Hükümler*, s.103; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.54. Yabancıların çalışmalarına yönelik öngörülen yasak ve sınırlamaların ardında toplumsal menfaatin korunması olduğu gerekçesiyle bu hükümleri mutlak emredici hükümler kategorisinde değerlendiren görüş için bkz. ÖZDEMİR, *Mutlak Emredici Hükümler*, s.103.

¹⁰⁵⁶ ŞAHLANAN Fevzi, *"Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği"*, Sicil Dergisi, S.12, Aralık 2008, s.44 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.40; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1240; CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, *"4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri"*, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.222; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.224. Öğretide Doğan Yenisey, mutlak emredici niteliğin belirlenmesinde bir cezai yaptırımın bulunmasının şart olmadığını maddenin açık lafzı karşısında kıdem tazminatı

sayılı Kanun'da yer alan ve tavan miktarını aşacak şekilde kıdem tazminatını ödeyen kişilere hapis ve para cezası öngören m.98/D hükmünün artık yürürlükte olmadığı gerekçesi ile mutlak emredici niteliğinin ortadan kalktığı görüşündedirler¹⁰⁵⁷. Yazarlara göre kıdem tazminatı tavanının mutlak emredici niteliği "...emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz..." ibaresine dayanamaz. Zira yazarların da ifade ettiği gibi yıllık ücretli izne hak kazanmak için işçinin en az bir yıl çalışmış olması zorunluluğunu öngören İş K. m.53/1 hükmü mutlak emredici olarak kabul edilmemektedir. Yazarlar tavan sınırlamasının anlamının işverenin tavanın üzerinde gerçek ücret üzerinden bir ödeme yapma zorunluluğu bulunmaması olduğunu vurgulamaktadırlar. Kanımızca da söz konusu gerekçeler ve yazarların da ifade ettiği gibi iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısı da dikkate alındığında ve iş hukukunda asıl olan işçi lehine düzenleme yapmak olduğu için hükmü amaca uygun yorumlamak ve tavan sınırlamasını mutlak emredici olarak kabul etmemek doğru bir yaklaşım olacaktır. Belirtelim ki bazı durumlarda yasaklayıcı biçimde kaleme alınmış normun lafzı hükmün mutlak emredici olduğu izlenimini yaratsa da hükmün kaleme alınış biçimi normun niteliğinin belirlenmesinde her zaman güvenilir sonuç vermemektedir¹⁰⁵⁸. Bu bakımdan normun mutlak yahut nispi emredici nitelikte olup olmadığı belirlenirken normun anlam ve amacı yol gösterici olacaktır.

Bunun dışında yedek hukuk kuralı olarak adlandırılan ve taraflardan her ikisi bakımından da lehe yahut aleyhe değişiklik imkânı veren hükümlere örnek olarak bizim de katıldığımız görüş uyarınca çağrı üzerine çalışmaya ilişkin düzenleme gösterilebilir¹⁰⁵⁹. İş Kanunu m.14 hükmü uyarınca, "*Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını **taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır***". "*İşçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, **aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır***". "*Sözleşmede günlük çalışma süresi **kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır***".

tavanının mutlak emredici nitelikte olduğunu ifade etmektedir. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.78 vd. Ayrıca bkz. Yarg. 7. H.D., 13.02.2014, E. 2013/16781, K.2014/3765 <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁰⁵⁷ EKMEKÇİ/YİĞİT, s.3. Ayrıntılı bilgi için bkz., aynı eser s.861 vd. Kıdem tazminatı tavanına ilişkin hükmün mutlak emredici nitelikte olmadığı yönünde ayrıca bkz. ÖZDEMİR, Mutlak Emredici Hükümler, s.118.

¹⁰⁵⁸ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.78 vd.

¹⁰⁵⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.225; SÜZEK, İş Hukuku, s.41; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.3; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.117 vd.

2. İş Sözleşmesi Kurma Özgürlüğü

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, irade özerkliğinin sonucu olan sözleşme özgürlüğü ilkesi; sözleşme yapma, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşmenin içeriğini ve tipini seçme ve sözleşmenin değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması özgürlüğünü de içeren bir kavramdır. Sözleşme özgürlüğü Anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır. Zira Anayasa'nın 48. maddesine göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: *"Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir. Ancak, bu hürriyetler, kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir"*.

Özellikle iş hukukunun esnekleştirilmesine yönelik tartışmalar, sözleşme özgürlüğünün artırılmasına ilişkin gereklilikleri ve olanakları açıkça ortaya koymuştur¹⁰⁶⁰. Fakat tüm bu özgürlüklerin yasama organı tarafından şekillendirilmesi ve kısıtlanması da mümkündür. Bu müdahale özel hukukun diğer alanlarından ziyade iş hukuku için daha büyük bir önemi haizdir. Zira, çalışanların özgürlüğünün, eşitliğinin ve kişiliğinin korunmasının sözleşme özgürlüğü ile sağlanamayacağı açıktır¹⁰⁶¹. Öğretide sözleşme özgürlüğünün mutlak bir sözleşme adaleti sağlamaktan uzak olduğu da haklı olarak vurgulanmıştır¹⁰⁶². Sözleşme özgürlüğünün yarattığı sakıncalar, kimi zaman sosyo-ekonomik açıdan zayıf durumda olan işçinin âdeta işverenin aracı hâline gelmesine sebep olmuştur. Bu bağlamda iş hukukunda taraflardan birinin ekonomik açıdan daha güçsüz durumda olması, iş hukukunun sadece karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olmayıp düzenleyici bir karakter de taşıması gibi sebeplerle sözleşme özgürlüğü belirli sınırlamalara tâbi tutulmuştur¹⁰⁶³.

İş hukukunda, içerik özgürlüğü, çalışma koşullarını düzenledikleri ölçüde iş kanunu, iş sağlığı ve güvenliği kanunu, toplu iş sözleşmesi hükümleri, işyeri yönetmeliklerinin emredici

¹⁰⁶⁰ ZÖLLNER/LORITZ/HERGENRÖDER, s.190.

¹⁰⁶¹ WALTERMANN, §9, Rn.152.

¹⁰⁶² BK-KRAMER, Art.19-20 OR, Rn.23 vd.; KARABAĞ BULUT, s.8.

¹⁰⁶³ ESENER, İş Hukuku, s.33; ESENER/GÜNDOĞDU, s.211; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.12. Toplu iş sözleşmelerinin emredici etkisi yani toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı olamayacağı ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin alacağı yönündeki kural (STİSK m.36) iş sözleşmelerinin içeriğinin toplu iş sözleşmeleri ile de sınırlandırılabilceğinin göstergesidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, iş sözleşmesi hükümünün yerini toplu iş sözleşmesi hükümünün alması durumunda geçersizlik yaptırımı sadece o hüküm bakımından uygulanacaktır. AKYİĞİT, İş Hukuku, s.171 vd. Bunun gibi toplu iş sözleşmesinin doğrudan doğruya etkisi gereği, iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususların yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alacaktır. Toplu iş sözleşmesi ile sözleşme özgürlüğü prensibi iş sözleşmesi alanında sınırlandırılmakta ise de bu sınırlamanın amacı işçi ve işveren ilişkilerinde dirliği sağlamaktır. ESENER/GÜNDOĞDU, s.217.

nitelik kazanmış hükümleri gibi düzenlemelerle sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle bireysel iş sözleşmeleri her ne kadar iş ilişkisinin kurulmasının bir aracı olsa da esasen çok sınırlı bir şekilde çalışma koşullarını belirleme aracıdır¹⁰⁶⁴.

İş Kanunu'nun 9. maddesi iş sözleşmesinin türü ve biçimlerini belirleme serbestisini düzenlemektedir. Buna göre, taraflar iş sözleşmesini kanun hükümleri ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşulu ile ihtiyaçlarına uygun şekilde düzenleme özgürlüğüne sahiptirler.

İş Kanunu m.29 hükmünde ifadesini bulan işten çıkarılan işçilerin yeniden işe alınması, m.30/1 hükmünde ifade edilen engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, m.30/5 hükmünde belirtilen maluliyeti sona eren işçilerin çalıştırılması yükümlülüğü, yine m.31 hükmünde ifade edilen askerliği yahut kanuni ödevi bitirenlerin yeniden işe alınmaları, 6331 sayılı Kanun'un m.6 hükmüyle getirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü ve 6356 sayılı Kanun'un m.23 hükmünde ifadesini bulan işçi kuruluşlarında görevleri bitenlerin yeniden işe alınmaları yükümlülüğü esasen sözleşme yapma zorunluluğu öngörerek, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına örnek teşkil etmektedirler.

İş Kanunu m.34 hükmünde, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir sebep dışında ödenmeyen işçilerin, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecekleri ifade edilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında ise bu işçilerin bu nedenle iş sözleşmelerinin çalışmadıkları için feshedilemeyeceği ve yerine yeni işçi de alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.68/1 hükmüne göre; *"İşveren, kanuni bir grev veya lokavt süresince, 67 nci madde hükmü gereğince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin yerine, sürekli ya da geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz"*. Söz konusu hükümlerin de esasen işçinin çalışacağı işi belirleme özgürlüğünü sınırladığı ve bunun sonucunda da iş sözleşmesinin içeriğini belirleme özgürlüğüne sınırlama getirdiği bizce de isabetli olarak ifade edilmiştir¹⁰⁶⁵.

Bazı durumda da öngörülen norm işçinin sözleşme yapmaktan kaçınması sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu kaçınma, örneğin rekabet yasağından kaynaklanabilir¹⁰⁶⁶. İşçinin rakip bir firmada çalışmak üzere rekabet yasağını ihlâl ederek işverenle sözleşme imzalaması durumunda bu sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsedilemeyecektir¹⁰⁶⁷. Kanuni

¹⁰⁶⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.12.

¹⁰⁶⁵ TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.104.

¹⁰⁶⁶ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.296; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.16.

¹⁰⁶⁷ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.296.

düzenlemeden kaynaklı işçinin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması konusunda öğretide verilen örnek yıllık ücretli izinde çalışma yasağını düzenleyen İş K. m.58 hükmüdür¹⁰⁶⁸. Söz konusu hüküm uyarınca, yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa bu izin süresi için ödenen ücret işverence geri alınabilecektir. İşçi yıllık izin süresinde başka bir işte çalışırsa sözleşme geçersiz olmayacaktır¹⁰⁶⁹. Aykırılığın yaptırımı da izin süresine ait ücretin işveren tarafından geri alınacağı belirtilerek kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Belirtelim ki, işçinin yıllık ücretli izinde olduğu dönemde ücret karşılığı bir işte çalışması durumunda başkaca yaptırımların uygulanmasının gerekip gerekmediği hususu da önem arz etmektedir. Yargıtay’a konu olan bir olayda şoför olarak çalışan bir işçinin iş sözleşmesi yıllık ücretli izin hakkını kullandığı dönemde başka bir nakliye firmasında çalıştığı gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir¹⁰⁷⁰. Öğretide de işçinin yıllık izin döneminde başka bir işyerinde çalışmasının sadakat borcuna aykırılık oluşturacağı ve bunun da işverene işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı vereceği belirtilmiştir¹⁰⁷¹.

Alman Hukuku’nda sözleşme özgürlüğünü düzenleyen §105 S.1 GewO hükmünde işçi ve işverenin kanuna, toplu iş sözleşmesi hükümlerine ve işletme sözleşmesi (*Betriebsvereinbarung*) hükümlerine aykırı olmamak şartıyla sözleşme yapma, sözleşmenin içeriği ve şekli konusunda anlaşma yapmakta serbest oldukları ifade edilmiştir¹⁰⁷². Söz konusu hüküm Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası’nın (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) 2. maddesinde güvence altına alınan ve irade özerkliğinin bir parçası olan sözleşme yapma özgürlüğünün ilke olarak iş hukukunda da geçerli olduğunu açıkça ifade eder¹⁰⁷³. Yine Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 12. maddesinde, kişilerin serbestçe çalışabileceği, mesleğin icrasının yasalara dayanarak düzenlenebileceği ve zorla çalıştırmanın ancak mahkeme tarafından verilmiş özgürlüğü kısıtlayıcı bir ceza dolayısıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir.

Türk Hukuku’nda olduğu gibi Alman Hukuku’nda da sözleşme özgürlüğünü etkileyen birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Sözleşmenin içeriğini özgürce belirleme hakkına

¹⁰⁶⁸ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.296 vd.; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.16.

¹⁰⁶⁹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.296; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.16.

¹⁰⁷⁰ Yarg. 22. H.D., 19.01.2017, E.2015/14864, K.2017/558, <https://www.lexpera.com.tr/> Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. CANIKLIOĞLU, Değerlendirme 2017, s.319.

¹⁰⁷¹ CANIKLIOĞLU, Değerlendirme 2017, s.320.

¹⁰⁷² Maddenin devamında sözleşme koşullarının esaslı nitelikte olması durumunda bunların ispatının İspat Kanunu (Nachweisgesetz) hükümlerine tâbi olacağı ifade edilmektedir.

¹⁰⁷³ KRAUSE, s.144.

getirilen sınırlamaya örnek olarak her şeyden önce Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın m.9/3 hükmü verilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca; *“Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaçlayan anlaşmalar batıldır ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır...”*

Bazı durumlarda da iş sözleşmesinin yapılması yasaklanabilir yahut zorunlu kılınabilir. Korunması gereken belirli insan grupları için bazı durumlarda sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir¹⁰⁷⁴.

Alman Hukuku'nda konuya ilişkin başka bir düzenleme ise, ayrımcılık yasağını düzenleyen Genel Eşit İşlem Kanunu (*AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)¹⁰⁷⁵ m.7 hükmünde karşımıza çıkar. İlgili hükümde, çalışanların 1. fıkra düzenlenene sebeplere dayanarak dezavantajlı duruma düşürülemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin 1. fıkra hükmüne göre ise; ırk, etnik köken, cinsiyet, din, inanç, yaş ve engelliliğe dayalı ayrımcılık yapmak yasaktır. Bu bağlamda örneğin bir işveren müşterilerinin yabancı düşmanlığını ileri sürerek, işe alma politikasının bir parçası olarak belirli bir etnik veya ırksal kökene sahip işçileri istihdam edemeyeceğini söyleyemez¹⁰⁷⁶. Yine belirtmek gerekir ki, Eşit Davranma Kanunu m.7 hükmü belirli bir grup insanı işe alma yükümlülüğü yüklemekten ziyade bu gruptaki insanların dezavantajlı duruma düşürülmesini yasaklamaktadır¹⁰⁷⁷. Bu bağlamda yaşlıları mı yoksa eşcinselleri mi işe alacağı işverene bağlıdır, fakat işveren bu insanların işe alımlarını yaşları ya da cinsel eğilimleri nedeniyle reddetmemelidir¹⁰⁷⁸. Bu noktada ifade edelim ki, Alman Federal İş Mahkemesi verdiği kararda yatılı bir kız okulunda gece çalışmasını gerektiren eğitimci, spor öğretmeni, sosyal pedagog pozisyonu için iş başvurusunda bulunan erkek adayın başvurusunun reddini haklı bulmuştur¹⁰⁷⁹. Mahkemece işveren açısından cinsiyetin belirleyici ve önemli bir gereklilik olması durumunda, amacın meşru, gerekliliğin de mâkul olması şartıyla cinsiyete dayalı farklı muameleye izin verilebileceği ifade edilmiştir. Bazı mesleki gerekliliklerin farklı işlemin haklı kılınmasını gerektirdiğini ifade eden mahkeme, farklı işlemin sebebinin de işin

¹⁰⁷⁴ **KAMANABROU**, Rn.755; **PREIS** Ulrich/**TEMMING** Felipe, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2020, Rn.881.

¹⁰⁷⁵ 14.08.2006, <https://www.gesetze-im-internet.de/agg/AGG.pdf>

¹⁰⁷⁶ **KRAUSE**, s.147. EuGH, Urt. v. 10.07.2008- C-54/07, (Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding/Firma Feryn NV), NZA, Heft 16 2008, s.929.

¹⁰⁷⁷ **KAMANABROU**, Rn.756; Ayrıca bkz. **PREIS/TEMMING**, Rn.882.

¹⁰⁷⁸ **KAMANABROU**, Rn.756.

¹⁰⁷⁹ BAG, Urt. v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 (Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 20.03.2008 – 2 Sa 51/08), NZA 18/2009, s.1016 vd.; BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 (LAG Nürnberg, Urt. v. 20.11.2018 – 7 Sa 95/18), NZA 11/2020, s.708 vd.

doğası ve ifa edilme koşulları bakımından temel ve belirleyici olup olmaması noktasında önem arz edeceğini belirtmektedir. Söz konusu özellik olmadan edim hiç yahut gereği gibi ifa edilemiyorsa "temel ve belirleyici bir mesleki gereklilik"ten bahsedilecektir. Mahkeme önemli ve belirleyici mesleki gerekliliğin varlığı için bu özelliğin faaliyet bakımından ikincil bir rol oynamaması aksine faaliyetin merkezi bir bileşeni olması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme söz konusu olayda gece vardiyasına kalacak kişinin kızların yaşadığı binada kalacak olmasına, bu kişilerin kızların odalarında bulunup bulunmadığının kontrolünü sağlamakla, gerektiğinde banyoları da kontrol etmekle, sabahları kızları uyandırmakla da görevli olduklarına dikkat çekmektedir. Bu kişiler hasta kız öğrencilerin ilk bakımından da sorumlu olacaklardır. Bu nedenle kanımızca da söz konusu işe kadın adayların tercih edilmesi cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmayacaktır.

Yine Alman öğretisinde özellikle kamu hizmeti alanında, kadınların iş hayatında ilerlemesine yönelik yahut fırsat eşitliğine ilişkin kanunlarla, ilgili alanlarda kadınların yeterince temsil edilememesi durumunda kadınlara öncelik verilmesinin şart koşulabileceği belirtilmektedir¹⁰⁸⁰.

Kanun hükümleri dışında toplu iş sözleşmelerine getirilen düzenlemelerle de sözleşme özgürlüğü sınırlanabilir. Bu bağlamda toplu iş sözleşmelerine yaşlı işçileri yahut belirli nitelikte işçileri çalıştırmaya yönelik hükümler konulabilir¹⁰⁸¹.

Yine Türk Hukuku'na benzer şekilde Alman Hukuku'nda da çocuklara ilişkin (JArbSchG §5) yahut belirli hastalıklara sahip kişilere (IfSG §42) yönelik çalışma yasaklarında olduğu gibi bazı hâllerde belirli kişilerle sözleşme kurulması yasaklanabilir. Getirilen yasaklar bazı durumlarda sözleşmenin geçerli olarak akdedilmesine engel olur. Fakat sadece birkaç durumda sözleşmenin kurulmasına ilişkin yasaklar iş sözleşmesinin geçersizliği ile sonuçlanır¹⁰⁸². Alman Hukuku'nda sözleşme özgürlüğünü sınırlayan söz konusu yasakları ikiye ayırarak incelemek gerektiği belirtilmiştir. Yasakların bir kısmı sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğururken bir kısmı da sadece belirli işlerde istihdama ilişkin yasaklardır¹⁰⁸³. Bu bağlamda bir yasak hükmü ile karşılaşıldığında bunun her zaman değil, aksine sınırlı bazı durumlarda sözleşmenin geçersizliğine neden olabileceğini unutmamak gerekir. Sözleşme yapma yasağı

¹⁰⁸⁰ PREIS/TEMMING, Rn.883.

¹⁰⁸¹ PREIS/TEMMING, Rn.888.

¹⁰⁸² PREIS/TEMMING, Rn.898; KRAUSE, s.144; SCHAUB/LINCK, §32, Rn.60.

¹⁰⁸³ JUNKER, Arbeitsrecht, s.101. İş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuran yasaklar, iş sözleşmelerinin akdedilmesini engellemeye yönelik yasaklardır. KRAUSE, s.144; SCHAUB/LINCK, §32, Rn.35; HROMADKA/ MANSCHMANN, §5, Rn.97; HWK/THÜSING, §611a BGB, Rn.202.

(*Abschlussverbote*) olmayıp sadece bazı çalıştırma yasakları söz konusu olduğunda, iş sözleşmesinin -kalıcı yahut geçici olarak- uygulanması engellenecektir, bu yasakların sözleşmenin geçersizliğine bir etkisi olmayacaktır (*Blosse Beschäftigungsverbote*)¹⁰⁸⁴. Ancak bu durumda sözleşmenin feshi gündeme gelebilecektir¹⁰⁸⁵. Çocukların çalıştırma yasaklarına ilişkin §§2 Abs. 1, 5 Abs. 1 JArbSchG hükümlerine aykırılık, doktorluk ruhsatı olmayan bir doktorla yapılan sözleşme, *sözleşme yapma yasaklarına aykırılığa* örnek olarak gösterilirken, çocuk ve genç işçilerin çalışmasına yönelik yasakların çoğu ya da yabancı işçilerin oturma izni olmaksızın çalıştırılması ise *çalıştırma yasaklarına aykırılığa* örnek olarak gösterilmektedir¹⁰⁸⁶. İfade edelim ki, iş hukukundaki yasak hükümlerinin çoğu iş sözleşmesinin geçerliliğine etki eden yasaklar olmayıp, belirli işlerde çalıştırılmayı sınırlayan istihdama ilişkin yasaklardır¹⁰⁸⁷.

Yukarıda bahsettiğimiz genel bilgilerden sonra iş sözleşmelerinin kuruluşu bakımından getirilen yasaklar ve sınırlamalara değinmek faydalı olacaktır.

3. İş Sözleşmesi Kurma Yasakları

a. Yaş Küçüklüğü

4857 sayılı İş Kanunu sağlık, öğrenim durumu yahut ahlâkî sebeplerle küçük yaştaki işçilerin çalışmasına yönelik bazı sınırlayıcı hükümler öngörmüştür¹⁰⁸⁸. Anayasa'nın 50. maddesinde de kimsenin yaşına ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağı belirtilmiş ve küçüklerin çalışma şartları bakımından özel olarak korunması gerekliliği ifade edilmiştir. Bu bağlamda yapılan yasal düzenlemelerle çocuk ve genç işçiler bir takım özel korumalara sahip kılınmıştır.

Konuyu açıklamadan evvel ifade edelim ki, kayıt dışı istihdamı bir kenara bırakırsak, Türkiye İstatistik Kurumu'nun Çalışan Çocuklara İlişkin 2019 yılı raporuna göre, bir ekonomik faaliyette çalışan 5-17 yaş grubu çocuk sayısı 720 bin kişi olup, çalışan çocukların %45,5'i

¹⁰⁸⁴ JUNKER, Arbeitsrecht, s.101; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, BGB §611a, Rn.531; KRAUSE, s.144; MüKoBGB/ ARMBRÜSTER, §134, Rn.110. Çalıştırma yasakları işçilerin fiili olarak görevlendirilmesini yasaklar. Buna rağmen işçi çalışırsa, iş sözleşmesinden doğan tüm haklara sahip olacaktır. Eğer istihdam engelleri işçilerin geçici olarak var olan ya da düzeltilebilecek bir eksiklik ile ilgili olarak kişisel özellikleri ile bağlantılı ise, çalıştırma yasağı söz konusudur. HROMADKA/ MANSCHMANN, §5, Rn.97.

¹⁰⁸⁵ KRAUSE, s.144.

¹⁰⁸⁶ HROMADKA/ MANSCHMANN, §5, Rn.99 vd.

¹⁰⁸⁷ JUNKER, Arbeitsrecht, s.102.

¹⁰⁸⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 280; ÖZKARACA/ÜNAL, s.377.

hizmet sektöründe yer almaktadır¹⁰⁸⁹. Bu sayıların azımsanamayacak kadar çok olduğu da açıktır.

aa. Çocuk ve Genç İşçi Kavramı

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin¹⁰⁹⁰ 1. maddesi uyarınca, çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu¹⁰⁹¹ hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır. Türk Medeni Kanunu m.11/1 hükmünde benzer şekilde erginliğin onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı ifade edilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İstihdamda Asgari Yaşla İlgili 138 sayılı Sözleşmesi'ne göre onbeş yaşının altındakiler çocuk çalışan, onbeş yaşını doldurup onsekiz yaşını tamamlamamış olanlar ise genç çalışan olarak ifade edilmiştir¹⁰⁹². Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Hakkında 182 sayılı Sözleşme'ye¹⁰⁹³ göre de onsekiz yaşından küçük olan herkes çocuktur.

İş hukuku açısından da söz konusu yasal düzenlemelere paralel olarak onsekiz yaşın altındaki işçiler küçük işçi, onsekiz yaşından büyük işçiler ise yetişkin işçi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹⁴. Küçük işçilerden onbeş yaşını doldurmamış olanlara çocuk işçi, onbeş yaşını doldurup onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ise genç işçi denilmektedir¹⁰⁹⁵. Keza, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesine göre de genç işçi; onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış kimseyi; çocuk işçi ise ondört yaşını bitirmiş fakat onbeş yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamamış kişiyi

¹⁰⁸⁹ <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Istihdam,-Issizlik-ve-Ucret-108>

¹⁰⁹⁰ Sözleşme 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, Türkiye tarafından 1994 yılında ihtirazı kayıtlı onaylanmıştır.

¹⁰⁹¹ Daha önce ifade ettiğimiz üzere, Türk Hukuku'na göre evlenme kişiyi ergin kılacağı gibi yargı kararı ile de erginliğin kazanılması mümkündür. Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 1, b, bb, aaa, bbbb.

¹⁰⁹² Türkiye tarafından 23 Ocak 1998 tarih ve 4334 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir.

¹⁰⁹³ ILO kabul tarihi 17.06.1999 olan Sözleşme, Bakanlar Kurulu'nun 18.05.2001 tarih ve 2001/2528 sayılı kararıyla onaylanması karara bağlanan 182 sayılı ILO Sözleşmesi 27.06.2001 tarih ve 24445 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁹⁴ CENTEL Tankut, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 3041, Hukuk Fakültesi No:667, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.33; ÖZKARACA/ÜNAL, s.366; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, *Çocuk ve Genç İşçi*, s.484; TUĞ Adnan/BAYSAL Ulaş, *İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.II, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.1870 vd.; AYKAÇ Hande Bahar, Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.116, 2010, s.339.

¹⁰⁹⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, *Çocuk ve Genç İşçi*, s.485; SEÇER, s.1428; GÜVEN/AYDIN, s.489 vd.; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.205; DEMİR, *Çocukların Korunması*, s.563; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.497; TUĞ/BAYSAL, s.1871; GÜNDÜZ Selim, *"Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu"*, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.22, S.1-2-3, Şubat-Mayıs-Ağustos 2009, s.2.

ifade etmektedir. Öğretide Yönetmelik'in söz konusu maddesine istinaden sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılacak ondört yaşından küçük işçilere de "bebek işçi(!)" denileceği ifade edilmiştir¹⁰⁹⁶. Örneğin, dokuz yaşındaki bir işçiyi bebek işçi olarak nitelemek ne kadar doğru olmayacak ise, iki yaşındaki bir işçiyi de çocuk işçi olarak nitelendirmek de bir o kadar anlamsız olacaktır.

Yine 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesinde de benzer bir şekilde tanım yapılarak genç çalışanın onbeş yaşını bitirmiş olup onsekiz yaşını doldurmamış çalışan olduğu ifade edilmiştir; fakat çocuk çalışana ilişkin bir tanım yapılmamıştır.

Buna karşılık Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı¹⁰⁹⁷ m.3 hükmü biraz önce bahsettiğimiz Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.4 hükmünden farklı olarak çocuk işçiyi "sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan 14 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlamaktadır.

Alman Hukuku'nda çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması "*Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz: JArbSchG)*" (Çalışan Gençlerin Korunmasına İlişkin Kanun) isimli kanun ile özel olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 2. maddesinde bu kanun anlamında çocuğun onbeş yaşını tamamlamamış kişi olduğu ifade edilmiştir. Kanun söz konusu maddede ayrıca, genç işçiyi onbeş yaşını tamamlamış, fakat onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlamaktadır. Son fıkrada ise, zorunlu tam zamanlı eğitime tâbi olan çocuklar bakımından çocuklara uygulanan hükümlerin uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Alman Hukuku'ndaki bu düzenlemeler Türk Hukuku ile benzerlik göstermektedir.

bb. Çocuk ve Genç İşçilerin Korunmalarına Yönelik Düzenlemeler

aaa. Yasak ve Sınırlamalar

Çocuk ve genç işçilerin özel olarak korunmaları gerekliliğinden hareketle İş Kanunu'nda, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Çocuk ve genç işçilere yönelik getirilen söz konusu yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerin amacı esasen çocukların ve gençlerin

¹⁰⁹⁶ ŞAKAR, s.59.

¹⁰⁹⁷ <https://www.kastder.org.tr/download/14yonetmelik.pdf>

fiziki, psikolojik ve sosyo-kültürel durumlarına uymayan işlerde çalışmaları hâlinde telâfisi ve tedavisi mümkün olmayacak büyük zararların ortaya çıkabilme ihtimâlidir¹⁰⁹⁸.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.173 ve m.176 düzenlemeleri de küçüklerin çalışmasına ilişkin bazı yasak hükümleri öngörmektedir. İfade edelim ki, söz konusu hükümler küçüklerin çalışma yaşına ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmeyen Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na tâbi iş ilişkileri bakımından uygulanacaktır¹⁰⁹⁹. Biz konuyu İş Kanunu kapsamına dâhil kişiler bakımından değerlendireceğimiz için diğer kanunlara tâbi çalışanlar çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Ayrıca şunu da ekleyelim ki, İş Kanunu'nda ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda farklı çalışma yaşı öngörülmüş olması öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹¹⁰⁰.

İş Kanunu'nun "Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yasağı" başlıklı m.71/1 hükmü uyarınca; kural olarak onbeş yaşını doldurmamış olan çocukların çalıştırılmaları yasaktır. Kanuna göre, ondört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilk öğretim çağını tamamlamış olan çocukların; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlâki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılmaları mümkündür¹¹⁰¹. Kanun onbeş yaşa ilişkin kural koymakla birlikte aynı fıkranın son cümlesinde; ondört yaşını doldurmamış çocukların ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlâki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabileceğini belirterek istisna hükmüne yer vermiştir. Bu durumda 14 yaşını doldurmamış küçüklerin yaş sınırı olmaksızın çalıştırılmasına imkân tanımaktadır. Buna karşılık Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı m.6'da oniki aylıktan küçük çocukların hiç bir surette çalıştırılmayacağı hüküm altına alınmaktadır. Kanun ile öngörülmemiş çalışma yaşı yönetmelikle getirilemeyeceği için, söz konusu hükmün Kanun'a aykırı olduğu kanaatindeyiz.

¹⁰⁹⁸ URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.212.

¹⁰⁹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.496; ÖZKARACA/ÜNAL, s.51.

¹¹⁰⁰ BAKIRCI, s.229; ÖZKARARACA/ÜNAL, s.372; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.206, dn.9; AYKAÇ, s.354.

¹¹⁰¹ Çocuğun sağlığına, kişisel gelişimine ve eğitime zarar vermeyen çalışmaların "çocuk çalışması", buna karşılık çocuğun çocukluğunu yaşamasına engel olan, eğitim hakkı başta olmak üzere çocuğun diğer haklara sahip olmasını engelleyen gerek fiziksel gerekse psikolojik olarak çocuğa zarar veren çalışmaların ise "çocuk işçiliği" olarak nitelendirildiği yönünde bkz. AYKAÇ, s.340.

Kanun'un 72. maddesi ile maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde de Yönetmelik eklerine atıfta bulunularak genç ve çocuk işçilerin çalışmasına izin verilen işler sayılmıştır. Söz konusu eklere göre de İş Kanunu'na paralel olarak maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında bu işçiler çalıştırılmayacaktır. Bunun gibi 73. maddesinde de sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılmasının yasak olduğu belirtilmektedir.

Aynı şekilde Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in m.5/son hükmünde gece dönemine rastlayan sürelerde onsekiz yaşını doldurmamış işçilerin çalıştırılmayacağı düzenlenmektedir. Bu bağlamda Yönetmelik sanayie ait iş olup olmaması önem arz etmeksizin onsekiz yaşından küçüklerin gece çalışmasını yasaklamıştır. Öğretide bir görüş çalışma gece ve gündüz dönemine eşit olarak dağılıyor ise işçi lehine yorum ilkesi gereği gece çalışmasının kabul edileceğini ifade etmektedir¹¹⁰². Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise¹¹⁰³ "Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.7/son'da ifade edilen "*çalışma süresinin yarısından çoğunun gece dönemine rastlayan bir postanın çalışmasının gece çalışması sayılacağı*" hükmünden hareketle eşitlik hâlinde çalışma, gündüz çalışması sayılmalıdır. Kanımızca her ne kadar hüküm işçi lehine bir düzenleme öngörmemiş olsa da açık hüküm işçi lehine yorum yapılarak aksi sonuca ulaşmamızı engellemektedir. Olması gereken hukuk açısından önerimiz ise eşitlik durumunda çalışmanın gece çalışması sayılması gerekeceği yönünde bir düzenleme yapılmasıdır. Buna rağmen öğretide de isabetle ileri sürüldüğü üzere çalışmanın yarısından fazlası gündüz dönemine denk gelse dâhi onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin saat 20:00 dan sonra çalışamayacağının kabulü gerekir¹¹⁰⁴. Zira çocuk işçiyi korumaya yönelik gece çalışmayı yasaklayan hüküm bizi bu sonuca götürmeli ve gece dönemi başladıktan sonra çocukların çalıştırılması mutlak bir yasak olarak değerlendirilmelidir.

¹¹⁰² ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.761; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKA N, s.307; DEMİR, "Çocukların Korunması", s.570; YALÇINTAŞ, s.24. Ayrıca bkz. Yarg. 9. H.D., 10.05.2018, E. 2017/6959, K.2018/10461, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹¹⁰³ EKMEKÇİ Ömer, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Postalara Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar", Çimento İşveren Dergisi, C.20, 2006, s.50 vd.; AKDENİZ Ayşe Ledün, "Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İÜHFİM, C.77, S.2, 2019, s.562.

¹¹⁰⁴ CENTEL, Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği, s.170; AYKAÇ, s.367; YALÇINTAŞ, s.25.

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/6 hükmüne göre, *“Yaş kayıtlarına bağlı olarak müsaade edilen işlerden olsalar dahi hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde, alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işlerinde, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işlerde, gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işlerde, aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işlerde, sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işlerde, radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlara maruz kalınması ihtimali olan işlerde, fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işlerde, parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işlerde, eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine imkan sağlamayan işlerde, işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işlerde, eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işlerde, para taşıma ve tahsilat işleri ile 4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde 18 yaşını doldurmayan işçiler çalıştırılmaz”.*

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.11 hükmü uyarınca; çocuklara karşı işlenmiş suçlardan hüküm giyen, yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olan işveren ve işveren vekillerinin çocuk ve genç işçi çalıştırmaları yasaklanmıştır.

İfade edelim ki, yukarıda belirttiğimiz gibi Türkiye’nin de taraf olduğu birçok uluslararası düzenlemelerle de çocuk ve genç işçiliği korunmaktadır. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi, İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Birleşmiş Milletler Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme, Türkiye tarafında bazı maddelerine çekince konularak onaylanan Çocuk Hakları Sözleşmesi, İstihdama Kabulde Agari Yaşa İlişkin 138 Sayılı Sözleşme, 182 Sayılı Çocuk İşçiliğinin En kötü Biçimlerinin Önlenmesi Acil Eylem Sözleşmesi, Türkiye tarafından bazı maddelerine çekince konularak onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Türkiye’nin onayladığı uluslararası belgelere örnek olarak gösterilebilir¹¹⁰⁵.

Türk Hukuku’nda olduğu gibi Alman Hukuku’nda da küçüklerin çalıştırılmasına yönelik bazı sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümler öngörülmüştür. Çalışan Gençlerin Korunmasına İlişkin

¹¹⁰⁵ Söz konusu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, *Çocuk ve Genç İşçi*, s.499 vd.; **AYKAÇ**, s.341 vd.

Kanun, genç çalışanlar bakımından yüksek koruma sağlayan, onların çalışma koşullarını ayrıntı ile düzenleyen bir kanundur. Öğretide de kanımızca isabetle ifade edildiği üzere Türk Hukuku açısından da çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasına ilişkin ayrı bir kanun çıkartılıp gerekli hukukî korumanın sağlanması gerekmektedir¹¹⁰⁶.

Kısaca “JArbSchG” olarak anılan Kanun’un 5. maddesinde de kural olarak çocukların çalıştırılması yasaklanmış olup bazı istisnai hâllerde çocukların çalıştırılmalarına izin verilmektedir. Kanun’un 6. maddesinde ise; tiyatro, müzik gösterileri, reklam faaliyetleri, görüntülü ve sesli yayınlarda çalıştırılan çocuklar bakımında yaşlara göre özel kurallar konulmuş ve çalışma saatleri belirlenmiştir. Bunun için yasal temsilcinin onayı, çocuğun çalışmasının sağlığı bakımından tehlike arz etmediğinin kanıtlanması, çocuğun yaşamına ve sağlığına yönelik olası tehlikelere karşı beden, zihnen ve ruhen korunmasına ilişkin tedbirlerin alınması, çalışma süresince çocuğun bakım ve gözetiminin sağlanması, çalışmanın bitmesinden sonra çocuğa en az ondört gün kesintisiz boş zaman tanınması, okul eğitiminin aksamaması şartlarıyla denetim makamınca çocuğun çalışmasına izin verilebilir.

§2 Abs.1 JArbSchG hükmünde söz konusu kanuna göre henüz onbeş yaşını doldurmamış olan kişinin çocuk olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Aynı Kanunun m.5/1 hükmünde çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu ifade edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında çalışma ve iş terapisi amacıyla, tam zamanlı zorunlu eğitim süresince stajın bir parçası olarak yahut bir mahkeme kararına uygun olarak yapılan çalışmalar bakımından söz konusu kurala istisna getirilerek çocukların çalışmasına izin verilmiştir. Kanun’un §5 Abs.1 hükmündeki yasak, çocukların okula devam edip etmediklerine bakılmaksızın onbeş yaşını doldurmamış herkes için geçerli olup 2. fıkrada sayılan faaliyetler ve kanunda istihdam olarak kabul edilmeyen diğer faaliyetler hariç tutulmuştur¹¹⁰⁷. Kanun’un m.2/3 hükmünde çocuklar için getirilen söz konusu düzenlemelerin zorunlu tam zamanlı eğitime tâbi olan gençler için de geçerli olduğu belirtildiğinden çocuk işçi çalıştırma yasağı bu gruptaki kişiler için de geçerlidir¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁶ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, *Çocuk ve Genç İşçi*, s.488. Olması gerekenin hangi kanun kapsamında olduğu önem arz etmeksizin küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin özel düzenlemelerin yapılması, tehlikeli işler bakımından çalışma yaşının onsekiz, tehlikeli işler dışında onbeş olarak öngörülmesi gerektiği hakkında bkz. **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.374.

¹¹⁰⁷ **BOECKEN** Winfried/ **DUWELL** Franz Josef/ **DILLER** Martin/ **HANAU** Hans (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Gesamtes Arbeitsrecht*, Band 2, 2016, NK-GA/TAUBERT, JArbSchG §5, Rn 2.

¹¹⁰⁸ **TAUBERT** Thomas, “Änderungen im Jugendarbeitsschutzgesetz”, BB, Heft 11, 1997, s.575; **WEYAND** Joachim, *Jugendschutzgesetz*, 2. Online-Auflage, 2016, §5, Rn.1, <https://beck-online.beck.de/>

§6 JArbSchG hükmünde ayrıca denetim makamının onayı ile (*Aufsichtsbehörde*); altı yaşından büyük çocukların tiyatro gösterilerinde 10:00 ile 23:00 saatleri arasında günde 4 saat; radyo ve televizyonlarda, görüntülü ve sesli yayınlarda film ve fotoğraf çekimleri yahut müzik ya da diğer gösterilerde yer almak üzere, üç-altı yaş çocukların günde iki saat 08:00 ile 17:00 saatleri arasında, altı yaş üstü çocukların günlük üç saate kadar 08:00 ile 22:00 saatleri arasında Kanun'da belirtilen yasal düzenlemelere uyumlu olarak çalışmaları mümkündür. Söz konusu hükme aykırılık cezai ve idari suç oluşturmaktadır¹¹⁰⁹. Kanun'un 7. maddesinde ise, tam zamanlı okul yükümlülüğü bulunmayan çocukların¹¹¹⁰ mesleki eğitim ilişkisi içinde ya da mesleki eğitim ilişkisi dışında günde yedi haftada ise 35 saate kadar hafif ve kendilerine uygun işlerde çalışmasına izin verilmektedir.

§8 JArbSchG hükmünde gençlerin günlük en fazla sekiz saat haftada ise kırk saat çalışabileceği ifade edilmiştir. İkinci fıkrada, resmî tatillere bağlı olarak işyerinde çalışma yapılamaması hâlinde, ortalama haftalık çalışma süresinin kırk saati aşmaması ve günlük çalışma süresinin de sekiz buçuk saati aşmaması şartıyla kayıp iş günlerinden kaynaklanan sürelerin birbirini izleyen beş haftanın çalışma günlerine dağıtılabileceği hüküm altına alınmıştır. Son fıkrada ise, onaltı yaşından büyük işçilerin tarımda hasat zamanında günde dokuz saatten; iki haftada toplam seksenbeş saatten fazla çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu normla yetişkinlere göre daha az dayanıklı olan ve daha uzun iyileşme sürelerine ihtiyaç duyan gençlerin kişilik ve sağlığının korunması amaçlanmıştır¹¹¹¹.

§ 22 JArbSchG hükmünde genç işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu işler açıkça hüküm altına alınmıştır¹¹¹². Belirtmek gerekir ki, kanunda yasaklanan işi yapması çocuk işçiden isteniyor ise, çocuğun bunu reddetme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda ifayı reddetme hakkına sahip olan çocuk ne uyarılabilir ne de çocuğun iş sözleşmesi feshedilebilir¹¹¹³.

¹¹⁰⁹ ErfK/**SCHLACHTER**, JArbSchG §6, Rn.10.

¹¹¹⁰ Almanya'da zorunlu eğitim genellikle dokuz yıl olmakla beraber Berlin, Bremen, Brandenburg ve Kuzey Ren-Vestfalya federal eyaletlerinde on yıldır. **WEYAND**, JArbSchG § 5, Rn.3.

¹¹¹¹ ErfK/**SCHLACHTER**, JArbSchG §8, Rn.1; **WEYAND**, JArbSchG §8, Rn.2; **SCHODEN** Michael, Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, Bund Verlag, 5. Auflage, 2004, §8, s.76.

¹¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **WEYAND**, JArbSchG § 22; **ZMARZLIK** Johannes/**ANZINGER** Rudolf, Jugendschutzgesetz Kommentar, Verlag Franz Vahlen München, 5. Auflage, 1998, §22, s.330 vd. ; **SCHODEN**, §22, s.162 vd.; ErfK/**SCHLACHTER**, JArbSchG §22, Rn.1 vd.; **LAKIES** Thomas, Jugendarbeitsschutzgesetz, Basiskommentar zum JArbSchG, Bund Verlag, 7. Auflage, 2014, §22, s.209 vd.; **ERBS** Georg/**KOHLHAAS** Max, Strafrechtliche Nebengesetze, 240. EL, April 2022, JArbSchG § 22, <https://beck-online.beck.de/>

¹¹¹³ **TAUBERT** Thomas, Jugend und Arbeit, Rechte und Pflichten als Minderjährige(r) in der Arbeitswelt, Luchterhand, 1995, Rn.174, s.104.

Parça başı işler ve tempoya bağlı çalışma bakımından da genç işçilerin çalıştırılmasına yönelik kurallar ve yasaklar 23. maddesinde ifadesini bulmuştur¹¹¹⁴. Söz konusu yasağın ihlali hâlinde idari ve cezaî yaptırımların uygulanması gündeme gelecektir¹¹¹⁵.

24. madde hükmünde ise istisnalar da belirtilerek¹¹¹⁶ kural olarak gençlerin yer altında çalıştıramayacağı hükmüne yer verilmiştir.

bbb. Yasak ve Sınırlamaların Hukuki Niteliği

Çocuk veya genç işçilerin çalışmasına yönelik sözünü ettiğimiz sınırlamaların hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda öğretide fikir birliğine varılmış değildir. Öğretide bir kısım yazara göre¹¹¹⁷, bu sınırlamalar emredici hüküm niteliğindedir veya kanundan doğan yasaklar başlığı altında değerlendirilmelidir. Diğer görüş uyarınca ise, bu ehliyet sorunu olarak ele alınması gereken bir konudur¹¹¹⁸. Konunun ehliyet başlığı altında ele alınmasını gerektiğini düşünen yazarlarca bunun hak ehliyeti¹¹¹⁹ yahut fiil ehliyetine¹¹²⁰ ilişkin bir sorun olduğu konusunda da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda çocukların asgari çalışma yaşına ilişkin hükümler sözleşme yapma yasağı (*Abschlussverbot*) olarak nitelendirilmektedir. Konunun özel olarak ele alınması faydalı olacaktır.

Kanaatimizce küçüklerin çalıştırılmasına yönelik yasak ve sınırlamaların emredici hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır¹¹²¹. Medeni Kanun'un 8. maddesine göre; her insanın hak ehliyeti vardır ve bütün insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde haklara

¹¹¹⁴Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **ERBS /KOHLHAAS**, JArbSchG §23; ErfK/**SCHLACHTER**, JArbSchG §23, Rn.1 vd.; **SCHAUB/VOGELSANG**, §161, Rn.43; **SCHODEN**, §23, s.171.

¹¹¹⁵**WEYAND**, JArbSchG § 23, Rn.16.

¹¹¹⁶Eğitim hedeflerine ulaşmak için gerekli olduğu ölçüde, yeraltı istihdamı için mesleki eğitimlerini tamamlamışlarsa veya madencilik dairesi tarafından onaylanmış genç madencilere yönelik bir eğitim programına katılmışlarsa yahut katılıyorsa, korunmaları yetkili bir uzman gözetiminde sağlanarak çalışmaları mümkündür.

¹¹¹⁷**AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, 21; **AVCI**, *İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.1408; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.379; **AKYİĞİT**, *İş Hukuku*, s.171.

¹¹¹⁸**TUNÇOMAĞ**, *Hizmet Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğü*, s.117 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.490 vd.; **URHANOĞLU CENGİZ**, *Çocuk ve Gençler*, s.210.

¹¹¹⁹Türk Medeni Kanunu m.8/2 hükmünde ifade edildiği üzere, tüm insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittir. Bu hükmeye dayanarak öğretide kimi yazarlar asgari çalışma yaşına ilişkin sınırlamaları hak ehliyetine yönelik bir kısıtlama olarak kabul ederler. **URHANOĞLU CENGİZ**, *Çocuk ve Gençler*, s.210; **SAYMEN** Ferit, *Türk İş Hukuku*, İstanbul Akgün Matbaası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954, s.458; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.495. Yazarlara göre, kanun koyucu iş sözleşmesi yapma hakkından küçükleri yoksun bırakarak onların hak ehliyetini sınırlandırmıştır.

¹¹²⁰**ESENER**, *İş Hukuku*, s.145; **TUNÇOMAĞ**, *Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.117; **CENTEL** Tankut, *"Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları"*, Sosyal Siyaset Konferansları, 1984, s.225 vd.; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.105.

¹¹²¹**ÖZKARACA/ÜNAL**, s.379; **BAKIRCI**, s.159; **SENYEN KAPLAN**, *İş Hukuku*, s.203; **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Doğa*, s. 48; **AVCI**, *İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.1408; **AKYİĞİT**, *Şerh*, C.2, s.2040; **AKYİĞİT**, *Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik*, s.16.

ve borçlara ehil olmada eşittirler. Bu hüküm doğrultusunda öğretide hak ehliyetine ilişkin genel ilkenin genellik ve eşitlik olduğu ifade edilmektedir¹¹²². Söz konusu ilkeye yönelik sınırlamalar olabildiğince dar tutulmalı ve hükümde geçen “*hukuk düzeninin sınırları içinde*” ifadesi olabildiğince dar yorumlanmalıdır¹¹²³. Bu nedenle mevzuatta küçüklerin çalıştırılmasına yönelik hükümlerin hak ehliyetine ilişkin bir sınırlama olduğu görüşü kanaatimizce yerinde değildir. Küçüklerin çalıştırılmasına yönelik yasak ve sınırlamaların emredici hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmelidir¹¹²⁴. Öğretide de ifade edildiği üzere¹¹²⁵ yaşa ilişkin olan düzenlemelerin temelinde çocuğun sömürülmesinin engellenmesi, bedensel, zihinsel ve ruhsal sağlığı bakımından zararlı nitelikteki çalışmalara karşı korunması olup ehliyeti sınırlayıcı nitelik taşımamaktadır.

ccc. Yasak ve Sınırlamalara Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

İş Kanunu’nun 71. maddesi uyarınca, istisnalar saklı kalmak kaydıyla asgari çalışma yaşının onbeş olduğunu ifade etmiştik. Yukarıda sözünü ettiğimiz tartışmalar ışığında küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin yasakların hukuki niteliğinin ehliyet olarak kabul edilmesi hâlinde de emredici kurallara ayrılık olarak nitelendirilmesi hâlinde de söz konusu maddede ifade edilen *asgari çalışma yaşının ihlâli* hâlinde uygulanacak hukuki yaptırım geçersizlik olacaktır¹¹²⁶. Türk Borçlar Kanunu’nda iş sözleşmelerinin geçersizliğine ilişkin getirilmiş olan özel hüküm (m.394) çerçevesinde geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmeleri, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır¹¹²⁷. Bu bağlamda bu yaptırım sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz kılmayacak, geçersizliğinin anlaşıldığı tarihten itibaren sonuçlarını doğuracaktır. Zira aksinin kabulü küçüğün sömürülmesi anlamına gelecek ve küçüğün korunması ilkesi ile bağdaşmayacaktır¹¹²⁸.

¹¹²² DURAL/ÖĞÜZ, s.39 vd.; OĞUZMAN /SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.44; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.71; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.273 vd.; HELVACI/ERLÜLE, s.63; ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.80; KAYIHAN, s.281; HELVACI, Gerçek Kişiler, s.44.

¹¹²³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.45.

¹¹²⁴ ÖZKARACA/ÜNAL, s.379; BAKIRCI, s.159; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.203 vd.; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s. 48; AVCI, *İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.1408; AKYİĞİT, Şerh, C.2, s.2040; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.16.

¹¹²⁵ ÖZKARACA/ÜNAL, s.377.

¹¹²⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.295; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Yapı*, s.289; ÖZKARACA/ÜNAL, s.383 vd.; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.53; AKYİĞİT, Şerh, C.2, s.2039. Ayrıca bkz. STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian/RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Art.320, 7. Auflage, Schulthess, 2012*, s.147; MHD ArbR BENECKE, §32, Rn.17; JUNKER, *Arbeitsrecht*, s.101. Ekleyelim ki, yasak hükümlere aykırı bir şekilde küçüğün çalıştırılması durumunda kanuna aykırı bir şekilde çalıştırma sebebi ile işveren veya işveren vekilleri İş Kanunu m.104 uyarınca idari para cezaları ile karşı karşıya kalacaklardır.

¹¹²⁷ 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu’nda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

¹¹²⁸ ÖZKARACA/ÜNAL, 384. Ayrıca bkz. URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.223.

Bu durumda sözleşme geçersiz de olsa, işçinin işverenin işyerine veya yaşam alanına dâhil olmasıyla beraber iş ilişkisi ortaya çıktığı için söz konusu ilişki “*fiili*” de olsa geçerli sayılmaktadır¹¹²⁹. Anayasa’da öngörülen kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalışamayacağına ilişkin kural (m.50) küçük işçilerin korunmasını amaçlayan hükümlerin asıl dayanağını oluşturmaktadır¹¹³⁰.

Küçüklerin çalıştırılmasına yönelik hükümlere aykırı bir şekilde kurulan iş sözleşmelerinin iki hâlde baştan itibaren geçersiz olduğunu söyleyebiliriz: Küçüğün çalışmaya başlamaması hâli ve sözleşmenin konusunun fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık, adam öldürme vb. olması (konusunun kamu düzenini ağır şekilde ihlâl etmesi) durumu¹¹³¹.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bizim de katıldığımız görüş uyarınca yaş küçüklüğüne dayanarak iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürme hakkı işçinin kanunun aradığı yaşa ulaşması ile birlikte sona ermelidir¹¹³². Bu sonuç iş hukukunun kendine özgü yapısına daha uygun olacaktır. Esasen iş hukukunda geçersizliğin geçmişe değil ileriye etkili olması kuralı da bizi bu sonuca götürmektedir. İşçi bu yaşa ulaştıktan sonra sözleşmesinin feshedilmesi ihtimâlinde, hizmet süresinin esas alındığı tüm haklarda kanunun aradığı yaş sınırının altında kalan dönem de dâhil edilerek hesaplama yapılmalıdır¹¹³³. Öğretide *Seçer*, kesin geçersizlik sebebinin ileride ortadan kalkması hâlinde işlemin sağlık kazanamayacağını, bu nedenle de kanunun öngördüğü yaş sınırının altındaki bir çocuk ile iş sözleşmesinin yapılması hâlinde çocuğun sonradan kanunun aradığı yaş sınırına ulaşmasının durumu değiştirmeyeceğini ifade etmektedir¹¹³⁴. Yargıtay’ın konuya ilişkin olarak vermiş olduğu, davalı şirketin kömür ocağında çalışan davacının grizu sonucu öldüğü eski tarihli bir kararda¹¹³⁵ asgari çalışma yaşına aykırı bir şekilde sözleşme imzalanıp imzalanmadığı hususu uyuşmazlık konusu olmuştur. Olayda

¹¹²⁹ DEMİR, “Çocukları Korunması”, s.564.

¹¹³⁰ DEMİR, “Çocukları Korunması”, s.564.

¹¹³¹ ÖZKARACA/ÜNAL, 384; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.222; SEÇER, s.1443; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.111 vd.; REİSOĞLU, *Hizmet Akdi*, s.139; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.568; BAKIRCI, s.423 vd. Ayrıca bkz. CENTEL, *Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği*, s.199; TAŞMAN s.292; AKYİĞİT, *Şerh*, C.1, s.454; DİNÇ, s.141; AYKAÇ, s.379; ÇİL Şahin, *İş Kanunu Şerhi*, Madde 1-19, 1. Cilt, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.527; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.26.

¹¹³² Aynı yönde bkz. VISCHER/MÜLLER, §9, Rn.63; HWK/TILLMANN, *JArbSchG* §5, Rn.2; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.569; ÖZKARACA/ÜNAL, 399; ÇENBERCİ, *İş Kanunu Şerhi*, s.51; BAKIRCI, s.424; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.223; DİNÇ, s.143; AKYİĞİT, *Şerh*, C.2, s.2039. Yargıtay’ın iş hukukunda yasaklayıcı kamu kuralına dayanan geçersizliğin ilke olarak önceye etkili olmayıp geleceğe yönelik olduğu ve herhâlde sonradan durum kanunîleşmişse artık sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyeceği yönündeki kararı için bkz. Yarg. 9. H.D., 09.04.1970, E. 1555, K. 3438, ÇENBERCİ, *İş Kanunu Şerhi*, s.51.

¹¹³³ ÖZKARACA/ÜNAL, s.399.

¹¹³⁴ SEÇER, s.1440.

¹¹³⁵ Yarg. 9. H.D., 09.04.1970, 1555, 3438 K, ÇENBERCİ, *İş Kanunu Şerhi*, s.51.

Yargıtay kişinin iş kazası olduğu sırada kanunda öngörülen yaşa ulaşmış olduğu anlaşıldığından artık bu yönde iş sözleşmesinin geçersizliğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir. Söz konusu olayda Yargıtay, ölen kişinin işe giriş tarihindeki yaşı dışında başkaca bir geçersizlik sebebine de dayanılmadığından sözleşmenin geçerli, ölen kişinin işçi sayılmasının zorunlu olduğunu bizce de isabetli bir biçimde belirtmiştir.

Eski Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda¹¹³⁶ korunmak istenen kimsenin aleyhine sonuçlar doğacağı gerekçesi ile mevzuat tarafından bir işte çalıştırılması yasak bir işçi ile kurulacak iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılmaması gerektiği kabul edilmiştir. 1991 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bizce isabetsiz bir başka kararda 1475 sayılı İş Kanunu'nun m.67 hükmüne atıfla, çalışma yaşının çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul ve mesleki eğitim ve mesleğe yöneltme programlarına devamlarına yahut öğrenimden faydalanma kabiliyetlerine zarar vermeyecek nitelikteki hafif işlerde onüç yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılmalarının mümkün olabileceği ifade edilmiş, onüç yaşından küçük çocuklarla kurulan iş sözleşmelerinin baştan itibaren geçersiz olacağı belirtilmiştir. Kararda ayrıca İş Kanunu kapsamında kalan dönemin kıdem tazminatı hesabında da dikkate alınamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2013 yılında verdiği bir kararında, onbir yaşında çalışmaya başlayan bir kişinin asgari çalışma yaşından önce çalışmaya başladığı gerekçesi ile mevzuatta öngörülen asgari çalışma yaşına kadarki çalışması yok sayılmıştır¹¹³⁷. Yargıtay söz konusu kararında ondört yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi imzalandığında söz konusu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Belirtelim ki Kanun'un çalışma yaşı bakımından aradığı sınırlar küçüğün korunması maksadıyla getirilmiş olup bu kuralın küçüğün aleyhine yorumlanarak hak ihlâline sebebiyet vermesi adalet duygusu ile bağdaşmamaktadır¹¹³⁸. Bu kararla birlikte küçüğün emeği yok sayılarak, küçüğün korunması ilkesinden uzaklaşmıştır¹¹³⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017 yılında verdiği kararda¹¹⁴⁰ ise şu ifadelerle yer verilmiştir: "26.12.1993 doğumlu olan müteveffa işçinin 15 yaşından küçük olduğu döneme denk gelen ve davalı işveren tarafından 4857 Sayılı İş

¹¹³⁶ YİBHKG, 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹¹³⁷ Yarg. 22 H.D., 21.05.2013, E.2012/16405, K.2013/11851, <https://legalbank.net/> Kararın haklı eleştirisi için bkz. **DOĞAN YENİSEY** Kübra, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği-Türkiye metal Sanayicileri Sendikası (MESS), İstanbul, 2015, s.10; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.401.

¹¹³⁸ **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.171.

¹¹³⁹ **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.402.

¹¹⁴⁰ Yarg. HGK, 15.11.2017, E. 2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/>

Kanunu'nun 71/1. maddesindeki yasaklayıcı kanun hükmüne aykırı davranılarak çalıştırıldığı sabit olan 10.05.2007-26.12.2008 tarihleri arasındaki çalışmasının Özel Dairece yaşı ve davacı tanık beyanları arasındaki çelişki gerekçe gösterilerek geçersiz sayılması ve kabul edilmemesi 18.06.1958 gün ve 1957/20 E.-1958/9 K. sayılı İctihadı Birleştirme Kararı ile benimsenen "sözleşmenin butlanına kadar işçi hak ve yetkilerinden yararlandırılması gerektiğine" dair kabule ve "işçi lehine yorum ilkesine" aykırıdır". Kararda ayrıca iş mevzuatı kurallarının birçoğunun ekonomik bakımdan güçlü olan işverene karşı geçimini emeği ile sağlayan zayıf durumdaki işçiyi koruma amacı ile getirildikleri, "işçi lehine yorum"un "amaçsal yorumun" iş hukukunda işçiyi korumak için konulan kurallar yorumlanırken büründüğü biçim olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de iş mevzuatı kurallarının birçoğu iş ilişkisinde güçsüz taraf olan işçinin korunması amacıyla getirildiğinden genel bir yorum yöntemi olan amaca uygun yorum yöntemi ile işçi lehine yorum yöntemi genellikle örtüşmektedir¹¹⁴¹. Fakat iş kanunlarında yer alan hükümler yorumlanırken her şeyden evvel iş hukukunun genel amacı yerine her normun somut amacının dikkate alınması gerektiği göz ardı edilmemelidir¹¹⁴².

Alman Hukuku'nda küçük ile yapılan iş sözleşmesinin geçersizliğin sözleşmeye etkisine değinmek gerekirse, Kanun'un (JArbSchG) 5. maddesinde belirtilen yasak hükmünün ihlali hâlinde bunun iş sözleşmesine etkisi konusunda öğretideki hâkim görüş, §5 Abs.1 JArbSchG hükmü reşit olmayan küçüğün yasal temsilcisinin veya kendisinin söz konusu istihdama rıza gösterip göstermediğine bakılmaksızın §134 BGB hükmü bağlamında bir yasak hükmü olduğu ve yasadışı istihdam olarak değerlendirileceğidir¹¹⁴³. Söz konusu ilişki -yasanın öngördüğü yaş sınırı o arada aşılmadığı sürece- ileriye etkili olarak geçersiz olacaktır¹¹⁴⁴. Yani, iş sözleşmesi devam ederken kanunun belirlediği yaş sınırının aşılması ile birlikte -eğer kanunda başka bir yasak söz konusu değil ise- sözleşme geçerliliğini koruyacaktır¹¹⁴⁵. Bu durumda işveren ancak genel iş hukuku kuralları çerçevesinde sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır. Aksi durumda ise sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz olacaktır.

¹¹⁴¹ SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.17.

¹¹⁴² SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.17; SÜZEK, *Yorum*, s.234.

¹¹⁴³ Konuya ilişkin olarak bkz. WEYAND, JArbSchG § 5, Rn.8; VON STAUDINGER Julius, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag), Ottoschmidt- De Gruyter, Berlin, Neubearbeitung 2020, (STAUDINGER/ RICHARDI/FISCHINGER), §611a, Rn.137.

¹¹⁴⁴ NK-GA/TAUBERT, §5 JArbSchG, Rn.4; HWK/TILLMANS, §5 JArbSchG, Rn.2; ErfK/SCHLACHTER, §5 JArbSchG, Rn.12; STAUDINGER / RICHARDI/FISCHINGER, §611a, Rn.137; WEYAND, §5 JArbSchG, Rn.8; SCHAUB/VOGELSANG, §161, Rn.12; LEINEMANN Wolfgang, *Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 1, 2. Auflage, 2000, Rn.543; DÜTZ /THÜSING, §3, Rn.120.

¹¹⁴⁵ BAG 15.04.2013, 8 AZR 453/12 (Vorinstanz: LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 15.09.2011- 5 Sa 19/11), NZA Heft 21, 2013, s.1206.

Alman Hukuku'nda da geçersizlik ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için çocuk işçi çalışmasının karşılığı olarak kararlaştırılmış olan ücreti alma hakkına sahiptir¹¹⁴⁶. Sözleşmeye bağlı yan yükümlülükler ve işçinin kıdemi de korunacaktır¹¹⁴⁷. Bu noktada belirtelim ki yasağa rağmen çocuk çalıştırılmış ve yasaklanan işin bir sonucu olarak sağlık açısından yahut başka bir sebeple çocuk bir zarara uğrarsa işveren §823/2 ve 3 BGB hükümleri uyarınca zararın tazmini ile yükümlü olacaktır¹¹⁴⁸.

Alman Hukuku'nda çocuk işçi çalıştırma yasağının ihlâli aynı zamanda idari para cezası sonucunu doğuracağı gibi ceza kovuşturmasına da sebebiyet verebilir. Kanun'un 5. maddesinin ihlâli çocuğun çalıştırılmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda çocuk işçinin hizmetinin ifası hukuken imkânsızdır ve işverenin buna karşılık çocuk işçiden §275 BGB hükmüne dayanarak herhangi bir talepte bulunma hakkı yoktur¹¹⁴⁹. Kanun'un söz konusu maddesinin getiriliş amacı; çocukların ucuz iş gücü olarak kullanılmasını engellemek, sağlık ve zihinsel yönden kendilerine uygun işlerde çalışmalarını sağlamaktır. Bu da çalışma yaşının mümkün olduğunca yüksek belirlenmesi ile mümkün olabilecektir¹¹⁵⁰. Yasak, kişinin meslek seçme özgürlüğünü engellese de yasağın gençlerin sağlık, zihinsel ve bedensel bütünlüğünün korunması amacıyla getirilmiş olması bu kısıtlamayı haklı çıkartmaktadır¹¹⁵¹.

Daha önce ifade ettiğimiz gibi §134 BGB hükmü uyarınca kanundan aksi bir sonuç çıkarılmadıkça, söz konusu maddeyi ihlâl eden sözleşmeler geçersizdir. Kural olarak sözleşmenin taraflarının kanunun hükmünü ihlâl ettiklerini bilip bilmemesi önem arz etmemektedir¹¹⁵². Fakat bu noktada üzerinde durulması gereken kural şu olmalıdır: Eğer normun anlamı ve koruma amacı sözleşmenin geçersizliği ile sağlanamıyor ise, geçersizlik yaptırımından kaçınılmalıdır¹¹⁵³. Bu bağlamda normun koruma amacı araştırılarak, §134 BGB hükmünde ifade edilen *"kural olarak norma aykırılığın yaptırımının geçersizlikle sonuçlanması"* kuralının aksi ispatlanabilmektedir¹¹⁵⁴. Bu sonuca iş hukukunda çok sık ulaşılır, keza sözleşmenin geçersizliği nadir durumlarda korunan işçinin çıkarınadır¹¹⁵⁵. Alman

¹¹⁴⁶ NK-GA/TAUBERT, JArbSchG §5, Rn.4; HWK/TILLMANS, §5 JArbSchG, Rn.1.WEYAND, JArbSchG §5, Rn.8.

¹¹⁴⁷ WEYAND, JArbSchG § 5, Rn.8.

¹¹⁴⁸ NK-GA/TAUBERT, JArbSchG §5, Rn.4, s.2142.

¹¹⁴⁹ STAUDINGER / RICHARDI/FISCHINGER, 611a, Rn.137. Söz konusu maddenin birinci fıkrası uyarınca, edim borçlu ve herkes için imkânsız ise edime ilişkin talep hakkı ortadan kalkmaktadır.

¹¹⁵⁰ WEYAND, JArbSchG § 5, Rn.1.

¹¹⁵¹ WEYAND, JArbSchG § 5, Rn.2.

¹¹⁵² MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.7.

¹¹⁵³ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.7. Ayrıca bkz. MüKoBGB/ ARMBRÜSTER, §134, Rn.58.

¹¹⁵⁴ ZIMMERMAN, s.701; LARENZ/WOLF, § 40, Rn.5; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.275.

¹¹⁵⁵ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.33.

öğretisinde bu noktada sözleşme yapma yasakları (*Abschlussverbote*) ile çalıştırma yasakları (*Beschäftigungsverbote*) arasında bir ayrım yapıldığından daha evvel bahsetmiştik. Buna göre iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin yasaklarla istihdama yönelik yasakların birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir¹¹⁵⁶. Çalıştırma yasakları işçinin fiili olarak faaliyette bulunmasını yasaklar. Buna aykırı olarak işçinin çalıştırılması hâlinde ise iş sözleşmesi geçersiz olmayacak ve iş ilişkisinden doğan tüm haklar talep edilebilecektir.¹¹⁵⁷ Bu nedenle kanunun belirli bir işin yapılmasını mı yoksa iş sözleşmesinin kurulmasını mı yasakladığı hususu önem arz etmektedir¹¹⁵⁸. Çalışan Gençlerin Korunmasına İlişkin Kanun'un m.2/1 ile m.5/1 hükümleri sözleşme yapılmasına ilişkin yasak hükmü iken, aynı kanunda belirtilen ve aşağıda açıklayacağımız çoğu yasak hükümleri ise belirli işlerde çalıştırma yasağına ilişkin hükümlerdir¹¹⁵⁹.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Alman Hukuku'nda kural olarak onbeş yaşın altındaki çocukların çalıştırılması yasaktır. Bu kurala uygun davranılıp davranılmadığı sorumlu makamların denetimine tâbidir. Söz konusu yasağa aykırı davranış akdedilen iş sözleşmesinin §134 BGB hükmü uyarınca geçersizliği sonucunu doğuracaktır¹¹⁶⁰. Çocukla yapılan sözleşmenin geçersiz olması hâli sadece üzerinde anlaşılan faaliyetin kanunla tamamen yasaklanması ve başka bir istihdam olanağının bulunmaması hâlinde mümkündür¹¹⁶¹.

Yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere, genç işçilerin istihdamı konusunda kanunda çeşitli sınırlama hükümleri de öngörülmüştür. Alman öğretisinde kanunlardaki bu gibi yasak hükümlerinin ihlâlinin, sözleşmenin tamamını geçersiz kılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda örneğin §8 BGB hükmünün ihlâl edilerek genç işçinin günlük sekiz saatten fazla çalışmasının sözleşme ile kararlaştırılması durumunda *bu hüküm* geçersiz kabul edilecektir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere işçilerin çalışma saatleri bakımından getirilen sınırlamalar yanında Kanun'da genç işçilerin istihdam edilebilirliği konusunda da bazı sınırlama hükümleri getirilmiştir (§22 ff. JArbSchG). Örneğin bu kişilerin kanunda gösterilen istisnalar haricinde tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Yine Kanun'un 23. maddesinde akort işlerde

¹¹⁵⁶ HK-ArbR/KREUDER/MATTHIESSEN-KREUDER, BGB §611, 611a, Rn.168, s.1335; JUNKER, Arbeitsrecht, s.101; MüKoBGB/ ARMBRÜSTER, §134, Rn.110; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, BGB §611a, Rn.531 vd.

¹¹⁵⁷ HROMADKA/ MANSCHMANN, §5, Rn.97; FISCHINGER Philipp S., Arbeitsrecht, 2., neue bearbeitete Auflage, C.F.Müller, 2021, § 4 E I, Rn.203, s.61.

¹¹⁵⁸ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.7.

¹¹⁵⁹ HROMADKA/ MANSCHMANN, §5, Rn.99.

¹¹⁶⁰ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.17, s.685; JUNKER, Arbeitsrecht, s.101.

¹¹⁶¹ TAUBERT, Jugend und Arbeit, Rn.174, s.104.

yahut tempoya bağılı yani çalışma hızına bağılı olarak yüksek ücret elde edebileceğı diğeri işlerde de çalışmaları yasaklanmıştır. Bu durumda yani kanun ile tamamen yasaklanmış bir işin ifa edilmesi konusunda anlaşma yapılmış olması hâlinde, bu yasak -Kanun'un küçüğü koruma amacına da uygun olarak- sözleşmenin tamamını geçersiz kılmamalıdır. Bu noktada geçersiz olan sözleşmenin tamamı değil, söz konusu hizmet vaadidir¹¹⁶².

Türk Hukuku açısından Alman Hukuku ile benzer bir yaklaşımla konuyu ele almanın daha âdil sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz. Türk Hukuku'nda genel kabul olarak her ne kadar emredici ve yasaklayıcı norm ayrımı yapılmasa da normun koruma amacından hareketle benzer sonuca ulaşmaktayız¹¹⁶³. Küçük işçi ile asgari çalışma yaşını ihlâl eden bir iş sözleşmesi kurulması durumunda bu sözleşme geçersizlik yaptırımı ile sonuçlanmalıdır. Daha evvel ifade ettiğimiz üzere İş Kanunu m.71 uyarınca istisnalar hariç olmak üzere asgari çalıştırma yaşı onbeş olarak belirlenmiştir. İstisna kapsamına giren bir iş söz konusu değil ise ve asgari çalıştırma yaşı ihlâl edilerek bir iş sözleşmesi imzalanmış ise söz konusu sözleşme geçersiz olmalıdır. Zira bu durumda küçüğün çalıştırılmasına yasa gereğı imkân yoktur. İleride de ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere¹¹⁶⁴ bu durumda sözleşme ileriye etkili geçersiz kabul edileceğı için küçüğün işçi sıfatı korunacaktır. Fakat küçüğün çocuk yahut genç işçiye yasaklanan işlerden birinde istihdam edilmek üzere işe alınmış olması hâlinde bu durumda iş sözleşmesi kesin geçersizlik yaptırımı ile sakatlanmamalıdır¹¹⁶⁵. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere emredici hükümlere aykırılık her durumda sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Eğer ki normun koruma amacına geçersizlik dışında başka bir yolla ulaşabiliyorsak geçersizlik yaptırımı uygulanmayacaktır. Bu bağlamda emredici kurallara aykırı bir sözleşmenin var olup olmadığı meselesi ile emredici kurallara aykırı bir sözleşmenin geçersiz olup olmadığı sorunu birbirinden farklıdır¹¹⁶⁶. Örnekle konuyu açıklamak gerekirse, İş Kanunu 73. maddesi ile sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaklanmıştır. Bu yasağın ihlâl edilerek küçük ile gece çalışmasına yönelik bir iş sözleşmesi imzalandığında kanaatimizce sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülmemeli, aksine işveren

¹¹⁶² MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.20, s.686.

¹¹⁶³ İfade edelim ki, normun koruma amacı ve anlamı amaçsal yorumla bulunur ve korunan menfaatin ne olduğu ise sözleşmesel sorumlulukta mevcut sözleşmenin anlam ve amacından, kanuna dayanan sorumlulukta ise sorumluluğı kuran normun amaç ve anlamından amaçsal yorum metodu sayesinde bulunur. **EREN** Fikret, "Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s.462.

¹¹⁶⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, E, 1.

¹¹⁶⁵ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.288 ve s.300.

¹¹⁶⁶ **BK-KRAMER**, Art.19-20 OR, Rn.135; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.278.

işçiye gündüz çalışabileceği uygun bir iş vererek onun istihdamını sağlamalıdır¹¹⁶⁷. Uygun yer bulunmaması durumunda ise sözleşmeyi fesih yolu ile sona erdirmeli ve işçiye kıdem tazminatı dâhil olmak üzere feshe bağlı tüm haklarını ödenmelidir. Zira iş sözleşmelerinde geçersizliğin ileriye etkili olması kuralı bu noktada işçiye koruma konusunda yetersiz kalacaktır. Daha ileri bir çözümle işçinin feshe bağlı haklarını da alabilmesi adına bu yaklaşım iş hukukunun yapısına uygun bir olacaktır. Öğretide de işçinin yaşına uygun olmayan ağır işlerde çalıştırılması hâlinde işverenin gözetme borcu uyarınca işine, yaşına ve sağlık durumuna uygun bir iş vermesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁶⁸. İş Kanunu m.72’de düzenlenen, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılmasını yasaklayan hüküm, yine Kanun’un 73. maddesinde ifadesini bulan sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılmasını yasaklayan hüküm ihlâl edildiği takdirde, öğretide de ifade edildiği üzere, geçersizlik yaptırımını uygulanmayacaktır¹¹⁶⁹. *Doğan Yenisey* de işçinin bazı işlerde çalıştırılmasına ilişkin yasaklara aykırılık durumunda bunun sözleşme yapma yasağına mı aykırılık teşkil ettiği yoksa belirlenen işlerde çalıştırma yasağına mı ilişkin olduğunun değerlendirilmesi ve ona göre yaptırımın belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁷⁰.

İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin yasaklara aykırılık durumunda kural geçersizlik iken, işçinin belirli işlerde istihdam edilmesini sınırlayan düzenlemelere aykırılık durumunda ise hukuki ilişki tümüyle geçersiz kılınmamalıdır¹¹⁷¹. Normun işçiye koruyucu amacından uzaklaşıp emredici her hükme aykırılık hâlinde hukuki ilişkinin geçersizliğini ileri sürmek işçiye dezavantajlı bir duruma düşürmek sonucunu doğuracaktır ki bu da kabul edilebilir bir sonuç değildir.

¹¹⁶⁷ Çocuk işçilerin gece ve yer altı işlerinde çalışma yasağına rağmen imzalanan iş sözleşmesinin geçersiz olacağı yönünde bkz. **TUTAR**, s.104; **ÇELİK A. Hakim/BİNGÖL Ozan**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, Ekin Basım Dağıtım, 2016, s.39.

¹¹⁶⁸ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.300; **SÜZEK**, *Geçersizlik*, s.141; **URHANOĞLU CENGİZ**, *Çocuk ve Gençler*, s.226.

¹¹⁶⁹ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.300.

¹¹⁷⁰ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.299.

¹¹⁷¹ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.299.

b. Cinsiyet

aa. Genel Bilgi

İş Kanunu'nun "yeraltı ve su altında çalıştırma yasağı" başlıklı 72. maddesine göre; maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde her yaştaki kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Öğretide söz konusu kanun hükmünün kaldırılması gerektiği isabetle ileri sürülmektedir¹¹⁷². Zira bu hüküm kadının çalışma hakkına müdahale niteliği taşımaktadır¹¹⁷³. Bu nedenle öğretide düzenlemenin kadının bedensel özellikleri, doğurganlığı gibi hususları da dikkate alınarak günümüz koşullarında bilimsel bir değerlendirmeye tâbi tutularak çağdaş ve amaca daha uygun bir şekilde yapılmasının gerekliliği ifade edilmiştir¹¹⁷⁴. Gerçekten de biraz sonra ifade edeceğimiz hamilelik ve annelik ile ilişkili konular bakımından kadınları özel olarak koruyucu hükümlerin varlığı belirli meşruiyete dayanmaktadır. Zira bu düzenlemelerle hamilelik sürecinde ve sonrasında kadın vücudunda meydana gelen fizyolojik ve zihinsel fonksiyonların normale dönene kadar kadının biyolojik olarak korunması sağlanmakta, doğum sonrası süreç açısından ise iş stresinden uzaklaşarak anne-çocuk ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulması hedeflenmektedir. Fakat kanaatimizce kadınlar özelinde getirilen yeraltı ve su altında çalışma yasağı istihdama erişim koşulları bakımından kadın ve erkek açısından cinsiyete dayalı ayrım teşkil etmektedir. Zira Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avusturya'da maden ocaklarında kadın işçilerin çalışma yasağına ilişkin olarak verdiği bir kararda, işlere ve görevlere erişim konusunda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması gerektiği, benzer fiziksel özelliklere sahip erkekler o işe kabul edilirken, kadınların sadece ortalama olarak erkeklerden daha küçük ve daha az güçlü oldukları için belirli iş türlerinden dışlanamayacakları ifade edilmiştir¹¹⁷⁵.

Kanun'un 73. maddesine göre ise, onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak

¹¹⁷² CANİKLİOĞLU Nurşen, "4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları", Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu, 7 Mart 2019, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Online Erişime Açık Bildiri Kitabı, 1 Mart 2020, s.34 vd; BAŞBUĞ/BODUR, s.132; GÖKÇEOĞLU BALCI Şebnem, "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2017/3 (54), s.1263.

¹¹⁷³ CANİKLİOĞLU, *Kadınların Hakları*, s.35. Yazar söz konusu düzenleme dikkate alındığında kadınların örneğin metroda güvenlik görevlisi olarak yahut su altında dalış eğitmeni ya da su altında fotoğraf çekimi için bir iş sözleşmesi yapmasının da mümkün olamayacağını ifade etmektedir.

¹¹⁷⁴ CANİKLİOĞLU, *Kadınların Hakları*, s.38.

¹¹⁷⁵Case Nummer: C-203/03, Comission v. Austria, Judgment of the Court, 1 February 2005, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B548B6EC582EDCB28AFBD14D83CF3B7?ext=&docid=49900&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4267635>

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterileceği ifade edilmiştir. Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece çalıştırılması Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik m.5 ile kadın çalışanların yedi buçuk saatten fazla çalışmaları yasaklanmıştır. Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir. Bu noktada ifade edelim ki, "Postalar Hâlinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" m.7/2 hükmüne göre, çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması gece çalışması sayılacaktır. Öğretide tartışmalı olmakla beraber çalışma, gece ve gündüz dönemi eşit oranda ise kanaatimizce çalışmanın gündüz çalışması olarak kabul edileceğini daha önce ifade etmiştik¹¹⁷⁶.

Bu düzenlemelerin dışında Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 8. madde hükmü uyarınca; yeni doğum yapmış çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Aynı Yönetmelik'in 9. maddesinde belirtildiği üzere, gebe veya emziren çalışan günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz.

İş Kanunu'nun m.74/1 hükmü uyarınca "*Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir*". Söz konusu düzenleme analık izni olarak ifade edilse de öğretide haklı olarak burada esasen kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu bir dönemin hüküm altına alındığı ifade edilmiştir¹¹⁷⁷. Ayrıca ifade edelim ki, kanun metninde ifade edilen süreler nispi emredici nitelik taşımakta olup, bu sürelerin azaltılması mümkün değilse de iş sözleşmeleri yahut toplu iş sözleşmeleri ile artırılması mümkündür¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁶Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B, 3, a, bb, aaa.

¹¹⁷⁷ CANIKLIOĞLU, *Kadınların Hakları*, s.38 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.281; AKYİĞİT, Şerh, C.2, s.2049.

¹¹⁷⁸ CANIKLIOĞLU, *Kadınların Hakları*, s.39; SENYEN KAPLAN E. Tuncay, "*İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı*", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000, s.714.

bb. Yasağa Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

Kadınların yukarıda ifade ettiğimiz yasak bir işte çalışmaları hâlinde kurulan iş sözleşmesinin ileriye etkili olarak geçersiz olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁷⁹. Fakat bizim de katıldığımız görüş uyarınca¹¹⁸⁰ her durumda geçersizlik yaptırımının uygulanacağı söylenemez. Kadın işçinin çalıştırılması yasak bir işte çalıştırılmak üzere istihdam edilmesi durumunda esasen kadın işçi ile iş sözleşmesi kurulması yasaklanmayıp kadın işçinin bazı işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır¹¹⁸¹. Bu nedenle kanaatimizce örneğin yer altı işinde kadın işçinin çalıştırılması yasak olmasına rağmen işçi ile bu yönde bir iş sözleşmesi imzalanmışsa sözleşme geçersiz sayılmamalı işçiye yapması kanunen uygun olan başka bir iş teklif edilmelidir.

Benzer şekilde yeni doğum yapmış çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Bu yasakla getirilen amaç maddenin ihlâli hâlinde sözleşmenin geçersiz sayılması olmamalıdır. Zira hamile kadının ve ceninin sağlığının korunması amacı ile söz konusu hüküm getirilmiştir. Burada amaç işçiyi korumak olduğuna göre, yasak hükmüne aykırılık hâlinde geçersizlik yaptırımının uygulanması normun koruma amacından uzaklaşmak anlamına gelecek ve işçinin aleyhine bir yorum olacaktır. İşçiyi korumak adına getirilen hükme aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımın işçiyi dezavantajlı duruma düşürmesi iş hukukunun işçiyi koruma özelliğine uymayacağı gibi mantığa da aykırı olacaktır. Zira hamile bir kadına yönelik getirilen yasaklar bu işçinin iş sözleşmesinin geçersiz sayılmasını amaçlanmamakta, bu işçinin geçici bir süre hükümde belirtilen işlerde çalıştırılmasını yasaklamaktadır¹¹⁸².

¹¹⁷⁹ **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.24; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s.88; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.501; **AKYİĞİT**, Şerh, C.2, s.2054. Yer altında veya su altında çalıştırılmak üzere kadın işçilerle yapılan iş sözleşmesinin geçersiz olacağı ancak söz konusu geçersizliğin TBK m.394/3 hükmü uyarınca ileriye etkili hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yönünde bkz. **CANIKLIOĞLU**, *Kadınların Hakları*, s.35. Kadınlara yönelik çalışma yasaklarına aykırılık hâlinde imzalanan iş sözleşmesinin geçersiz olacağı yönünde ayrıca bkz. **TUTAR**, s.104; **ÇELİK/BİNGÖL**, s.39. Öğretide *ÇİL*, kadınların çalışma yasaklarına aykırılık durumunda iptalin ileriye etkili sonuç doğurmasından bahsetmektedir. Kanaatimizce burada tartışılması gereken husus iptal yaptırımından ziyade kesin geçersizlik yaptırımıdır. Zira kadın işçilere yönelik olarak getirilen çalışma yasaklarına aykırılık, emredici hükümleri ihlâl etmektedir. Bu durumda da tartışma konusu olan esasen TBK m.27 hükmünde düzenlenen emredici hükümlere aykırılığın kesin geçersizlik sonucunu doğurup doğurmayacağı hususudur. **ÇİL**, Şerh, C.I, s.527. Ayrıca bkz. YİBHKGK, 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹¹⁸⁰ **BROSE** Wiebke/ **WETH** Stefan/ **VOLK** Annette, Mutterschutzgesetz und Bundeselternzeit- und Elternzeitgesetz, 9. Auflage, 2020, MuSchG §5, Rn.25; **RANCKE** Friedbert/ **PEPPING** Georg, Mutterschutz, Elternzeit, Elternzeit, NOMOS Kommentar, 6. Auflage, 2022, §5 MuSchG, Rn.14. Yer altı işlerinde kadın işçilerin çalıştırılmasını yasaklayan hükmün işe alma özgürlüğünü değil, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü sınırlandığı yönünde bkz. **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.58 vd.

¹¹⁸¹ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.301; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.58 vd.

¹¹⁸² **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.301; **BROX/RÜTHERS/HENSSLER**, Rn.190.

İş ilişkisinin hamilelikten sonra kurulmuş olması durumunda ise daha önceden Alman öğretisi ve yargısı, iş sözleşmesinin yasaklanan faaliyetlerin yerine getirilmesine yönelik olması durumunda iş sözleşmesinin geçersiz (yahut kısmen geçersiz) olduğu sonucuna varıyordu¹¹⁸³. Bu görüş, artık anneliğin korunması ve ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkin düzenlemeler ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihat hukuku ile uyumlu görülmemektedir¹¹⁸⁴. Zira Kanun'un anlam ve amacıyla hamilelik gerçekleşikten sonra iş sözleşmesinin geçersizliği değil, çalışma yasakları ile kadın işçinin menfaatlerinin korunması gayesi güdülmektedir¹¹⁸⁵. Akdedilmiş olan iş sözleşmesi çalışma yasakları ile içeriği boş/etkisiz (inhaltlos) hâle getirilmemelidir, zira hamilelik durumu geçicidir ve aksi görüş cinsiyet temelli bir ayrımcılık teşkil eder¹¹⁸⁶. Bu durum hem belirli hem belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından geçerli kabul edilmektedir¹¹⁸⁷. Yine daha önce belirttiğimiz üzere hamilelik geçici bir durum olduğundan işverenin iş sözleşmesini iptal hakkı bulunmamaktadır¹¹⁸⁸.

Alman Hukuku'nda Anneliğin Korunması Kanunu'nda da (*Mutterschutzgesetz: MuSchG*) kadın işçilere yönelik bazı yasaklayıcı hükümler yer almaktadır (m.3 vd.). Alman öğretisinde yasakların iş sözleşmesine etkisi bakımından hamilelik öncesi ve sonrası arasında bir ayrım yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸⁹. Bu durumda eğer işçi iş sözleşmesi kurulduktan sonra hamile kalırsa çalıştırma yasaklarından dolayı sözleşmenin geçersizliği tartışması zaten yapılamayacaktır. Yasaklar bu durumda, işçinin artık çalışmasına izin verilmemesine yahut eskisi gibi çalışmamasına yol açmaktadır. Yine ifade edelim ki, §18 MuSchG hükmüne göre, istihdam yasaklansa dâhi ücretin ödenmesine devam edilmelidir.

¹¹⁸³ BAG, Urt. v. 06.10.1962, 2 AZR 360/61 (Mannheim), NJW 1963, Heft 5, s.222; BAG 27.11.1959- 1 AZR 540/55, AP MuSchG §4 Nr. 2, MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.28; BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §3, Rn.33, <https://beck-online.beck.de/>

¹¹⁸⁴ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.28; BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §3, Rn.33.

¹¹⁸⁵ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.28.

¹¹⁸⁶ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.28; NK-GA/MESTWERDT, §611 BGB, Rn.273 vd.; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.190 ve Rn.195; ZMARZLIK Johannes/ZIPERER Manfred/VIETHEN Peter/VIEß Gerhard, Mutterschutzgesetz Mutterschaftsleistungen, Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 9. Auflage, 2006, §4 MuSchG, Rn.7; HOPT Klaus, Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Beck'sche Kurz-Kommentare, 42. Nuebearbeitete Auflage, 2023, (HOPT/ROTH), HGB §59, Rn.118.

¹¹⁸⁷ BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §3, Rn.33. Ayrıca bkz. BAG., Urt. v. 06.02.2003 – 2 AZR 621/01 (Vorinstanz: LAG Sachsen, Urt. v. 06.06.2001 – 7 Sa 828/00), NZA, Heft 15, 2003, s.848 vd.; EuGH, Urt. v. 04.10.2001 – Rs. C-109/00 (Tele Danmark), NZA, Heft 22, 2001, s.1241.

¹¹⁸⁸ BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §3, Rn.33; PWW/AHRENS, §134, Rn.38. Ayrıca bkz. BAG, Urt. v. 06.02.1992 – 2 AZR 408/91 (München), NJW 1992, Heft 34, s.2173.

¹¹⁸⁹ MHdB ArbR/BENECKE, §32, Rn.26. Söz konusu kanun Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 92/85 sayılı Anneliğin Korunması Direktifi'nin ve Alman Anayasası m.6/4 hükmünün uygulanmasına hizmet etmektedir. SCHAUB/LINCK, §165, Rn.2.

Yasaklama normlarının özel hukuka etkisi bakımından tüm çalıştırma yasaklarında olduğu gibi getirilen kuralla belirlenen işte işçinin fiilen çalıştırılmasının mı yasaklandığı yoksa işçinin çalışmasının temelini oluşturan anlaşmanın mı yasaklandığı sorusuna cevap bulmak gerekecektir¹¹⁹⁰. Bu nedenle yasak normunun medeni hukuk açısından etkileri konusunda tüm çalıştırma yasaklarında olduğu gibi her zaman şunu sorgulamak gerekir: Kişinin iş sözleşmesi ile çalışması bakımından sınırlamalar öngörülmüş ve bazı işlerde belirli şartlarda çalıştırılması mı yasaklanmıştır yoksa kişinin o iş sözleşmesi ile istihdamı tamamen mi engellenmektedir? Bunun yanında ayrıca §134 BGB hükmüne göre yasağın dikkate alınmaması durumunun iş sözleşmesindeki anlaşmanın geçersizliğine sebep olup olmayacağı da sorgulanmalıdır.

İş sözleşmesinin kurulmasının yasaklanmayıp iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin getirilen yasakların ihlâl edildiği bir durumda, iş sözleşmesinin geçerliliği etkilenmez; ancak bu durum aslî ifa yükümlülüklerinin askıya alınmasına sebep olur¹¹⁹¹. Bu sürede işçi ve işveren bakımından sözleşmeden doğan yan yükümlülükler (sır saklama yükümlülüğü gibi) de devam etmektedir¹¹⁹².

§5 MuSchG hükmünde hamile kadın işçinin 20:00 ile 06:00 saatleri arasında çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. Gece çalıştırılmasına yönelik bir iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra kadın işçinin hamile olduğunun ortaya çıkması hâlinde söz konusu iş sözleşmesi geçersiz sayılmayacaktır. Bu durum sözleşmenin belirli süreli olarak imzalanması hâlinde de geçerlidir¹¹⁹³.

Gece çalışma yasağı sebebi ile kadın işçinin sözleşmede kararlaştırılan saat aralıklarında çalıştırılmasına izin verilmemesi hâlinde işveren tarafından kadın işçinin çalıştığı işyerindeki pozisyonunun değiştirilmesi yahut çalışma saatlerinde değişikliğe gidilmesi söz konusu olabilir¹¹⁹⁴. Bu çözüm işçiyi korumaya yöneliktir. Kanaatimizce örneğin gece bekçisi olarak çalışmak üzere bir kadın işçinin işe alındıktan sonra hamile olması durumunda, öncelikle işçinin çalışma saatleri değiştirilerek gündüz vardiyasına alınması sağlanmalı yahut işyerinde başka boş bir pozisyon olması hâlinde kadın işçiye bu pozisyon teklif edilmelidir. Söz konusu

¹¹⁹⁰ MHdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.33.

¹¹⁹¹ BAG, Urt. v. 11.10.2000- 5 AZR 240/99 (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 04.03.1999- 21 Sa 38/98), NZA, Heft 8, 2001, s.445 vd.

¹¹⁹² BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §3, Rn.32.

¹¹⁹³ BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §5, Rn.14.

¹¹⁹⁴ BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §5, Rn.25; RANCKE/PEPPING, §5 MuSchG, Rn.14.

işin/teklifin "mâkul" olması şartıyla kadın işçi bu değişikliği kabul etmelidir¹¹⁹⁵. Aksi takdirde iş sözleşmesi geçersizlik yaptırımı ile değil fesih ile sona erdirilmelidir.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne yansıyan bir olayda mahkeme¹¹⁹⁶, kadın işçinin hamilelik sırasında çalıştırma yasağı sebebi ile sözleşmeye dayalı işin ifasının engellenmesi durumunda işverenin hakkaniyete uygun takdir yetkisi çerçevesinde işçiye ikâme bir iş vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu olayda işçi bir klinikte gece nöbeti öğrenci asistanlığı görevini üstlenmiştir. Fakat bir süre sonra hamilelik sebebi ile ifa etmesi gereken edimi yerine getirmesi mümkün olmamıştır. Mahkeme "mâkul"lük tespit edilirken her iki tarafın da çıkarlarının kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, işçi bir yandan işverenin mâkul teklifini yerine getirerek çalışma yasağının mâli sonuçlarından işverenin mümkün olduğunca az etkilenmesine katkı sağlamalıdır. Öte yandan önerilen iş bakımından, hamile kadın işçinin doğrudan doğruya iş ilişkisi kapsamında olmayan özel durumu ve haklı kişisel çıkarları da dikkate alınmalıdır. Kadın işçiye önerilen ikâme işin mâkul olup olmadığının, işçi için katlanabilir olup olmadığının olası bir hukukî uyuşmazlıkta incelenebilmesi için söz konusu ikâme işin somutlaştırılması gerekmektedir. Yukarıda sözünü ettiğimiz olayda davalı işveren davacıya istihdam yasağı süresince belirli bir zamanda, belirli bir kapsamda, belirli bir faaliyeti yerine getirmesine yönelik bir teklifte bulunmamıştır. Mahkeme, davacının gündüz vardiyasında çalışmayı reddedeceği düşünülse bile böyle bir teklifin yine de işveren tarafından yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Davacının hamileliği sebebiyle çalışmasına ilişkin olarak özel saat düzenlemeleri göz önüne alındığında faaliyetin kapsamının, çalışma saatlerinin tam olarak belirlenmesinden vazgeçilmesi mümkün olmamalıdır.

Kanaatimizce de hamilelik sebebi ile yapmakta olan işi yapamayan kadın işçiye, mümkünse işveren tarafından kanunla yapılmasına izin verilen başka bir iş teklif edilmelidir. Çalışması yasak olan bir işte çalışması gerekçe gösterilerek işçinin iş sözleşmesi feshedilememelidir. Aynı şekilde emredici hükümlere aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersizliği de ileri sürülememelidir. Mahkemenin kararında da haklı olarak belirttiği üzere, yapılacak işin sınırları net olarak çizilmemiş ise mâkullük değerlendirilmesinin yapılması mümkün olamayacaktır, bu nedenle işçiye hangi işin önerildiğinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. İşçinin hamileliği veya hamilelik sonrası dönem bakımından çalıştırma

¹¹⁹⁵ RANCKE / PEPPING, §5 MuSchG, Rn. 14.

¹¹⁹⁶ BAG, Urt. v. 15.11.2000 – 5 AZR 365/99 (Düsseldorf), NJW 2001, Heft 20, s.1517.

yasağının söz konusu olduğu durumlarda işveren işçiye başka bir iş, gece yerine gündüz işi yahut çalışma saatleri bakımından daha farklı mâkul/beklenebilir bir iş teklif etmelidir¹¹⁹⁷.

İşçiye teklif edilecek işin mâkullüğü belirlenirken dürüstlük kuralı gereği somut olayın tüm koşulları, özellikle verilen işin niteliği, işçinin kişisel menfaatleri, işçinin ailevi yükümlülükleri dikkate alınmalı ve Alman Federal Mahkemesi kararında da ifade ettiğimiz üzere işveren yeni teklif ettiği iş bakımından belirli bir zaman, belirli bir kapsam ve belirli bir faaliyet belirtmelidir¹¹⁹⁸. Bu durumda işçi de teklif edilen iş mâkul ise söz konusu teklifi kabul etmelidir.

Önemle belirtelim ki Alman Hukuku'na göre, eğer kadın işçi yeni işinde normalde yaptığı işe oranla daha az kazanıyor ise işveren §18 MuSchG hükmü uyarınca işçiye önceki işinde geçmişte elde ettiği ortalama kazancını ödemek zorundadır¹¹⁹⁹. Alman Hukuku'nda "Mutterschutzlohn" olarak ifade edilen ve anne koruma ücreti olarak tercüme edebileceğimiz bu ücret, Annelik Koruma Kanunu m.8 hükmünde ifadesini bulmuştur. Buna göre; *"Doğumdan önce ve doğumdan sonra koruma süreleri dışında, çalışma yasağı sebebiyle kısmen ya da tamamen çalışamayan kadın işçi işvereni tarafından annelik koruma ücreti alır. Bu ücret, hamilelikten önceki son üç takvim ayının ortalama ücretidir. Bu durum, bir yasak sebebiyle istihdamın ya da ücret türünün değişmesi hâlinde de geçerlidir. Eğer iş ilişkisi hamileliğin başlamasından sonra başlamışsa ortalama ücret ilk üç ayın ücreti üzerinden hesaplanacaktır"*.

Türk Hukuku açısından tıpkı çocuk işçilerin özel bir kanunla daha kapsamlı düzenlemelerle korunması gerektiğine ilişkin düşüncemizi kadın işçiler açısından da yinelemek isteriz. Hukukumuzda da Alman Hukuku'nda olduğu gibi anne ve anne adaylarını koruyan özel bir kanun çıkarılarak, kapsamlı bir düzenleme ile bu işçiler bakımından daha çok koruma sağlanmalıdır.

Kanaatimizce her ne kadar kadın çalışanların haklarını düzenleyen özel bir kanunumuz olmasa dâhi, kadın işçi hamilelik sebebi ile çalışması yasak bir işte çalıştırılıyorsa ona muhakkak feshin son çare olma ilkesi gereği başka bir iş teklif edilmelidir. Alman öğretisi ve mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere işçiye teklif edilen iş bakımından somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır. Kanımızca örneğin gece çalışan bir işçiye gündüz işi verilmesi

¹¹⁹⁷ BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §5, Rn.25. Benzer yönde ayrıca bkz. SÜZEK, İş Güvenliği, s.185 vd.

¹¹⁹⁸ BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §5, Rn.25.

¹¹⁹⁹ BROSE/WETH/VOLK, MuSchG §5, Rn.25; RANCKE/PEPPING, MuSchG §4, Rn.15.

durumunda işçi günün belirli saatlerinde yatalak olan annesinin bakımını üstlenmişse bu durum da dikkate alınmalı, işçiye mâkul bir teklifte bulunulmalıdır.

§11 MuSchG hükmünde hamile işçinin parça başı (akort ücret) işte çalışması yasaklanmıştır. Yasaklamanın amacı anne adayını fiziksel olarak zorlayarak kapasitesini aşan aşırı çaba (efor) nedeniyle sağlığına zarar vermesini önlemektir¹²⁰⁰. Alman Federal İş Mahkemesi'nin konuya ilişkin verdiği bir kararında, söz konusu yasağın ihlâli hâlinde hamile işçi için başka bir çalışma yasağı yok ise, anne adayının işini değiştirmek yerine ücret türünün değiştirilmesi gerekebilir¹²⁰¹. Bu durumda işçi akort ücret türü ile çalışmayacak, ancak yaptığı işe devam edebilecektir. Zira Kanunda getirilen yasağın amacı işçinin iş tutmasını önlemek değil, fiziksel olarak onu olumsuz etkileyen koşullara karşı korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle Türk Hukuku bakımından da aynı çözümün benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öğretide işçinin hamile olduğunu bilmesine rağmen, işin görülmesi hamilelik döneminde yasaklanan bir işte çalışmak üzere iş sözleşmesi imzalaması hâlinde uygulanacak yaptırımın ne olacağı konusu da tartışma yaratmıştır. Bu bağlamda örneğin kimyasal maddelerle çalışmak üzere bir kimyagerin işe alınması hâlinde kimi yazarlar iş sözleşmesinin aldatma hükümlerine dayanılarak feshedilebileceği görüşünü savunurken¹²⁰² kimi yazarlar ise kadın işçinin hamilelik durumunu saklaması hâlinde emredici hükümlere aykırı olarak kurulan söz konusu sözleşmenin geçersizlik yaptırımına tâbi olacağı görüşündedirler¹²⁰³. Kanaatimizce işçinin işin görülmesi bakımından önem arz eden kabul edilebilir nitelikteki sorulara dürüstlük kuralı gereği doğru yanıt vermesi gerektiğini, aksi durumun aldatma oluşturacağını ifade ederek konuya ilişkin ayrıntılı açıklamaları ileride¹²⁰⁴ yapacağımızı belirtelim.

¹²⁰⁰ ERBS/KOHLHAAS, MuSchG §11, Rn.16.

¹²⁰¹ BAG, Urt. v. 09.08.1963 – 1AZR 497/62 (Stuttgart), NJW 1964, Heft 10, s. 467 vd.; BAG, Urt. v. 28.02.1964 – 1 AZR 307/63 (Hannover), NJW 1964, Heft 30, s.1387 vd.

¹²⁰² DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.302; ERTÜRK Şükran, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2008, s161; YILDIZ Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.200. Ayrıca bkz. EYRENCİ Öner, "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukukî Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, s.248. Yazar, İş Kanunu'nun özel hüküm getirdiği konular bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı görüşündedir.

¹²⁰³ EKONOMİ Münir, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum, C.3, S.22, 2009, s.17. Yazar, kadın adayın üstleneceği işin hamile kadınlar bakımından yasak olduğunun işverence belirtilmesine rağmen adayın hamilelik durumu hakkında susması yahut gerçek dışı beyanda bulunması hâlinde iş sözleşmesinin geçersiz olacağını ifade etmektedir.

¹²⁰⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, IV, B, 2.

c. Sağlık Durumu

aa. Genel Bilgi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.15/1 hükmüne göre; işveren çalışanların işyerinde mâruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tâbi tutulmalarını sağlamakla yükümlüdür. İşveren; çalışanların işe girişlerinde, iş değişikliğinde, işin devamı süresince ve iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde, talep etmeleri hâlinde, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Maddenin ikinci fıkrasında da, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacakların, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamayacakları hüküm altına alınmıştır. Kanun'da ayrıca bu kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporlarının işyeri hekiminden alınacağı ifade edilmiştir. Fakat söz konusu rapor, elliden az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilecektir (m.15/3). Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işverence karşılanacak, çalışana yansıtılamayacaktır (m.15/4). Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulacaktır (m.15/5).

bb. Yasağa Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

Öğretide isabetle belirtildiği üzere sağlık raporu istenmesi işverenin yükümlülüğü olduğu için, rapor almadan işçinin çalıştırılması hâlinde iş sözleşmesinin geçersizliği sonucu doğmamalıdır, aksi hâlde işçiye korumak amacıyla getirilmiş norm, işçi aleyhine sonuçlar doğurmuş olacaktır¹²⁰⁵. Kanaatimizce tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılan işçiye, işe başlatıldıktan sonra sağlık raporunun alınması ve işçinin işe uygun olmadığının anlaşılması durumunda işverence sağlığına uygun bir iş teklif edilmelidir. Eğer işçiye teklif edilecek uygun boş pozisyon yok ise fesih yoluyla sözleşme sona erdirilmelidir. Böylece işçi feshe bağlı haklardan mahrum bırakılmamış olacak ve normun koruma amacı gerçekleşmiş olacaktır. İşverenin kanuni yükümlülüğünü yerine getirmemesi işçi açısından onu dezavantajlı duruma

¹²⁰⁵ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.295.

düşürecek sonuçlar yaratmamalıdır. Özellikle ilgili raporun çok sonra alınması hâlinde feshe bağlı haklar daha da önem kazanacaktır.

d. Yabancılık

Yabancıların Türk vatandaşları gibi tüm haklardan ve özgürlüklerden aynı şekilde yararlanması mümkün değildir. Bu nedenledir ki çalışma özgürlüğü konusunda da yabancılara yönelik birtakım sınırlamalar yahut yasaklar getirilmiştir. Zira Anayasa'nın m.16 hükmü uyarınca da temel hak ve özgürlükler yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Yabancıların çalışma özgürlüğüne getirilen sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümlere geçmeden evvel yabancılık kavramının açıklanması faydalı olacaktır.

aa. Yabancı Kavramı

Öğretide yabancı kavramına ilişkin çeşitli tanımlar yapılmış olmakla beraber, Devletler Hukuku Enstitüsü Cenevre Toplantısında yer alan tanıma göre, bir devlet ülkesinde bulunup da o devletin uyrukluğunu iddiaya hakkı olmayan kişiye "yabancı" denir¹²⁰⁶.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun¹²⁰⁷ m.3/1 hükmü açısından ise yabancı, "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bağlamda yabancı gerçek kişi sadece yabancı devlet vatandaşları değil, aynı zamanda vatansızlar, mülteciler, sığınmacılar, göçmenleri de ifade etmektedir¹²⁰⁸.

bb. Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakkına İlişkin Yasal Düzenlemeler

Ülkemizde yabancıların çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar esas itibarıyla 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹²⁰⁹ ve 6735 sayılı Uluslararası İş Gücü Kanunu'nda¹²¹⁰ düzenlenmiştir.

¹²⁰⁶ Tanım hakkındaki tartışmalar ve konuya ilişkin olarak bkz. ÇELİKEL Aysel/ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul, 2022, s.16 vd.; DOĞAN Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2017, s.5 vd.; KUTLU Melis, Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.4.

¹²⁰⁷ RG 12.06.2009, 27256.

¹²⁰⁸ DOĞAN, Yabancılar Hukuku, s.7; ÇELİKEL/ÖZTEKİN GELGEL, s.17 vd.

¹²⁰⁹ RG. 11.04.2013, S.28615.

¹²¹⁰ RG 13.08.2016, S.29800. Söz konusu Kanun ile birlikte 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. (m.27,b.7) Söz konusu Kanun ile birlikte getirilen yenilikler hakkında ayrıntılı

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun amacı, 1. maddede belirtildiği üzere; yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de kalışları ve Türkiye'den çıkışları ile Türkiye'den koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Söz konusu Kanun'a göre yabancılar bakımından mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü olmak üzere üç farklı statü bulunmaktadır¹²¹¹. Uluslararası koruma kapsamındaki yabancıların çalışma hakları ve çalışmalarına yönelik sınırlamalara ilişkin kurallar söz konusu kanun uyarınca çıkarılan Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik'te belirtilmiştir.

6458 Sayılı Kanun'un "Geçici Koruma" kenar başlıklı m.91 hükmü uyarınca ise, *"Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir"*. Kitlesel olarak Suriye'den ülkemize gelen kişilere sağlanan koruma bu niteliktedir¹²¹². Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik'e göre, geçici koruma sağlanan yabancıların çalışma izni olmadan Türkiye'de çalışmaları veya çalıştırılmaları mümkün değildir (m.4).

6735 sayılı Uluslararası Çalışma Gücü Kanunu'nun amacı ise, uluslararası işgücüne ilişkin politikaların belirlenmesi, uygulanması, izlenmesi ile yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerine dair iş ve işlemlerde izlenecek usul ve esasları, yetki ve sorumlulukları ve uluslararası işgücü alanındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemektir (m.1). Kanun'un kapsamı 2. maddesinde belirtilmiş ve Türkiye'de çalışmak için başvuruda bulunan veya çalışan, bir işveren yanında mesleki eğitim görmek üzere başvuruda bulunan veya görmekte olan, staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan yabancılar ile Türkiye'de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınırötesi hizmet sunucusu yabancıları ve yabancı çalıştıran veya çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişileri kapsayacağı ifade edilmiştir. Kanun'un m.2/3 hükmünde ifade edildiği üzere, Kanunun uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ile uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır.

bilgi için bkz. **ERGİN** Hediye, *"Uluslararası İşgücü Kanunu ile Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler"*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, 2016, s.107 vd.

¹²¹¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.505 vd. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **KUTLU**, s.19 vd.

¹²¹² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.507.

cc. Kural: Yabancıların Çalışma İzniyle Çalışabilmeleri

aaa. Çalışma İzni ile İlgili Genel Bilgi

Temel hak ve özgürlükler bakımından gerek ulusal gerekse uluslararası kaynaklarda eşitliğin sağlanması çabasının varlığına karşın, çalışma hakkı gibi bazı temel hakları ilgilendiren ve ayrıcalıkların devam ettiği birtakım alanlar da bulunmaktadır¹²¹³. Bu bağlamda yabancılara tamamen yasaklı olan işlerin varlığının yanı sıra yabancıların Türkiye’de çalışmaları -kendilerine yasak olan işler dışında- kural olarak çalışma izni almalarına bağlıdır.

Uluslararası İş Gücü Kanunu’na göre çalışma izni, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca resmi bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı veren izindir (m.3/e). Kanun’un m.6/2 hükmünde de bu kural belirtilmiş ve aynı maddenin 3. fıkrasında ise, diğer kanunlarda ya da Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancıların, bu Kanun’a göre çalışma izni almadan çalışabilecekleri veya çalıştırılabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Kanun’un m.2/4 hükmünde ise, “*Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olanların çalışma hakkı saklıdır*”. denilmiştir. Türk Vatandaşlığı Kanunun 28. maddesi, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan hakları düzenlemektedir.

Yabancı işçilerin çalıştırılması konusunda ele alınması gereken bir diğer konu, bir yabancıнын süreli çalışma iznine sahip olmasının belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân tanıyan objektif bir neden olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. İş Kanunu’nun m.11 hükmü uyarınca; “*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir*”. Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği bir kararda, birer yıllık çalışma izinlerine dayanılarak iş sözleşmelerinin birer yıllık yapılması, esaslı bir neden sayılarak iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüşmeyeceği kabul edilmiş, buna karşılık çalışma izin belgesinin alınmaması yahut süresiz olarak alınması hâlinde ise iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği ifade edilmiştir¹²¹⁴. Alman Federal İş Mahkemesi’nin bu

¹²¹³ **SADRULEŞRAFİ** Hüseyin A, “*Türk Soylu Yabancıların Çalışmaları*”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1999, s.303.

¹²¹⁴ Yarg. 9. H.D., 07.06.2005, E. 2004/24583, K. 2005/20488, <https://www.lexpera.com.tr/> Karar hakkında inceleme için bkz. **KIRLI AYDEMİR** Deniz, “*Yabancı Uyraklı Kişinin Türkiye’deki Çalışmasının Belirli Süreli mi Yoksa Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi mi Olarak Değerlendirileceği & İhbar ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanıp*

konuda verdiği bir karar¹²¹⁵ ise şu şekildedir: Bosna Hersek Cumhuriyeti'nden Almanya'ya gelen davacı Ekim 1995'te 12 aylık oturma izni almıştır. Fakat Kasım 1996'da davacının oturma izni 12 Mayıs 1997 tarihine kadar uzatılmıştır. Davacı, hemşire yardımcısı olarak çalışmak üzere işe alınmış ve sürekli yenilenen belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışmaya devam etmiştir. 27 Eylül 1996 tarihinde imzalanan son iş sözleşmesi "ikamet izninin son ermesi" gerekçesi ile 12 Mayıs 1997 tarihinde sona erecek şekilde yenilenmiştir. Davacının oturma izni 28 Ekim 1997 tarihine kadar tekrar uzatılmış, fakat işveren işçi ile imzaladıkları iş sözleşmesinin süresinin sona erdiğini belirtmiştir. Davacı ise buna karşılık açtığı davada sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasına itiraz ederek, objektif bir nedenin olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme söz konusu davaya ilişkin verdiği kararda, bizce de isabetli olarak, işçinin oturma iznine ilişkin süre sınırının sözleşmenin imzalandığı sırada uzatılamayacağına dair yeterince güvenilir ve güçlü kanıtların varlığı hâlinde, bu durumun sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasına imkân veren objektif bir neden olarak ele alınabileceğini belirtmiştir¹²¹⁶.

bbb. Çalışma İzin Başvurusunun Usulü

Uluslararası İş Gücü Kanunu'nun 7. maddesinde çalışma izin başvurusunun ne şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca, çalışma izni başvuruları yurt içinde doğrudan Bakanlığa, yurt dışında ise yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışında çalışma izin başvurusu yapılması durumunda bu başvurular Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri ya da başkonsolosluklarca Bakanlığa iletilecektir. Kanun'un 2. maddesinde çalışma izin başvurularının yetkili aracı kurum vasıtasıyla da yapılabileceği belirtilmiştir. Kanun m.3/i hükmünde yetkili aracı kurum tanımlanmış ve bu kurumun nitelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluşu ifade ettiği belirtmiştir.

Çalışma izin uzatma başvurusu ise Kanun'un m.7/3 hükmü uyarınca, çalışma izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her durumda çalışma izni süresi dolmadan

Kazanmayacağı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.7, 2008, s. 63 vd. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.504; **ERGİN**, Karar İnceleme, s.226.

¹²¹⁵ BAG, Urt. v. 12.01.2000 – 7 AZR 863/98 (Vorinstanz: LAG München, Urt. v. 23.10.1998 – 9 Sa 348/98), NZA Heft13/2000, s.722 vd.

¹²¹⁶ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **GUTMANN** Rolf, Ausländische Arbeitnehmer, Besondere Regelungen im Arbeits- und Sozialrecht, Bund-Verlag, 2005, s.178.

yapılmalıdır. Bu süre dolduktan sonra uzatma başvurusu yapılması hâlinde talep reddedilecektir.

Kanun, 8. maddesinde özel bir düzenlemeye yer vererek, mesleki yeterlilik gerektiren sağlık ve eğitim hizmetlerinde çalışacak yabancıların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde ön izin alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Sağlık hizmetlerinde Sağlık Bakanlığı, eğitim hizmetlerinde Millî Eğitim Bakanlığı bu hizmetlerde mesleki faaliyette bulunacak yabancılara ön izin vermeye yetkilidir ve ön izin alınması gereken meslekler anılan bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir.

ccc. Çalışma İzin Başvurusunun Değerlendirilmesi

Uluslararası İş Gücü Kanunu'na göre; *"Başvurunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kurum veya kuruluşuna ait belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir"* (m.10). Uzatma başvurusunun olumlu sonuçlanması durumunda yabancıya aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir (m.10/2). Fakat farklı bir işverenin yanında çalışmak üzere yapılan başvurular m.10/1 kapsamında değerlendirilecektir.

Türkiye'de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabilecek; ancak yabancıların başvuru şartlarını taşıması yabancıya mutlak hak sağlamayacaktır (m.10/3). Süresiz çalışma izni olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancıların seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü yoktur. (m.10/4).

Kanun'un 11. maddesi uyarınca; uluslararası işgücü politikası doğrultusunda eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilebilecektir. Turkuaz Kartın özelliği, buna sahip olan yabancıların bu Kanun'da düzenlenen süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanmasıdır. Kanun'un m.11/5 hükmünde

kimlerin nitelikli yabancı olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Buna göre, Turkuaz Kart uygulamasında; akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojide ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlama öngörülenler nitelikli yabancı olarak değerlendirilir.

Çalışma izni konusundan belirtilmesi gereken bir başka husus da, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerle sağlanan haklar saklı kalmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde çalışma izinlerinin; iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmelerin, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür koşullarının gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, işkolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir.

Kanun'un 9. madde hükmünde ise çalışma izni başvurusunun reddi düzenlenmiş ve maddede sayılan hâllerin gerçekleşmesi durumunda başvurunun reddedileceği belirtilmiştir¹²¹⁷.

ddd. Çalışma İzni Alma Muafiyeti

Bazı yabancılar bakımından Türkiye'de çalışmak için çalışma izni alınması koşulu aranmamaktadır. Dolayısıyla bu kişiler çalışma izninden muaftırlar. Söz konusu muafiyet Uluslararası İş Gücü Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışma izni muafiyeti kapsamında olan yabancılar, çalışma izni muafiyet belgesi almak kaydıyla izin almadan çalışabileceklerdir.

Kanun'un m.13/2 hükmünde, başvuruların hangi makama yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, çalışma izni muafiyeti başvuruları yurt içinde doğrudan Bakanlığa, yurt dışında

¹²¹⁷ MADDE 9- (1) Bu Kanunun 7 nci maddesine göre yapılan değerlendirme neticesinde;

a) Uluslararası işgücü politikasına uygun olmayan,

b) Sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan,

c) Yabancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yeterli görülmeyen,

ç) Diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan,

d) Gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancılara ilişkin olan,

e) Bakanlıkça belirlenen değerlendirme kriterlerini karşılamayan,

f) 6458 sayılı Kanunun 7 nci, 15 inci ve 54 üncü maddeleri kapsamında olduğu İçişleri Bakanlığınca bildirilen yabancılara ilişkin olan,

g) Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ilişkin olan,

ğ) Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olması durumu hariç, Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılan, h) Kanuni süresi içinde yapılmayan veya eksiklikleri tamamlanmayan, başvurular reddedilir.

yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri ya da başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışında yapılan bu başvurular Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarınca Bakanlığa iletilir. Kanun ayrıca çalışma izin başvurusunda olduğu gibi, çalışma izni muafiyet başvurularının da yetkili aracı kurum tarafından da yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Başvurusu olumlu değerlendirilen yabancılara yönelik çalışma izni muafiyeti Bakanlıkça düzenlenecektir (m.13/5).

Uluslararası İş Gücü Kanunu'nun m.13/7 hükmüne göre; *"6102 sayılı Kanuna göre kurulmuş anonim şirketlerin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortağı ile Türkiye'de gerçekleştirdiği faaliyetleri yüz seksen gün içinde doksan günü geçmeyen sınırötesi hizmet sunucusu, çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirilir". Aynı Kanun'un 14. maddesi uyarınca ise; "Yabancı ülkelerin Türkiye'deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinde diplomatik kadro üyesi, konsolosluk memuru, idari ve teknik kadro üyesi ve konsolosluk hizmetlisi, Türkiye'deki uluslararası kuruluşlarda uluslararası memur ve idari ve teknik personel olarak görev yapan kişilerin; eş ve çocukları ile karşılıklılık esasına veya ilgili ülkeyle yapılmış bulunan ikili anlaşmaya göre belirlenmiş yakınları; bu Kanunda, ilgili ikili anlaşmada ve mevzuatta zikredilen çalışma izni muafiyeti hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türkiye'de çalışma izni alarak, özel hizmetinde çalışan yabancılar, çalışma izni muafiyeti alarak, çalışabilirler."*

dd. Yabancılara Yönelik Çalışma Yasakları

Anayasa'ya göre, *"Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlararası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir"* (m.16). Yabancılar her ne kadar kural olarak çalışma izni almak suretiyle Türkiye'de çalışabilseler de bazı meslekler açısından yabancıların o mesleği icra etmesi yasaklanmıştır. 6735 sayılı Kanun'un m.9/ç hükmünde de diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılacak çalışma izin başvurularının reddedileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Böylece diğer kanunlarda düzenlenen ve yabancılar için yasaklı olan mesleklere ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

Yabancıların Türkiye'de çalışmalarına ilişkin yasak ve sınırlamalara ilişkin olarak 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 6309 sayılı Maden Kanunu, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun gibi özel kanunlarda düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar dışında yine özel kanunlarla yabancıların dişçilik, veterinerlik, eczacılık, avukatlık, noterlik gibi meslekleri icra etmeleri

yasaklanmıştır¹²¹⁸. Belirtmek gerekir ki, Türkiye’de yabancılara yönelik çalışma yasakları kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı sebebiyle getirilmiştir¹²¹⁹.

Yabancıların kendilerine yasaklanan mesleklerde çalışması durumunun hukuki niteliğinin ne olacağı konusunda öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Öğretideki bir kısım yazara göre¹²²⁰ bu yasaklar ehliyet kavramına ilişkin bir mesele oluşturur. Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise¹²²¹, bu durum ehliyetle ilgili olmayıp bu şekilde kurulan iş sözleşmeleri bakımından kanuna aykırılık hükümlerinin uygulanması söz konusudur.

ee.Yabancılık Unsuru Olan Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Çalışma izni olmayan işçinin yahut kendisine yasaklı bir işte çalışan bir yabancı ile kurulan iş sözleşmesinin yaratacağı hukuki sonuçlara ve uygulanacak yaptırımlara değinmeden evvel belirtelim ki, yabancıların çalıştırılmasına ilişkin olarak diğer önemli bir sorun taraflar arasındaki uyumsuzluğa uygulanacak hukukun belirlenmesi meselesidir. Zira yabancı işçinin Türkiye’de çalışması üzerine kurulacak iş sözleşmeleri yabancılık unsuru taşıması sebebiyle kanunlar ihtilafı kurallarını ilgilendirecektir. Hukuki ilişkide yabancılık unsuru uyumsuzluğun hangi devletin maddi hukukuna göre çözümleneceği meselesini ortaya çıkarmaktadır. Yabancılık unsuru ise iş sözleşmesinde taraflardan en az birinin yabancı olması, işverenin işyerinin yabancı bir ülkede bulunması, işin yabancı ülkede ifa edilmesi gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir¹²²².

¹²¹⁸ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.289; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.130; ALP Mustafa, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.2, 2004, s.37; AYAN, s.164; CANBOLAT Talat, “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi” Legal İSGHD, S.13, 2007, s.213.

¹²¹⁹ KUTLU, s. 153; URHANOĞLU CENGİZ İstar, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.4, S.19, 2008, s.192.

¹²²⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.283; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.81; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.490 vd., s.508; URHANOĞLU CENGİZ, *Yabancılar*, s.188.

¹²²¹ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.21; AVCI, *İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.1411; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.133; DOĞAN YENİSEY Emredici Yapı, s.289.

¹²²² TARMAN Zeynep Derya, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, C.59, S.3, 2010, s.526; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz/GEMİCİ FİLİZ Beste, “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan C.I, İKÜHFD Özel Sayı, C.15, S.I, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.599. Yabancılık unsuru içeren bir hukuki ilişkinin “iş sözleşmesi” olarak yahut tarafların “işçi/işveren” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bağlama konusuna ilişkin bir vasıflandırma sorunu olup genel görüş uyarınca bu sorunun hâkimin hukukuna (lex fori) göre çözümlenmesi gerekir, bu konuda bkz. NOMER, Devletler Hususî Hukuku, s.343; EKŞİ, s.133; TARMAN, s.526; ŞEN Memet Nejat, Türk Bireysel İş Hukukunda Yabancı İşçilerin İş Sözleşmeleriyle Çalışma İzinlerinin İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2023, s.111.

Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi meselesi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹²²³ (MÖHUK) m.27 hükmünde göre ele alınmalıdır. MÖHUK m.27/1 hükmü uyarınca; *"İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir"*. Bu hüküm uyarınca kural, taraflar arasındaki uyuşmazlığa tarafların seçtiği hukukun uygulanmasıdır. Fakat bu kurala işçi lehine bir sınırlandırılma öngörülmiştir. Buna göre taraflarca seçilen hukuk, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan emredici düzenlemelerinin işçiye sağladığı asgarî güvencelere aykırı olamaz¹²²⁴.

Taraflar eğer hukuk seçimi yapmamışsa bu durumda mutad işyeri¹²²⁵ hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m.27/2). Fakat işçi işini mutad olarak belirli bir ülkede yerine getirmiyor, sürekli olarak birden çok ülkede yerine getiriyor ise, bu durumda iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacaktır (MÖHUK m.27/3). Bununla beraber iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukuk olması hâlinde bu hukuk da uygulanabilecektir (MÖHUK m.27/4).

Öte yandan şunu da ifade edelim ki, yasadışı yabancı işçi çalıştırılması hâlinde bir hukuk seçimi pek de mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda iş sözleşmesi genelde gizlice yapıldığı için, taraflar arasında ülke sınırlarını aşan bir faaliyete yönelik anlaşma da bulunmayacaktır. Bu nedenle de uygulanacak hukuk seçimi bulunmayacak ve işçinin mutad işyeri hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenen hukuk, konumuz açısından önem taşıyan iş sözleşmesinin kurulmasına, irade sakatlıklarına, sözleşmenin geçersiz olduğunda¹²²⁶ yapılacak

¹²²³ RG: 12.12.2007-26728

¹²²⁴ ŞEN, s.116. Taraflarca hukuk seçiminin sözleşmenin tamamı yahut bir kısmı için yapılıp yapılamayacağı, hangi konular bakımından seçimin mümkün olabileceği, taraflarca hukuk seçimi yapıldıktan sonra seçilen hukukta bir değişiklik olması durumunda bunun sonucunun ne olacağı hususunda öğretilerdeki tartışmalar için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.327 vd.; NOMER, Devletler Hususî Hukuku, s.317 vd.; EKŞİ, s.124; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU/GEMİCİ FİLİZ, s.603; ŞEN, s.119 vd.

¹²²⁵ Mutad işyerinin işin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa edildiği yani işçinin işini fiilen yaptığı yer olduğu, işçinin geçici olarak başka bir ülkeye işini ifa etmesi durumunda, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı yönünde Yargıtay karar için bkz. Yarg. 9. H.D., 29.03.2022, E.2022/1826, K.2022/4107, <https://legalbank.net/>. İşçinin ücretinin ne şekilde ve hangi para ile ödendiği hususunun mutad işyeri kavramını belirlemede bir ehemmiyetinin bulunmaması, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede ifa etmesi durumunda bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı yönünde bkz. Yarg. 9. H.D., 24.11.2020, E.2020/5617, K.2020/16556, ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.359. Ayrıca bkz. NOMER, Devletler Hususî Hukuku, s.341 vd; TARMAN, s.534; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU/GEMİCİ FİLİZ, s.609.

¹²²⁶ Bu noktada ifade edelim ki MÖHUK m.7 hükmü uyarınca, hukuki işlemler yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapıldıklarında geçerli kabul edileceklerdir. Yabancı unsurlu iş sözleşmeleri bakımından özel bir düzenleme

ödemelere de uygulanacaktır¹²²⁷. MÖHUK, m.32/1 hükmü uyarınca; *“Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir”*.

Hukuk seçiminin yapılmadığı bir ihtimâlde Türkiye’ye çalışmak üzere gelen bir yabancı ile yapılacak olan iş sözleşmesinin geçersizliğine işçinin mutad işyeri hukuku olan Türk Hukuku uygulanacaktır. İkinci ihtimâl taraflar arasında uygulanacak hukuka dair bir sözleşme bulunması olup, bu durumda ise öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretideki bir görüşe¹²²⁸ göre, hukuk seçimi ister ayrı bir sözleşme olarak yapılsın isterse esas sözleşmenin içinde bir şart olarak yer alsın, hukuk seçimine ilişkin anlaşma esas sözleşmeden bağımsızdır ve esas sözleşme kısmen yahut tamamen geçersiz olsa da bu anlaşma geçerliliğini korumaktadır. Bu sebeple sözleşmenin geçersizliğinin sonuçları seçilen hukuka tâbidir. Elbette MÖHUK m.5 ve m.6 hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira MÖHUK m.5 hükmüne göre, yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi hâlinde bu hüküm uygulanmaz¹²²⁹. Gerekli görülen hâllerde Türk Hukuku uygulanır. MÖHUK m.6’nın kapsamına giren bir durumda da seçilen hukuk değil Türk Hukuku’nun doğrudan uygulanan kuralları gündeme gelecektir¹²³⁰.

bulunmadığı için söz konusu hüküm iş sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır. ŞEN, s.134. MÖHUK m.9 düzenlemesi uyarınca ise, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbi olacaktır.

¹²²⁷ EKŞİ, 129; DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, s.413 vd.; ELÇİN Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.60 vd.; ŞEN, s.132.

¹²²⁸ TEKİNALP Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, İstanbul, 2020, s.278; ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989, s.186 vd.; TİRYAKIOĞLU Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996, s.27; NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul, 2017, s.325.

¹²²⁹ *“Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor olan ve somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır... Türk kamu düzeninin ihlâlini gerektirecek hâller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlâli hâlinde düşünülecekse de her emredici hükmün ihlâli hâlinde veya her emredici hükmü ihlâl eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir”*.

YİBGK, 10.02.2012, E.2010/1, K.2012/1, <https://legalbank.net/> Benzer yönde bkz. Yarg. 18. H.D., 24.10.2013, E.2013/9858, K.2013/13957; Yarg. 11. H.D., 24.11.2020, E.2020/6223, K.2020/5328; Yarg. 15.06.2022, E.2020/661, K.2022/942, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>

¹²³⁰ Kamu düzeni müdahalesinden bahsedebilmek için öncelikle olaya yabancı hukuk kuralı uygulanmakta ve bunun sonucunda verilecek karar Türk Hukuku’nun temel prensiplerine açıkça aykırı olmalıdır. Doğrudan uygulanan kurallarda söz konusu kural olaya doğrudan doğruya, yani kanunlar ihtilafı kurallarına hiç bakılmaksızın hâkim tarafından tespit edilen doğrudan uygulanan kural ihtilafa derhâl uygulanmaktadır. Konuya ilişkin olarak bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s.160; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.8 vd.; DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, s.275 vd.; NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s.185. Yazar doğrudan uygulanan kuralları, *“taraflar arasında hakkaniyetin gerçekleştirilmesine değil, devletin menfaatine hizmet eden sosyal ve ekonomik politikaya ilişkin hükümler”* olarak tanımlamaktadır. Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin yapılan tanımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s.8 vd. İş hukuku alanındaki doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı tespit edilirken bu kurallar ile öngörülen işçinin ve devletin çıkarlarının gözetilmesine yönelik amaçların birlikte elde edilmesine çalışılması gerektiği yönünde bkz., ÖZDEMİR

Bir diğer görüşe¹²³¹ göre ise hukuk seçiminin geçerliliği mahkemenin hukukuna (lex fori) yani konumuz açısından Türk Hukuku'na göre tayin edilmelidir. Dolayısıyla bu sözleşme, Türk borçlar hukuku bakımından sözleşmelerin kuruluşu ve geçersizliğine uygulanacak hükümlere tâbidir.

ff.Yasaklara Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

aaa. Ülkemizde Kayıtdışı Çalışan Yabancı Sayısına İlişkin Veriler

Göç İdaresi'nin verilerine göre 2023 yılında Türkiye'ye giriş çıkış yapan yabancı sayısı 47 milyonu aşmış olup, ülkemizde ikamet eden toplam yabancı sayısı ise 6 milyonu geçmiştir. 2023 yılında düzensiz göçmen sayısı 254 binden fazladır¹²³². İstanbul Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası'nın (ISMMMO) "Yabancı Kaçak İşçiler ve Türkiye'ye Göç Hareketi" adlı 2012 yılı raporuna göre, Türkiye'de bir yılda kaçak olarak çalışan yabancı işçi sayısı 200 bini bulmuş ve bu işçilerin kayıt dışı çalıştırılmasının işverenlere sağladığı haksız kazanç ise 15 yılda 200 milyar TL'yi geçmiştir¹²³³.

2012 yılından günümüze ülkeye giriş yapan yabancı sayısındaki artışı da düşündüğümüzde bu rakamın katlanarak büyüdüğü aşıkardır. Ayrıca ifade edelim ki bu veriler bize net sayıları

KOCASAKAL, s.16. İş kazası sonucunda işçiye hiçbir koruma getirilmemiş olması durumunda yahut fahiş cezaî şartlar öngörülmüş ise kamu düzeni müdahalesinden bahsedileceği yönünde bkz. **TARMAN**, s.544; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU/GEMİCİ FİLİZ**, s.615. Yabancıların ülkeye giriş çıkışını, ikametini ve çalışmasını düzenleyen kurallar bakımından her devletin kendine özgü yabancılar politikası olduğu ve ülkesinde bulunan yabancıların hukuki durumunu düzenlerken bu politikaları gözetmeleri gerektiği devletin kendi çıkarları doğrultusunda izledikleri politikayı yansıtan söz konusu kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, s.26; **EKŞİ**, s.140. Yargıtay vermiş olduğu kararında doğrudan uygulanan kuralların taraflardan ziyade, devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini gerçekleştirmeyi amaçladığına ve bu nedenle de vatandaş-yabancı ayrımı olmaksızın, yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına da bakılmaksızın, hukuk seçimi yapılsın yahut yapılmasın, uygulama alanına giren her ilgili olay ve hukuki ilişkide mutlak uygulanması gereken kurallar olduğuna değinmiştir. Yarg. 9.H.D., 29.03.2022, E. 2022/1826, K.2022/4107, <https://legalbank.net/> Benzer yönde bkz. Yarg. 9.H.D., 26.01.2022, E.2022/546, K.2022/1124, <https://www.lexpera.com.tr/> YHGK, 10.05.2023, E.2022/985, K.2023/426, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 9. H.D, 27.09.2022, E.2022/6386, K.2022/10500, <https://www.lexpera.com.tr/> Yargıtay söz konusu kararlarında ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümlerin iç hukukumuzda emredici nitelik taşımakla birlikte, bu konulara ilişkin yabancı hukuktaki farklı düzenlemelerin somut uyuşmazlıkta ortaya çıkan durum değerlendirilmeden kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmasının mümkün olmayacağına değinmiş, doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak da kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümlerini, özel işçi gruplarını koruyucu hükümleri, yasal greve ve asgari ücrete ilişkin hükümleri göstermiştir.

¹²³¹ **ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE**, s.334.

¹²³² <https://www.goc.gov.tr/hakimizda#:~:text=Bir%20y%C4%B1lda%20T%C3%BCrkiye'ye%20giri%C5%9F,birle%C5%9Ftiren%20do%C4%9Fa%20bir%20k%C3%B6pr%C3%BC%20konumunda%C4%B1r.>

¹²³³ **ASLANTÜRK** Oğuzhan/TUNÇ Yusuf Erdem, "Yabancıların Türkiye'de Kayıtdışı İstihdamı", Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S.10, C.4, Y.2018, s.16; **GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL** Gülce, "Türk Yabancılar Hukuku Kapsamında 'Yabancı Kaçak İşçi' Kavramı" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, Y.2021, s.89 <https://archive.ismmmo.org.tr/docs/basin/2012/yazilibasin/25062012/sozcu.pdf>

göstermemektedir, zira kayıt dışı istihdam ne yazık ki çok büyük boyutlara ulaşmıştır. Özellikle son dönemde ülkemize giriş yapan yabancı sayısında çok büyük oranda artış görülmektedir.

Bu veriler dikkate alındığında ve ikamet izni olmayan yabancı sayısının fazlalığını da düşündüğümüzde yabancıların çalıştırılmasına ilişkin kurallara aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırım büyük önem arz etmektedir.

bbb. Yasaklara Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırıma İlişkin Görüşler

aaaa. Yabancılar Yasak İşler Bakımından Uygulanacak Yaptırım ve Öğretideki Görüşler

Kendisine yasaklanmış bir işte çalıştırılan yabancı ile yapılan iş sözleşmesine ilişkin hukuki yaptırımın ne olacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüş tarafından, yabancıların çalışmalarına yönelik yasakların kamu düzeninin temel ilkelerine ve milli menfaatlerimize aykırı olduğu gerekçesi ile kesin geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmiştir¹²³⁴. Öğretide kimi yazarlara göre kendisine yasaklanmış bir iş sebebiyle yabancı uyruklu biri ile iş sözleşmesi imzalandığında söz konusu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması gerekir¹²³⁵. Yargıtay da 1957 yılında verdiği bir kararda¹²³⁶ yabancılar yasak olan bir işte çalışan yabancıların kıdem tazminat talebini reddetmiştir.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği başka bir kararında¹²³⁷ da aynı sonuca şu ifadelerle ulaşmıştır: “2007 sayılı kanunun 3. maddesinin verdiği salâhiyete dayanarak, Bakanlar Kurulu 3/10174 sayılı ve 24.11.1949 günlü kararı ile; içki içilen ve yemek yenilen yerlerin hepsinde Türk vatandaşı olmayanların garson veya başka adlarla çalıştırılmasının yasak edilmiş

¹²³⁴ **ERGİN**, *Çalışma ve İkamet İzni*, s.1382; **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Yapı*, s.293; **URHANOĞLU CENGİZ**, *Yabancılar*, s.207; **CANBOLAT**, *Bazı İş Sözleşmesi Türleri*, s.213; **AKYİĞİT**, *Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik*, s.26. Yazar yaptırımın belirlenmesi hususunda iznin fonksiyonunun önem arz ettiğini belirtmektedir. Buna göre, iznin söz konusu işin yasak olmaktan çıkartılması fonksiyonuna sahip olduğu durumda iznin yokluğunun iş sözleşmesini kesin olarak geçersiz kılacağını belirtmektedir. **NARMANLIOĞLU**, *Ferdi İş ilişkileri I*, s.189; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.84; **CİN** Mustafa, “*Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi*”, *Kamu-İş*, C.8, S.1/2005, s.23 vd.; **AYAN**, s.186; **TUNÇOMAĞ**, *İş Hukuku*, s.146. Yabancılar yasaklanmış bir işte yabancıların çalıştırılmasına yönelik imzalanan iş sözleşmesi geçersiz olacağı için tarafların uygulanacak hukuk konusunda seçim yapmış olsalar bile hukuk seçiminin bir önemi olmayacağı, bu durumda doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi ile karşılaşılacağı yönünde bkz. **TARMAN**, s.540.

¹²³⁵ **EKONOMİ**, *İş Hukuku*, s.89; **NARMANLIOĞLU**, *Ferdi İş ilişkileri I*, s.189. Aynı yönde bkz. **CENTEL**, *Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları*, s.226; **AKYİĞİT**, *Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik*, s.17. Tarafların bu durumu bilip bilmediklerine bakılmamalıdır. **ERGİN**, *Karar İnceleme*, s.232.

¹²³⁶ Yarg. 4. H.D., 02.09.1957, E.1957/8477, K. 1957/5478; **ERGİN**, *Çalışma ve İkamet İzni*, s.1382; **AYAN**, 187. **BAŞARI** Orhan, *Gerekçeli-Notlu Türk İş Hukuku Mevzuatı*, Güven Yayınevi, İstanbul, 1967, s.63.

¹²³⁷ Yarg. 4. H.D., 11.09.1958, E.7336, K.5560. **RENDİ** Nihat/**ONURSAN** Galip, *Borçlar Hukuku*, Dördüncü Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla, Cilt II, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s.169 vd.

bulunması itibariyle, bu kararın yürürlüğe girmesi tarihinde taraflar arasındaki iş akti muteber olmayan bir akit halini almış, yani infisah etmiş bulunmaktadır. Aktin kendi kendine sona ermesi hâlinde ise İş Kanununun değişik 13. maddesi hükmünce kıdem tazminatı alacağı doğmaz. Zira bu alacak ancak o maddenin 6. fıkrasında sayılı hallerde doğabilir ki, bu hadise onların şümulü dışında kalmaktadır...

Yargıtay'ın bu konudaki görüşünün yerleşik olduğunu söylemek mümkündür. Zira 1962 yılında verdiği bir kararında¹²³⁸ daha da katı biçimde yabancılara yasak işte çalışma hâlinde sözleşmenin hükmen yok sayılacağını belirtmiştir. Yargıtay'a göre, "... 2007 sayılı kanunun birinci maddesiyle, Türk vatandaşı olan işverenlerin, Türk vatandaşı olmayan işçilerle iş sözleşmesi yapılmasına (izin vermemiş), bu yolda yapılmış sözleşmelere hüküm izafe edilmeyeceği bildirilmiştir. Sözü edilen maddenin A bendinde, ışıklandırma işçiliği ile genel olarak işçilik konusunda sözleşme yapılması yasak edilmiştir. Bu yasak hükmüne rağmen, bu yolda bir sözleşme yapılmış olması, kanun karşısında taraflar için borç doğurmaz; çünkü sözleşme hükmen yok sayılır. Davacının dokuma fabrikasında elektrik işçiliği yaptığı, bölge çalışma müdürlüğü kâğıtlarında açıklanmıştır. O halde, taraflardan yapılan işin niteliği sorulup, varsa yazılı sözleşme incelenmek ve uyuşmazlık halinde işin niteliği araştırılıp, gösterilecek deliller toplanmak ve işin, sözleşmenin İş Kanununun ve 2007 sayılı kanunun birinci maddelerinde gösterilen işlerden olduğu sonucuna varılması halinde, batıl sözleşmenin hukukça var sayılmayacağı esasan hareketle dava reddedilmek, ancak aksi sonuca varılması halinde işin esasını incelemek gerektir".

Yargıtay 2014 yılında verdiği daha yeni bir kararında da bu görüşünü sürdürmüştür¹²³⁹. Gerçekten Yargıtay bu kararında, bazı mesleklerde yabancıların çalışmasının kanunen yasak olduğu durumlarda yasağa rağmen işçi çalışmış ise kesin geçersiz sayılan iş sözleşmesine dayanarak çalışan yabancıların "işçi" sayılamayacağını ve işçilik alacaklarından yararlanamayacağını belirtilerek bu durumda kişinin ancak sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kurallarına dayanarak talepte bulunabileceğini ifade etmiştir.

¹²³⁸ Yarg. 4. H.D., 25.10.1962, E.12901, K.10618. **REND/ONURSAN**, s.161 vd.

¹²³⁹ Yarg. 10. H.D., 16.01.2014, E. 2013/14038, K.2014/327, <https://kazanci.com.tr/>

bbbb. Çalışma İzninin Alınmaması Hâlinde Uygulanacak Yaptırım ve Öğretideki Görüşler

Çalışma izninin alınmamış olmasının iş sözleşmesine etkisi konusunda da öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, yabancılar kural olarak çalışma izni almak suretiyle Türkiye’de çalışabileceklerdir. Aksi hâlde 6735 sayılı Uluslararası İş Gücü Kanunu m.23/5 hükmü uyarınca onları çalıştıranlara idari para cezası verilecektir.

Öte yandan 6735 sayılı Kanun’da idari para cezası dışında sözleşmenin akıbetinin ne olacağına ilişkin özel bir hüküm öngörülmemiştir.

Yargıtay’ın 2005 yılında verdiği bir karara göre¹²⁴⁰ çalışma izni olmadan yapılan iş sözleşmesi geçerli olmakla beraber yapılan belirli süreli iş sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir. Yargıtay 2006 yılında ise çalışma izni alınmaksızın yabancı bir işçi ile yapılan iş sözleşmesinin kurulmadığı yönünde karar vermiştir¹²⁴¹.

Çalışma izninin hiç alınmamış olması durumunda sözleşmenin akıbetinin ne olacağı konusu da tartışmaya açıktır. Öğretide bir görüş çalışma izni bulunmayan yabancı ile yapılan iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olacağını kabul etmektedir¹²⁴². Başka bir görüş ise çalışmanın yasak olduğu işler açısından söz konusu yasağın ihlâlinin sözleşmeyi geçersiz kılacağını belirtmekte, ancak çalışma izni olmadan bir yabancıyı çalıştırılması hâlinde -iznin verilmesi kaydıyla- geçersizlik yaptırımının uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁴³. Bir kısım yazar da bu durumda kanunda idari para cezası yaptırımını öngörülmüş olduğundan sözleşmeye ayrıca geçersizlik yaptırımının uygulanmaması gerektiği görüşündedir¹²⁴⁴.

Öğretide *Süzek*’e göre, kanunda idari para cezası yaptırımını öngörülen durumlarda hem idari para cezası yaptırımının hem de geçersizlik yaptırımının birlikte uygulanıp uygulanamayacağı

¹²⁴⁰ Yarg. 9. H.D., 07.06.2005, E.2004/24583, K.2005/20488, <https://kazanci.com.tr/> Karara değinen ayrıca **ERGİN**, *Çalışma ve İkamet İzni*, s.1387; **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Yapı*, s.292; **URHANOĞLU CENGİZ**, *Yabancılar*, s.207.

¹²⁴¹ Yarg. 9. H.D., 26.09.2006, E. 2006/20061, K.2006/24888, <https://kazanci.com.tr/> Karar ve incelemesi için bkz. **ERGİN**, *Karar İnceleme*, s.215 vd. *Ergin*’in de belirttiği gibi, çalışma izninin bulunmaması sözleşmenin kurulmadığını göstermemekle birlikte henüz bir çalışma söz konusu değil ise işçiye ödenecek bir ücretten de bahsedilemez.

¹²⁴² **TAŞMAN**, s.292; **TUTAR**, s.104; **GÜNAY**, s.374. Yazar çalışma izni olmayan yabancıyı iş görmüş olsa dâhi işçi sayılamayacağını, ahlâka aykırı kurulan iş sözleşmeleri gibi sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılacağını ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **SÜMER**, *İş Hukuku*, s.61.

¹²⁴³ **ERGİN**, *Karar İnceleme*, s.235; **EYRENCİ Öner**, “*Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im Türkischen Recht*”, *Mängel des Arbeitsvertrages*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred) Bern, 1983, s.115; **EKONOMİ**, *Nichtigkeit*, s.22; **ŞEN**, s.201.

¹²⁴⁴ **URHANOĞLU CENGİZ**, *Yabancılar*, s.208; **TÜRE**, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, s.145.

meselesi yasaklayıcı hükmün iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin olup olmadığına bağlı olarak belirlenmelidir¹²⁴⁵. Yazara göre, çalışma izni alınması gerekirken alınmaması durumunda kural olarak sözleşmenin içeriğinde bir hukuka aykırılık yoktur. Fakat hükmün getiriliş amacı ülke menfaatleri, iş piyasalarındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin dikkate alınması olarak belirtildiği için kamu yararı sebebi ile çalışma izni alınmaksızın kurulan iş sözleşmelerine geçersizlik yaptırımını uygulanmalıdır¹²⁴⁶.

Öğretide *Eyrenci*, çalışma izni alınmasına ilişkin yasak hükmü, sözleşmenin kurulmasına yönelik değil ifasına yönelik bir yasak niteliğinde olduğundan bu kuralın ihlâlinin sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı görüşündedir¹²⁴⁷.

Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, çalışma izin belgesi bulunmayan yabancılarla yapılan iş sözleşmelerinin geçersiz olduğunu; fakat söz konusu geçersizliğin ileriye etkili olması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁴⁸. Yazarlar ayrıca işçinin çalışma izninin uzatılmaması durumunda, işçinin çalıştırılmaya devam ettirilmesinin hukuken mümkün olmadığı gerekçesi ile İş Kanunu m.25/III hükmü kapsamında işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı sebebin varlığı kabul edilerek işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshedebileceğini savunmaktadırlar¹²⁴⁹.

Doğan Yenisey bu durumda ileriye etkili geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği görüşünü benimsemekle birlikte çalışma izin süresinin dolmasına rağmen uzatmanın talep edilmemesi yahut izninin uzatılmaması veya çalışma izninin iptali hâlinde ise farklı bir sonuca gidilerek bu durumda sözleşmenin geçerli nedenle feshi sonucuna gidilmesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁵⁰. Yazar iznin uzatılmaması, iptal edilmesi ya da geçerliliğini kaybetmesi

¹²⁴⁵ SÜZEK, *Geçersizlik*, s.132.

¹²⁴⁶ Aynı yönde bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.94.

¹²⁴⁷ EYRENCİ, *Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im Türkischen Recht*, s.115.

¹²⁴⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.508.

¹²⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.509. Yazarlar konuya ilişki olarak Yargıtay kararına da atıf yapmaktadırlar. Söz konusu kararda Yargıtay, güvenlik sertifikasının herhangi bir nedenle yenilenmemesi üzerine özel güvenlik görevlisinin çalıştırılması işveren açısından mümkün olmayacağı için iş sözleşmesinin İş K. m.25/III uyarınca feshedilebileceğini ifade etmektedir. Yarg. 9 H.D., 04.02.2021, E.2016/35636, K.2021/3450, <https://legalbank.net/> *Canbolat*, ise süreli çalışma izninin uzatılmaması durumunun sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektiren zorlayıcı bir neden olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindedir. Söz konusu yasak hem işçi hem de işverene yönelik olduğunda çalışma izni olmadan çalışmak da bu durumdaki bir işçiyi çalıştırmak da yasaktır. CANBOLAT, *Bazı İş Sözleşmesi Türleri*, s.215.

¹²⁵⁰ DOĞAN YENİSEY, *Emredici Yapı*, s.293 vd. CANBOLAT, *Bazı İş Sözleşmesi Türleri*, s.215; ŞEN, s.200.

hâllerinde geçersizlik yaptırımının uygulanmasının normun koruma amacını aşan bir yaptırım olacağı görüşündedir.

Cin, yabancıların çalışma izni alma zorunluluğunu düzenleyen hükümlere uyulmamasını kamu düzeninin ağır ihlâli olarak görmemektedir. Çalışma izni alınmadan bir sözleşme yapılmış ve işçi çalışmış ise fiili iş ilişkisi fiili sözleşme sayılmalı ve işçi ücret ve diğer işçilik alacaklarından yararlanmalıdır. Yazar, geçerli bir çalışma izni alarak çalışmaya başlayan ancak süresinin bitmesine rağmen iznin yenilenmemesinin sözleşmenin kesin geçersizliğine yol açmayacağını ifade etmektedir. Bu durum işverene sözleşmeyi derhal fesih hakkı vermelidir.

Kocayusufpaşaoğlu, çalışma izni olmadan çalışan yabancılar bakımından söz konusu sözleşmenin "içeriğinde" bir hukuka aykırılık bulunmadığını, hukuka aykırılığın çalışma izni olmayan yabancı işçinin yasağa rağmen bu sözleşmeye taraf olmasında kendini gösterdiğini belirtmektedir. Yazara göre yasaklayıcı hüküm, taraflardan birinin yahut ikisinin sözleşmeye taraf olmasını yasaklıyor ise doğrudan kesin geçersizlik yaptırımı uygulanmamalı, hükmün amacı araştırılmalıdır¹²⁵¹.

Öğretide *Türe* ise çalışma izni alınmasına ilişkin kurala aykırılığın yaptırımının kural olarak sadece idari para cezası olduğu görüşündedir¹²⁵². Yazar, çalışma iznine ilişkin hükümlerin düzen hükmü niteliğinde olduğunu ve bu hükümlere aykırılığın sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi bulunmadığını ifade etmektedir¹²⁵³.

Yargıtay verdiği bir kararında¹²⁵⁴ diploma denklik belgesi alınamaması sebebiyle yabancı bir işçinin Türkiye'de çalışabilmesi için gerekli olan çalışma izninin yenilenmemesini İş Kanunu m.25/III kapsamına giren zorlayıcı sebep olarak nitelendirmiştir. Yargıtay'a göre

¹²⁵¹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.542 vd. Yazar ayrıca avukatlık, doktorluk gibi mesleklerde olduğu gibi bir mesleğin ancak belirli ruhsat ile icra edilebileceği durumlarda gerekli ruhsatın bulunmaması hâlinde daha ağır basan kamu yararının söz konusu olduğuna ve kesin geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiğine dikkat çekmektedir. Öğretide *Şen*, Kocayusufpaşaoğlu'nun görüşüne atıfla, yabancı işçinin izinsiz çalışması durumunda konu itibarıyla sözleşmenin imkânsızlığının bulunmadığını, çalışma izni bulunmadan çalıştırılan işçiler bakımından hukuka aykırılığın yasağa rağmen yabancı işçinin söz konusu sözleşmeye taraf olmasından kaynaklandığını yoksa iş sözleşmesinin içeriğinde bir hukuka aykırılık bulunmadığını ifade etmektedir. Yazara göre idari yaptırımlar saklı kalmak kaydıyla iş sözleşmesinin geçerli olduğunun kabulü gereklidir. **ŞEN**, s.192 vd.

¹²⁵² **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.145.

¹²⁵³ **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.145. Uluslararası İş Gücü Kanunu m.23/5 hükmü uyarınca; bildirim yükümlülüğü yerine getirilmeksizin bağımsız veya süresiz çalışma izni ile çalışan yabancıya dört yüz Türk lirası, yabancı çalıştıran işverene her bir yabancı için dört yüz Türk lirası; çalışma izni olmaksızın bir işverene bağlı olarak çalışan yabancıya iki bin dört yüz Türk lirası, bağımsız çalışan yabancıya dört bin sekiz yüz Türk lirası, yabancı çalıştıran işverene veya işveren vekiline her bir yabancı için altı bin Türk lirası tutarında idari para cezası verilir. Söz konusu fiillerin tekrarı hâlinde idari para cezaları bir kat artırılarak uygulanır.

¹²⁵⁴ Yarg. 9. H.D., 17.01.2002, E.2001/15931, K.2002/348, **CİN**, s.35.

işverenin feshi bu durumda İş K. m.25/III'e dayanmakta olup, böyle bir durumda işçinin ihbar tazminatı hakkı bulunmayacak ancak işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekecektir. Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2012 yılında verdiği kararında ise ¹²⁵⁵ yabancı uyruklu davacının izin alınmadan çalıştırılması hâlinde iş sözleşmesinin geçersiz olacağı sonucuna varmıştır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi¹²⁵⁶ yabancı işçinin hizmet tespit talebine yönelik olarak açılmış olan davada yabancıların çalışmasına engel bulunmayan işlerde çalışma izni olmaksızın çalışan veya çalışma izni bitmesine rağmen çalıştırılmaya devam ettirilen sigortalılarla kurulan iş sözleşmelerinin, çalışma izni zorunluluğu getiren hükümlerin kamu düzenine ilişkin olmamaları nedeniyle kesin geçersiz olmayacaklarını belirtmiştir. Bu durumdaki yabancılar sigortalı sayılacak ve sigortalılık haklarından da yararlanabileceklerdir.

Bir süre çalışma izni olmadan çalışıp sonradan Türk vatandaşlığını kazanan yabancı bir işçiye ilişkin olarak Hukuk Genel Kurulu'na yansımış başka bir olayda ise Yüksek Mahkeme, Bakanlık'tan çalışma izninin alınmamış olmasının fiili çalışmayı bertaraf etmeyeceğini kabul etmiştir¹²⁵⁷.

cccc. Görüşümüz

Kanaatimizce Türk vatandaşlarına özgülenmiş mesleklerde yabancının çalışması durumunu ve çalışma izninin yokluğu hâlini ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. Sadece Türk vatandaşlarının yapabileceği bir işte yabancı bir işçinin çalıştırılması hâlinde söz konusu sözleşme kesin olarak geçersiz sayılmalıdır. Zira bu düzenlemenin altında yatan sebep şüphesiz kamu düzeninin korunması fikridir. Fakat bu geçersizlik kanaatimizce ileriye etkili olmalıdır. Baştan itibaren geçersizlik görüşünü kabul etmek, yabancı işçinin tüm emeğini yok saymak anlamına gelecek ve bu durum da bir nev'î işvereni ödüllendirme niteliği taşıyacaktır. Bu yönüyle de geçmişe etkili geçersizlik görüşü yabancı işçilerin sömürülmesi anlamına gelecektir.

Türk vatandaşlarına hasredilmiş işlerde yabancı ile iş sözleşmesi imzalanması durumunda uygulanması gereken yaptırım olarak savunduğumuz ileriye etkili geçersizlik görüşünü çalışma

¹²⁵⁵ Yarg. 9. H.D., 02.07.2012, E.2010/6666, K.2012/25526. Yargıtay söz konusu kararda çalışma izni olmadan çalışılması durumunda taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği itibarıyla uyumsuzluğun genel hükümlere göre çözülmesi gerektiğini ifade etmiştir, <https://legalbank.net/>

¹²⁵⁶ Yarg. 10. H.D., 16.01.2014, E.2013/14038, K.2014/327, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹²⁵⁷ YHGK, 18.04.2018, E.2015/1774, K.2018/794, <https://legalbank.net/>

izninin bulunmaması hâlinde de uygulamak bize göre âdil olmayacaktır. Kanaatimizce bu durum fesih sebebi olarak değerlendirilmelidir.

Alman öğretisi ve yargı kararları da bu konuda bize yol gösterici niteliktedir. Öncelikle belirtelim ki, ekonominin küreselleşmesi, dünyada yaşanan ekonomik krizler ve göç dalgaları Almanya’ da da birçok yabancı işçinin çalışması sonucunu doğurmuştur. 2011 yılının sonunda 2009/52/EC sayılı Direktifteki maddeler İkamet Kanunu m.98 ve takip eden maddelerine eklenmiştir. İkamet Kanunu (*AufenthG*) m.98 a yasa dışı yabancı işçi çalıştırmanın iş hukuku bakımından sonuçları ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Söz konusu direktife göre hukuk, yabancı işçilerin sömürülmesine karşı çıkmayı gerektirmektedir. Takip eden sayıların imâ ettiği gibi bu sayıların ihmâl edilebilir büyüklükte olmadığı ifade edilmiştir, zira İstatistik Kurumu’nun verilerine göre Almanya’da 2016 yılında toplam 1.1 milyon ikamet izni olmayan yabancı yaşamaktadır¹²⁵⁸. Avrupa Birliği hukukuna göre serbest dolaşım hakkına sahip olanların ve Alman vatandaşlarının iş gücü piyasası ve bölgeye kolayca erişme hakları varken, üçüncü ülke vatandaşı yabancılar İkamet Kanunu m.4 uyarınca ikamet belgesine ihtiyaç duymaktadırlar. Eğer Kanun’un kendisi ya da ikamet izni gelir getirici faaliyete izin veriyorsa, bu ikamet izni İkamet Kanunu m.4 uyarınca gelir getirici faaliyet yapma için hak vermektedir. Önceki Federal İş ve İşçi Bulma Kurumu tarafından verilen çalışma izni böylece ortadan kalkmaktadır.

Alman Hukuku’nda çalışma izni alınmadan iş sözleşmesi imzalanması hâlinde bu durumun sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁵⁹. Zira çalışma izni alma yükümlülüğü bir sözleşme yapma yasağı değil, aksine çalıştırma yasağı oluşturur¹²⁶⁰. Fakat yargı kararlarında başlangıçta gerekli çalışma izni olmaksızın yapılan bir iş sözleşmesi askıda geçersiz sayılıp iznin verilmemesinin sözleşmeyi kesin olarak geçersiz hâle getireceği kabul edilirken¹²⁶¹, daha sonra ne iş aramanın ne de sözleşme yapmanın yasak

¹²⁵⁸ **DEINERT** Olaf, “*Illegale Ausländerbeschäftigung*”, NZA 2/2018, s.71.

¹²⁵⁹ **HENSSLER** Martin/**WILLEMSSEN** Heinz Josef/**KALB** Heinz Jürgen (Hrsg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, Otto Schmidt, 9. Auflage, 2020, HWK/**THÜSING**, §611a, Rn.203; **SCHAUB/KOCH**, §27, Rn.35; **DEINERT**, s.72 vd.; **STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER**, BGB §611a, Rn.629; **MARSCHNER** Andreas, “*Die Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer*”, Betriebs-Berater (BB), Heft 15, 1995, s.776; **HOFHERR** Karin, *Die illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und ihre arbeitsvertragsrechtlichen Folgen*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Inauguraldisertation, Freiburg, 1998, s.126; **ERGİN** Hediye, “*Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi*”, Legal İSGHD, S.16, 2007, s.1383.

¹²⁶⁰ BAG v.16.12.1976- 3 AZR 716/75, AP Nr. 4 zu 19 AFG, HWK/**THÜSING**, § 611a BGB, Rn.203; **HOFHERR**, s.126.

¹²⁶¹ BAG vom 30.05.1969 – 5 AZR 256/68, **HOFHERR**, s.126; **OEHMANN** Werner/**DIETERICH** Thomas (Hrsg.): *Arbeitsrecht-Blattei, Entscheidungssammlung*, (AR-Blattei ES, GW 1992), Ordner 4, Forkel Verlag, 330, Nr.4 a-5, s.2 vd.

olduğu, bunun yerine sadece yabancı işçi çalıştırmanın yasak olduğu vurgulanmaktadır¹²⁶². Federal İş Mahkemesi artık geçici çalışma izninin sona ermesiyle otomatik olarak sözleşmenin sona erdiğini ya da geçersiz olmadığını, bunun yerine eğer izin kesin olarak reddedilecekse feshe ihtiyaç olacağını varsaymaktadır. Sonuç olarak ilgili çalışma izni olmadan imzalanan iş sözleşmesi § 134 BGB uyarınca geçersiz olmaz.

Alman Federal İş Mahkemesi tarafından verilen eski tarihli bir kararda¹²⁶³ çalışma izni olmayan bir işçi ile yapılan iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılamayacağı, ancak çalışmaya başlamadan evvel çalışma izni alınabileceği öngörülüyor ise bu süre zarfında söz konusu sözleşmenin askıda geçersiz olacağı belirtilmiştir. Mahkeme bu kararı ile çalışma izni olmadan çalışan yabancı işçi bakımından "Askıda Geçersizlik Teorisini (*Theorie der schwebenden Unwirksamkeit*)" uygulamıştır¹²⁶⁴. Ancak belirtelim ki, askıda geçersizlik teorisi çalışma izninin alınma ihtimalinin olduğu durumlar için geçerli olur. Sözleşmenin her iki tarafı bakımından da daha sözleşme kurulurken çalışma izninin alınmadan sözleşmenin yapılması niyeti mevcut ise, bu takdirde iş sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelir ve askıda geçersizlik teorisi uygulama alanı bulamaz¹²⁶⁵. Yani askıda geçersizlik teorisinin uygulanabilmesi için çalışma izninin verilmesine ilişkin bir "olasılık" bulunması gerekir. Fakat belirttiğimiz gibi, daha sonraki kararlarında Federal Mahkeme çalışma izninin eksikliğini sözleşme yapma yasağı olarak değil çalıştırma yasağı olarak nitelendirmiş ve bu durumun da iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını kabul etmiştir.

Alman öğretisine göre de bir yabancı işçinin çalışma izninin bulunmaması iş sözleşmesinin geçersizliğine değil çalıştırma yasağına yol açmaktadır¹²⁶⁶. Geçerli bir sözleşme kurulduğu için de bu iş ilişkisinin sona erdirilmesi isteniyorsa bir fesih bildirimine ihtiyaç vardır¹²⁶⁷. Ayrıca şunu da belirtelim ki, işçinin ülkeyi terk etmek zorunda olduğunu bilmesi ve buna rağmen bu

¹²⁶² Alman Federal İş Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları için bkz. **DEINERT**, s.72.

¹²⁶³ BAG vom 30.05.1969 – 5 AZR 256/68, **HOFHERR**, s.126; **OEHMANN/DIETERICH**, 330, Nr.4 a-5, s.2 vd.

¹²⁶⁴ Ayrıca bkz. **ERGİN**, s.1383; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.26; **HOFHERR**, s.126.

¹²⁶⁵ **HOFHERR**, s.127.

¹²⁶⁶ **SCHAUB/KOCH**, §28, Rn.35; **DEINERT**, s.72 vd.

¹²⁶⁷ **SCHAUB/KOCH**, §28, Rn.35; **DEINERT**, s.72. BAG, Urt. v. 07.02.1990 – 2 AZR 359/89 (Vorinstanz: LAG Baden- Württemberg, Urt. v. 11.04.1989 – 8 Sa 146/88), NZA Heft 9, 1991, s.341 vd.; BAG, Urt. v. 13.01.1977- 2 AZR 423/75, AR-Blattei ES, GW 1992, Nr.19-21; LAG Nürnberg, Urt. v. 21.09.1994- 3 Sa 1176/93 (Vorinstanz: ArbG Würzburg, Urt. v. 29.09.1993- 7 Ca 635/93), NZA Heft 5, 1995, s.228. Ayrıca bkz. **STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER**, BGB §611a, Rn.629.

durumu işverenden gizlemesi hâlinde “ işverenin aldatılması” gündeme gelebilecektir¹²⁶⁸. Türk hukuku açısından bu durum işverene haklı nedenle fesih olanağı tanıyacaktır.

Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi (LAG) tarafından verilen bir kararda¹²⁶⁹ geçerli bir oturma izni olmaması sebebi ile çalışma izni sona eren ve ülkeyi terk etmek zorunda olan bir yabancının bu durumu -kendisine resmi makamlarca durum tebliğ edilmesine rağmen- işverenden gizlemesi olayında, işçinin kasıtlı ve kötü niyetli davranmış olduğu ve işverenini aldattığı belirtilerek sözleşmeden doğan sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varılmıştır. Mahkeme’ye göre bu durumda işveren bildirimsiz fesih yoluyla sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz kararda mahkeme çalışma izninin sonradan bir sebeple ortadan kalkması durumunu da değerlendirmiş ve bu durumun sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını ifade etmiştir, zira bu sadece bir çalıştırma yasağıdır ve iş sözleşmesi ancak fesih yoluyla sona erdirilmelidir. Mahkeme bunun yanında §626 BGB hükmüne göre eğer olayın tüm koşulları dikkate alınarak ve sözleşmenin her iki tarafının menfaatleri tartılarak bildirim süresinin sona ermesine kadar iş ilişkisinin sürdürülmesinin mâkul olarak beklenemeyeceği hâllerin var olduğunu söyleyebiliyorsak sözleşmenin her iki tarafça bildirim yapılmaksızın feshedilebileceğine işaret etmiştir. Sözleşme taraflarının kişisel güven alanındaki ihlallerin bildirimsiz feshin mümkün olup olamayacağı konusunda yani sebebin ağırlığı konusunda değerlendirilmesi gerekir. Birlikte çalışma için gerekli güven ilişkisini yok eden yahut ona hâlel getiren her hareket tarafların güven alanına etki eder.

Belirtelim ki, işçinin çalıştırma yasağının geçici olarak mevcut olması durumunda derhal feshin kabul edilebilirliği ancak belirli bazı koşullara bağlıdır. Bu açıdan işverenin fesih hakkı değerlendirilirken, örneğin işçinin çalışma izni talebinin reddi sonrasında yargı yoluna başvurması hâlinde yargı önündeki başarı şansı değerlendirilmeli, işverenin söz konusu işyerinde işçi için boş pozisyon bırakması durumunda işletme bakımından ciddi bir zarara uğrayıp uğramayacağı incelenmeli ve bahsi geçen hizmetin özellikleri de dikkate alınarak geçici olarak işe alınan bir işçi ile söz konusu hizmetin ifasının sağlanıp sağlanamayacağı dikkate alınmalıdır¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ SCHAUB/ KOCH, §28, Rn.35.

¹²⁶⁹ LAG Nürnberg, Urt. v. 21.09.1994- 3 Sa 1176/93 (Vorinstanz: ArbG Würzburg, Urt. v. 29.09.1993- 7 Ca 635/93), NZA Heft 5, 1995, s.228. Karar için ayrıca bkz. GUTMANN, s.177.

¹²⁷⁰ GUTMANN, s.176.

Alman yargısına yansıyan bir olayda¹²⁷¹ on yılı aşkın süredir Almanya’da yabancı işçi olarak çalışan davacının çalışma izin başvurusu reddedilmiştir. Davacının iş sözleşmesi bu sebeple işveren tarafından bildirimsiz fesih yoluyla sona erdirilmiştir. Çalışma izin süresinin uzatılmasına ilişkin verilen kararın reddi sonrasında davacı feshin geçersiz olduğunu ve iş ilişkisinin sona ermediğini belirterek çalışmaya devam ettirilmesini talep etmiştir. Davalı ise davanın reddini talep etmiştir. Davalı çalışma izni olmaksızın işçiyi çalıştırmaya devam etmesi hâlinde yüksek idari para cezası ödemekle yükümlü olacağını bu nedenle de işçiyi işten çıkarmaktan başka bir yolu bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme kararda öncelikli olarak çalışma izin başvurusunun süresini uzatma talebinin reddedilmesinin sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca haklı nedenle fesih yerine işçinin ihbar süresinin sonuna kadar işyerinde çalıştırılmaya devam etmesinin makul olup olmadığının ilk derece mahkemesince incelenmediği hususuna da dikkat çekmiştir.

Alman Federal İş Mahkemesine konu olan başka bir davada¹²⁷², çalışma izin süresi biten ve yeni çalışma izin talebi reddedilen yabancı bir işçinin iş sözleşmesinin işçiye ihbar süresinin tanınarak feshedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine mahkemeye göre sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan hukuki bir yasak (çalışma izni olmayan işçinin çalıştırılması yasağı), borçlu olunan hizmetin yerine getirilmesini engelliyor ise, sözleşmenin ifası hukuken imkânsız hâle gelmiştir. Bu durum iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacak, söz konusu sözleşmenin bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesi imkânı olacaktır.

Kanaatimizce yabancı işçiye yapılan fesih bildiriminde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da yabancı işçiye yapılacak fesih bildirim yazısının işçinin anlayacağı dilde düzenlenip düzenlenmediğidir. Fesih yazısı işçinin anlayabileceği bir dilde yazılmamış ise, her ne kadar fesih bildirimi işçiye ulaşsa da muhakkak tercüme ettirebileceği bir süre de işçiye tanınmalıdır. Nitekim Hamm Eyalet İş Mahkemesine yansıyan bir olayda¹²⁷³ kural olarak fesih bildirim süresinin işçiye verildiği anda başlayacağı, ancak yabancı işçi söz konusu olduğunda işçi Almanca bilmiyor ise ve fesih mektubu Almanca yazılmış ise ihbar süresinin ancak işçinin söz konusu belgeyi tercüme ettirme fırsatına sahip olmasından sonra başlaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle işçiye mâkul bir süre tanınmalıdır. Mahkeme’ye göre bunun için de 2 ila 3 iş günü hesaba katılmalıdır. Kanaatimizce işçiyi koruyuculuk açısından mahkemenin kararı

¹²⁷¹ BAG (2. Senat), Urteil vom 13.01.1977, 2 AZR 423/75 (2. Instanz: LAG Baden Württemberg), <https://beck-online.beck.de>

¹²⁷² BAG 13.01.1977- 2 AZR 423/75, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Walter de Gruyter, 29. Band, 1982, s.1-8.

¹²⁷³ LAG Hamm, 24.03.1998, 8 Ta 35/88, BB 1988, s.916. Ayrıca bkz. NJW 1979, Heft 48, s.2488.

yerindedir. Yabancı işçiler bakımından ihbar süresinin başlangıcı farklılık arz etmeli, fesih mektubunun işçinin bilmediği bir dilde yazılmış olması hâlinde ihbar süresi ancak işçinin bu yazıyı tercüme ettirme imkânına sahip olmasından sonra başlamalıdır.

Yine ifade edelim ki, Alman Federal İş Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere¹²⁷⁴ işçi çalışma izninin alınması ve söz konusu izin süresi dolduktan sonra uzatılması için gerekli çabayı göstermelidir. Aksi durumda iş sözleşmesi feshedilebilir. Federal İş Mahkemesi verdiği başka bir kararında çalışma izin başvurusu reddedilen yabancı işçinin iş sözleşmesini sürekli iş göremez durumda hastalanan işçinin durumu gibi kabul etmiş ve iş sözleşmesinin işverence feshini hukuka uygun kabul etmiştir¹²⁷⁵. Mahkeme'ye göre her iki durumda da hizmetin ifası sürekli olarak yerine getirilememektedir ve mahkeme, işyerinin çıkarlarının önemli ölçüde zarara uğradığına ilişkin bir açıklamaya gerek olmaksızın, süreli feshi sosyal açıdan haklı görmektedir.

İsviçre Hukuku'nda çalışma izni olmadan imzalanan iş sözleşmesinin (*Schwarzarbeit*) geçerliliğini koruduğu fikri hâkimdir¹²⁷⁶. İşverenin kanunu ihlâl etmesinden kaynaklı herhangi bir avantaj elde edememesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁷⁷. Yabancı işçilerin çalışmasının kural olarak izne bağlı olduğu ancak söz konusu iznin gerekliliğinin faaliyetin icrası için değil bir iş sözleşmesine katılım ile ilgili olduğu ifade edilmiştir¹²⁷⁸. Bu konudaki yasak sözleşmenin konusu ile ilgili olmayıp sözleşme taraflarının birinin şahsı ile ilgilidir. Bu nedenle çalışma izni olmamasına rağmen akdedilen bir iş sözleşmesi geçerlidir¹²⁷⁹ ve çalışma izni olmadan yapılan çalışma İsviçre Borçlar Kanunu'nun ileride de inceleyeceğimiz¹²⁸⁰ ve iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkili olarak uygulanacağını düzenleyen m.320/3 hükmü kapsamına girmez. Burada taraflardan birinin bireysel olarak katılımına yönelik bir normun ihlâli söz

¹²⁷⁴ BAG, Urt. v. 20.02.1986 – 2 AZR 201/85 (Vorinstanz: LAG Berlin, Urt. v. 12.02.1985 – 3 Sa 99/84), NZA Heft 3, 1988, s.94 vd.

¹²⁷⁵ BAG v. 07.02.1990, 2 AZR 359/89, Arbeits und Recht (ArbuR), Heft 11,1990, s.361.

¹²⁷⁶ **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, §2, Rn.289; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.28; **GEISER** Thomas, "Ausgewählte neuere Rechtsprechung zum Arbeitsrecht", Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 2009, s.132; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.28; **VISCHER/MÜLLER**, §9, Rn. 54. Çalışma izni bulunmadan çalışan işçi ile imzalanan iş sözleşmesinin geçersizliğinin normun genel koruyucu amacına aykırı olacağı yönünde bkz. BGE 114 II 279, <https://www.swisslex.ch/de/> Aksi yönde bkz. **REHBINDER**, *Hukuki Sorunlar*, s.749. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu başka bir kararında kanton kanunlarına göre mimarlık mesleğini icra etme yetkisi olmayan bir mimar ile yapılan sözleşmenin geçerli olduğuna, ancak diğer tarafın sözleşmeyi irade sakatlıkları dolayısıyla iptal edilebileceğine hükmetmiştir. BGE 117 II 47, <https://www.swisslex.ch/de/>

¹²⁷⁷ **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.28.

¹²⁷⁸ **BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ**, Art. 320, s.27; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.25.

¹²⁷⁹ **PORTMAN /WILDHABER**, s.33; **BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ**, Art.320, s.27; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.25; **VISCHER/MÜLLER**, §9, Rn.52 vd.

¹²⁸⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, D, 1.

konusudur¹²⁸¹. Bu nedenle eksik çalışma izni sözleşmenin geçersizliğine etki etmez ve bu durumda Art.320 Abs.2 OR hükmündeki karine geçerli olur¹²⁸². Buna göre mevcut koşullar altında sadece ücret karşılığında yerine getirilmesi beklenebilecek bir işin ifasının kabulü hâlinde iş sözleşmesi kurulmuş olur ve işçinin kayıt dışı çalışmadan kaynaklı ücret talepleri korunur¹²⁸³.

İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği kararında böyle bir durumda geçersizlik yaptırımının uygulanmasının yalnızca işçi tarafına zarar vereceği ve bunun da zayıf tarafın korunması ilkesi ile orantılılık ilkesine aykırı olacağını ifade etmiştir¹²⁸⁴.

İsviçre Hukuku'nda iş sözleşmesinin çalışma izni verilmesi şartıyla yapılmaması hâlinde eğer işçiye çalışma izni verilmezse bu durumda sözleşmenin bildirimli fesihle sona erdirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁸⁵. Böyle bir durumda izin için işverenin başvurması gerektiği ve iznin verilmemesinin işverenin işletmesel riskine dâhil olduğu belirtilerek derhâl feshin kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne yansıyan Bolivyalı bir yardımcıyı evlerinde yasadışı olarak çalıştıran Cenevreli bir çiftle ilişkin olayda göz yaralanması ile sonuçlanan bir trafik kazasının ardından gerekli tıbbi tedaviyi almasına izin verilmeden tek yönlü biletle Bolivya'daki ülkesine geri gönderilen ve sonrasında durumu ağırlaşan işçi tarafından açılan davada mahkeme çiftin 15.000 Frank tutarında tazminat ve ayrıca ödenmemiş fazla çalışma ücretleri için de 83.000 Frank ödenmesine hükmetmiştir¹²⁸⁶.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında görüşümüzü ifade etmek gerekirse, kanımızca çalışma izni bulunmaksızın bir işçi ile iş sözleşmesi yapılmış ise iş sözleşmesi geçersiz olmamalıdır. Eğer iznin alınamaması idareden kaynaklı ise yani taraflar üzerine düşen görevleri yerine getirmelerine rağmen izin alınamamışsa sözleşme bildirimli fesih yoluyla sona erdirilebilmelidir¹²⁸⁷. Buna karşılık çalışma izninin alınacağı öngörülebiliyor ise bu durumda

¹²⁸¹ PORTMAN /WILDHABER, s.33.

¹²⁸² VISCHER/MÜLLER, §9, Rn. 54.

¹²⁸³ BGE 137 IV 305 E.3.3, <https://www.swisslex.ch/de/>

¹²⁸⁴ BGE 114 II 279, <https://www.swisslex.ch/de/> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2, Rn.291; BRUNNER/BUHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Art.320, s.27.

¹²⁸⁵ PORTMAN /WILDHABER, s.33; VISCHER/MÜLLER, §9, Rn.56; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.25. Aksi yönde bkz. BGE 114 II 279; <https://www.bger.ch>

¹²⁸⁶ BGE 4A_578/2011 vom 12.01.2012, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis Kommentar, Art. 320, s.149.

¹²⁸⁷ Aynı yönde bkz. ŞEN, s.200.

işverenin fesih hakkının doğmadığı kabul edilmelidir¹²⁸⁸. Eğer idarece iznin verilmeyeceği anlaşılıyor ise kanımızca bu durum işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilmelidir. Çalışma izni olmayan işçiyi çalıştırarak işverenin üstlendiği risk, bildirimsiz fesih yoluyla işçiye yükletilememelidir.

Alman öğretisinde *Junker*, çalışma izni bulunmayan işçinin çalıştırılması hâlinde mesleği icra etmek için gerekli olan ruhsatın kaybedilmesi örneğinde olduğu gibi işçinin iş sözleşmesinin fesih yolu ile sona erdirilebileceğini savunmaktadır¹²⁸⁹.

Bilindiği gibi hukukumuzda iş sözleşmesinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeple iş sözleşmesinin feshinde işverenin işçiye ihbar süresi tanınması gerekecektir. Bu bağlamda işveren İş Kanunu m.17'de düzenlenen bildirim sürelerine uyarak işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği gibi bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle de iş sözleşmesini feshedebilecektir. Kural olarak işveren söz konusu haktan birini seçebilecektir de çalışma izninin verilmemesi yahut uzatılamaması sebebi ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi hâlinde işveren söz konusu durumun özelliği gereği sözleşmeyi ihbar süresine ait ücreti peşin ödeyerek feshetmelidir kanaatindeyiz. Zira çalışma izni olmadan bir yabancıyı çalıştırılmasının işveren bakımından idari para cezasına sebebiyet vereceği de dikkate alınırsa ihbar süresi boyunca çalışma izni olmayan bir işçinin çalıştırılması zorunluluğu gibi çelişkili bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle işçi açısından da hak kaybı olmaması adına kanımızca sözleşme ihbar süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle geçerli nedene dayalı olarak feshedilmeli ve işçi de aynı zamanda kıdem tazminatına da hak kazanmalıdır.

Ekleyelim ki burada değinilmesi gereken iki önemli husus daha bulunmaktadır: Bunlardan ilki işverenin gerekli evrakları teslimde gecikmesi sebebi ile izin alınamamış olması yahut alınan iznin süresi uzatılamamasıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda işverenin temerrüdü gündeme gelebilir¹²⁹⁰. Bilindiği gibi işverenin işi kabulde temerrüdü durumunda işçinin işini yerine getirmesine işverenin engel olması yahut işçinin işini yerine getirebilmesi için işverenin yapması gereken hazırlık fiillerinin yerine getirilmemiş olması gerekmektedir¹²⁹¹. Temerrüdden

¹²⁸⁸ ŞEN, s.200.

¹²⁸⁹ JUNKER, Arbeitsrecht, s.200.

¹²⁹⁰ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.274; SENYEN KAPLAN, İfa Engelleri, s.571; YILMAZ TEKİN, s.468. Ayrıca bkz. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.28. PORTMANN /WILDHABER, s.33. Yazarlar bu durumda OR Art.324 hükmüne dayanılması gerektiğini ifade etmektedirler. Söz konusu hükme göre; işverenin kusuru sebebiyle iş ifa edilemez yahut işveren başkaca nedenlerle işi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olmaya devam edecektir.

¹²⁹¹ TURAN Gamze, "İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, c.21, S.5-6, Ağustos-Kasım 2008, s.36; YILMAZ TEKİN İmge Hazal, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre

bahsedebilmemiz için işin ifasının teklif edilmesi, söz konusu edimin haksız olarak kabulünden kaçınılması gerekmektedir¹²⁹². TBK m.408 hükmüne göre; “İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak işçinin, bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir”. Bu bağlamda işverenin kabulde temerrüdü işçinin çalışmadığı hâlde ücret talep edebileceği bir durum yaratır. Böyle bir durumda işveren ücret ödeme borçlusu olarak değil, işçinin çalışma ediminin alacaklısı olarak temerrüde düşmektedir¹²⁹³. İşverenin temerrüdü durumunda iş sözleşmesinin belirli süreli olması hâlinde sürenin bitimine kadar olan ücret, belirsiz süreli iş sözleşmesinin mevcudiyeti hâlinde ise en yakın ihbar öneline ilişkin ücret talep edilebilir¹²⁹⁴. Ancak işçinin fiili olarak çalışması durumunda verilecek olan örneğin yemek parası, koruyucu malzeme, giyim eşyası gibi ödemeler işçiye yapılmayacaktır (TBK m.408, c.2)¹²⁹⁵. Ayrıca ifade edelim ki, öğretide de belirtildiği üzere¹²⁹⁶ işçinin işverenin söz konusu davranışı sebebiyle İş Kanunu m.24/II, f hükmü uyarınca¹²⁹⁷ sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı olduğu da savunulabilir.

Konuya ilişkin olarak değinilmesi gereken ikinci husus ise, işçinin süreci geciktirmesi örneğin çalışma izin başvurusu için gerekli evrakları teslim etmeyi ihmâl etmesi ve süreci uzatması durumunda nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiğidir. Bu durumda işçinin davranışlarına dayalı olarak geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği görüşündeyiz. Zira aksinin kabulü işverenin ya peşin ödeme suretiyle fesih hakkını kullanmasını ve işçiye bu süreye ait ücreti ödemesini ya da bu süreye ait ücreti ödemek istemediğinde ise ihbar süresi içinde işçiye çalıştırmasını gerektirecektir. Bu durumda da işçinin kasten süreci geciktirmesi sebebiyle çalışma izni alamamasının ve işçiye çalıştırmanın sorumluluğunu işveren üstlenmiş olacaktır. Bu hâlde zorlayıcı nedenle işçinin iş sözleşmesinin haklı sebebe dayalı olarak feshi

İşverenin İş Kabulden Kaçınması, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Temmuz, 2023 (2), s.468; **SENYEN KAPLAN** E. Tuncay, “İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.569.

¹²⁹² İşverenin temerrüdü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **SENYEN KAPLAN**, İfa Engelleri, s.567 vd.

¹²⁹³ **SENYEN KAPLAN**, İfa Engelleri, s.569; **SENYEN KAPLAN**, İş Hukuku, s.273. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **ŞEN**, s.194 vd.

¹²⁹⁴ **SENYEN KAPLAN**, İfa Engelleri, s.573; **REİSOĞLU**, Hizmet Akdi, s.169.

¹²⁹⁵ **SENYEN KAPLAN**, İş Hukuku, s.274 vd.; **SENYEN KAPLAN**, İfa Engelleri, s.573.

¹²⁹⁶ **ŞEN**, s.194 vd.

¹²⁹⁷ Söz konusu hüküm uyarınca; “Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa.” işçinin sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır.

de kanaatimizce mümkün değildir. Zira konuya ilişkin olarak öğretide de ifade edildiği üzere zorlayıcı neden kaçınılmayan, dıştan gelen ve önlenemeyen olay olarak tanımlandığına göre¹²⁹⁸ bu durumda işçinin şahsında ortaya çıkan ve onun iradesi dışında doğup gelişen bir olaydan bahsedilemez¹²⁹⁹. Kanaatimizce bu durumda işçinin söz konusu davranışı doğruluk ve bağlılığa uymayacak ve ahlâk ve iyiniyet hâllerine aykırılık oluşturacaktır. Bunun sonucunda işveren işçinin iş sözleşmesini İş K.m.25/II, e uyarınca haklı nedenle feshedebilmelidir¹³⁰⁰. Öğretide de ifade edildiği gibi¹³⁰¹ ahlâk ve iyiniyet kuralları kanun metninde sınırlı sayı prensibine göre sayılmamış ve ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller “ve benzeri” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle de somut olayın özelliklerine göre gerekli değerlendirme yapılarak karar verilmelidir.

Öte yandan Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği¹³⁰² m.27/5 hükmü uyarınca; “*Adına çalışma izni süre uzatma başvurusu yapılan yabancılar, izin süresinin sona erdiği tarihten itibaren başvurunun değerlendirilmesi süresince ve her halükarda doksan günü geçmemek ve yapılan iş ile çalışılan işyerinin değişmemesi kaydıyla çalışmaya devam edebilir. Bu süre boyunca yabancının ve işverenin çalışma izninden doğan hak ve yükümlülükleri aynı şekilde devam eder*”. Çalışma izni başvurusu sonuçlanana kadarki zaman dilimi içinde yabancılar söz konusu maddeyi de dikkate alarak çalışmaya devam edebilecekler ve bu çalışma kanuna uygun bir çalışma olarak nitelendirilecektir. Çalışma izni süre uzatma başvurusunu tamamlayan kişilere talepleri hâlinde, sistem üzerinden çalışma izni süre uzatma müracaat belgesi verilecektir. Söz konusu belge herhangi bir harç yahut ücrete tabi olmayıp şekli ve içeriği Genel Müdürlük tarafından belirlenecektir (m.27/6).

Öğretide taraflarca sözleşmenin geçerliliği işçinin çalışma izni almasına bağlanmış ancak işçi çalışma izni alamamış ise bu ihtimâlde sözleşmenin ileriye etkili olarak geçersizliğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³⁰³. Bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi’nin

¹²⁹⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.645; SÜZEK, İş Hukuku, s.716; AKDENİZ, İmkânsızlık, s.107; ERGİN, Çalışma ve İkamet İzni, s.1391; EREN, s.629.

¹²⁹⁹ ERGİN, Çalışma ve İkamet İzni, s.1391; ERGİN, Karar İnceleme, s.238.

¹³⁰⁰ ERGİN, Çalışma ve İkamet İzni, s.1391; ERGİN, Karar İnceleme, s.238. Bu durumda işverence sözleşmenin İş K. m.25/II, g uyarınca fesih hakkı bulunduğu yönünde görüş için bkz. ŞEN, s.198.

¹³⁰¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.635; SÜZEK, İş Hukuku, s.694; ERGİN, Çalışma ve İkamet İzni, s.1391; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.424; ARICI, Ferdi İş ilişkileri, s.248; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.840; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.240; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.221.

¹³⁰² 02.02.2022, Sayı: 31738

¹³⁰³ VISCHER/MÜLLER, §9, Rn. 57; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.145.

kararında da belirtmiş olduğu üzere¹³⁰⁴ erteleyici bir koşul (*Suspensivbedingung*) söz konusudur ve iznin verilmemesi sözleşmenin geçersizliğine sebep olacaktır.

Yukarıda Alman Hukuku'nda Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi tarafından verilen, oturma izninin sona erdiği ve ülkeyi terk etmek zorunda olduğu kendisine resmi makamlarca tebliğ edilmesine rağmen bu durumu işverenden gizleyen işçinin durumunun dava konusu olduğu kararda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin oturma izni/çalışma izni olduğu hususunda işvereni aldatması da söz konusu olabilir. Çalıştırma yasakları bakımından işverenin yabancıнын yasal statüsünü bilmesi bakımından haklı menfaati vardır ve bu nedenle de işverenin soru sorma hakkı vardır. Bunun sonucu olarak soruya yanlış cevap verilmesi hile ile işverenin kandırılması anlamına gelecektir. Zira işçinin bu durumda aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Çünkü burada işçinin alanı ile ilgili olarak çalışma engeli söz konusudur¹³⁰⁵. Buna karşılık işçinin aydınlatma yükümlülüğü işverenin de çalışma izni alınması konusundaki yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacaktır.

Belirtelim ki, işçinin bu arada çalışma iznini almış olması örneğinde olduğu gibi artık bu durumun iş ilişkisi bakımından önemini kaybetmiş olması ihtimâlinde dürüstlük kuralına göre aldatmaya dayanmak mümkün olmamalıdır¹³⁰⁶. Fakat işverence işçinin eksik olan çalışma izninin varlığını bildiği haklı olarak varsayılabilir ise, burada işçinin işvereni kandırma olgusundan bahsedilemeyecektir. Şöyle ki, işçinin çalışma izninin bulunmadığını işverenin biliyor buna rağmen işçiyi çalıştırıyor olması işverenin o işçiyi başka bir işverenin yanında çalışmak üzere göndermesi ve o işverene de çalışma izninin yokluğu konusunda bilgi vermesi durumunda ayrıca işçinin de iznin yokluğunu açıklamasına gerek olmaz. Çünkü işçi yeni işverenin bunu zaten bildiğini haklı olarak varsaymaktadır.

¹³⁰⁴ BGE 114 II 279, VISCHER/MÜLLER, §9, Rn. 57.

¹³⁰⁵ DEINERT, s.72.

¹³⁰⁶ Yanılmaya dayanarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi konusunda da benzer yönde görüş için bkz. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.13.

gg.Yasağa Rağmen Çalışmanın İşçilik Alacakları Bakımından Sonuçları

Çalışma izni olmayan bir yabancının çalıştırılması hâlinde işçi ücrete hak kazanacak, işveren de iş sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirecektir¹³⁰⁷. İşçinin örneğin yıllık ücretli izninin hesaplanmasında bu süreler dikkate alınacak, kıdem ve ihbar süreleri işlemeye devam edecektir¹³⁰⁸.

İşveren çalışma ilişkisinin kamusal önlemleri bağlamında çalışma izni olmayan çalışan hakkında da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. İşçinin kayıt dışı çalıştırılması işverenin bu yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz. Bu noktada ayrıca şu hususa da dikkat çekmek isteriz ki, işveren hukuki statüsü belirsiz yabancı olsa dâhi işçileri arasında ayrımcılık yasağına da uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin bir kararı dikkat çekicidir¹³⁰⁹. Çalışma izni alıp almayacağı belli olmayan, hukuki statüsü belirsiz olan bir yabancının hukuk statüsünün suiistimali kişinin milliyetine ve kişinin etnik kökenine dayalı ayrımcılığa da sebep olabilir. Bu kişilerin çoğunlukla kendi ülkelerinde iş bulamamalarından veya ailelerini geçindirecek kadar gelir elde edemediklerinden kaynaklanan çaresizlikleri genellikle uzun saatlerde çalışmalarına, kayıt dışı istihdamlarına ve kendilerine yapılan kötü muamelelere katlanmak zorunda kalmalarına sebep olmaktadır. Bu kişilerin kötü muamele görme sebepleri esasen göçmenlik statülerinden kaynaklı savunmasızlık durumlarıdır. Bu durumda işçi ilke olarak iş hukuku kapsamında eşit muamele görme ilkesine dayanabilecektir¹³¹⁰. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapıp karar verilmesi gerekecektir.

İfade edelim ki, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun m. 23/5 hükmü uyarınca; çalışma izni olmaksızın çalışan işçiye, onu çalıştıran işveren veya işveren vekiline idari para cezası uygulanacaktır. Aynı maddenin 8. fıkrası uyarınca ise; çalışma izni bulunmadan çalıştığı tespit edilen yabancılar sınır dışı edilmek üzere İçişleri Bakanlığı'na bildirilir.

¹³⁰⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, E.

¹³⁰⁸ **ERGİN**, s.1384.

¹³⁰⁹ Söz konusu kararda değişik göçmenlik statülerinin bulunduğu kimi yabancıların ülkeye yasa dışı yollarla giriş yaptığı ve hiçbir statüye tâbi olmadıkları, kimilerinin ülkeye girişine belirli sınırlamalarla izin verildiği, bazılarının çalışma izni verilip bazılarının verilmediğine işaret edilmiştir. Söz konusu statüler kimi zaman işçilerin kötü muameleye mâruz kalmasına sebebiyet vermektedir. Zira bu işçiler ülkede kalabilmek ve çalışabilmek için işverene bağımlı olarak mâruz kaldıkları kötü muameleye karşı ses çıkaramayabilmektedirler. Karar için bkz. Supreme Court, Industrial Relations Law, Reports 2016, 719 – Onu/Akwiwu und Taiwo/Olaigbe, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0105-judgment.pdf>

¹³¹⁰ Ayrımcılık yasakları hakkında bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.468 vd.; **CANİKLİOĞLU**, *Kadınların Hakları*, s.52 vd.; **EKMEKÇİ**, İş Hukuku, s.372 vd.; **ÜNAL** Canan, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.37 vd.

C. İş Sözleşmesinin Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

1. Kamu Düzeni Kurallarına İlişkin Genel Bilgi

Sözleşmelerin geçersizliği sonucunu doğuran sebeplerden bir diğeri de kamu düzenine aykırılık hâlidir. Belirtmek gerekir ki, iş hukukundaki normların büyük bir kısmı, işçiyi korumaya yönelik kaygılarla oluşturulmuş ve büyük ölçüde devletin de müdahalesini gerektiren bir kamu düzeni anlayışının gereği olarak karşımıza çıkar¹³¹¹. Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere; *“Esasen iradenin bağımsızlığı ilkesine karşıt olarak doğan iş hukukunun getirdiği kuralların büyük bir kısmı, kamu düzeni düşüncesine dayanmaktadır. Buna bağlı olarak iş yasasının en belirli amacı, hem koruyucu iş hayatı kurallarını zayıfların korunması ülküsüne yöneltmek, hem de toplum düzeninin ve sükununun sürekli şartlarını araştırmaktan ibaret olmuştur”*¹³¹².

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, kamu düzeni kavramı değişkenlik gösteren, içeriği sürekli bir gelişme hâlinde olan, soyut ve muğlak bir kavramdır¹³¹³. Kamu düzeni kavramı için öğretide kanun tarafından varlığı bildirilen, fakat tanımlanmayan bir kavram olduğu belirtilmiştir¹³¹⁴.

Alman Hukuku'nda kamu düzeni kavramı ahlâka aykırılık ve aşırı yararlanma (gabin) kavramlarını düzenleyen §138 BGB hükmünde ele alınmıştır¹³¹⁵. Türk Hukuku'ndan farklı olarak Alman Medeni Kanunu'nda kamu düzeni kavramından açıkça bahsedilmeyişi, öğretide Alman Hukuku bakımından genel ahlâk kavramının kamu düzeni kavramının önüne geçtiği şeklinde yorumlanmıştır¹³¹⁶.

Kamu düzeni kavramı zaman içinde değiştiği gibi ülkeden ülkeye de değişiklik gösteren bir kavramdır¹³¹⁷. Bir toplumda belirli bir dönemde kamu düzenini sağlayıcı niteliğe sahip bir normun, zamanla bu niteliğini kaybetmesi yahut tam tersi öneminin artarak kamu düzenini ilgilendiren bir nitelik kazanması mümkündür¹³¹⁸.

¹³¹¹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.11.

¹³¹² YHGK, 29.05.1963, 39/59, A.B. Orhaner, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara, 1966, s.353; SÜZEK, Sözleşme Özgürlüğü, s.359.

¹³¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.546 vd.; EREN, s.367; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.68; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.249; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.151; DOĞAN YENİSEY, Emredici Doğa, s.38 vd.; ATASOY, s.97 vd.

¹³¹⁴ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.154 ve orada anılan yazarlar.

¹³¹⁵ §138 BGB ilk taslak metni ve değişiklikler için bkz. FLUME, s.364 vd.

¹³¹⁶ DOĞAN YENİSEY, Emredici Doğa, s.38.

¹³¹⁷ Fransız hukukunda yazılı normlarla ifadesini bulan ve yazılı normlarla ifade edilmemiş kamu düzeni anlayışının bulunduğu yönünde bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.155 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, 552.

¹³¹⁸ ATASOY, s.91 vd.

Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, biz kamu düzeni kavramını emredici hükümlerle sınırlamayan görüşe katılmaktayız. Bunu daha önce de ifade etmiştik¹³¹⁹. Gerçekten bize göre kamu düzeni kavramı, toplumun menfaatlerini ve değer yargılarını da dikkate alarak emredici hükümlerden bağımsız bir görev üstlenen takdirî bir kavramdır. Bu kavramı kanun kurallarına ilişkin olarak sınırlandırmanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz¹³²⁰. Nitekim Borçlar Kanunu m.27 hükmünde de emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin yapılamayacağı aksi hâlde geçersizlik yaptırımını ile karşılaşılacağı ifade edilmiş ve maddede emredici kurallar ile kamu düzeni kavramları ayrı olarak anılmıştır. Bu kavramlar aynı anlamı ifade ediyor olsa idi, kanun koyucunun iki defa aynı anlama gelecek ifadeye kanun metninde yer vermeyeceği bu nedenle bunun bir rastlantı olmadığı görüşündeyiz¹³²¹.

Kamu düzeni kavramı ile toplumun temel yapısı ve çıkarları ile hukuk düzeninin temelinde yer alan değer ve ilkelerin korunmasının amaçlandığını söyleyebiliriz¹³²². Bu nedendir ki, kamu düzenini koruma, üstün ve öncelikli bir ilkedir¹³²³.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi iş hukukundaki kuralların birçoğu kamu düzeni ile ilgilidir. İş hukukunda kamu düzeni kuralları genel kamu düzeni ve sosyal kamu düzeni kuralları olarak ayrılmaktadır. İş hukuku açısından, Yargıtay'ın kamu düzeni kavramına, kıdem tazminatının tavanı, sigortalılık sürelerinin tanınması, iş mahkemelerinin yetkisi, kanunların geriye yürümemesi konuları açısından değindiğini görmekteyiz¹³²⁴.

2. İş Hukuku Açısından Kamu Düzeni Kavramı (Sosyal Kamu Düzeni Kuralları)

a. Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına İlişkin Genel Bilgi

Fransız Hukuku'ndan hukukumuzda geçmiş bir kavram olan sosyal kamu düzeni kavramı çoğunlukla ancak işçi lehine tek taraflı değiştirilebilen normlardan oluşan nispi emredici kuralları ifade etmek için kullanılmaktadır¹³²⁵. Bu ifade aslında pek çok durumda emredici

¹³¹⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 2, c, aa.

¹³²⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.548; ATASOY, s.96 vd.

¹³²¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.550; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.160; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.156; STOCKAR Conrad H., Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn Verlag, 1971, 62 vd.; ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, 184 vd.

¹³²² SÜZEK, Geçersizlik, s. 134.

¹³²³ ATASOY, s.37.

¹³²⁴ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.160.

¹³²⁵ ESENER, İş Hukuku, s.34 vd.; EREN, s.359; SÜZEK, İş Hukuku, s.38; SÜZEK, Sözleşme Özgürlüğü, s.359; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.165; DOĞAN YENİSEY, Emredici Doğa, S.56. Ayrıca bkz.

hükümler ile kamu düzeni kavramının iç içe geçmiş kavramlar olduğunu göstermektedir. Yine bu noktada belirtmek gerekir ki, Fransız Hukuku'nda, her ne kadar sosyal kamu düzeni normlarının, işçi lehine yapılan anlaşmalarla değiştirilebilen kuralları ifade ettiği belirtilse de bazı hâllerde iş hukukundaki diğer emredici normlara da atıf yapılabilmektedir¹³²⁶. Bu durumda genel anlamda sosyal kamu düzeni kavramı, toplumun genel menfaatini korumak için getirilen ve sosyal alanı düzenlemeye yönelik olan azami çalışma süreleri, ara dinlenmeleri, izinler gibi normları ifade etmektedir¹³²⁷.

İş hukukunun amacı ekonomik bakımdan işveren karşısında zayıf durumda bulunan işçiyi korumak olduğu için iş hukukunda esasen kamu düzeni düşüncesi ön plandadır¹³²⁸. Bu sosyal ve insanî amaç sosyal kamu düzeni düşüncesinin temelini oluşturmaktadır¹³²⁹.

Sosyal kamu düzeni kavramı, iş hukukunun kendine özgü, işçiyi koruyucu özelliğini ve iş hukukunun sosyal niteliğini yansıtmaktadır¹³³⁰. Bu bağlamda bu kavram, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi korumak amacıyla yazılı hukuk kurallarının işçi lehine değiştirilmesine imkân veren bir kavram olarak karşımıza çıkar¹³³¹. Bu nedenledir ki iş hukukunun emredici niteliği genel hukukta sözünü ettiğimiz emredici nitelikten farklı bir görünümüdür¹³³².

Taraflarca iş ilişkisi kurulurken ve bu ilişkinin devamında tarafların emredici kurallara uymalarının temini için bu kurallara aykırılık çoğunlukla cezaî yaptırımlarla da donatılmıştır. Bu da bize kanun koyucunun iş ilişkileri bakımından sadece asgarî kuralların varlığına işaret etmekle kalmayıp iş hukuku alanında özel bir kamu düzeninin (sosyal kamu düzeni) ihdas edilmiş olduğunu göstermektedir¹³³³.

NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.12 vd.; **ATASOY**, s.57; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.15; **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.52; **ŞAHLANAN** Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1992, s.179; **ERGÜNEŞ EMRAĞ**, s.75.

¹³²⁶ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.168 ve orada anılan yazarlar.

¹³²⁷ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.168.

¹³²⁸ **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.12; **ATASOY**, s.251.

¹³²⁹ **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.12.

¹³³⁰ **ÖZDEMİR**, *Mutlak Emredici Hükümler*, s.97; **ATASOY**, s.57 vd.; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.194.

¹³³¹ **EREN**, s.368; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.38 vd.; **ATASOY**, s. 58.

¹³³² **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.13.

¹³³³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.15.

b. Sosyal Kamu Düzeni Kavramının Bazı Kavramlarla İlişkisi

aa. İş Hukukunda Emredici Kurallar ve Sosyal Kamu Düzeni Kuralları

İş hukuku normları mutlak ve nispi emredici olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir normun mutlak mı yahut nispi nitelik mi taşıdığı, normun lafzına ve konuluş amacına bakılarak belirlenir¹³³⁴. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, örneğin İş Kanunu'nun "Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yasağı" başlıklı m.71/1 hükmü uyarınca; kural olarak onbeş yaşını doldurmamış olan çocukların çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Yine Kanun'un 72. maddesi ile maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır. Söz konusu hükümler emredici hüküm niteliği taşımakta olup, aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkün değildir.

Nispi emredici normlar (sosyal kamu düzeni kuralları), işçinin korunması amacıyla getirilen, aksi işçi lehine kararlaştırılabilen ve asgari düzeyde çalışma şartlarını düzenleyen; buna karşılık mutlak emredici normlar ise her ne suretle olursa olsun değiştirilemeyen normlardır¹³³⁵. Sosyal kamu düzeni kavramı, iş hukukundan doğan bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve iş hukukunun kendine özgü, işçiyi koruma amacına yönelik sosyal niteliğini yansıtmaktadır¹³³⁶. Nispilelik iş hukukundaki sosyal kamu düzeni kavramının tipik bir özelliğidir ve kamu düzeni kavramına esneklik vermektedir¹³³⁷.

İş Kanunu'nun 15. maddesinde ifadesini bulan deneme süreli iş sözleşmeleri bakımından deneme süresinin toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar uzatılabileceği yönündeki hüküm, yıllık izin sürelerine, asgari ücrete, çalışma sürelerine ilişkin hükümler nispi emredici hükümlere verilen klâsik örneklerdir¹³³⁸. İş Kanunu'nu m.21/son hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, işe iade davası sonucunda işçinin çalıştırılmadığı süredeki dört aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesine ilişkin hüküm ile işe başlatılmadığı takdirde dört ay ile sekiz ay

¹³³⁴ ESENER, İş Hukuku, s. 35 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.40 vd.; ÖZDEMİR, *Mutlak Emredici Hükümler*, s.103; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.54.

¹³³⁵ ESENER, İş Hukuku, s.35 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.22; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.12 vd.; BAKIRCI, s.422; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.15; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.1; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.17; SÜZEK, İş Hukuku, s.38 vd.; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.33 vd. ABEGG, s.172. İsviçre Hukuku'nda mutlak emredici ve nispi emredici hüküm ayrımı ilk kez sigorta hukuku kapsamında 1908 yılında ortaya atılmıştır. KUNZ Markus H., *Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag*, 1970, s.32.

¹³³⁶ ÖZDEMİR, *Mutlak Emredici Hükümler*, s.97; ATASOY, s.57 vd.

¹³³⁷ DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.62.

¹³³⁸ EKMEKÇİ/YİĞİT, s.2; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.15.

arasındaki ücreti tutarında ödenmesi gereken tazminata ilişkin hüküm ise mutlak emredici nitelik taşımaktadır. Zira Kanun m.21/son hükmünde, bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir surette değiştirilemeyeceği ve aksine bir düzenlemenin geçersiz olacağı açıkça belirtilmiştir.

bb. Sosyal Kamu Düzeninde Toplu İş Sözleşmelerinin Rolü

Nispi emredici kuralların yanı sıra toplu iş sözleşmeleri de sosyal kamu düzeninin bir parçasıdır¹³³⁹. Taraflar toplu iş sözleşmeleri ile o işyerine yahut işletmeye özgü sosyal bir kamu düzeni oluştururlar ve böylece iş hukukundaki emredici yapının oluşmasında etkili olurlar¹³⁴⁰.

Toplu iş sözleşmeleri ile amaçlanan işçi için asgari çalışma koşullarını oluşturmak çoğu zaman da iş sözleşmesine nazaran işçiler için daha lehe hükümler getirmektir. Fakat aşağıda, sosyal kamu düzeni kavramı ile yararlılık kavramı arasındaki ilişkiye değindiğimiz bölümde de ifade ettiğimiz üzere, kimi zaman iş sözleşmelerinde toplu iş sözleşmelerine göre işçi açısından daha lehe hükümler de görmek mümkündür. Bu durumda ise işçiye yararlılık ilkesine göre bir değerlendirme yapılacak ve işçi için lehe olan hükmün uygulanması gerekecektir.

cc. Sosyal Kamu Düzeni Kavramı ile Yararlılık İlkesi Arasındaki İlişki

İşçiye yararlılık (işçi lehine şart) ilkesi, toplu iş sözleşmesindeki hükümlere göre iş sözleşmesi hükümleri ile çalışma koşulları bakımından işçi lehine haklar ve menfaatler sağlanmasını mümkün kılar¹³⁴¹. Yararlılık ilkesi iş hukukunda sosyal koruma düşüncesinin hâkim olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır¹³⁴². Söz konusu ilke emredici hukuk niteliğinde

¹³³⁹ DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.54.

¹³⁴⁰ DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.54; ALPAGUT Gülsevil, "Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler", Nuri Çelik'e Armağan, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1494; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.16.

¹³⁴¹ SCHAUB/ TREBER, §207, Rn.20; KÖRNER Marita, "Zum Verstaendnis des tarifvertraglichen Günstigkeitsprinzips", RdA 2000, Heft 3, s.142; FEDERLIN Ulrich, *Der kollektive Günstigkeitsvergleich*, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 10. Band, 1993, s. 34 vd. Ayrıca bkz. ŞAHLANAN Fevzi, *Toplu İş Hukuku*, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt, Oiki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.418; EKMEKÇİ Ömer, *Toplu İş Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s.418 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.1039; YAYVAK, Art Etki, s.62; AKTAY/ÖZDEMİR ERTÜRK, s.198.

¹³⁴² FEDERLIN, s.37 vd.

olup işçi lehine olmayan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanma kabiliyetini bertaraf eder¹³⁴³. İşçiye yararlılık ilkesi toplu iş sözleşmesinin doğuş amacı ile bağdaşmaktadır¹³⁴⁴.

Alman Hukuku'nda yararlılık ilkesi "*Günstigkeitsprinzip*" olarak ifade edilmektedir¹³⁴⁵. §4 III TVG hükmünde düzenlenen işçiye yararlılık ilkesi de her şeyden önce işçinin toplu iş sözleşmesine kıyasla kendisi için daha iyi çalışma koşullarını kabul etme konusundaki irade serbestisinin (*Privatautonomie*) bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir¹³⁴⁶. Zira toplu iş sözleşmeleri işçi açısından asgari çalışma koşullarını düzenlemekte, fakat işçiler için daha lehe olan sözleşmelerin yapılmasını mümkün kılmaktadır¹³⁴⁷. Bu nedenle yararlılık ilkesi dayanağını sözleşme özgürlüğü ilkesinde bulur ve böylece işçiyi koruma yönündeki temel iş hukuku ilkesi zedelenmez ya da tehlikeye girmez¹³⁴⁸.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun m.36/1 hükmü, iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmeleri arasında bir çatışma olduğunda işçi açısından hangi hükümler daha lehe ise o hükümlerin uygulanmasına imkân verir. Söz konusu hükme göre; "*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir*". Bilindiği gibi toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi doğrudan doğruya ve emredici bir nitelik taşımaktadır. Emredici etki gereği tarafların rızasına bakılmaksızın toplu iş sözleşmeleri iş sözleşmeleri üzerinde etki yaparken, doğrudan doğruya etki ile toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçilerin iş sözleşmeleri,

¹³⁴³ EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s.418 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.1035; TUNCAY/ SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.305; AKTAY /ÖZDEMİR ERTÜRK, s.199; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s.349; ARICI, Toplu İş Hukuku, s.267; ERGÜNEŞ EMRAĞ, s.55.

¹³⁴⁴ ARICI, Toplu İş Hukuku, s.267.

¹³⁴⁵ HWK/HENSSLER, TVG §4, Rn.34; DORNBUSCH Gregor/KRUMBIEGEL Markus/LÖWISCH Manfred (Hrsg.), AR, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 10. Auflage, Luchterhand Verlag 2021, TVG §4, Rn.18; BOECKEN Winfried, DUWELL Franz Josef, DILLER Martin, HANAU Hans (Hrsg.), Nomos Kommentar, Gesamtes Arbeitsrecht, Band 3, 2016, NK-GA/BEPLER, TVG §4, Rn.95; DÜTZ/THÜSING, §2, Rn.70; LÖWISCH Manfred, CASPERS Georg, KLUMPP Steffen, Arbeitsrecht, Verlag Franz Vahlen, 12., neubearbeitete Auflage, 2019, §26, Rn.1360; SCHAUB/ TREBER, §207, Rn.19; LE FRIANT Martine, "Die Rechtsprechung des BAG zum Günstigkeitsprinzip aus französischer und deutscher Sicht", NZA 2000, Heft 2, s.81. Yazar Fransız hukukunda da yararlılık ilkesinin kabul edildiğini ancak bu ilkenin niteliği ve kapsamının birçok belirsizliğe yol açtığını ifade etmektedir. Bu konudaki tartışmaların arka planında ise yararlılık ilkesinin kapsamına ilişkin soruların yer aldığını belirterek çatışan normlar arasındaki yararlılık karşılaştırmasının nasıl gerçekleşeceği sorusunun cevabındaki zorluğa işaret etmektedir.

¹³⁴⁶ SCHAUB/ TREBER, §207, Rn.20, s.2348; HWK/HENSSLER, §4 TVG, Rn.34.

¹³⁴⁷ HWK/HENSSLER, §4 TVG, Rn.34; GÜRSEL İlke, Karar İncelemesi, "*İş Sözleşmesine Konulan Bir Hükümle Yararlılık İlkesinin Bertarafı Mümkün Müdür?*", Çalışma ve Toplum, 2021/3, s.1923 vd.; YAYVAK, Art Etki, s.62 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.1035

¹³⁴⁸ HWK/HENSSLER, §4 TVG, Rn.34.

tarafların bu hususta özel olarak anlaşmasına gerek kalmaksızın, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden otomatik olarak etkilenir¹³⁴⁹.

Alman Toplu Sözleşme Kanunu (*Tarifvertragsgesetz-TVG*) §4/1 hükmünde iş sözleşmelerinin içeriğini, kurulmasını veya sona erdirilmelerini düzenleyen toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin toplu iş sözleşmesinin kapsamında olan, bu sözleşmeden yararlanan kişiler bakımından doğrudan ve emredici olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise ancak toplu iş sözleşmelerinde izin verilmesi yahut düzenlemenin işçi lehine bir değişikliği içermesi hâlinde doğrudan ve emredici etkiden sapan anlaşmalara izin verileceği ifade edilmiştir.

Öğretide yararlılık ilkesi ile sosyal kamu düzeni kavramlarının farkına dikkat çekilerek, yararlılık ilkesindeki amacın iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinde çatışan normlar arasında işçi lehine olanın belirlenmesi¹³⁵⁰, buna karşılık sosyal kamu düzeni kavramının ise bu normların oluşmasında ve düzenlenmesinde rol oynadığı ifade edilmektedir¹³⁵¹. Sosyal kamu düzeni işçi aleyhine olan değişiklikleri geçersiz kılmakta, buna karşılık yararlılık ilkesi iki hüküm arasında işçinin daha lehine olanın uygulanmasını sağlama amacı gütmektedir¹³⁵².

Görüldüğü üzere, işçiye yararlılık ilkesi ile sosyal kamu düzeni kavramları birbirleriyle ilişkili kavramlardır. Zira sosyal kamu düzeni kavramı işçi lehine aksi yönde bir değişikliğin yapılmasının mümkün olduğu emredici bir yapıyı ifade eder¹³⁵³. Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, yararlılık ilkesi birbiri ile çatışan normlar arasında etki gösterirken; sosyal kamu düzeni, normun yaratılması ile ilgili bir ilke olarak karşımıza çıkar¹³⁵⁴. Bu iki kavram arasındaki bir diğer fark ise, işçi aleyhine aksinin kararlaştırıldığı sosyal kamu düzeni

¹³⁴⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.1034; ŞAHLANAN, Toplu İş Hukuku, s.414 vd.; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s.409; AKTAY /ÖZDEMİR ERTÜRK, s.197; ARICI Kadir, Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s.265; SUR Melda, İş Hukuku Toplu İş İlişkiler, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s.338 vd.; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.309 vd.

¹³⁵⁰ ALPAGUT, *Yararlılık İlkesi ve Esneklik*, s.1494; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.305 vd.; SUR, Toplu İş İlişkileri, s.339 vd.; GÜRSEL, Karar İnceleme, s.1927; YAYVAK İrem, Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, (Türk-Alman Hukuku Karşılaştırmalı), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.162 vd.

¹³⁵¹ ATASOY, s.60.

¹³⁵² ATASOY, s.59. Ayrıca bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.1034; ŞAHLANAN, Toplu İş Hukuku, s.418 vd.; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s.418 vd.; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.304; SUR, Toplu İş İlişkileri, s.339 vd.

¹³⁵³ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.169; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.1035.

¹³⁵⁴ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.173; ATASOY, s. 59.

normaları geçersizlik yaptırımı ile karşılaşırken; yararlılık ilkesi, aleyhe olan normun uygulanmasını bertaraf eder; fakat o normu geçersiz kılmaz¹³⁵⁵.

c. Yazılı Hukuk Kuralları Dışında Bir Kamu Düzeninin Varlığı Sorunu:

Yargısal Kamu Düzeni

aa. Genel Bilgi

Kamu düzenine ilişkin bir hükmün kanun koyucu tarafından yasal bir düzenleme ile hüküm altına alınması her zaman mümkündür. Sosyal kamu düzeni kavramının çoğunlukla nispi emredici hükümlerle eş anlamlı olarak kullanılması, yasa ile getirilen düzenlemeler ve toplu iş sözleşmeleri ile getirilen kurallar dışında bir sosyal kamu düzeni kavramına şüpheyile yaklaşılmaya sebep olabilir¹³⁵⁶. Acaba söz konusu kavram hâkim tarafından şekillendirilen bir kavram olarak da ele alınabilecek midir yoksa bu noktada hâkimin bir müdahalesi bulunmamakta mıdır?

Öğretide bazı yazarlar kamu düzeni kavramının sadece yazılı hukuk kuralları ile oluşturulabileceği görüşünde iken¹³⁵⁷ aksini savunanlar ise kamu düzeni kavramının yargıç tarafından da şekillendirilmesinin mümkün olduğu görüşündedir¹³⁵⁸. Kamu düzeni kavramının zaman içinde değişkenlik gösteren bir kavram olması sebebiyle biz de ikinci görüşe katılmakta ve yazılı olmayan kurallarla da kamu düzeni kavramının ortaya çıkabileceğini düşünmekteyiz. Zira ahlâk, dürüstlük kuralı, haklı sebep gibi kavramlar da hâkim tarafından somutlaştırmaya ihtiyaç duyulan kavramlardır ve kanun koyucunun sadece çerçevesini çizmiş olduğu bu ifadelerin hâkim tarafından somutlaştırılıyor olmasının hukuk güvenliğini zedelediği söylenemez¹³⁵⁹.

Öğretide Fransız yargısına yansıyan 1944 tarihli mahkeme kararı, yazılı bir düzenleme olmamasına rağmen hâkim tarafından şekillendirilen kamu düzeni kavramına örnek olarak gösterilmektedir¹³⁶⁰. Söz konusu karara göre, Almanya’da çalışmak üzere işe alınan işçinin

¹³⁵⁵ DOĞAN YENİSEY, *Emredici Yapı*, s.173.

¹³⁵⁶ DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.56.

¹³⁵⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.76. Yazarlar TBK m.27 hükmünde “ hukuka aykırılık”tan ziyade ayrıca “kamu düzenine aykırılık” kavramının da yer alması sebebi ile yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının bulunduğu yönündeki algıyı eleştirmektedir. Bu durumu hukuk güvenliği açısından sakıncalı bulan yazarlar, yazılı olmayan bir kamu düzeni kavramının olmadığını savunmaktadırlar. Bkz., aynı eser, s.80.

¹³⁵⁸ ATASOY, s.96 vd.; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.58; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.550.

¹³⁵⁹ ATASOY, s.97.

¹³⁶⁰ Örnek için bkz. ATASOY, s.95.

herhangi bir siyasi partiyle bağlantısının bulunmaması, Yahudi doğmaması veya sonradan Yahudiliğe geçmemesine yönelik kayıtlar bulunması nedeniyle iş sözleşmesi, kesin geçersiz kılınmıştır. Ayrıca mahkemeye göre, işverenin ulusal toprakları zorla ele geçiren düşmanın topraklarında ve onun menfaatine bir iş ediminin ifası için işçiyle yapılan sözleşme hem kişi özgürlüğünü hem de Fransız kamu düzenini ihlâl edici nitelikte olması sebebiyle hukuka aykırı ve geçersizdir.

bb.Kamu Düzeni Kavramı Üzerinden Cezai Şart ve İbranamenin Yargı Kararları ile Sınırlandırılması ve 6098 sayılı Kanun'daki Düzenleme

Türk Hukuku açısından 6098 sayılı Kanun'dan önceki dönemde Yargıtay'ın verdiği kararları incelediğimizde özellikle cezai şart ve ibranameye ilişkin olarak kanuni bir düzenleme olmamasına rağmen işçi lehine içtihat geliştirdiğini görmekteyiz. Yargıtay Türk Borçlar Kanunu'nda açık yasal bir düzenleme bulunmadan önce¹³⁶¹, işçi aleyhine konulan tek taraflı cezai şart hükümlerinin geçersizlik yaptırımına tâbi olacağını belirtmiştir¹³⁶². Hukuk Genel Kurulu, davacının askerlik dönüşü işe alınmaması ile ilgili olarak toplu iş sözleşmesinde öngörülen işe alma borcuna aykırılık nedeniyle ödenmesi gereken cezaî şartın eBK m.16/son uyarınca indirilmesi talebinin yerinde olup olmadığının incelendiği eski bir kararında, kamu düzeni kavramının işçi-işveren ilişkisinde hâkim bir ilke olduğunu ifade etmiş, cezai şartın miktarının aşırı olup olmadığı hakkında hâkim tarafından tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığının ölçü olarak alınması gerektiğini belirtmiştir¹³⁶³.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararında¹³⁶⁴, her iki taraf lehine cezai şartın öngörüldüğü iş sözleşmesinde işçi aleyhine fahiş cezai şart getiren hükmün geçersiz olacağı ifade edilmiş, söz konusu miktarın düşük olan cezai şart miktarına çekileceği belirtilmiştir.

¹³⁶¹ Türk Borçlar Kanunu'nun m.410/1 hükmünde açıkça hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan cezai koşulun geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır.

¹³⁶² **SOYER** Polat, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, s.368; **KARAGÖZ** Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.83; **ÖZKARACA** Ercüment, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Öngörülen Tek Taraflı Cezai Şartın Geçerliliği", İş Hukuku İle İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, Karar İncelemeleri 2022, (Aralık 2021-Aralık 2022), Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2023, s.5; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Doğa, s.57; **YAYVAK NAMLI**, s.312.

¹³⁶³ YHGK, 15.10.1997, E.1997/486, K.1997/822, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹³⁶⁴ Yarg. 9. H.D., 08.04.1997, E.1997/1090, K.1997/7099, <https://legalbank.net/>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2002 yılında verdiği bir kararda cezai şartın hâkim tarafından indirilebileceği kuralının kamu düzeni ile ilgili olduğunu ifade etmiştir¹³⁶⁵. Türk Borçlar Kanunu’nun m.182/3’te ifade edilen hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirmesine ilişkin takdir hakkının kamu düzeninden doğması, zayıf olan sözleşme tarafının korunarak diğer tarafça suistimalin önlenmesi ve sözleşme adaletinin sağlanmasının gereğidir¹³⁶⁶.

İfade edelim ki, taraflar arasında ekonomik açıdan bir eşitsizlik meydana geldiği zaman zayıf olan tarafın korunması amacını taşıyan koruyucu ekonomik kamu düzeni kavramı sözleşmenin iç ekonomik dengesi ile ilgili bir kavram olup özellikle iş hukukunda çalışma saatlerine, ücretlere, emekliliğe ilişkin düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilmektedir¹³⁶⁷. Bu bağlamda sosyal ve koruyucu ekonomik kamu düzeni ayrımını benimseyen yazarlar olduğu gibi sosyal kamu düzeni kavramını koruyucu ekonomik kamu düzeninin bir görünümü olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır¹³⁶⁸.

Yargıtay’ın kamu düzenine ilişkin olarak verdiği kararların temelinde sıklıkla zayıf tarafın korunması düşüncesinin yattığını görmekteyiz. Zira ekonomik kamu düzeni kavramı içinde yer alan koruyucu kamu düzeni kuralları ile sözleşenlerden zayıf olanın korunması ilkesi temelde aynı amaca hizmet etmektedir¹³⁶⁹.

6098 sayılı Kanun’da işçi ile işveren arasındaki ibra sözleşmelerinin özel olarak düzenlenmediği dönemde, Yargıtay ibra sözleşmelerini geçerlilik denetimine tâbi tutmuş ve işçinin korunması temel ilkesinden hareket etmiştir¹³⁷⁰. Bilindiği gibi Türk Borçlar Kanunu’nun m.420/2 hükmünde işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin neleri ihtiva etmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Adalet Komisyonu’nun değişiklik gerekçesinde, söz konusu

¹³⁶⁵ YHGK, 02.10.2002, E.2002/9-596, K.2002/662, <https://legalbank.net/>

¹³⁶⁶ ATASOY, s. 252.

¹³⁶⁷ Ekonomik kamu düzeni kavramı, sözleşmelerin içeriğini düzenlemeye yönelik kurallar öngörmektedir. Buna karşılık politik kamu düzeni kavramı ise Anayasa’yı ihlâl eden sözleşmeler (çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen m.48, mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen m.35 gibi), Türk Ceza Kanunu kapsamında yasaklanan sözleşmeler örneğinde olduğu gibi devlet düzenini bozmaya yönelik sözleşmeleri yasaklamaya yönelik olan ve toplumun iyi yönde düzenlenmesi amacıyla kurallar koyan bir kavramdır. ATASOY, s.43 vd. Ekonomik kamu düzeni kavramı kişilerin aynı zamanda malvarlıklarının da güvende olması ve ekonomik hayatın düzenli ve her türlü karışıklıktan uzak bir şekilde düzen içinde sürdürülmesi anlamına gelmektedir. Günümüzde kamu düzeni kavramı ekonomik kamu düzeni kavramını da içine alacak şekilde yorumlanmaktadır. ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.70.

¹³⁶⁸ ATASOY, s.58 ve orada anılan yazarlar.

¹³⁶⁹ ATASOY, s.307.

¹³⁷⁰ SEVİMLİ Ahmet, “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, s.84 vd.; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Doğa*, s.57. Yarg. 21. H.D., 12.02.2004, E.2003/11333, K.2004/1027, <https://legalbank.net/>

maddeyle işçi haklarının genellikle kişiliğe bağlı bir insan hakkı olması, bu konuları düzenleyen Anayasa hükümlerinin niteliği (m.2, 49 vd.) ve evrensel müktesebatın eriştiği düzey gözetilerek, koruma normlarının hukuki yapısının, uygulamadaki kimi sorunları olabildiğince arındıracak bir kesinliğe kavuşturulmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

d. İş Yargısında Yetkili Mahkemenin Kamu Düzeni Bağlamında Değerlendirilmesi

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yetkiyi düzenleyen 6. maddesinin birinci fıkrasında iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkemenin, davalı gerçek ya da tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesi olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında ise söz konusu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmelerinin geçersiz olacağı düzenlenmektedir. Öğretide isabetle bu hükmün temelinde de zayıf taraf olan işçinin korunması fikrinin yattığı ve aksine anlaşmaların kamu düzenini ihlâl edeceği ifade edilmektedir¹³⁷¹.

Yargıtay Hukuk Dairesi tarafından verilen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.61/2 uyarınca açılan üyelik aidatının tahsiline ilişkin bir kararda¹³⁷² sözleşme ile yetki kuralının değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu karara bağlanmıştır. Yüksek Mahkeme söz konusu kararda o dönemde yürürlükte olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.5 hükmü ile ekonomik gücü zayıf olan işçinin çalıştığı yerden ayrılmadan davaya katılmasının düşünüldüğünü, söz konusu maddenin işçi yararına düzenlendiğini ve yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olduğunu ifade etmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007 yılında verdiği bir karara konu olayda¹³⁷³ ilk derece mahkemesince fesih tarihinde davacı ile davalı işveren arasında düzenlenen protokolde tahkim şartının kabul edildiği gerekçesi ile işçilik alacaklarının tahsili bakımından özel hakemin görevli olduğunu ifade ederek görevsizlik kararı verilmiştir. Davada davacı vekili, protokolün iş sözleşmesinin feshinden sonra imzalandığını ve işçilik alacaklarının alınabilmesinin şartı olarak ileri sürüldüğünü belirterek tahkim şartı içeren sözleşmenin geçersizliği itirazında bulunmuştur. Yargıtay söz konusu davaya ilişkin verdiği kararda tahkim şartını içeren sözleşmenin ahlâka aykırı olması hâlinde geçersiz olacağı, bu durumun da özellikle işçilik haklarının ödenmesinde işverenin işçi üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmasında

¹³⁷¹ ATASOY, s.308 vd.

¹³⁷² YHGK, 17.02.2010, E.2010/9-52, K.2010/89, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹³⁷³ Yarg. 9. H.D., 10.12.2007, E. 2007/20796, K.2007/37365, <https://www.lexpera.com.tr/>

karşılaşılabacağı gerekçesi ile ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın bozulmasına karar vermiştir. Öğretide Atasoy, söz konusu kararda ekonomik kamu düzenine aykırılığın incelenmesi gerektiğini, somut olayda işçinin sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğüne kısıtlama getirilirken aynı zamanda ekonomik hak ve özgürlüklerinin elinden alınmasının da söz konusu olduğunu ileri sürerek Yargıtay'ın kararını eleştirmektedir¹³⁷⁴. Yazara göre kıdem ve ihbar tazminatı sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin sosyal kamu düzeni gereği korunması gereken haklarındandır. Somut olayda taraflar arasında tahkim sözleşmesinin yapılabilmesi adına işçinin ekonomik hak ve özgürlüklerinin elinden alınması riskiyle yüzleştirilmesinden bahsedildiği için yazara göre, bu olayda, gerek kamu düzeni kavramının *ultima ratio* özelliği gerekse ölçülülük ilkesine uygun düşeceği gerekçesi ile kamu düzenine aykırılık sebebinin değerlendirilmesi uygun olacaktır¹³⁷⁵.

e. Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

Daha önce ifade ettiğimiz üzere¹³⁷⁶ sosyal kamu düzeni normları aslında zayıf olan tarafı koruyucu nitelikte olan normlardır ve nispi emrediciliği ifade etmektedir. Bu bağlamda genel olarak kamu düzenine aykırı bir hukuki işlemin kesin geçersizlikle sonuçlanması yönündeki genel kuralın aynı şekilde sosyal kamu düzenine aykırı hukuki işlemler bakımından da uygulanacağını söylemek ne kadar doğru olacaktır? İfade edelim ki emredici hukuk kurallarına aykırılık hâlinde olduğu gibi kamu düzenine aykırılık hâlinde de normun koruma amacı esas alınmalıdır. Normdan her sapma, norma aykırılık anlamına gelmemektedir¹³⁷⁷. Öğretide isabetli şekilde savunulduğu üzere, bir hukuk kuralının nispi emredici yahut mutlak emredici olup olmadığının belirlenmesi bakımından korunan tarafın kuralın konusu üzerinde lehine olan başka bir sonuca ulaşmak için feragatinin mümkün olup olamayacağı değerlendirilmelidir¹³⁷⁸. Öğretide konuya ilişkin olarak şu örnek verilmektedir: Yıllık izne hak kazanma şartları nispi emredici olmasına rağmen Anayasa'nın 50. maddesinde öngörülen "dinlenme hakkı" gereği ücret karşılığı işçinin yıllık izninden feragat etmesi mümkün değildir. Bu ise mutlak emrediciliği işaret etmektedir¹³⁷⁹. Öğretide bu hususa "izin satılmazlığı" denilmektedir¹³⁸⁰.

¹³⁷⁴ ATASOY, s.318 vd.

¹³⁷⁵ ATASOY, s.319.

¹³⁷⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, C, 2, a.

¹³⁷⁷ ATASOY, s.196.

¹³⁷⁸ ATASOY, s.195.

¹³⁷⁹ CANIKLIOĞLU Nurşen, "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı", Nuri Çelik'e Armağan, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1147; ATASOY, s.195.

¹³⁸⁰ CANIKLIOĞLU, *Yıllık Ücretli İzin*, s.1148; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.16.

Sosyal kamu düzeni kurallarında amaç norm muhatabının menfaatlerini korumak olduğundan, uygulanacak yaptırımın normdan yararlanan aleyhine sonuç yaratmaması adına, işverenin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürme hakkına sahip olmaması gerektiği öğretide ifade edilmiştir¹³⁸¹. Normun koruma amacından hareketle nispi emredici normlara aykırılık durumunda sözleşmenin geçersizlik yaptırımına tâbi olması yerine bunun dışında bazı yaptırımların da uygulanması söz konusu olabilir¹³⁸². Objektif bir neden yokken akdedilen belirli süreli iş sözleşmelerinin geçersiz sayılması yerine belirsiz süreli olarak kabul edilmesi buna verilen örnektir¹³⁸³.

D. İş Sözleşmesinin Kişilik Haklarına Aykırı Olmaması

1. Genel Bilgi

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, tarafların eşit olarak bir araya gelerek sözleşmenin yapılması, içeriği ya da şekli üzerinde serbestçe karar verebilmeleri anlamına gelir¹³⁸⁴.

Daha evvel ifade ettiğimiz üzere TMK m.23 hükmünde kişilik haklarına aykırılık sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak düzenlenmiştir. Günümüzde sözleşme özgürlüğü ilkesi zayıf olanların korunmadan yoksun bir şekilde güçlü olanlar karşısında ekonomik anlamda ezilmesine yol açan bir araca dönüşmektedir¹³⁸⁵. Özellikle tarafların eşit olmadığı sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmelerinde zayıf taraf olan işçi kimi zaman âdeta sözleşmenin güçlü tarafı olan işverene bağlı kılınmaktadır. Bu bağlamda kişilik haklarına ilişkin düzenlemeler ve kişilik haklarının korunması daha da önem arz etmektedir.

Sözleşme özgürlüğünün akit taraflardan birinin elinden alınması durumunda sözleşme özgürlüğü ilkesi değersiz hâle gelir; fakat doğası gereği tüm sözleşmeler kişiyi belirli bir şekilde davranmaya mecbur ederek kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurur¹³⁸⁶. Bu nedenle tekrar ifade edelim ki, ekonomik özgürlüğün kısıtlanması her durumda ahlâka ve

¹³⁸¹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Doğa, s.70 vd.

¹³⁸² DOĞAN YENİSEY, Emredici Doğa, s.71 vd.

¹³⁸³ DOĞAN YENİSEY, Emredici Doğa, s.72.

¹³⁸⁴ TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.362; EREN, s.338; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.505; EKONOMİ, İş Hukuku, s.86; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.171; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.240 vd.; NOMER, s.78 vd.; GÜVEN/AYDIN, s.154; ERTÜRK, Temel Haklar, s.62; KARABAĞ BULUT, s.49; TUTAR, s.103; VON TUHR/PETER, s.247; KELLER/SCHÖBİ, s.92; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.17; BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.8 vd.; HUGUENIN, OR, Rn.151; KOLLER, OR, §13, Rn.2; MEDICUS/LORENZ, §9, Rn.2 vd.; ZÖLLNER /LORİTZ /HERGENRÖDER, s.463; NEUNER, §10, Rn.33 vd.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, s.119 vd.; GIGER, s.13; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.190.

¹³⁸⁵ KARABAĞ BULUT, s.8.

¹³⁸⁶ SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.116.

kişilik haklarına aykırı olarak nitelendirilemez. Her sözleşmede olduğu gibi iş sözleşmesinde de kişinin özgürlüğünün bir ölçüde sınırlanması kaçınılmazdır. Örneğin bir iş sözleşmesine göre işçinin işyerine belirli saatlerde gelip işyerinden belirli saatlerde ayrılma yükümlülüğü esasen işçinin özgürlüğüne belirli bir sınırlama getirmektedir¹³⁸⁷.

Ancak özgürlüğün kısıtlanmasının, ilgili kişinin ticari bağımsızlığının neredeyse kaybolduğu, ekonomik bakımdan diğer tarafın iradesiz bir aracı hâline geldiği ve sömürüldüğü noktada durum farklıdır¹³⁸⁸. Geleceği ipotek altına alan bu sözleşmeler, öğretilde “*kelepçeleme sözleşmeleri*” (*Knebelungsverträge*) olarak ifade edilmektedir¹³⁸⁹. Bu bağlamda süresi belli olmayan ve feshedilemeyen bir sözleşme tabiri caizse “*ebedî*” bir sözleşme, aşırı bağlanma anlamına gelecek ve hukuka aykırı sayıldığı gibi aynı zamanda kişilik haklarını da ihlâl edecektir¹³⁹⁰. Belirtelim ki öğretilde de ifade edildiği üzere kişilik hakları ile ilgisinin göz ardı edilmesi mümkün olmamakla birlikte, kelepçeleme sözleşmeleri genel ahlâka aykırılık da teşkil etmektedir¹³⁹¹.

İşçiye işverenin haklı bir menfaatine dayanmayan ve işçinin geleceğini tehlikeye sokan aşırı rekabet yasaklarının dayatılamayacağına ilişkin TMK. m.444 ve 445 hükümleri de aşırı ekonomik taahhütler yönünden incelenmesi gereken hükümlerdir¹³⁹². Rekabet yasağına ilişkin sınırlayıcı nitelikteki hükümlerin kişilik haklarının korunmasına ilişkin TMK m.23/2 hükmünde yatan temel koruma düşüncesinin özel görünüm şekli olduğu ifade edilmiştir¹³⁹³. Belirtelim ki rekabet yasağı sadece iş sözleşmelerine değil, vekâlet, adi şirket, komisyonculuk gibi diğer sözleşmelere bağlı olarak da öngörülebilir ve somut olaya TBK m.444 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanmadığı durumlarda, taahhüt altına giren tarafın ekonomik özgürlüğüne aşırı derecede müdahale eden yasak, kişilik değerlerinden ölçüsüz ödün verme

¹³⁸⁷ KARABAĞ BULUT, s.124.

¹³⁸⁸ SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.116.

¹³⁸⁹SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.116; PALANDT/ ELLENBERGER, §138, Rn.39; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.45; FLUME, s.371; GROSSMAN Ruprecht/SCHNEIDER Friedrich, Arbeitsrecht, Stollfuß Verlag, Bonn, 1995, Rn. 88; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.461; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.254; KOLLER, OR, §13, Rn.119; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.140; EREN, s.364; ANTALYA, s.460; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.194 vd.; ESENER/GÜNDOĞDU, s.1221 vd.; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.248; ANTALYA, s.460; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.5 vd.;

¹³⁹⁰ KELLER/SCHÖBI, s.144; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.45; SEROZAN, Medeni Hukuk, s.461; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.98.

¹³⁹¹ TAŞMAN s.295; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.116. Kelepçeleme sözleşmelerinin ahlâka aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.254; ODAMAN, Ahlâk, s.892 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.401. YHGK, 22.05.2013, E.2012/11-1601, K.2013/752, <https://kazanci.com.tr/> Aşırı bağlanmanın ahlâka aykırılık oluşturacağı yönünde bkz. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, s.129.

¹³⁹² ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.98; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.255 vd.

¹³⁹³ KARABAĞ BULUT, s.154.

yasağına örnek teşkil ederek genel ahlâka aykırı olacaktır¹³⁹⁴. Kelepçeleme sözleşmelerinin varlığı bakımından rekabet etme yasaklarında rekabet etmeme yükümlüsü olan kişinin menfaatleri ile buna karşılık yüklendiği edim de ölçülmeli yani edimler arasında uygunluk değerlendirmesi yapılmalıdır¹³⁹⁵. Aynı şekilde kelepçeleme sözleşmesinin var olup olmadığını tespitte söz konusu yükümlülük nedeniyle kişinin ekonomik geleceğinin, meslekî ve ticarî faaliyet özgürlüğünün ne ölçüde zedelendiğinin de incelenmesi gerekmektedir¹³⁹⁶.

Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda¹³⁹⁷ “*davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmaması bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hükümdür.*” diyerek taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunun geçersizliği sonucuna ulaşmıştır.

İş sözleşmelerinde rekabet yasağının sınırlandırılması TBK m.445 hükmü ile ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; “*Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.*

Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir”. Dolayısıyla iş sözleşmeleri bakımından rekabet yasağı sözleşmelerinin sınırlandırılması açık kanun hükmü ile sabittir. Bu nedenle örneğin iki yıldan uzun süreli bir rekabet yasağı şartı getirilmesi durumunda genel ahlâka aykırılık bakımından değil, kanuna aykırılık bakımından durumun ele alınması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁹⁸. Gerçekten genel ahlâka aykırılık sebebine dayanmadan önce kanunda ifade edilen özel düzenlemeler esas alınarak sonuca varılmalıdır. Nitekim iş ilişkisinin sona ermesinden sonra işçinin kişisel özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayan veya geçimini büyük ölçüde kısıtlayacak, mesleğini icra etmesine engel olacak rekabet yasağı hükümleri bu kanun hükmü uyarınca geçersiz olacaktır¹³⁹⁹. Kanun metninde ifade edilen “*özel durum ve*

¹³⁹⁴ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.255 vd.; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.98.

¹³⁹⁵ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.145; DOĞAN, Rekabet Yasağı, s.126.

¹³⁹⁶ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.151; DOĞAN, Rekabet Yasağı, s.126.

¹³⁹⁷ Yarg. 11 H.D., 01.07.2014, E.2014/6520, K.2014/12577, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹³⁹⁸ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.225; ODAMAN, Ahlâk, s.893; ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.67; DOĞAN, Rekabet Yasağı, s.126.

¹³⁹⁹ BGE 78 II 230, Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts, Stämpfli Verlag AG Bern 2021, <https://www.swisslex.ch/de/>

koşullar”dan ne anlaşılması gerektiği hâkimin hakkaniyet ve genel ahlâk anlayışına göre belirleneceği için, öğretide bu durumda kelepçeleme sözleşmelerinin gündeme gelebileceği ve genel ahlâka aykırılık tartışması da yapılabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁰⁰.

Yargıtay’ın işçinin sözleşmenin sona ermesinden sonra üç yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren başka bir şirkette hiçbir görevde çalışmamasının bir rekabet etmeme koşulu değil kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündeki kararı¹⁴⁰¹ öğretide varılan sonuç açısından hukuken yerinde bulunmakla birlikte gerekçelendirme açısından hatalı bulunmuş ve bizce de isabetli olarak bu durumda geçersizlik yaptırımına kanuni düzenleme esas alınarak ulaşılması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁰².

2. Kişilik Haklarına Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

TBK m.27 hükmünde kişilik haklarını ihlâl eden sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağı ifade edilmiştir. İş sözleşmesinin kuruluş amacı kişilik haklarını ihlâl edici nitelikte olabileceği gibi iş sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin de kişilik haklarını ihlâl etmesi mümkündür. İşçinin evlenmeme yahut hamile kalmama, din değiştirme taahhüdünde bulunması da aynı şekilde TMK m.23’ün yasak alanına giren bir durum olacaktır¹⁴⁰³. Bu durumda ise sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmayacak, kısmi geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılacaktır. Örneğin sözleşmeye konulan hamile kalmama yahut evlenmemeye yönelik şartlar bakımından geçersizlik söz konusu olacak, fakat sözleşme varlığını sürdürmeye devam edecektir.

Öğretide *Bucher* tarafından verilen ve birçok yazar tarafından da yinelenen riskli bir rolde dublör olarak rol alma sözünde bulunulması hâlinde de sözleşmenin kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği değerleri konu edinen sözleşme olması¹⁴⁰⁴, mutlak bağlanma yasağının varlığı

¹⁴⁰⁰ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.225. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. DOĞAN, Rekabet Yasağı, s.131.

¹⁴⁰¹ Yarg. 11. H.D., 01.07.2014, E.2014/6520, K.2014/12577.

¹⁴⁰² DOĞAN, Rekabet Yasağı, s.129.

¹⁴⁰³ TMK m.23/1 hükmü kişinin hak ve fiil ehliyetine ilişkin düzenleme getirirken, TMK m.23/2 hükmü kişi özgürlüklerinden bahsetmektedir. Kişinin evlenmeme taahhüdü bazı yazarlarca TMK m.23/1 hükmünü ihlâl ederken bazı yazarlarca ise TMK m.23/2 hükmünün ihlâli sonucunu doğurmaktadır. Öğretide ayrıca bu tarz ihâl hükümlerinin hem TMK m.23/1 hem de TMK m.23/2 kapsamından değerlendirilebileceğini savunan görüş de bulunmaktadır. Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARABAĞ BULUT, s.93.

¹⁴⁰⁴ İfade edelim ki öğretide *Karabağ Bulut*, TMK m.23/1 hükmünün kapsamına giren değerler üzerinde tasarrufun mümkün olmadığına, buna karşılık TMK m.23/2 kapsamında korunan değerlerin ahlâka ve hukuka aykırı olmamak şartıyla sınırlandırılabilirliğine işaret etmektedir. “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez...” ifadesi ile kişinin tasarrufta bulunabileceği özgürlüklerden bütünüyle vazgeçemeyeceği kast edilmektedir. Buna karşılık *Bucher*’e göre ise TMK m.23/2 hükmünde belirtilen ve kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesi ile ifade edilenin, kişinin birtakım değerler üzerinde tasarruf etmesinin mümkün olmadığıdır. *Karabağ Bulut*, dublöre ilişkin olarak *Bucher*’in savunduğu yaptırımı katılmakla beraber kişinin son derece tehlikeli sahnelerde dublör olmayı üstlendiği sözleşmede kişinin vücut bütünlüğüne doğrudan zarar verilmesine rıza göstermesi söz konusu olmadığı için TMK m.23/2 hükmüne aykırılık olduğunu ifade etmektedir. KARABAĞ BULUT, s.431 ve s.397.

nedeniyle TMK m.23/2 hükmünde yer alan “özgürlüklerden vazgeçme” şartı gerçekleşmiş olacağından kesin geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir¹⁴⁰⁵. Bu durumda dublör olacak kişinin son anda korkup bu görevi reddetmesi hâlinde karşı taraf kendisinden herhangi bir cezaî şart yahut tazminat talep edemeyecektir¹⁴⁰⁶. Kanaatimizce gerekli önlemlerin alınmayarak dublörün hayatî açıdan ciddi tehlike arz eden söz konusu edimini ifa etmesini içeren bir sözleşmenin imzalanması durumunda geçersizlik gündeme gelebilecek iken, salt genel anlamda bir tehlikenin varlığı dublöre sözleşmenin kesin geçersizliğini talep etme hakkı vermemelidir. Alınan önlemlerle tehlike minimize edilebiliyor ise işçinin özgür iradesi ile imzaladığı bu sözleşmenin riskli bir rol olmasını ileri sürerek kesin olarak geçersizlik iddiasında bulunmasının hakkaniyete de uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Ahde vefa ilkesi gereğince olabildiğince sözleşmelerin ayakta tutulması sağlanmalı, somut olaya göre kişilik haklarının ihlâl edilip edilmediği titizlikle incelenmelidir. Zira dublör; aksiyon, macera türü filmlerde tehlikeli olabilecek sahnelerde başrol oyuncusu yerine rol alan kişi olduğu için bu görevi kabul eden kişinin zaten belirli riskleri kabul ediyor olması da gerekir. Örneğin ata binme sahnesi için bir dublör görevinin üstlenilmesi örneğinde kişilik haklarının ihlâli gerekçesi ile sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Daha önce ifade ettiğimiz üzere TMK m.23/2 hükmünde, kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka yahut ahlâka aykırı olarak sınırlandırmayacağı ifade edilmiştir. Mutlak bağlılık altına girme yasağı gereği dublörün sağlığını, hayatını riske atacak ciddi bir tehlikenin olması, gerekli önlemlerle tehlikenin azaltılmasının mümkün olmadığı durumda “özgürlükten vazgeçme” şartı gerçekleşmiş sayılmalıdır. İfade edelim ki bu durumda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13 hükmü uyarınca işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı da olacaktır. İlgili hükme göre, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilirler. Kurulun veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi durumunda çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir.

¹⁴⁰⁵ **BUCHER**, “Für mehr Aktionendenken”, s.26; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.461. Konuya ilişkin görüş ve eleştiriler için ayrıca bkz. **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.571; **KARABAĞ BULUT**, s.398 ve s.431.

¹⁴⁰⁶ **BUCHER**, “Für mehr Aktionendenken”, s.26. Yazar bu durumda klâsik kesin geçersizlik yaptırımından farklı olarak film yapımcısının değil sadece dublörün edimini ifa yükümlülüğü altında olmadığını ve dublörün çalıştığı sürenin ücretini almaya hak kazanacağını ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.571; **KARABAĞ BULUT**, s.398; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.298.

Öğretide Serozan Türkçe bilmeyen yabancı bir ev işçisinin izin günlerinde evden çıkmama taahhüdünün yerine göre geçerli sayılabileceğini belirtmektedir¹⁴⁰⁷. Bu konuda yazar daha önce de sözünü ettiğimiz ödün-menfaat-güçsüzlük denklemine¹⁴⁰⁸ ve buna ilişkin ölçütlere atıf yapmaktadır. Yazarın bu görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz. Kanımızca bir ev işçisinin izin günlerinde evde kalmaya yönelik taahhüdü TMK m.23 hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi bu duruma zorlanması ise TCK m.109 hükmünde¹⁴⁰⁹ ifadesini bulan “*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu*” oluşturabilir. Kanaatimizce imzalanan sözleşmede evden çıkmamaya yönelik taahhüt bulunulsa dâhi TMK m.23 hükmünü ihlâl eden bu şart geçersiz sayılarak kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır.

İşçinin hayatı boyunca sadece bir işverene bağlı olarak çalışacağına, hiçbir şekilde izin kullanmayacağına, ücretinde hiçbir artırım istemeyeceğine yönelik olarak verdiği taahhütler de kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir¹⁴¹⁰. Bu durumda söz konusu hükümler geçersiz sayılacak, fakat bütün sözleşmeye geçersizlik yaptırımı uygulanmayacaktır.

Belirtelim ki klâsik kesin geçersizlik yaptırımında her iki tarafın da geçersizliği ileri sürme hakkı bulursa da iş hukukunda kişilik hakkı ihlâl edilen taraf geçersizliği ileri sürmedikçe sözleşme geçerli olarak devam etmelidir¹⁴¹¹.

E. İş Sözleşmesinin Ahlâka Aykırı Olmaması

1.Genel Bilgi

Bir sözleşmenin konusunun/içeriğinin ahlâka aykırı olması hâlinde sözleşme geçersiz olacaktır. Bu bağlamda toplumun geneline mâl olmuş ahlâk anlayışının esas alınacağını ve bu anlayışın da zamandan zamana, toplumdan topluma değişiklik gösterebileceğini tekrar hatırlatalım¹⁴¹².

¹⁴⁰⁷ SEROZAN, Medeni Hukuk, s.461.

¹⁴⁰⁸ Konuya ilişkin ayrıca bkz. BSK ZGB I- HUGUENIN/REITZE, Art.27, Rn.9 vd.

¹⁴⁰⁹ Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre; “*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir*”. Maddenin devam eden fıkralarında cezanın artırımına sebep olacak hâller de ayrıca hüküm altına alınmıştır.

¹⁴¹⁰ TAŞMAN, s.295.

¹⁴¹¹ TAŞMAN, s.295.

¹⁴¹² ESENER/GÜNDOĞDU, s.220; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.90. YHGK, 22.05.2013, E.2012/11-1601, K.2013/752, <https://kazanci.com.tr/>

Klâsik olarak öğretilde, belirli bir dönemde yaşayan orta zekâda, dürüst ve mâkul insanların düşünce ve anlayışları o toplumun genel ahlâkını oluşturduğu ifade edilmiştir¹⁴¹³. Esasen ahlâka aykırılıkta bir hukuki işlem içeriğinin, saikin ve amacının özetinden çıkarılabilecek genel karakteri, hukuki ve ahlâki düzenin temel değerleriyle bağdaşmamaktadır. Öğretilde *Huguenin*, hukuka aykırılığın sözleşme ile hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi ifade ederken, ahlâka aykırılığın ise sözleşme ile toplumsal düzen arasındaki ilişkiyi ifade ettiğini belirtmektedir¹⁴¹⁴.

Tıpkı diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi iş sözleşmesinin de kendisi, içeriği yahut amacı ahlâka aykırı olabilir. Bu bakımdan tarafların ahlâka aykırılığı biliyor olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Ahlâka aykırılık değerlendirmesinde esas alınacak an sözleşmenin akdedildiği zaman olup akdedildiği an ahlâka aykırı olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme zamanla ahlâka aykırılık niteliğini kaybetmişse söz konusu sözleşmenin geçerli olduğu varsayılmalıdır¹⁴¹⁵. Genel ahlâk görüşlerine göre ahlâka aykırı olmasına rağmen mevzuatta yasaklanmamış faaliyetlere ilişkin yapılan iş sözleşmesi ahlâka aykırı olarak nitelendirilemez¹⁴¹⁶. Bu bağlamda genel ev açmaya ve işletmeye imkân tanıyan üstelik genelev kadınlarını sosyal sigortalar kapsamına alan (5510 sayılı Kanun m.4/2, e hükmü) bir hukuk düzeni içerisinde, genelev kadınları ile yapılan sözleşmeleri ahlâka aykırı saymak mümkün olmayacaktır¹⁴¹⁷. Zira ahlâka aykırılık hukukun boş bıraktığı, yani herhangi bir düzenlemeye yer vermediği alanlarda rol oynayan bir

¹⁴¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.552; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.90, dn.134; EREN, s. 419; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.136; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.254; İNAN, Borçlar Hukuku, s.191; ODAMAN, Ahlâk, s.890; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.85 vd. Yazar, orta zekâlı, mâkul, dürüst insanın ahlâk anlayışı, kamusal vicdana göre ortak ahlâki değer olarak kabul ediliyor, toplumun genel şuuruyla uygun düşüyor ise artık o kuralın genel bir ahlâk kuralı olarak benimseneceğini ifade etmektedir. Toplumsal yaşamla birlikte bireysel değer yargılarının yerini alan kamusal vicdanı yaratan ise, bireysel değer yargılarının, hukuk kurallarının ve diğer sosyal düzen kurallarının bütününden doğan hak, adalet, görev, sorumluluk, doğruluk ve dürüstlük anlayışlarıdır. Bu bağlamda sözleşmenin geçerli olup olmadığının tespitinde, hâkimin ahlâk anlayışı esas alınmayacak; orta zekâda, dürüst ve âdil toplum üyelerinin genel ahlâk anlayışı belirleyici olacaktır. KARABAĞ BULUT, s.64; VON TUHR/PETER, s.256; SCHAUB/ LINCK, §34, Rn.1; KELLER/SCHÖBI, s.145; BK/BUCHER, Art. 27 ZGB, Rn.272; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.174. Yargıtay’a göre, ahlâk ve âdaba aykırılıkta amaçlanan sosyal ve ekonomik ahlâktır, bu da dürüst ve doğru insanların ortalama görüşlerine göre saptanmalıdır. Yarg. 1. H.D., 06.03.2020, E. 2001/10578, K. 2002/2892, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁴¹⁴ HUGUENIN, *Nichtigkeit und Unverbindlichkeit*, s.85.

¹⁴¹⁵ BSK OR I- HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.35; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.52.

¹⁴¹⁶ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s.89.

¹⁴¹⁷ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s.89; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.172; EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.27; ERMAN, *Akit Serbestisi*, s.610; ESENER/GÜNDOĞDU, s.220; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.255 vd.; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.455; OLGAC, s.19; TUTAR, s.105. İsviçre Hukuku için bkz. HUGUENIN, OR, Rn.414. Yargıtay’ın 14.01.1948 tarih ve 1943/30, K. 1948/2 sayılı içtihadı birleştirme kararına atıfla bazı sosyal zorunluluklar nedeniyle hükümetçe genelev işletmesine izin verildiği, bu iznin de ahlâkîlik tartışmasını önleyeceğini ifade ettiği karar için bkz. Yarg. 13. H.D., 13.12.1976, E.1976/2884, K.1976/8294, <https://www.lexpera.com.tr/>

kavramdır¹⁴¹⁸. Bu nedenle bir iş sözleşmesinin konusunun ahlâka aykırı olup olmadığına da şüpheyile yaklaşmak gerekecektir. Örneğin bir eğlence mekânında striptiz dansçısı olarak çalışmak üzere bir iş sözleşmesi imzalandığında söz konusu sözleşmenin ahlâka aykırılık sebebi ile geçersizliği ileri sürülemeyecektir¹⁴¹⁹.

TMK m.23 hükmü uyarınca, kişinin özgürlüklerinden, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçmesi veya onları hukuka yahut ahlâka aykırı olarak sınırlaması mümkün değildir. TMK m.23 hükmünün tarihsel “işçiyi koruma işlevi” ve “güçsüzü koruma amacı” dikkate alındığında ödün veren kişinin ekonomik, sosyal ve zihinsel güçsüzlüğü ödünün ölçülü olup olmadığını tartmada en önemli ölçüt olarak karşımıza çıkar¹⁴²⁰. Kişilik değerlerinden ödün verme konusundaki ölçülülük ölçütleri esasen ahlâki değer yargısının tipik uzantısıdır¹⁴²¹.

Kelepçeleme sözleşmelerinin bu açıdan da değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim kelepçeleme sözleşmeleri gibi kişinin şahsî ve ekonomik özgürlüğünü kabul edilemeyecek derecede sınırlayan sözleşmeler genel ahlâka aykırı olarak da nitelendirilmektedir. Her sözleşme ilişkisi az çok tarafların özgürlüklerine bir sınırlama getirmektedir. Bir sözleşme ilişkisinde bir yandan tarafların özgürlüklerinin korunması gerekirken diğer yandan da genel ahlâk kurallarına uygunluk ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri arasındaki dengenin de sağlanması gerekmektedir¹⁴²². Bu bağlamda esasen özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılması konusundaki kriterleri belirlemek oldukça güçtür. Bu konuda genelgeçer bir kuraldan söz edilemeye de öğretide, taahhüdün yoğunluğu ve şiddeti, taahhüdün konusu olan değer ne olduğu ve taahhüdün süresinin belirleyici rol oynadığı belirtilmektedir¹⁴²³. Özgürlüklerin aşırı ihlâlini belirleme noktasında da ayrıca edim-karşı edim dengesinin ve borçlunun kişisel durumunun da önem arz ettiği ama bu kriterlerin tek başına belirleyici bir rol oynamadığı da ifade edilmektedir¹⁴²⁴.

Bazı durumlarda ise taraflar arasındaki ilişkinin hangi andan itibaren katlanılamaz bir ekonomik bağımlılık seviyesine ulaştığını kanun koyucu kendisi belirlemiştir. TBK m.430/3

¹⁴¹⁸ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.172.

¹⁴¹⁹ VISCHER/MÜLLER, §9, Rn.59. Çıplak modellik yapılması yönündeki bir sözleşmenin ise ahlâka aykırı olmadığının kabul edilebileceği yönünde bkz. REİSOĞLU Seza, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 237, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s.135.

¹⁴²⁰ SEROZAN, Medeni Hukuk, s.458 vd. Yazar sözünü ettiğimiz ölçüt dışında kişinin, kişilik değerlerini sınırlaması sonucu katlanmak zorunda olduğu riskin ağırlığı ve sahip olacağı menfaatin ağırlığı yine bu sayede başkalarının sağladığı menfaatin ağırlığının da dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁴²¹ SEROZAN, Medeni Hukuk, s.460.

¹⁴²² ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.239.

¹⁴²³ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.242 vd.

¹⁴²⁴ ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.247 vd.

hükmü uyarınca; *“Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder”*. Bu nedenle taraflar arasında yapılan sözleşmede on yıl geçtikten sonra fesih hakkını engelleyen bir sözleşme yapılması durumunda kanuna aykırılık sebebi ile kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanacak ve söz konusu sözleşme maddesi geçersiz sayılacaktır. Bu durumda ahlâka aykırılığa dayanmanın gereği bulunmamaktadır, hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır¹⁴²⁵. Fakat ifade edelim ki, kimi zaman on yıl sınırı aşılsa da somut olayın özelliklerine göre işçinin ekonomik özgürlüğünün önemli ölçüde sınırlandırılması söz konusu olabilir. Bu nedenle her somut olay kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir¹⁴²⁶.

İşçinin hiçbir ücret talep etmeksizin süresiz olarak bir işverenin yanında çalışacağına yönelik taahhüdü de kişilik haklarına aykırı olacağı gibi genel ahlâka da aykırılık teşkil edecektir¹⁴²⁷. İş riskinin bir kısmının mâkul olmayacak bir şekilde işçiye yükletilmesi, örneğin müşterilerin ödeme gücü için işçiye sorumluluk yükletilmesi, zor bir iş için çok düşük komisyonların vaat edilmesi hâli de ahlâka aykırılığı gündeme getirecektir¹⁴²⁸.

İş Kanunu’nun m.15 hükmünde taraflarca iş sözleşmesine deneme kaydı konulduğunda, bunun süresinin en fazla iki ay olabileceği, toplu iş sözleşmeleri ile de bu sürenin dört aya kadar uzatılabileceği ifade edilmektedir. Bilindiği üzere deneme süresi taraflara bildirim süresi tanınmaksızın ve tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesi imkânı tanımaktadır¹⁴²⁹. Öğretide kanaatimizce de isabetle söz konusu kanun hükmü olmasa da deneme sürelerinin TMK m.23 hükmü kapsamında bir geçerlilik denetimine tâbi tutulabileceği, zira deneme süresinin uzun tutulmasının sosyo-ekonomik açıdan zayıf konumda olan işçi bakımından ona zarar verecek sonuçların doğmasına sebep olabileceği ifade edilmiştir¹⁴³⁰.

¹⁴²⁵ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.133. On yılın üzerindeki iş sözleşmeleri bakımından kişilik hakkı ihlâlinin ahlâka aykırılık çerçevesinde değil emredici hüküm çerçevesinde gerçekleşeceği yönünde bkz. KARABAĞ BULUT, s.62; ODAMAN, Ahlâk, s.893.

¹⁴²⁶ Aksinin kabulünün işçiye işverenin oyuncağı hâline getireceği yönünde bkz. ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.195.

¹⁴²⁷ ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.196.

¹⁴²⁸ EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.28.

¹⁴²⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.238 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.266 vd.; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.76 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.69; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.237; BAŞBUĞ/BODUR, s.126; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.166.

¹⁴³⁰ KARABAĞ BULUT, s.152.

2. Ahlâka Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

TBK m.27/1 hükmü uyarınca, ahlâka aykırı sözleşmeler kesin olarak geçersizdir. İş sözleşmesinde ahlâka aykırılık durumunda kimi zaman sözleşmenin tamamen geçersizliği söz konusu olabilecek iken kimi zaman da sadece ahlâka aykırı hüküm geçersiz olup sözleşme geçerliliğini koruyacaktır (kısmi geçersizlik). Bu bağlamda iş sözleşmesinin kuruluş gayesi örneğin adam öldürme yahut kalpazanlık ise sözleşme baştan itibaren geçersiz kabul edilecektir. Zira kamu düzenini ağır ihlâl eden, hukuk düzeninin temel felsefesiyle bağdaşmayan bu sözleşmenin taraflarının hukuk nezdinde korunmaya değer bir menfaatleri bulunmamaktadır.

Ahlâka aykırı sözleşme hükümleri kimi zaman kişilik haklarının ihlâli sonucunu da doğurabilir. Örneğin işçinin hiç evlenmemesi, din değiştirmesi, hamile kalmamasına yönelik taahhütleri bu niteliktedir. Bu durumda sözleşme tamamen geçersiz kabul edilmemeli söz konusu hükümlerin geçersizliği sağlanarak kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır.

İfade edelim ki, bir işverenin başka bir işverenin işçisini ayartmak suretiyle yanında çalıştırması durumunda sözleşmenin geçersiz olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır¹⁴³¹. Bu konudaki yasal düzenleme İş Kanunu m.23 hükmünde ifadesini bulmuştur. Söz konusu madde hükmüne göre; *“Süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de aşağıdaki hallerde birlikte sorumludur:*

- a) *İşçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa.*
- b) *Yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa.*
- c) *Yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse”.*

Söz konusu açık hüküm karşısında bir işverenin başka bir işverenin işçisini ayartmak suretiyle yanında çalıştırması durumunda uygulanacak yaptırım, yeni işverenin eski işverene karşı işçi ile birlikte sorumluluğudur.

§138 BGB, ahlâka aykırı hukuki işlemlere ilişkin düzenleme içermektedir. Kanun’un ilgili maddesinde Türkçe karşılığını *“güzel yahut iyi ahlâk”* olarak ifade edebileceğimiz *“guten Sitten”*

¹⁴³¹ **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.172; **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.455; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.297; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.148 vd.; **TUTAR**, s.105.

ifadesi yer almaktadır. §138 BGB hükmünün ilk fıkrası uyarınca, iyi ahlâka aykırılık ve bununla bağlantılı olarak aşırı yararlanma (gabin) hukuki işlemin geçersizliği sonucunu doğurur.

§138/2 BGB hükmünde ise, bir kişinin içinde bulunduğu zor durumdan, tecrübesizliğinden, muhakeme eksikliğinden yahut kişinin iradesindeki önemli ölçüde zayıflığından yararlanılarak gerçekleştirilen ve bir edim karşılığında kendisine veya üçüncü kişiye, edimle göze çaracak derecede orantısız menfaatler vaat ettiği veya sağlanmasına izin verdiği hukuki işlemlerin (*Wucher:tefecilik*) geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Türk Hukuku'ndan farklı olarak Alman Hukuku'nda "aşırı yararlanma (gabin)" kavramı, "ahlâka aykırılık" kavramının özel bir görünümü olarak aynı başlık altında değerlendirilmiş ve yine Türk Hukuku'ndan farklı olarak buna aykırı hukuki işlemlerin geçersiz sayılacağı açıkça ifade edilmiştir. Alman Hukuku'nda eğer bir hukuki işlem hakkaniyetli ve âdil düşünen insanların edep anlayışına aykırı ise bu işlem ahlâka aykırı kabul edilmektedir¹⁴³².

Öte yandan Alman Hukuku'nda §138 BGB hükmünün iş hukuku açısından nasıl uygulama alanı bulacağı net olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Medeni hukukta ahlâka aykırılık kavramının odak noktası hukuki işlemin objektif olarak ahlâksız olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle öğretide iş hukuku açısından da sübjektif değil, objektif ahlâk anlayışının esas alınarak hükmün uygulama alanının belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴³³

Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) cinsellikle bağlantılı olan faaliyetler bakımından zaman zaman ahlâksızlık kavramına değinmiştir¹⁴³⁴. Mahkemenin, striptiz dansçısıyla yapılan sözleşmenin ahlâka aykırı olup olmadığına ilişkin verdiği kararlarda kanaatimizce isabetli bir ayrıma gittiğini görmekteyiz. Eğer bu dans şovu, esas olarak sanatsal bir gösteri ile ilgili ise, ahlâksız olarak nitelendirilmemelidir. Buna karşılık sanatsal performans iddiasında bulunmayan ve cinsel uyarımla ilgili olan bir dans söz konusu ise, bu durumda sözleşme ahlâka

¹⁴³² NEUNER, §46, Rn.8; SCHAUB/LINCK, §34, Rn.1; KAMANABROU, Rn.776; SCHAUB/KOCH, Arbeitsrecht von A-Z, s.609. Ayrıca bkz. BGH, Urt. v. 09.07.1953, IV ZR 242/52 (Schleswig), NJW, Heft 45, 1953, s.1665; BGH, Urt. v. 18.12.2008– VII ZR 201/06 (OLG Jena), NJW 12/2009, s.835 vd.

¹⁴³³ PREIS/TEMMING, Rn.995.

¹⁴³⁴ KAMANABROU, Rn.776.

aykırı olarak nitelendirilmelidir¹⁴³⁵. Bir kişiyi fuhuşa zorlayan iş sözleşmeleri de ahlâka aykırı olarak değerlendirilecektir¹⁴³⁶.

Yine Alman Hukuku'na göre ömür boyu bir işverene bağımlı olarak hizmetin ifasına yönelik imzalanan iş sözleşmeleri ahlâka aykırı olarak nitelendirilmektedir¹⁴³⁷. Bu durumda §624 BGB hükmü uyarınca işçinin fesih imkânı bulunmaktadır¹⁴³⁸. Aynı şekilde bir işçinin sürekli olarak belirli bir yerde ikametini şart koşan sözleşmeler de ahlâka aykırı olarak değerlendirilmektedir¹⁴³⁹.

Alman Federal İş Mahkemesi tarafından işçinin zor durumundan, deneyimsizliğinden, muhakeme eksikliğinden yahut ciddi irade zayıflığından yararlanılarak kurulan bir sözleşmede işçinin yaptığı iş ile aldığı ücret arasında bâriz bir uyumsuzluğun olması durumu da ahlâka aykırı olarak nitelendirilmiştir¹⁴⁴⁰. "*Lohnwucher*" olarak adlandırılan bu durum esasen ahlâka aykırı sayılacak düşüklükte ücret anlaşmasını ifade eder¹⁴⁴¹. Mahkeme, özel durumlar haricinde kararlaştırılan ücretin o alandaki emsal ücretin yahut toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ücretin üçte ikisine bile ulaşmaması durumunda bariz orantısızlık olduğunu kabul etmiştir¹⁴⁴². İşyerinde bir toplu iş sözleşmesi yok ise emsal ücret esas alınarak göze çarpan tutarsızlık olup

¹⁴³⁵ HWK/THÜSING, §611a BGB, Rn.221; VON STAUDINGER Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§134-138, ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), Ottoschmidt, 2021, (STAUDINGER/FISCHINGER) §138, Rn.573; MüKoBGB/ARMBRÜSTER, §138, Rn.86. Mahkemenin iş sözleşmesinde kararlaştırılan edimin sahnede cinsel ilişkinin gösterilmesine ilişkin olması durumunda sözleşmeyi ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olarak değerlendirdiği karar için bkz. BAG 01.04.1976 - 4 AZR 96/75, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Walter de Gruyter, 28. Band, 1982, s.83 vd.– AP Nr. 34 zu § 138 BGB; KAMANABROU, Rn.776.

¹⁴³⁶ Kasseler Handbuch/LEINEMANN, Rn.552; SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.213; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, §611a, Rn.646.

¹⁴³⁷ ANNUß Georg/FISCHINGER Philipp S./OETKER Hartmut/PREIS Ulrich/RICHARDI Reinhard, Staudinger, Praxis Edition, Arbeitsrecht Kommentar, 2012, (STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER), §611, Rn.267 vd.

¹⁴³⁸ Söz konusu hükümde, bir iş ilişkisinin ömür boyu yahut beş yıldan uzun süreli kurulması durumunda, beş yılın dolmasıyla birlikte feshedilebileceği ifade edildikten sonra fesih için altı aylık bir ihbar süresinin bulunduğu belirtilmiştir.

¹⁴³⁹ SOERGEL/HEFERMEHL, §138, Rn.167.

¹⁴⁴⁰ BAG 21.06.2000 – 5 AZR 806/98 (Vorinstanz: LAG Niedersachsen, Urt. v. 25.08.1998- 13 Sa 2362/97), NZA, Heft19, 2000, s.1050 vd.; HWK/THÜSING, §611a BGB, Rn. 225; KAMANABROU, Rn.777; PALANDT/ELLENBERGER, §138, Rn.79.

¹⁴⁴¹ STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.191; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.189.

¹⁴⁴² BGH 22.04.1997- I StR 701/96, (Vorinstanz: LG Passau), NZA 21/1997, s.1167 vd.; JUNKER, Arbeitsrecht, s.100. BAG 17.10.2012 – 5 AZR 792/11 (Vorinstanz: LAG Hamm, Urt. v. 17.08.2011- 3 Sa 809/11), NZA 5/2013, s.266 vd.; BAG, Urt. v. 22.04.2009 – 5 AZR 436/08 (Vorinstanz: LAG Hamburg, Urt. v. 17.04.2008 – 1 Sa 10/07), NZA 15/2009, s.837. Söz konusu karara ilişkin ayrıca bkz. RIEBLE Volker/PICKER Christian, "*Lohnwucher*", Zeitschrift für Arbeitsrecht, (ZfA), Carl Heymanns Verlag, 45, 2014, s.183. İşçinin çalışması karşılığı ödenen ücret ilgili sektörde ve ekonomik bölgede genellikle ödenen toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ücretin 2/3' sine bile ulaşmıyorsa edim ile karşı edim arasında bariz orantısızlıktan bahsedileceği ifade edilmektedir. Burada brüt ücret belirleyicidir. LAG Hamm 18.03.2009, 6 Sa1372/08, BB 2009, 893, DORNBUSCH /KRUMBIEGEL/LÖWISCH, AR-Kommentar, §138 BGB, Rn.1; STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.247. Konuya ilişkin ayrıca bkz. PREIS/TEMING, Rn.1292; KAMANABROU, Rn.777.

olmadığı değerlendirilecek, fakat toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan bir ücretin olması hâlinde ise bu ücret olağan ücret bakımından ölçüt olarak değerlendirilecektir¹⁴⁴³.

Karşılıklı sözleşmede yukarıda bahsettiğimiz özel durumlar olmasa dâhi edimler arasında göze çarpan bir orantısızlık olması durumunda ve sözleşmenin ahlâka aykırı görünmesine neden olan en az bir durum varsa bu durumda sözleşmenin yine geçersiz sayılması mümkün olabilir (*wucherähnliches Rechtsgeschäft*)¹⁴⁴⁴. Bu takdirde §138/1 BGB hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu da özellikle sözleşmeden yararlanan tarafın kınanacak bir tutum sergilemesi (*verwerfliche Gesinnung*) durumunda söz konusudur. Edim ve bedel arasındaki orantısızlık büyük ise bu durum kınanacak bir tutumun varlığına karine teşkil eder¹⁴⁴⁵. Bir işin nesnel değeri, taraflarca belirlenen değerinin en az iki katı (*Grenze des Doppelten*) ise bu durum söz konusudur¹⁴⁴⁶.

Alman Hukuku'nda, işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin bulunması hâlinde buna göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁴⁷. *Kamanabrou* durumu şu örnekle açıklamaktadır¹⁴⁴⁸. (A), toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş ücretle çalışan işçilerin bulunduğu bir bölgede restoran işletmektedir. (A) işverenin taraf olmadığı toplu iş sözleşmesine göre başka bir restorantta çalışan aşçılar saatlik 24 Euro kazanmaktadırlar. Buna karşılık işveren (A), işyerinde aşçı olarak çalışan işçilerine saatlik sadece 15 Euro vermektedir. Bu örnekte işçilerin yaptığı iş performansı ile kazandıkları ücret arasında bariz bir farklılık bulunmaktadır. Bununla birlikte işveren (A)'nın işçileri ile yapmış olduğu sözleşme; işçilerin deneyimsizliğinden, muhakeme eksikliğinden yahut irade zayıflığından yararlanılarak mâli avantaj sağlanması durumu (*Wuchergeschäft*) mevcut ise aşırı yararlanma (gabin) söz konusu olacaktır. Aşçıların sübjektif bu unsuru ispatlayamamaları hâlinde ise "*wucherähnliches Rechtsgeschäft*" olarak nitelendirilen ahlâka aykırı bir durum söz konusu olacaktır. Bu da somut olayda aşırı yararlanma olmasa da buna benzer bir hukuki işlemin söz konusu olduğuna işaret etmektedir.

¹⁴⁴³ İsviçre Hukuku'nda da aşırı yararlanma (gabin) durumunda sözleşmenin tamamını geçersizliği yerine ücret anlaşmasının geçersiz sayılması ve olağan ücretin kararlaştırılan ücretin yerine geçeceği (Art.322 Abs.1 OR) hakkında bkz. **VISCHER/MÜLLER**, §9, Rn.62. Ayrıca bkz. **STAUDINGER/FISCHINGER**, §138 BGB, Rn.191.

¹⁴⁴⁴ **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.100; **KAMANABROU**, Rn.777; **SCHAUB/KOCH**, Arbeitsrecht von A-Z, s.760; **HWK/THÜSING**, §611a BGB, Rn.225.

¹⁴⁴⁵ Urt. vom 19. Januar 2001-V ZR 437/99, BGHZ 146, s.298 vd.; Urt. vom 24. Januar 2014 - V ZR 249/12, NJW, 2014, s.1652.

¹⁴⁴⁶ BAG 19.08.2015 – 5 AZR 500/14, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 152. Band, 2016, s.228 vd.; BAG 16.02.2012 – 5 AZR 268/11 – AP Nr. 66 zu §138 BGB. **KAMANABROU**, Rn.778; **PALANDT/ ELLENBERGER**, §138, Rn.79; **SCHAUB/ LINCK**, §34, Rn.11.

¹⁴⁴⁷ **KAMANABROU**, Rn.777.

¹⁴⁴⁸ **KAMANABROU**, Rn.778.

Bunun için ise ücret ile yapılan iş arasında gözle görülür bir orantısızlığın olması yanında kınanabilir bir durumun da bulunması gerekir. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarına göre, ücret ile yapılan iş arasında bariz bir orantısızlık varsa kınanabilir (*verwerfliche Gesinnung*) bir tutumdan bahsedilebilir¹⁴⁴⁹. Federal İş Mahkemesi içtihadına göre, bir işin nesnel değeri, taraflarca belirlenen değerinin en az iki katı ise bu durum söz konusudur¹⁴⁵⁰. Bu nedenle yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi işin değeri ile taraflarca kararlaştırılan ücretin değeri arasındaki farkın iki kattan az olduğu durumlarda ise kınanabilir bir durumun varlığı için ek koşullar gereklidir¹⁴⁵¹. Bu durumda işverenin işçiyi engelleyen zorluğu yahut başka bir durumu kınanabilir şekilde kendi yararına kullanması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki iş sözleşmesindeki bir maddenin ahlâka aykırı olması kural olarak iş sözleşmesinin tamamını geçersiz kılmayacaktır¹⁴⁵².

III. İş Sözleşmesinin Konusunun İmkânsız Olmaması

A. Genel Bilgi

İş sözleşmesinin geçerlilik koşullarından biri de konusunun iş sözleşmesinin kurulduğu sırada objektif olarak imkânsız olmamasıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere¹⁴⁵³, sözleşmenin geçerliliğine etki eden imkânsızlık sözleşmenin kurulduğu andaki (başlangıçtaki) objektif imkânsızlıktır. Bu nedenle çalışmamızda iş sözleşmeleri açısından da sonraki imkânsızlık hükümlerine değinilmeyecek sadece başlangıçtaki objektif imkânsızlık açısından konu ele alınacaktır.

İş sözleşmeleri açısından başlangıçtaki imkânsızlık hâlinin mevcut olup olmadığının belirlenmesi bakımından iş ilişkisinin ne zaman kurulmuş olduğunun tespiti önem arz eder¹⁴⁵⁴. Zira imkânsızlığın başlangıçtaki yahut sonraki imkânsızlık olup olmadığı sorusu sözleşmenin

¹⁴⁴⁹ BGH 13.11.2014 – IX ZR 267/13, NJW 15/2015, 1093 vd.; BAG 22.04.2009 – 5 AZR 436/08, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 130. Band, 2010, s.338 vd. – AP Nr. 64 zu §138 BGB. **KAMANABROU**, Rn.778; **SCHAUB/ LINCK**, §34, Rn.5.

¹⁴⁵⁰ BAG 19.08.2015 – 5 AZR 500/14, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 152. Band, 2016, s.228 vd.; BAG 16.05.2012 – 5 AZR 268/11 – AP Nr. 66 zu §138 BGB. **KAMANABROU**, Rn.778; **PALANDT/ ELLENBERGER**, §138, Rn.79; **SCHAUB/ LINCK**, §34, Rn.11.

¹⁴⁵¹ BAG 16.05.2012, 5 AZR 268/11, (Vorinstanz: LAG Rheinland-Pflanz, Urt. v. 17.02.2011 – 11 Sa 567/10), NZA 17/2012, s. 974 vd. Kararda işin değeri ile ücretin değeri arasında yüzde elliden fazla fakat yüzde yüzden az bir farkın olması durumunda ek koşulların ispatının aranacağı ifade edilmiştir. **DORNBUSCH/KRUMBIEGEL/LÖWISCH**, AR-Kommentar, §138 BGB, Rn.1.

¹⁴⁵² **STAUDINGER / RICHARDI/FISCHINGER**, § 611a, Rn.647.

¹⁴⁵³ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 3, c.

¹⁴⁵⁴ **BK-KRAMER**, Art. 19-20 OR, Rn.246, s.116; **İNAN**, Unmöglichkeit, s.28; **ALTUNKAYA**, s.104; **AKDENİZ**, İmkânsızlık, 75 vd.

kurulduğu an esas alınarak cevaplanmaktadır. Bu konuda öğretide iki farklı teori ileri sürülmüştür. Alman Hukuku'nda ortaya atılan sözleşme teorisine (*Vertragstheorie*) göre, iş sözleşmesinin yapılması iş ilişkisinin doğumu için gerekli ve yeterli iken; katılma teorisine (*Eingliederungstheorie*) göre ise, iş ilişkisi işçinin fiilen işe başlaması ile doğmaktadır¹⁴⁵⁵. Bilindiği gibi hukukumuzda, kıdeme bağlı haklar açısından işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihin esas alındığı katılma teorisine üstünlük tanınmaktadır. Öğretide imkânsızlık durumunda iş ilişkisinin başlangıcı olarak sözleşme teorisine üstünlük tanınmanın daha isabetli olacağı haklı olarak belirtilmiştir¹⁴⁵⁶. Bunun sonucu olarak sözleşmenin kurulduğu an ile fiilen çalışmaya başlandığı an arasındaki zamanda imkânsızlık meydana gelmiş ise sonraki imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁴⁵⁷. Ancak ifade edelim ki, iş sözleşmelerinin kurulması bakımından kural olarak özel bir şekil şartı öngörülmediği için, bu durum sözleşmelerin kurulma anının belirlenmesinde zorluk yaratabilmektedir¹⁴⁵⁸.

İmkânsızlık, fiili olarak karşımıza çıkabileceği gibi hukuki sebeplere de dayanabilir. Taraflar arasında eroın kaçakçılığı yapmak hususunda bir iş sözleşmesi imzalandığında söz konusu sözleşme emredici hukuk kurallarına aykırı olduğu gibi aynı zamanda konusu bakımından hukuken de imkânsızdır. Hukuki imkânsızlık esasen çoğunlukla emredici hukuk kurallarının alt türü olarak da karşımıza çıkmaktadır.

İşverene ait işyerinin sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre önce yanmış olması durumunda fiili imkânsızlık söz konusudur¹⁴⁵⁹. Bu noktada belirtelim ki, öğretide, eğer iş sözleşmesi birden çok işyerini kapsayan bir işletmede çalışmak üzere akdedilmiş ve bu işyerlerinden bazıları yanmış ise işçinin çalışacağı işyerinin somut olarak kararlaştırılmaması durumunda imkânsızlığın gündeme gelemeyeceği de ifade edilmiştir¹⁴⁶⁰. Buna karşılık sözleşmenin kurulduğu sırada zaten yanmış olan bir evin temizliğinde çalışacak kişi ile sözleşme yapılması durumunda imkânsızlık nedeniyle geçersizlik gündeme gelecektir. Bunun gibi ütöpik de olsa güneşi yakalamaya yönelik bir iş sözleşmesinin imzalanması durumunda da fiili imkânsızlık söz konusu olacaktır¹⁴⁶¹. Benzer şekilde işverenin Venüs gezegeninde kuracağı

¹⁴⁵⁵ **ESENER**, İş Hukuku, s.142; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.165 vd.; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.242; **HUECK/NIPPERDEY**, §13, s.41; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.96; **HROMADKA/MASCHMANN**, §5, Rn.64.

¹⁴⁵⁶ **AKDENİZ**, İmkânsızlık, 77.

¹⁴⁵⁷ **AKDENİZ**, İmkânsızlık, s.77.

¹⁴⁵⁸ **AKDENİZ**, İmkânsızlık, s.77.

¹⁴⁵⁹ **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, §2, Rn.288; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.28; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.324, Rn.34; **EKONOMİ**, *Nichtigkeit*, s.51; **AKDENİZ**, İmkânsızlık, s.78.

¹⁴⁶⁰ **AKYİĞİT**, Hükümsüzlük, s.32.

¹⁴⁶¹ **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.456.

bir işyerinde çalışmak üzere işçi ile iş sözleşmesi kurması da kesin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır. İşverenin metali saf altına çevirmek için işçi ile laboratuvarında çalışmak üzere bir iş sözleşmesi imzalaması durumu da imkânsızlığa verilecek başka bir örnek olabilir. Zira metallerin üzerinin altınla kaplanması o metalin altına dönüştüğü anlamına gelmemekte, doğadan elde edilen altının 24 ayar saflığına ulaşabilmesi için ayrıca rafine işlemlerinden geçmesi gerekmekte olup herhangi bir metalin altına dönüştürülmesi mümkün olmamaktadır.

Başlangıçtaki objektif imkânsızlık durumuna Covid-19 pandemisi döneminden de örnek vermek mümkündür. Bilindiği üzere bu dönemde restoran, kafeterya, konser salonu, kapalı çocuk oyun alanları vb. yerler Koronavirüs Tedbirleri Genelgesi kapsamında kapatılmıştır. Kapalı oyun çocuk alanlarında faaliyete ara verildiği sözleşmenin imzalandığı sırada taraflarca bilinmeden, bu alanda gerçekleştirilmesi plânlanan bir organizasyon için 3 gün süreyle çalışmak üzere taraflar arasında bir iş sözleşmesi imzalandığında bu sözleşme başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle geçersiz olacaktır.

Bu noktada bir hususa da işaret etmek gerekmektedir. İşverenin maksadının imkânsız olması iş sözleşmesinin imkânsızlığı sonucunu doğurmamaktadır. Bu bağlamda her ne kadar zaman döngüsü içinde dolaşmak üzere zaman makinesi üretmek imkânsız olsa da bu makineyi üretmek için bir işçi çalıştırılması durumunda işçinin ediminin başlangıçtaki objektif imkânsızlığından bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde biraz evvel değindiğimiz eroin/uyuşturucu kaçakçılığında kullanılmak üzere kamyonet ihtiyacının doğması ve bu kamyonetin tamirinde işçilerin çalıştırılması durumunda da kamyonetin kullanılma amacı hukuka aykırı olsa da işçinin üstlendiği edim imkânsız değildir. Bu durumda şartları varsa işçinin de bu amaca iştiraki söz konusu ise ahlâka aykırılık gündeme gelebilir.

Başlangıçtaki hukuki imkânsızlığa örnek olarak ise İsviçre Hukuku'nda belirlenen kanton yabancı çalışan kotasının, sözleşme imzalandığında zaten tüketilmiş olması gösterilmektedir¹⁴⁶².

Öğretide de ifade edildiği üzere, özellikle hukuki imkânsızlık durumunda taraflar sözleşme yaparken bunun imkânsız olduğunu bilmelerine rağmen ileri bir tarihte bu durumun kalkacağını

¹⁴⁶² BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.28; EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.51; AKYİĞİT, Hükümsüzlük, s.33; GÜN, s.114; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.173; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.456. İsviçre'de her bir kantona tanınan yabancı işçi kontenjanını aşacak şekilde işçi alımı hâlinde hukuki imkânsızlıktan bahsedileceği yönünde bkz. AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.456. Çalışma izni bulumayan bir işçi ile imzalanan iş sözleşmesi bakımından hukukî imkânsızlığın gündeme geleceği yönünde bkz. PALANDT/ GRÜNEBERG, §275, Rn.16.

düşünmüşler ve gerçekten de henüz edimin ifası başlanmadan evvel sözleşmenin konusu mümkün hâle gelmiş ise sözleşme yine geçerli olacaktır¹⁴⁶³.

Ekleyelim ki, işverenin bu belirsiz süreç hakkında işçiyi hiç bilgilendirmemiş (aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş) yahut yanlış bilgilendirmiş olması durumunda culpa in contrahendo sorumluluğuna (sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur) gidilebilecektir¹⁴⁶⁴. Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışların sonuçları kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa bile dürüstlük kuralına ve kanunun ruhuna dayanarak culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁴⁶⁵. Belirtmek gerekir ki; Yargıtay, culpa in contrahendoya dayanan talepler bakımından, bu aşamada henüz iş sözleşmesi kurulmadığı gerekçesiyle genel mahkemelerin görevli olacağını belirtmektedir¹⁴⁶⁶. Öğretide, bizce de isabetli olarak, olması gereken hukuk bakımından ise bu tür davaların iş mahkemelerince çözümlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁶⁷.

B. Başlangıçtaki Objektif İmkânsız İş Sözleşmesine Uygulanacak Hukuki Yaptırım

Sözleşmenin kurulduğu sırada objektif imkansızlığın söz konusu olduğu durumlarda sözleşme kesin olarak geçersiz olur. Zira TBK m.27 hükmünde konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Daha evvel ifade ettiğimiz üzere, başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmenin kurulmasından önce yahut en geç sözleşmenin kurulduğu anda edimin ifasının imkânsız hâle gelmesini ifade ederken, objektif imkânsızlık ise edimin borçlusu dâhil bir başkası tarafından da ifa edilmemesi anlamına gelmektedir. Konuya ilişkin olarak İş Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almadığı için Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri İş Kanunu'na tâbi çalışan işçiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucu olarak iş sözleşmesinin konusunun başlangıçta objektif imkânsız olması durumunda iş sözleşmesi geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır. Bu bağlamda örneğin iş sözleşmesinin konusunun gökyüzünde yıldız yakalamak yahut Mars'ta çalışmak olması durumunda başlangıçtaki objektif imkânsızlık gereği sözleşme geçersiz olacaktır¹⁴⁶⁸.

Ancak şunu da önemle belirtelim ki, Borçlar Kanunu'na göre imkânsızlığın borçlunun kusuru sebebi ile sonradan ortaya çıkması durumunda taraflar arasındaki borç ilişkisi devam

¹⁴⁶³ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.173.

¹⁴⁶⁴ Ayrıca bkz. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.2 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.695.

¹⁴⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.95; RIEMER KAFKA/KRENGER, s.29.

¹⁴⁶⁶ Yarg. 9 H.D. 27.2.2008, E.2008/1358, K.2008/2598, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁴⁶⁷ SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.62; SÜZEK, İş Hukuku, s.323.

¹⁴⁶⁸ TUTAR, s.106; GÜN, s.113 vd.

eder, ancak borçlu tazminat ödemekle yükümlü olur. Buna karşılık sonraki imkânsızlık borçlunun kusuru olmaksızın ortaya çıkarsa borç sona erer. Borçlar hukuku genel teorisine uygun olan bu sonuçların doğrudan iş ilişkisine uygulanması işçiyi koruyuculukla bağdaşmaz, bu nedenle iş hukuku açısından imkânsızlığın borçlunun kusuru olmaksızın sonradan ortaya çıkması ve geçici olması durumunda iş sözleşmesi askıya alınır¹⁴⁶⁹.

Öte yandan biz çalışmamızda imkânsızlığı bir geçersizlik sebebi olarak ele almış bulunmaktayız¹⁴⁷⁰. Buna karşılık Alman Hukuku'nda imkânsızlık artık bir geçersizlik sebebi olarak kabul edilmemektedir. Gerçekten 01.01.2002 tarihli Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) ile birlikte Alman Hukuku'nda §275 BGB hükmü imkânsızlığa ilişkin tek hükmü oluşturmaktadır¹⁴⁷¹. İmkansızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından ise BGB §275 hükmünde, çeşitli maddelere atıfta bulunulmuştur¹⁴⁷². Alman Hukuku'nda Türk Hukuku'ndan farklı olarak başlangıçtaki imkânsızlık (*anfängliche Unmöglichkeit*) artık bir geçersizlik nedeni olarak kabul edilmemektedir¹⁴⁷³.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, Alman Hukuku'na göre, edim borçlu ve herkes için imkânsız ise diğer bir deyişle gerçek imkânsızlık söz konusu ise, ifa talebi her iki taraf açısından da ortada kalkacaktır (§275/1). Bu durumda birincil edim yükümlülükleri yani işçinin işgörme işverenin de ücret ödeme yükümlülükleri kendiliğinden sona erecek¹⁴⁷⁴, yani bu hâlde işçinin ücret alacağı bulunmayacaktır. Bu durum iş hukukundaki “*Çalışma yoksa ücret de yoktur.*” (*ohne Arbeit kein Lohn*) ilkesinin bir sonucudur¹⁴⁷⁵.

Alman Hukuku'nda imkânsızlık hâllerinden birinin (§275/1,2,3) gerçekleşmesi durumunda karşı edimin yerine getirilmesinin talep hakkının bulunup bulunmadığı §326 BGB hükmünde düzenlenmiştir¹⁴⁷⁶. Maddenin ilk fıkrasına göre kural olarak borçlu §275 BGB fıkralarına dayanarak edimini yerine getirmekten kurtulmuşsa karşı edimi talep hakkı da ortada

¹⁴⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SÜZEK** Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, s.45 vd.; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.516 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.769 vd.; **AKDENİZ**, İmkânsızlık, s.112 vd.

¹⁴⁷⁰ İş sözleşmeleri bakımından imkânsızlık sebepleri ve imkânsızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **AKDENİZ**, İmkânsızlık, s.33 vd.

¹⁴⁷¹ Konuya ilişkin olarak Alman Hukuku'ndaki düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bkz. **TOPUZ/CANBOLAT**, s.688 vd.

¹⁴⁷² Maddeye göre alacaklının hakları 280, 283, 185, 311a ve 326. maddelerde düzenlenmiştir.

¹⁴⁷³ **REICHOLD**, §7, Rn.43. Alman Medeni Kanunu eski §306 hükmü uyarınca, başlangıçtaki objektif imkansızlık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaktaydı.

¹⁴⁷⁴ **REICHOLD**, §7, Rn.43; **PALANDT/GRÜNEBERG**, §275, Rn.13 vd.; **TOPUZ/CANBOLAT**, s.691.

¹⁴⁷⁵ **KAMANABROU**, Rn.1069; **HROMADKA/MASCHMANN**, §8, Rn.26.

¹⁴⁷⁶ §275/son BGB hükmünde yapılan atıf gereği, karşı edimin yerine getirilip getirilmeyeceği hususunda m.326 hükmü uygulanacaktır.

kalkacaktır. §326/2 BGB hükmünün iş hukuku bakımından sonucuna değinecek olursak, eğer ki edimin yerine getirilmemesinde tek başına ya da ağırlıklı olarak işveren kusurlu ise bu kurala istisna getirilmekte ve işçinin karşı edimi talep hakkı doğmaktadır¹⁴⁷⁷. Bu kural, “*Çalışma yoksa ücret de yoktur*” ilkesine bir istisna getirmiş olmaktadır. Yine ifade etmek gerekir ki; işçinin tasarruf ettiği miktar, başka bir işyerinde çalışarak kazandığı tutar ve kazanmaktan kötü niyetle kaçındıkları karşı edimin hesaplanmasında dikkate alınacaktır¹⁴⁷⁸.

Sonuç olarak; Alman Hukuku’nda imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulması durumunda tazminat sorumluluğu öngörülmekte, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulmadığı durumlarda ise borç sona ermektedir. İmkânsızlık başlangıçtaki objektif imkânsızlık dâhi olsa sözleşmenin geçersizliği sonucu doğmamaktadır.

IV. İş Sözleşmesinde İrade Beyanlarının Sağlıklı Olması

A. Yanılma (Hata)

İş sözleşmesinin, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulması gerekir. Gerçek durum hakkında istenmeyen ve bilinçsizce meydana gelen yanlış tasavvur olarak tanımladığımız yanılma durumunda, bu yanılmanın esaslı olması hâlinde yanılmaya düşen taraf Türk Borçlar Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca, sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 30. maddesinde sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen tarafın sözleşme ile bağlı olmayacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle yanılmanın esaslı olması hâlinde bu durum sözleşmenin geçerliliğine etki edecek ve yanılan sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olacaktır. Yanılmanın esaslı olmadığı durumlarda ise, sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Bu bağlamda işçinin iş sözleşmesinde yer alan bir hükmü okumadan imzalamış olduğunu belirterek yanıldığını ileri sürmesi esaslı nitelik arz etmeyecektir¹⁴⁷⁹. Yanılma esaslı olması şartı ile ister saikte yanılma olsun ister beyanda yanılma sözleşmenin iptali hakkı doğacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m.31’de esaslı sayılan beyan yanılmaları belirtilmiş, m.32’de ise temel yanılması düzenlenmiştir. Temel yanılması da esaslı kabul edilen saikte yanılma değildir. TBK m.31’e göre, yanılan kişinin, kurulmasını istediği sözleşme yerine başka bir sözleşme için

¹⁴⁷⁷ KAMANABROU, Rn.1070.

¹⁴⁷⁸ KAMANABROU, Rn.1070; TOPUZ/CANBOLAT, s.704.

¹⁴⁷⁹ TAŞKENT, *Anfechtung*, s.56.

iradesini açıklaması, yanılanın istediği konudan başka bir konu için iradesini açıklaması, yanılan kişinin sözleşme yapma iradesini gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklaması, yanılanın sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına rağmen başka bir kişi için iradesini açıklaması ve yanılanın gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla edim için veya gerçekte istediğinde önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklaması esaslı yanılma niteliğindedir.

Sözleşmenin yapılması sırasında işçinin kimliğinin etkili olması hâlinde işçinin kimliğinde düşülen yanılma esaslı yanılma kabul edilebileceği gibi¹⁴⁸⁰, işçinin kişiliği yahut mesleki niteliği üzerindeki yanılma veya sözleşme kurulurken işçinin sebep olduğu yanılma da esaslı yanılma olarak nitelendirilebilecektir¹⁴⁸¹. Özellikle iş sözleşmeleri gibi taraflar arasındaki ilişkide güvenin büyük önem arz ettiği sözleşmeler bakımından şahsın kimliğinde yanılma ile karşılaşmak mümkündür.

Tavsiye üzerine, alanında yetkin ve tanınan bir kişi ile iş sözleşmesi imzalamak isteyen işverenin isim karışıklığı sebebi ile sözleşme imzalamak istediği kişi yerine başka bir kişi ile sözleşme imzalaması hâlinde yanılanın sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklaması durumu söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu'nun m.31/3 hükmü uyarınca yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa bu durum *açıklamada yanılma* sayılır. Bunun gibi, aynı gün peşpeşe iş görüşmesine gelen adaylardan ikisinin de isminin aynı olduğu varsayımında işe alınması istenilen aday yerine diğerinin alınması ve onunla sözleşme yapılması durumunda da gerçekte sözleşme yapılmak istenen kişiden başkasına iradenin açıklanması durumu mevcuttur.

Basit bir yanılma iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için yeterli olmamalıdır. Yanılmanın esaslı olması için önemli olmalı, yani o şeyin önceden bilinmesi durumunda işçi ve işverenin yaptıkları sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna varılması gerekmektedir¹⁴⁸². Bu bağlamda her somut olayı kendi şartları ile değerlendirmek önem arz eder. Söz konusu değerlendirme de ifa edilecek işle ilgili olarak yapılmalıdır. Kekeme bir kişinin tezgâhtar olarak işe alınması durumunda kekemelik önem arz etmekte iken aynı kişinin hesapları tutan bir işçi olarak çalıştırılması durumunda kekemelik yanılma sebebi ile sözleşmenin geçersizliği sonucunu

¹⁴⁸⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.529.

¹⁴⁸¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.529; ALBAYRAK ZİNCİROĞLU, s.727; İZVEREN Adil/AKI Erol, İş Hukuku, 1. Cilt, Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1999, s.172.

¹⁴⁸² TAŞMAN, s.297.

yaratmayacaktır¹⁴⁸³. Aynı şekilde renk körlüğü şoför olarak işe alınacak bir kişi için önemli iken garson olarak işe alınacak bir kişi için ise önemsiz olacaktır¹⁴⁸⁴. Hukuk ofisinde çevirmenlik yapması için işe alınan bir kişinin gerçekte yabancı dildeki hukuk terminolojisini bilmeyen, normal bir çevirmen olduğunun anlaşılması durumunda da yanılma söz konusu olacaktır¹⁴⁸⁵.

İş sözleşmelerinde olduğu gibi karşı tarafa yoğun bir güven duyulması gereken sözleşmeler açısından kişisel niteliklerde yanılma, söz konusu kişinin bu güvene lâyık olmadığına açıkça anlaşılması durumunda gündeme gelebilir¹⁴⁸⁶. Bu bağlamda veznedar olarak çalışmak üzere işe alınacak bir kişinin güveni kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetinin ortaya çıkmış olması hâli buna örnek olarak verilebilir¹⁴⁸⁷. Tekrar vurgulayalım ki, kişinin niteliğindeki yanılmanın esaslı nitelik taşıması için sözleşme ilişkisi ve sözleşme amacı açısından, iş hayatındaki hâkim görüş ve dürüstlük kuralına göre sözleşmenin yapılmasında mutlak belirleyici etken olması gerekir¹⁴⁸⁸. Bu nedenledir ki, Alman Federal Mahkemesi'nin de belirttiği gibi iş başvurusunda bulunan bir kişinin işe girişten kısa bir süre sonra hamile olduğunun öğrenilmesi yanılma sebebine dayanarak sözleşmenin iptalini isteme hakkı vermemektedir¹⁴⁸⁹. Mahkemenin birçok kararında yinelediği gibi hamilelik geçici bir durumdur. Hamilelik ise iş ilişkileri açısından esaslı nitelik arz eden bir durum değildir¹⁴⁹⁰. Bu durum, işçinin hamilelik nedeniyle işi yapmasına izin verilmemesi hâlinde de geçerlidir¹⁴⁹¹. Hamilelikle ilgili iş görme edimine ilişkin yasaklar iş ilişkisini sadece geçici olarak etkilemekte olup, böylece iş ilişkisinde varsayılan uzun vadeli denge bozulmaz¹⁴⁹². Bununla birlikte Alman Federal İş Mahkemesi tarafından dansçılık, spor eğitmenliği, mankenlik gibi meslekler bakımından hamileliğin iş ilişkisi için esaslı nitelikte kabul edilebileceği haklı olarak ifade edilmiştir¹⁴⁹³.

¹⁴⁸³ TAŞMAN, s.297; REHBINDER Manfred, Mängel des Arbeitsvertrages, Verlag Stämpfli & Cie AG, (Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred) Bern, 1983, s.81; TAŞKENT, *İptal*, s.173.

¹⁴⁸⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320 Rn.30.

¹⁴⁸⁵ KANIŞLI, s.276.

¹⁴⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.403.

¹⁴⁸⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.403.

¹⁴⁸⁸ KANIŞLI, s.264; BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.36.

¹⁴⁸⁹ STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.94.

¹⁴⁹⁰ STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.94; KAMANABROU, Rn.787; MüKoBGB/ARMBRÜSTER, §119, Rn.141; KRAUSE, s.149.

¹⁴⁹¹ KAMANABROU, Rn.787.

¹⁴⁹² BAG 06.02.2003 – 2 AZR 621/01, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 104. Band, 2004, s.304 vd. Ayrıca bkz. BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, s.722.

¹⁴⁹³ Urt. v. 22.09.1961, 1 AZR 241/60, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Walter de Gruyter & Co., 11. Band, Berlin 1963, s.272 vd.; STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.94. İsviçre öğretisinde aynı yönde bkz. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.

TBK m.31/1, b. 4 hükmünde yanılanın sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklaması hâlinde de esaslı yanılma olacağı düzenlenmektedir. Söz konusu bent öğretide m.31 hükmünde sayılan sebeplerin sınırlı sayı prensibine tâbi olmadığı, bu düzenlemenin neden getirildiğinin hükmün gerekçesinden de anlaşılamaması gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁴⁹⁴. Bu hükümle anlaşılması gerekenin “sözleşme tarafının kimliğinde” değil “sözleşme kurulurken dikkate alınacak kişinin kimliğinde” yanılma olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu bent kapsamında çocuk bakıcısı olarak işe alınan kimsenin aslında (A)’ya bakmak istemesine rağmen yanlışlıkla akıl hastası olan (B)’ye bakacağı konusunda iradesini açıklaması bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁴⁹⁵. İfade edelim ki, niteliğinde hataya düşülen kişinin sözleşmeyle ilişkili üçüncü kişi (zekâ engelli çocuk) olması da mümkündür¹⁴⁹⁶.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere saik, kişiyi bir sözleşme yapmaya sevk eden olay ve durum hakkındaki düşüncesidir (tasavvuru) ve bu düşüncesinin gerçek duruma uymaması hâlinde saikte yanılma söz konusu olur¹⁴⁹⁷. Örneğin belli bir yayın politikası olan yayınevi sahibinin tecrübeli bir editörü işe aldıktan sonra o kişinin politik görüşünün esasen kendi görüşü ile uyuşmamış olduğunu anlaması saikte hata durumudur¹⁴⁹⁸. Saikte yanılma durumunda gerçek irade ile iradenin açıklanması konusunda bir uygunsuzluk bulunmamaktadır. TBK m.32 hükmü uyarınca da saikte yanılma kural olarak esaslı yanılma sayılmaz. Ancak yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması durumunda yanılma esaslı sayılacaktır. Kanun ayrıca bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olmasını aramaktadır¹⁴⁹⁹. Sözleşmenin karşı tarafının haklı güveninin korunması ihtiyacı ve ahde vefa ilkesi dikkate alınır saikte meydana gelen her yanılmanın sözleşmeyi sona erdirme imkânı vermemesi doğaldır¹⁵⁰⁰. Bu bağlamda işe alınan kişinin farklı bir politik görüş yahut dini inanca sahip olmasının öğrenilmesi esaslı yanılma olmamakla beraber, politik

320, Rn.30. Türk öğretisinde aynı yönde bkz. **TAŞKENT**, *Anfechtung*, s.61; **ERTÜRK**, Kadın Erkek Eşitliği, s.160; **SENYEN KAPLAN**, İş Hukuku, s.465; **YILDIZ**, Eşit İşlem, s.200; **UGAN ÇATALKAYA** Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.314; **YÜREKLİ**, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.51.

¹⁴⁹⁴ **KANIŞLI**, s.316. Ayrıca bkz. **TAŞKENT**, *İptal*, s.175.

¹⁴⁹⁵ **KANIŞLI**, s.314; **ANTALYA**, s.379; **NOMER**, s.102; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.101.

¹⁴⁹⁶ **KANIŞLI**, s.268; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.101.

¹⁴⁹⁷ **EREN**, s.424; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.428; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.396; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.284; **KANIŞLI**, s.142.

¹⁴⁹⁸ **KANIŞLI**, s.139.

¹⁴⁹⁹ Saikte yanılmanın esaslı sayılabilmesi için saik yanılması, sübjektif unsur, objektif unsur ve karşı tarafça bilinebilirlik unsurlarının bir arada bulunması gerekir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, II, B, 4, b, bb, aaa.

¹⁵⁰⁰ **KANIŞLI**, s.140.

bir görüşü temsil eden bir gazetenin köşe yazarlığı konusunda gazete ile anlaşılan kişinin sonrasında bu görüşe tamamen ters yazılar yazması esaslı yanılma sayılabilecektir¹⁵⁰¹. İsviçre Federal Mahkemesi'ne yansıyan kimyasal madde ticareti yapan iki şirket arasındaki bir olayda, işçinin işverenince kendisine verilen talimatı yanlış anlayarak alıcı yerine satıcı olarak kurduğu bir sözleşmeyi mahkeme adi saik yanılması olarak değerlendirmiştir¹⁵⁰². Mahkeme kanaatimizce de isabetle kararında ayrıca işverenin, kendi işçisine verdiği talimatı yanlış anlaması sebebiyle ortaya çıkan durumdan kendi lehine sonuç elde etmesinin mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Öğretide *Kanışlı*, işçinin işverenin kendisine verilen talimatı yanlış anlaması durumunda irade bozukluğunun irade ile açıklama arasında olmayıp iradenin oluşumunda olduğu ve talimatın işçi tarafından yanlış anlaşılmasının iradi kararının bir saiki olarak işlev gördüğü gerekçesi ile söz konusu kararı yerinde bulduğunu ifade etmektedir¹⁵⁰³.

Alman Hukuku'nda §119/1 BGB hükmüne göre, bir beyanın içeriğinde hataya düşen veya o içerikte bir beyanda bulunma niyetinde olmayan kişi, gerçek durumu bilseydi ve söz konusu durum hakkında mâkul bir değerlendirme yapsaydı bu beyanda bulunmayacağı varsayılabilir ise beyanın iptal edilmesini isteyebilecektir. §119/2 BGB hükmünde nitelik yanılması (*Eigenschaftsirrtum*) düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca iş hayatı açısından esaslı kabul edilen (*verkehrs wesentlich*) nitelik yanılması, sözleşmeyi iptal hakkı vermektedir. İş hukuku açısından yanılmanın esaslı yanılma olarak kabul edilebilmesi için, bu unsurun iş sözleşmesinin akdedilmesi açısından belirleyici nitelikte olması yanında geçici nitelik taşımaması da gerekmektedir¹⁵⁰⁴. Bu bağlamda iş hayatı açısından esaslı kabul edilen yanılma, işverenin, işçinin amaçlanan işe uygunluğunda rol oynayan özellikleri hakkında hataya düşmesi anlamına gelmektedir¹⁵⁰⁵. Bu nedenle işçinin soğuk algınlığı gibi geçici bir hastalığına ilişkin yanılma, esaslı yanılma olarak değerlendirilemeyecek ve sözleşmenin iptali söz konusu olamayacaktır¹⁵⁰⁶. Geçici nitelikte etkiye sahip olmayan durumlara örnek olarak işçinin uzmanlığı, eğitim geçmişi, sağlık durumu ve güvenilirliğe ilişkin verileri gösterilebilir¹⁵⁰⁷. Konuya ilişkin olarak Alman Hukuku'nda verilen örnekte, iş başvurusu esnasında aday (B), epilepsi hastası olduğunu gizlemiştir. (B), arasıra epilepsi nöbeti geçirmekte ve hastalığının

¹⁵⁰¹ KANIŞLI, s.268.

¹⁵⁰² BGE 105 II 16, 22, <https://www.swisslex.ch/de/>

¹⁵⁰³ KANIŞLI, s.307.

¹⁵⁰⁴ KAMANABROU, Rn.785; WÖRLEN/KOKEMOOR, s.52; REICHOLD, §7, Rn.48; KRAUSE, s.148 vd.; PREIS/TEMMING, Rn.939; VON STAUDINGER Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§90-124; §§130-133, Ottoschmidt, 2021 (STAUDINGER/SINGER), §119, Rn.93; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, §611, Rn.275 vd.

¹⁵⁰⁵ KAMANABROU, Rn.785.

¹⁵⁰⁶ ÖZER Mustafa Tolga, Medeni Hukukta Hata Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.166

¹⁵⁰⁷ KAMANABROU, Rn.785; NEUNER, §41, Rn.60; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.190.

tedavisi için ilaçlar kullanmaktadır. Bu durum da onun iş performansını etkilemektedir. Bu bağlamda genel olarak sağlık sebepleri yüzünden performansının sınırlı olduğunu söyleyebiliriz¹⁵⁰⁸. Durumdan habersiz olan işveren (A), (B)'yi işe almıştır. Fakat işveren işçinin iş görme yeteneğindeki değişikliği fark ettiğinde bu durumu işçiye sormuş ve işçi (B) de hastalığını işverene açıklamıştır. Bunu öğrenen işveren aldatma ve hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal etmiş, aynı zamanda fesih bildiriminde bulunmuştur. Önemle belirtelim ki, çalışanın iş görme kabiliyeti iş hayatı açısından esaslı kabul edilen bir özellik değildir. Ancak bir hastalık, çalışanın yapmakla yükümlü olduğu işe ilişkin performansını objektif olarak önemli ölçüde azaltacak nitelikte ise bu durum iş ilişkileri açısından esaslı kabul edilecek bir özelliğe sahiptir¹⁵⁰⁹. Söz konusu olayda mahkeme, iptal beyanının açıklandığı zamanda iptal nedeninin iş ilişkisinin devamını mâkul kılmayacak kadar güçlü bir etkiye sahip olması durumunda feshin de mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme işçinin hastalığının sözleşmede kararlaştırılan edimi yerine getiremeyecek olması ya da epilepsi gibi geçici nitelikte olmayan bir durum sebebiyle edimin ifasının önemli ölçüde engellenmesi durumunda esaslı nitelik arz edeceğini belirtmiştir. Bunun sonucu olarak da işveren irade sakatlığına dayanarak iş sözleşmesinin iptalini isteyebilecektir. Daha sonra açıklayacağımız üzere¹⁵¹⁰ Alman Hukuku'nun aksine Türk Hukuku'nda söz konusu olay bizim de katıldığımız görüş uyarınca iptal sebebi olarak değil haklı nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilecektir.

Türk Borçlar Kanunu m.35 uyarınca; " Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez". Bu bağlamda sözleşme bağlanırken işverence gerekli özenin gösterilmemesi sonucunda işçinin kişiliği yahut mesleki vasıfları konusunda hataya düşülmesi durumunda, işveren sözleşmenin geçersizliğini talep ettiğinde işçinin uğradığı zararı da tazmin etmekle yükümlü olacaktır¹⁵¹¹. Fakat Kanun'un ifadesinden de anlaşılacağı üzere, işçi yanılmayı biliyor yahut bilmesi gerekiyor ise maruz kaldığı zararın giderilmesini talep edemeyecektir.

¹⁵⁰⁸BAG 28.03.1974 – 2AZR 92/73 – AP Nr. 3 zu §119 BGB, <https://beck-online.beck.de/> Ayrıca bkz. KAMANABROU, Rn.786; PREIS/TEMMING, Rn.942.

¹⁵⁰⁹BAG 28.03.1974 – 2AZR 92/73 – AP Nr. 3 zu §119 BGB, <https://beck-online.beck.de/> Kararda kişinin hastalığına ilişkin tüm koşulların tam ve tutarlı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğine değinilmiş ve fiili durumun gerçek olup olmadığına ilişkin kontrollerin de yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme'ye göre eksik ifanın sebebinin epilepsi hastalığından mı kaynaklandığı araştırılmalıdır. Ayrıca bkz. KAMANABROU, Rn.786; PREIS/TEMMING, Rn.942.

¹⁵¹⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, B.

¹⁵¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.529.

Ekleyelim ki, daha önce de ifade ettiğimiz üzere yanılma sebebi ile sözleşmenin iptalinin istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak ve hakkın kötüye kullanılması durumunu yaratacak ise sözleşmenin yanılma sebebi ile iptali istenemeyecektir. Karşı taraf, yanılanın yanıldığını bilmiyor ise ya da yanılma sebebi ile sözleşme iptal edildiğinde karşı tarafın uğrayacağı zarar yanılanın uğrayacağı zarara oranla daha fazla ise veya yanılmaya rağmen sözleşmenin ifa edilmesi hâlinde yanılan taraf zarar görmeyecek ise yanılmanın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır¹⁵¹².

B. Aldatma (Hile)

1.Genel Bilgi

Sözleşmenin tarafı yahut sözleşmenin yapılmasında yardımından yararlanan kimse tarafından, *kasten ve hukuka aykırı* bir şekilde karşı tarafın aldatılması ile sözleşme yapılmasına sebebiyet verilmişse, karşı taraf, yanılması esaslı olmasa bile sözleşme ile bağlı değildir. Yine daha evvel belirttiğimiz üzere ihmâl, aldatma için yeterli olmayacak; tarafın *kasten gerçeğe uygun olmayan beyanlarda bulunması* ve bu beyanlar neticesinde de sözleşmenin yapılmış olması gerekecektir¹⁵¹³.

Aldatma, adayın gerçekleri çarpıtması, gizlemesi ve bu şekilde işverende yanlış bir fikir yaratması, var olan yanlış fikri pekiştirmesi yahut sürdürmesi biçiminde gerçekleşebilir¹⁵¹⁴. Aldatma, nesnel olarak doğrulanabilir koşullarla ilgili olarak hataya sebep olmak yahut bu hatayı sürdürmek suretiyle oluşur¹⁵¹⁵. Bu bağlamda aldatma objektif olarak doğrulanabilir olmalıdır ve sübjektif değer yargıları yeterli değildir¹⁵¹⁶.

İşvereni aldatan aday, gerçeği yansıtmayan yahut açıklama yapma yükümlülüğü altında olduğu söz konusu durum hakkında bilgi sahibi olmalıdır¹⁵¹⁷. Aldatma gerçekleri saptırarak ya da değiştirerek beyan alıcısında yanılığa sebebiyet vermeyi ve bunun sonucunda kişinin bir irade açıklamasında bulunmasını gerektirir¹⁵¹⁸. Bu bağlamda aldatma gerçek olmayan olayların varlığını iddia etmek, gerçekleri gizlemek yahut çarpıtmak yoluyla gerçekleşebilir. Federal İş

¹⁵¹² EREN, s.442.

¹⁵¹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.447; EREN, s.448 vd.

¹⁵¹⁴ JUNKER, Fälle zum Arbeitsrecht, s.43; HWK/THÜSING, §123 BGB, Rn.2.

¹⁵¹⁵ PREIS/TEMMING, Rn.950.

¹⁵¹⁶ BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd.; STAUDINGER/SINGER/vFINCKENSTEIN, §123, Rn.7; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 28, Rn.4.

¹⁵¹⁷ PREIS/TEMMING, Rn.950.

¹⁵¹⁸ BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd.

Mahkemesi içtihadına göre, beyanda bulunan kişinin gerçekleri çarpıtarak yahut rol yaparak karşı tarafın hataya düşmesine neden olması durumunda aldatmadan bahsedebilir¹⁵¹⁹. Sertifikaların tahrifatı, gerçekleri çarpıtma durumu buna örnek olarak gösterilebilir¹⁵²⁰.

Aldatma "yapma" yahut "kaçınma" ile meydana gelebilir¹⁵²¹. Esasen "kaçınma" yoluyla aldatma, kişinin açıklama yükümlülüğünün bulunması hâlinde söz konusu olur¹⁵²². Bu nedenle, iş sözleşmesinde olduğu gibi taraflar arasında sıkı bir güven ilişkisi yaratan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından açıklama yükümlülüğünün fazlasıyla önem arz ettiği açıktır¹⁵²³.

Aldatma, iş sözleşmesi kurulurken özellikle işveren tarafından başvuru sürecinde adaya yöneltilen kabul edilebilir sorulara yanlış cevap verilmesi yahut aday tarafından açıklanması gereken bir bilginin gizlenmesi durumunda söz konusu olur¹⁵²⁴. Genel olarak kişinin eğitim bilgileri, kariyer plânları, yapılacak iş açısından önemli olan bazı hastalıklara ilişkin sorular kabul edilebilir niteliktedir¹⁵²⁵. Kabul edilebilir nitelikte olmayan sorulara karşı adayın yalan söyleme hakkının (*Recht zur Lüge*) bulunduğu kabul edilir¹⁵²⁶. Bu hak adayların iş başvurularını tehlikeye atmadan özel hayatlarına müdahaleye karşı kendilerini savunmanın tek yoludur¹⁵²⁷. Zira bu tarz sorular adayın kişisel alanına müdahale teşkil eder¹⁵²⁸. Bu durumda yalan söyleme

¹⁵¹⁹ BAG 12.05.2011 – 2 AZR 479/09 (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 02.06.2009 – 14 Sa 101/08), NZA-RR 1/2012, s.43.

¹⁵²⁰ PREIS/TEMMING, Rn.952. Ayrıca bkz. LAG Mecklenburg-Vorpommern (5. Berufungskammer), Urteil vom 19.05.2020 – 5 Sa 217/19, <https://beck-online.beck.de/>

¹⁵²¹ KAMANABROU, Rn.790; BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd. Ayrıca bkz. EREN, s.447; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.115; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.278; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.446; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.459; ANTALYA, s.397 vd.

¹⁵²² KAMANABROU, Rn.790.

¹⁵²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.461.

¹⁵²⁴ PREIS/TEMMING, Rn.951; KRAUSE, s.149; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.8. BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd.

¹⁵²⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.10. Ayrıca bkz. CANİKLİOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.268. İşverenin işçinin sağlığı hakkında soru sorma hakkının kapsamı belirlenirken yapılacak olan işin süreli olup olmamasının önem arz ettiği yönünde bkz. CANİKLİOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.270.

¹⁵²⁶ KRAUSE, s.149; SCHAUB/KOCH, Arbeitsrecht von A-Z, s.385; DÜTZ /THÜSING, §3, Rn.119, s.60; WALTERMANN, §9, Rn.172; BRUNNER/BUHLER/WAEBER /BRUCHEZ, Art. 320, s.21; HK-ArbR/KREUDER/MATTHIESSEN-KREUDER, BGB §611, 611a, Rn.14, s.1327; SCHMID/TRENK HINTERBERGER, §2 III 3, s.33; HUGUENIN, OR, Rn. 542; REHBINDER Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. neu bearbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002; §7, Rn. 68; HK-BGB/DÖRNER, BGB §123, Rn.4; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.180 vd.; ERTÜRK, Temel Haklar, s.73 vd.; ÜNAL Canan, "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:7, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s.277; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.50; YÜREKLİ Sabahattin, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)", İÜHFD, C.72, S.2, 2014, s.552.

¹⁵²⁷ BRUNNER/BUHLER /WAEBER/BRUCHEZ, Art. 320, s.21.

¹⁵²⁸ REHBINDER, §7, Rn. 68; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.8.

hakkını kullanan işçinin bu tutumuna karşı işverenin itiraz etme hakkının mümkün olmamasının dogmatik temelini işçiye tanınan yalan söyleme hakkının tabiri caizse bir meşru müdafaa olarak görülebileceği ifade edilmektedir¹⁵²⁹. Zira işçi soruları doğru yanıtlarsa yahut yanıtlamayı reddederse işi alamama tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu hakka dayanarak gerçeği gizleyen adayın ileride iş sözleşmesi yalan beyana dayanılarak feshedilemeyeceği gibi sözleşmenin geçersizliği de ileri sürülemeyecektir.

Yargıtay’a yansımış bir olayda¹⁵³⁰ yurtdışına satılan malların kalite standartlarını kontrol etmesi için işe alınan bir kişinin İngilizce bilmediği hâlde bildiğini beyan etmesi gerekçe gösterilerek işçinin iş sözleşmesi işvereni yanıltması sebebiyle feshedilmiştir. Yargıtay söz konusu olayda davacının işe girişte mülakata tâbi tutulduğunu belirtip, tercüme seviyesinde yabancı dil bilip bilmediğinin test edilmediğini ifade etmiştir. Yargıtay’a göre yabancı diliniz var mı? Şeklinde yöneltilen soruya “İngilizce” cevabının verilmesi adayın tercüme gibi ileri seviyede yabancı dil bildiği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, somut olayda yabancı dil seviyesinin sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay esasen söz konusu olayda kanımızca da isabetli olarak aldatmanın esaslı olup olmadığının tespiti bakımından yapılacak işin ve somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.

Belirtmek gerekir ki, aldatıldığını iddia eden kişi zaten gerçeği biliyorsa bu durumda aldatılmadan bahsedilmeyecektir¹⁵³¹. Örneğin kişinin -kabul edilebilir olmak şartıyla- ağır maluliyetine ilişkin soruya yanlış cevap vermesi, adayın ağır maluliyet durumunun zaten aşikâr olması hâlinde, işverene sözleşmeyi iptal hakkı vermeyecektir¹⁵³².

Aldatma eylemi hukuka aykırı ve sözleşmenin kurulması bakımından nedensel olmalıdır¹⁵³³. Başvuranın bir soruya doğru cevap vermesi veya durumu açıklaması gerekli ise, yanlış bilgi vermesi yahut var olan durumu gizlemesi hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir. Örneğin daha sonra üzerinde duracağımız üzere, işe alım esnasında işverenin başvuran kişiye hamile olup olmadığını sorması üzerine hamile olan adayın bunu saklaması işverene kural

¹⁵²⁹ **PORTMAN /WILDHABER**, s.34; **PALLASCH** Ulrich, “Diskriminierungsverbot wegen Schwangerschaft bei der Einstellung”, NZA 2007, Heft 6, s.307. Aldatmanın gerekçesinin kimi zaman adayın kişilik haklarına yönelik hukuka aykırı bir saldırıya karşı meşru müdafaa olduğu yönünde ayrıca bkz. **BROX/WALKER**, §19, Rn.11, s.216.

¹⁵³⁰ Yarg. 9. H.D., 19.09.2005, E.2005/25404, K.2005/30569, <https://legalbank.net/>

¹⁵³¹ **PREIS/TEMMING**, Rn.951.

¹⁵³² BAG, v. 18.10.2000 – 2 AZR 380/99 (Vorinstanz: LAG Nürnberg, Urt. v. 10.06.1999- 5 Sa 12/99) NZA 2001, Heft 6, s. 315.

¹⁵³³ **KAMANABROU**, Rn.791; **PREIS/TEMMING**, Rn.958; **KRAUSE**, s.149; **REICHOLD**, §7, Rn.48.

olarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermeyecektir. Zira yöneltmesi kabul edilemez bir soruya yanlış cevap vermek aldatma olarak nitelendirilemez¹⁵³⁴. Aldatılan kişi aldatma olmasaydı, sözleşmenin kurulmasına yönelik niyet beyanını hiç yapmayacaktı yahut farklı içerikte yapacaktı ise, nedensellik bağından bahsedilir¹⁵³⁵. Bu durumda, kabul edilebilir soru aday tarafından doğru cevaplanmış olsa bile çalışan işe alınacaktı ise nedensellik bağının olmadığını söyleyebiliriz¹⁵³⁶.

Yine ifade etmek gerekir ki, iptal hakkının kullanılacağı sırada aldatmaya sebebiyet veren davranışın sözleşme bakımından etkisi kaybolmamış olmalıdır¹⁵³⁷. Bu durum öğretide zaman faktörü (*Zeitfaktor*) olarak ele alınmaktadır¹⁵³⁸. Başka bir ifade ile iptal hakkı mevcut olsa bile zamanla, iptale sebebiyet veren durum somut olay bakımından önemini yitirmiş olabilir. Örneğin aday, geçmişte çok sık iş değiştirip değiştirmedigi yönündeki kabul edilebilir soruya karşılık "hayır" cevabını vermiştir. Mevcut iş ilişkisinin sorunsuz olarak ilerlediği birkaç yılın sonunda, işveren kendisine yanlış cevap verildiğini öğrense bile, aldatıldığını belirterek iptal hakkına sahip olduğunu ileri süremeyecektir. Zira işçi, söz konusu işyerinde uzun süreli olarak faaliyetini sürdürmüştür¹⁵³⁹. Alman yargısına yansıyan bir olayda Alman Federal İş Mahkemesi tarafından, Eski Doğu Almanya İstihbarat Teşkilatında (DDR "Stasi" - Tätigkeit) çalışan bir kişi, 20 yıl sonra yaptığı iş başvurusunda 20 yıl önceki söz konusu faaliyetine ilişkin soruya yanlış cevap vermesinin aldatma olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilerek aksinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı şeklinde karar verilmiştir¹⁵⁴⁰.

Yargıtay'a yansımış bir olayda¹⁵⁴¹ davacı davalıya ait işyerine güvenlik görevlisi olarak girerken doldurduğu form dilekçesinde sabıkası olduğu hâlde yokmuş gibi beyanda bulunmuş ve bu yalan beyanın iş sözleşmesi devam ederken işveren tarafından ortaya çıkarılması üzerine

¹⁵³⁴ KAMANABROU, Rn.792.

¹⁵³⁵ PREIS/TEMMING, Rn.958; KRAUSE, s.149.

¹⁵³⁶ BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 396/10 (Vorinstanz: LAG Hessen, Teilurt. v. 24.03.2010 – 6/7 Sa 1373/09), NZA 2012, Heft 1, s.34.

¹⁵³⁷ REICHOLD, §7, Rn.49; KRAUSE, s.149 vd.; JUNKER, Fälle zum Arbeitsrecht, s.47 vd.

¹⁵³⁸ REICHOLD, §7, Rn.49.

¹⁵³⁹ KRAUSE, s.150.

¹⁵⁴⁰ BAG, Urt. v. 28.05.1998 – 2 AZR 549/97 (Vorinstanz: LAG Hamburg, Urt. v. 27.05.1997 – 2 Sa 3/97), NZA Heft 19/1998, s.1053. Olayda işe alım esnasında aday, daha önce DDR Devlet Güvenlik Teşkilatında görev almadığına veya onun için çalışmadığına, hiçbir zaman insan haklarını ihlal etmediğine ilişkin yeminli bir beyan imzalamıştır. Söz konusu beyanın gerçeği yansıtmadığının anlaşılması üzere sözleşmenin iptali istenmiş fakat mahkeme sözleşmenin iptali olarak ileri sürülen neden önemini o kadar çok kaybetmiştir ki, bu neden iş sözleşmesinin sona ermesini haklı kılmaz gerekçesi ile sözleşmenin iptal edilemeyeceğini ifade etmiştir.

¹⁵⁴¹ Yarg. 9. H.D., 22.01.1998, E.1997/193193, K.1998/432, AKİ Erol, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, İstanbul, 2000, s.15. Benzer yönde SÜZEK, İş Hukuku, s.695.

de iş sözleşmesi işveren tarafından 6 iş günlük süre içinde feshedilmiştir. Yargıtay’a göre davacının söz konusu eylemi haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaktadır. Kanaatimizce güvenlik görevlisi olarak işe alınacak bir işçiye işle bağlantılı olması sebebiyle sabıka kaydına ilişkin soru sorulabilmeli ve bu soruya da işçinin doğru cevap vermesi gerekmektedir. Aksi hâlde işçi, işvereni aldatmış olacak ve bu davranışı işverence iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle Yargıtay’ın kararının isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Bu noktada ifade edelim ki kimi zaman işverenin hilesi de gündeme gelebilir. Örneğin iş sözleşmesi kurulduğu esnada işçiye vaad edilen çalışma şartlarının gerçekte uyuşmaması hâlinde işverenin aldatması söz konusu olacaktır¹⁵⁴².

Daha evvel açıkladığımız üzere¹⁵⁴³ bazen üçüncü bir kişinin aldatması sonucunda da sözleşme yapılabilir. TBK m.36/2 hükmü uyarınca; üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması hâlinde sözleşme ile bağlı olmayacaktır. İş hukukunda bu duruma örnek olarak önceki işveren tarafından verilen referans mektupları gösterilebilir. Üçüncü kişinin aldatması durumunda bunun iş sözleşmesine etkisi ilerleyen bölümlerde açıklanacağı için tekrara düşmemek adına şimdilik ilgili bölüme atıf yapmakla yetinmekteyiz¹⁵⁴⁴.

Belirttiğimiz gibi özellikle işe başvuru sürecinde işverenin soru sorma hakkıyla bağlantılı olarak adayın vereceği cevaplar bakımından *aldatma* kavramı büyük anlam ifade etmektedir. Zira başvuru sürecinde tarafların birbirini tanımasına yönelik olan ve işe alım kararını etkileyecek bir dizi soru sorulmaktadır. İşverenler, adayların sadece profesyonel geçmişine yönelik sorular sormakla kalmaz, aynı zamanda başvuranın özel hayatına dair bilgiler de içeren soruları yöneltirler. Adaylar ise işe alım şanslarının kötü yönde etkilenmemesi için, kimi zaman işverene tabiri-i caizse *hoş görünmek* adına gerçeği yansıtmayan cevaplar verme eğiliminde olabilirler. Bu nedenle konuyu daha iyi açıklayabilmek adına, öncelikle işverenin soru sorma hakkına -ve bununla bağlantılı olarak işçinin cevap verme yükümlülüğü yahut susma hakkına- sonrasında ise işçinin aydınlatma yükümlülüğüne değinmenin faydalı olacağı görüşündeyiz.

¹⁵⁴² İZVEREN, s.108; YÜREKLİ, *Culpa in Contrahendo*, s.572.

¹⁵⁴³ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 4, c.

¹⁵⁴⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, B.

2.İşverenin Soru Sorma Hakkı ve İşçinin İşvereni Aldatması ile İlişkisi

a. Genel Bilgi

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında işveren adaya işe alımla alâkalı çeşitli sorular yöneltme hakkına sahiptir. Zira iş sözleşmesi güven esasına dayanan bir ilişkidir ve işverenin işe alacağı adayı daha iyi tanımak maksadıyla ona soru sormasında menfaati bulunmaktadır. Fakat işverenin soru sorma hakkının işçinin kişilik haklarının korunmasındaki menfaati ve özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi sebebi ile kısıtlamalara tâbi olması gerekir¹⁵⁴⁵. Bu bağlamda işveren meşru, mâkul ve korunmaya değer bir çıkarı söz konusu ise adaya soru yöneltme hakkına sahiptir¹⁵⁴⁶. Bu da işverenin rekabete yönelik çıkarlarının bu noktada önem arz etmeyeceği anlamına gelir¹⁵⁴⁷.

İşverenin soru sorma hakkının sınırları ve kaynağı TMK m.2/1 hükmü çerçevesinde sözleşme görüşmelerindeki bağımsız davranış yükümleridir ve bu davranış yükümlerine aykırılık da culpa in contrahendo kapsamında tazminat sorumluluğunu doğurur¹⁵⁴⁸.

Belirtelim ki, soru sorma esasen bir veri toplama faaliyetidir. Bu nedenle sorulacak sorular bakımından amaca bağlılık (*Zweckbindung*), orantılılık (*Verhältnismässigkeit*), tanınabilirlik (*Erkennbarkeit*) ilkeleri ve dürüstlük kuralı (*Treu und Glauben*) büyük önem taşımaktadır¹⁵⁴⁹. Bu ilkelerin ihlâli, herhangi bir hukuki gerekçe olmadığı takdirde, kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlâlini oluşturacaktır¹⁵⁵⁰. Sorulacak sorulara karşı elde edilen kişisel verilerin de Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında korunması gerektiğini ayrıca ifade edelim. KVKK'da düzenlenen kişisel verilerin işleme şartları da işverenin sorduğu soruların hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi hususunda dikkate alınmalıdır (m.5, m.6)¹⁵⁵¹. TBK 419

¹⁵⁴⁵PREIS/TEMMING, Rn.768; KAMANABROU, Rn.714; BRUNNER Christiane/BUHLER Jean-Michel/WAEBER Jean-Bernard/BRUCHEZ Christian, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht (gemäss Obligationenrecht), 3. Aktualisierte und ergänzte Auflage, Helbing & Lichtenhann, Basel, 2005, Art.320, s.20; SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.60; CANİKLİOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.267; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.154; ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.88.

¹⁵⁴⁶PREIS/TEMMING, Rn.769; KAMANABROU, Rn.718; ERTÜRK, Temel Haklar, s.65 vd.

¹⁵⁴⁷BAG v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 (Vorinstanz: LAG Baden- Württemberg, Urt. v. 09.05.1994-13 Sa 128/93), NZA, Heft 7/1996, s. 371. Ayrıca bkz. PREIS/TEMMING, Rn.769.

¹⁵⁴⁸SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.60; ERTÜRK, Temel Haklar, s.65 vd.; YÜREKLİ, *Culpa in Contrahendo*, s.550 vd.; CİVAN Orhan Ersun, *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.275 vd. Culpa in contrahendo'nun sözleşme görüşmelerine katılan taraflara davranış yükümü getirdiğinden bahisle, üçüncü kişilerin (örneğin önceki işveren) kusurlu davranışlarına karşı adayın kişilik haklarının ihlâli nedeniyle talepte bulunma imkânının olduğu yönünde bkz. EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.250.

¹⁵⁴⁹BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.15.

¹⁵⁵⁰BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.15.

¹⁵⁵¹CİVAN, *Yan Yükümlülükler*, s.278.

hükmü uyarınca da işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya iş sözleşmesinin ifası zorunlu olduğu ölçüde kullanabilecektir.

Alman Hukuku'nda işverenin soru sorma hakkının kapsamı ve buna ilişkin ilkeler yargı kararlarında ifade edilmiştir¹⁵⁵². Alman Federal İş Mahkemesi tarafından verilen bir kararda; işçinin kişilik haklarını korumak ve özel hayatın dokunulmazlığını sağlamak adına kişisel durumunu gizli tutma hakkının; işverenin meşru, mâkul ve korunmaya değer menfaatinin yanında ikincil kalmasını gerektirecek nitelikte olması hâlinde işverene soru sorma hakkının tanınacağı ifade edilmiştir¹⁵⁵³. Yani, işverenin soru sorma hakkı bakımından korunmaya değer menfaati o kadar önemli olmalıdır ki, işçinin kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik menfaatinin önüne geçsin¹⁵⁵⁴.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, özellikle iş sözleşmesinin kurulması aşamasında sıklıkla karşılaştığımız, işverenin adaya işle ilgisi olmayan ve çoğunlukla kişilik haklarına haksız müdahale yaratan sorular yöneltmesi hâlinde, adayın gerçek dışı cevaplar vermesi aldatma olarak kabul edilemez¹⁵⁵⁵. Alman Hukuku'nda da işverenin ırk, etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik yaş veya cinsel kimliğe ilişkin olarak yöneltilen soruların geçerliliğinin Genel Eşit İşlem Kanunu'nda öngörülen hükümlere bağlı olduğu belirtilerek, diğer durumlar için ise ancak amaçlanan iş veya yapılacak faaliyet için önemli olması hâlinde soru sorma hakkının kabul edilebilir olacağı ifade edilmiştir¹⁵⁵⁶.

Buna karşılık kabul edilemez nitelikte olan işin ifası için gerekli görülen sorulara karşı işçinin yanlış cevap vermesi ya da aydınlatma yükümlüğünde olduğu konular olmasına rağmen susması işverenin aldatılması sonucunu doğuracaktır.

b. Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular

İşçiye sendika üyeliğine yönelik soruların sorulup sorulamayacağı da önem arz etmektedir. İşçinin herhangi bir sendikaya üye olup olmadığına ilişkin soruların sorulup sorulamayacağı

¹⁵⁵²PREIS/TEMMING, Rn.769; KAMANABROU, Rn.718. Bu noktada ifade edilmelidir ki, Federal Veri Koruma Kanunu (*Bundesdatenschutzgesetz: BDSG*) da veri korumaya ilişkin hükümler içermektedir. Kanun'un 2018'den itibaren geçerli olmak üzere 32. maddesinin yerini alan 26. maddesi istihdam amaçlı veri işlemeye ilişkin ayrıntılı düzenleme içermektedir.

¹⁵⁵³BAG v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 (Vorinstanz: LAG Baden- Württemberg, Urt. v. 09.05.1994-13 Sa 128/93), NZA, Heft 7/1996, s. 371; BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, s.719 vd.

¹⁵⁵⁴EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.250.

¹⁵⁵⁵KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.456; ALBAYRAK ZİNCİROĞLU, s.728; AKYİĞİT, *İş Hukuku*, s.107 vd.; REHBINDER, §7, Rn.68.

¹⁵⁵⁶PREIS/TEMMING, Rn.769 vd. Ayrıca bkz. KAMANABROU, Rn.719.

Alman öğretisinde tartışmalıdır. Buna karşılık öğretide sendika bilgisinin işveren açısından sadece toplu iş sözleşmeleri ile sağlanan ayrıcalıkların tanınması noktasında önem arz etmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁵⁵⁷. Alman Federal İş Mahkemesi somut iş uyuşmazlığı durumunda işverenin işçilerden sendika üyeliklerini açıklamalarını isteyemeyeceğini belirtmiştir. Zira aksi durumda sendikanın gücü zayıflayabilir ve işveren uyuşmazlığı yönlendirme konusunda kendi lehine ipuçları elde etmiş olur¹⁵⁵⁸. Kanaatimizce işveren işçilerden sendika üyeliklerini açıklamalarını istememelidir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25 hükmü sendikal özgürlüğü güvence altına almakta olup bu özgürlük hem olumlu hem de olumsuz sendika özgürlüğünü kapsamaktadır. Bu bağlamda işçinin örneğin bir sendikaya üye olup olmadığına ilişkin soruya yanlış cevap vermemesi aldatma olarak nitelendirilemez¹⁵⁵⁹.

c. Siyasi Parti Üyeliğine İlişkin Sorular

İşveren kural olarak adaya herhangi bir siyasi partiye üye olup olmadığını soramaz. Buna karşılık örneğin bir siyasi partinin basın sözcüsü olarak çalışmak üzere adayların iş başvurusunda bulunduğu varsayımında siyasi parti üyeliğine ilişkin soru sorulması mâkul görülebilirken, adayın basın sözcüsü olarak değil de bekçi olarak işe alınacak olması ihtimâlinde ise siyasi parti üyeliğine ilişkin soru sorulması caiz olmayacaktır¹⁵⁶⁰.

d. Sabıka Kaydına İlişkin Sorular

Adayın önceki mahkumiyetlerine ilişkin sorulara da sınırlı ölçüde izin verilmelidir. Yargıtay kararına konu olduğu üzere, güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere işe alınmak istenen bir kişinin sabıkasını gizleyerek yalan beyanda bulunması Yargıtayca haklı nedenle fesih sebebi sayılmıştır¹⁵⁶¹. Öğretide isabetle belirtildiği üzere, sabıka kaydında işin niteliği ile

¹⁵⁵⁷ KAMANABROU, Rn.724.

¹⁵⁵⁸ BAG 18.11.2014-1 AZR 257/13, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 150. Band, 2015, s.50 vd., KAMANABROU, Rn.724; MÜLLER/RIELAND, s.31; SCHMID/TRENK HINTERBERGER, §2 III 3, 33. İsviçre Hukuku'nda benzer şekilde bkz. BRUNNER / BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 320, s.20.

¹⁵⁵⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.650; SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.60; ODAMAN, *Ahlak ve İyiniyet Kuralları*, s.95.

¹⁵⁶⁰ KAMANABROU, Rn.723.

¹⁵⁶¹ Yarg. 9. H.D., 22.01.1998, E.1997/19393, K.1998/432, AKI, s.15. Yüksek Mahkeme'nin sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğini ve feshe bağlı tazminat isteklerinin reddedilmesi gerektiğini hükme bağlayan kararını tümüyle isabetli bulan görüş için ayrıca bkz. SÜZEK Sarper, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, MESS Yayını, İstanbul, 2000, s.103 vd.

ilgisi olsun olmasın tüm mahkumiyetler görüleceği için başvuru esnasında adaydan sabıka kaydı ancak işin niteliği bunu gerektiriyorsa istenmelidir¹⁵⁶².

Alman öğretisinde de sabıka kaydına yönelik sorulara ancak cezanın henüz Federal adli sicilden silinmemiş olması ve ifa edilecek hizmetin niteliği ile ilgili olması durumlarında cevaz verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁶³. Bonn mahkemesi tarafından 2020 yılında verilen bir kararda işverenin sabıka kaydına yönelik sorularının işle bağlantılı olmayacak kadar geniş olması ve genel olarak önceki mahkumiyetlerinin açıklanmasının istenmesi durumunda adayın bu konuda herhangi bir bilgi vermesi gerekmeyeceği ifade edilmiştir¹⁵⁶⁴. Fakat örneğin banka sektöründe dürüstlük ve güvenirlilik işe alınacak kişi bakımından esaslı nitelik arz eder. Bu nedenle zimmete para geçirme veya güveni kötüye kullanma suçlarından sabıkası olan banka kasiyeri bakımından sabıkaya ilişkin soruya doğru cevap vermesi beklenebilir¹⁵⁶⁵. Bu nedenle esaslı nitelik sayılma konusunda adli sicil kaydının türü ve işçinin ifa edeceği faaliyetin türü önem arz edecektir¹⁵⁶⁶.

Türk öğretisinde de hâkim görüş işçinin yapacağı iş ile bağdaşmayan bir suç işlemiş olması ve adli sicil kaydından bu durumun silinmemiş olması şartıyla işverenin bilgi edinme hakkını kabul etmekle beraber *Türe*, işverenin bilgi edinme hakkının sabıkanın ifa edilecek iş ile bağdaşmaması durumunda kabul edilebileceğini, bu noktada adli sicil kaydının silinip

¹⁵⁶² **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.111 vd.; **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.437; **ERTÜRK**, Temel Haklar, s.71; **EYRENCİ**, *Personel Seçimi*, s.246; **SEVİMLİ**, Özel Yaşam, s.156 vd.; **TAŞKENT**, *İptal*, s.178; **ODAMAN** Serkan, “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, *Tekstil İşveren Dergisi*, Ekim 2002, (bu makaleye <https://web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/serkanodaan.htm> adresinden erişim sağlanmış olup sayfa numara aralığı 1-13 olarak belirtilmektedir), s.9; **ODAMAN**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.94; **YÜREKLİ**, *Culpa in Contrahendo*, s.553; **TAŞKENT**, *Anfechtung*, s.63; **MÜLLER/RIELAND**, s.31; **BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, Art.320, s.21; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.36; **JUNKER**, *Fälle zum Arbeitsrecht*, s.44; **REHBINDER**, §7, Rn.70; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.10; **WÖRLEN/KOKEMOOR**, s.41; **HK-BGB/DÖRNER**, BGB §123, Rn.4.

¹⁵⁶³ BAG 20.03.2014 – 2 AZR 1071/12, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Band 147, 2015, s.358 vd. – AP Nr. 73 zu §123 BGB; BAG 20.05.1999 – 2 AZR 320/98, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Band 91, 2000, s.349 vd. – AP Nr.50 zu §123 BGB; BAG 15.12.1957 – 1 AZR 594/56 – AP Nr. 2 zu §123 BGB; **KAMANABROU**, Rn.722. Ayrıca bkz. **DÜTZ/THÜSING**, §3, Rn.90a; **WALTERMANN**, §9, Rn.162. Aynı yönde bkz. **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.437; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.112. Yazar buna karşılık çocuk tacizinden sabıkalı bir kişinin çocuk bakım yurduna alınması örneğinde olduğu gibi bazı hâllerde adli sicilden silinmiş bir mahkumiyetin öğrenilmesinin de işe alınmama nedeni olabileceğini vurgulamaktadır. Yönetici/üst düzey pozisyonuna başvuru için konunun farklı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **REHBINDER**, §7, Rn.70; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.10.

¹⁵⁶⁴ Urt. v. 25.05.2020 – 5 Ca 83/20, **DÜTZ/THÜSING**, §3, Rn. 90 a.

¹⁵⁶⁵ Kasseler Handbuch/**LEINEMANN**, Rn.579; **BRUNNER/BUHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, Art.320, s.21; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.30; **REHBINDER**, §7, Rn.70; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.10; **WÖRLEN/KOKEMOOR**, s.41; **SCHMID/TRENK HINTERBERGER**, §2 III 3, s.34.

¹⁵⁶⁶ BAG 12.02.1970, 2 AZR 184/69, Entscheidungen des Bundesarbeitsgericht, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 22. Band, 1972; Ayrıca bkz. Kasseler Handbuch/**LEINEMANN**, Rn.579.

silinmediğinin bir etkisi olmayacağını belirtmektedir¹⁵⁶⁷. Yazar Adli Sicil Kanunu m.9 hükmüne¹⁵⁶⁸ atıfla adli sicil kaydının suçun yeniden işlenmeyeceğine dair kuvvetli bir inanç oluşmasından önce silindiğini ifade etmekte, suçun yeniden işlenmeyeceğine dair kuvvetli kanıtların bulunmaması hâlinde işverenin bilgi edinme hakkının devam etmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁶⁹. Kanaatimizce “kuvvetli kanıt” kavramı göreceli bir kavram olmakla beraber somut olaya göre adli sicil kaydının silinmesine rağmen de işverenin bilgi edinme hakkının kabul edilebileceği durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin çocuğa cinsel istismar suçundan sabıkalı bir kişinin öğretmen olarak çalışmak üzere yapmış olduğu iş görüşmesinde işverenin söz konusu kişi ile bir sözleşme imzalamak istememesi ve bu bağlamda soru sorma hakkının olduğu kabul edilmelidir. Kanaatimizce bu konuda işverenin bilgi edinme hakkının varlığından söz etmek için mahkûmiyetten sonra geçen süre, kişinin çalışacağı işin niteliği ve suçun özelliği gibi kriterlere göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Her ne kadar hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişiler iş hayatından soyutlanamayacaksa da somut olayın ve işin özelliği gerektirdiği takdirde işverenin soru sorma ve bilgi edinme hakkının varlığı kabul edilmelidir.

Yine belirtmek gerekir ki, öğretide de ifade edildiği gibi¹⁵⁷⁰, işverenin işçiye yönelttiği sorular bakımından işverenin korunmaya değer menfaati, işçinin kişilik haklarının korunmasındaki menfaatinden üstün olmalıdır ve bu da işverenin gerçekten objektif açıdan önemli derecede yüksek bir menfaatinin olduğu anlamına gelir. Bu bağlamda, işçiye sorulabilecek soruların sınırının ne olduğu konusu, söz konusu işyerinin ve işin özelliklerinden soyutlanarak belirlenemez¹⁵⁷¹.

e. Özel Yaşam ve Eğitim Durumu/Yeteneklere İlişkin Sorular

İşveren adaylara onların doğum tarihleri, eğitim durumları, sertifikaları, yabancı dil yetenekleri gibi konular hakkında sorular sorabilir ve doğrudan istihdamla ilgili olması durumunda aday bu sorulara doğru cevap vermekle yükümlüdür¹⁵⁷². Zira bu tarz sorular çalıştırma yaşı, işçinin eğitim, deneyim ve mesleki bilgilerine yöneliktir ve işverenin soru sorma

¹⁵⁶⁷ TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.330.

¹⁵⁶⁸ Söz konusu madde uyarınca; “Adli sicildeki bilgiler; a) Cezanın veya güvenlik tedbirlerinin infazının tamamlanması, b) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, c) Ceza zamanaşımının dolması, d) Genel af, hâlinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır”.

¹⁵⁶⁹ TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.330.

¹⁵⁷⁰ EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.250; ODAMAN, Yanıltma, s.3.

¹⁵⁷¹ REHBINDER, *Hukuki Sorunlar*, s.753 vd.

¹⁵⁷² REHBINDER, *Hukuki Sorunlar*, s.753 vd.; ODAMAN, Yanıltma, s.4; ODAMAN, *Ahlak ve İyiniyet Kuralları*, s.90; YÜREKLİ, *Culpa in Contrahendo*, s.551; AKYİĞİT, *Şerh*, C.1, s.434; CİVAN, *Yan Yükümlülükler*, s.276. Alman Hukuku’nda aynı yönde bkz. WALTERMANN, §9, Rn.171.

hakkı kapsamında değerlendirilir¹⁵⁷³. Bu bağlamda işçinin sahte nüfus cüzdanı getirerek yaşı hakkında işvereni yanlış bilgilendirmesi, sahte diplomalar yahut sahte sertifikalar sunması hâlinde aldatma durumu söz konusudur. Alman Federal Mahkemesi de hekimlik ruhsatı olmaksızın imzalanmış olan iş sözleşmesini geçersizlik yaptırımına tâbi tutmuştur¹⁵⁷⁴. Buna karşılık işçinin muğlak cümlelerle kendini övmesi, geleceğe yönelik olarak vaatlerde bulunması durumunda işvereni yanıltmak amacıyla gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmuş olduğundan bahsedilemez¹⁵⁷⁵.

Öğretide bir metreslik ilişkisinin varlığına ilişkin soruların o işyerinin kiliseye ilişkin bir alandaki işletme örneğinde olduğu gibi eğilimli bir işyeri (*Tendenzbetrieben*) olması hâlinde sorulabileceği ifade edilmiştir¹⁵⁷⁶. Bunun gibi bir dini kuruma başvuran adaya hangi dine mensup olduğuna ilişkin soru yöneltilmesi caiz görülmektedir¹⁵⁷⁷. Bu bağlamda sendika üyeliği, diğer dernek ve kuruluşlara üyelik, ideolojik yahut siyasi görüşlerle ilgili sorular yalnızca hedefleri bu doğrultu ile uyumlu olan işyerleri (eğilimli işyerleri) işverenlerince sorulabilecektir¹⁵⁷⁸. Çünkü sadece bu işyerlerinin sahibi işverenler işçilerin iş görme edimini ifalarının da ötesinde işçilerinden söz konusu ortak hedefleri gerçekleştirmek adına hizmetin ifası dışında başka edimler de talep edebilirler¹⁵⁷⁹.

Uygulamada işe alım sırasında işçi adayına rakip firmada çalışan bir akrabasının bulunup bulunmadığına ilişkin sorular da sorulabilmektedir. Öğretide bu gibi soruların adayın ancak o işyerine ait bilgileri elde edip, sızdırabilme ihtimâli olan bir birimde çalışacak olması hâlinde adaya sorulabileceği haklı olarak belirtilmektedir¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷³ BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Art. 320, s.20; EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.250; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.50.

¹⁵⁷⁴ BAG, Urt. v. 03.11.2004 – 5 AZR 592/03 (Vorinstanz: LAG München, Urt. v. 16.10.2003 – 2 Sa 283/03), NZA 2005, Heft 24, s.1409. Benzer bir örnek için bkz. PREIS/TEMING, Rn.971.

¹⁵⁷⁵ ODAMAN, Yanıltma, s.3; ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.89.

¹⁵⁷⁶ REHBINDER, §7, Rn.71; REHBINDER, *Anfechtung*, s.89; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.36; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.433. Eğilimli işyeri kavramının belirleyici unsurlarından biri de çalışanlarından işyeri ile aynı amacı takip etmesi veya bu amaca sadık olmasının beklenmesidir. Bu davranış kendisinden beklenen kişi de "eğilim taşıyıcısı (*Tendenzträger*)" olarak adlandırılır. MOLLAMAHMUTOĞULU/ASTARLI/BAYSAL, s.531; REHBINDER, *Anfechtung*, s.89. Eğilimli işyeri kavramı için ayrıca bkz. SCHAUB/KOCH, *Arbeitsrecht von A-Z*, s.386; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.36; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.10; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.300.

¹⁵⁷⁷ BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Art. 320, s.20; MÜLLER/RIELAND, s.31; SCHMID/TRENK HINTERBERGER, §2 III 3, 33. Benzer yönde bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s.131. Fakat işe alınacak kişi örneğin bir temizlik elemanı ise bu soru sorulamamalıdır. AKYİĞİT, İş Hukuku, s.107 vd.

¹⁵⁷⁸ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.11.

¹⁵⁷⁹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.11.

¹⁵⁸⁰ ODAMAN, Yanıltma, s.4; ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.90.

f. Son İşyerindeki Ücrete İlişkin Sorular

Adayın son çalıştığı işyerinde aldığı ücrete ilişkin olarak yöneltilen soruya doğru cevap vermemesi durumunun aldatma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi öğretide tartışmalıdır. Adaya eski ücretine yönelik soruların yöneltilemeyeceği yönünde bir görüş olduğu gibi¹⁵⁸¹, aksi yönde görüşler de mevcuttur. *Rehbinder*'e göre¹⁵⁸², işçinin daha önceki işyerlerinde aldığı ücretler ve kendisine uygulanan zamlara yönelik sorular geçerlidir. *Eyrenci*'ye göre¹⁵⁸³, çalışma yeri ve işin niteliği ile doğrudan bağlantılı olması durumunda bu tarz sorular yöneltilebilmelidir. Yazara göre komisyon ücretiyle çalışan bir işçinin bugüne kadar aldığı ücret onun performansı ve nitelikleri hakkında fikir oluşturacağı için bu bağlantının kurulduğu kabul edilmelidir. *Eyrenci* gibi *Odaman* da¹⁵⁸⁴, adayın daha önceki işyerinden almış olduğu ücret yeni iş sözleşmesi bakımından asgari düzey olarak talep edilmiş ve gerçeğe aykırı bir biçimde son ücret yanlış beyan edilmiş ise, aldatma durumunun gündeme gelebileceği; buna karşılık bu şekilde bir asgari düzey şartı olmaksızın adayın son aldığı ücret konusunda gerçek dışı beyanda bulunmasının ise sözleşmenin esaslı unsurlarında yanıltma niteliği taşımayacağı görüşündedir.

Alman öğretisinde de *Kamanabrou*'ya göre, işverenin sorduğu soruların kabul edilebilir nitelik taşıyıp taşımadığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda işçinin eski işyerinde almış olduğu ücrete ilişkin soruların her durumda kabul edilemez nitelikte olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Başvuru sahibi önceki ücreti asgari şart olarak belirtmesi durumunda bu konuda gerçeğe uygun beyanda bulunmakla yükümlüdür¹⁵⁸⁵. *Ertürk*¹⁵⁸⁶, sözleşme görüşmelerinde adayın başlangıçta yüksek ücret almak amacıyla daha önce almış olduğu ücreti yüksek beyan etmesi durumunun sözleşmenin esaslı noktalarında bir yanıltma olarak değerlendirilmemesi görüşündedir. Yazara göre bu bir pazarlık taktiğidir ve hizmet ediminin değerini belirleme yükümü bizzat işverene aittir.

Kanaatimizce iş başvurusunda bulunan bir kişiye önceki işverenden aldığı ücrete ilişkin soru önceki işin yeni başvuru pozisyonla ilgili olmaması ve başvuru sahibinin kendi

¹⁵⁸¹ BRUNNER / BUHLER / WAEBER / BRUCHEZ, Art. 320, s.20.

¹⁵⁸² REHBINDER, *Hukuki Sorunlar*, s.753 vd. Ayrıca bkz. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.36.

¹⁵⁸³ EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.251.

¹⁵⁸⁴ ODAMAN, Yanıltma, s.5; ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.90.

¹⁵⁸⁵ KAMANABROU, Rn.722; HWK/THÜSING, §123 BGB, Rn.11; MÜLLER/RIELAND, s.31. Aynı yönde TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.320 vd.; SEVİMLİ, Özel Yaşam, s.153; GÜRSEL İlke, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.296. Konuya ilişkin görüşler hakkında bkz. ERTÜRK, Temel Haklar, s.67.

¹⁵⁸⁶ ERTÜRK, Temel Haklar, s.67.

inisiyatifıyla yeni pozisyon için eski ücreti asgari sınır olarak talep etmememiş olması hâlinde sorulamamalıdır¹⁵⁸⁷. Zira işveren bu bilgi ile adayın yetenekleri ve nitelikleri konusunda bir ön fikre sahip olacak¹⁵⁸⁸ ve ona göre bir ücret teklifinde bulunacaktır. Öğretide ayrıca adaya, daha önce çalıştığı iş ilişkisi bağlamında bu konuya ilişkin susma borcunun getirilmiş olması hâlinde adaya eski ücretinin miktarına yönelik soru yöneltilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁸⁹.

Adaya hâlen bir işte çalışıp çalışmadığı sorulabilirse de öğretide ifade edildiği üzere kanaatimizce geçmişte çalıştığı tüm işyerlerine ilişkin bilgi istenmesine çekince ile yaklaşılmalıdır¹⁵⁹⁰. Yine öğretide belirtildiği üzere¹⁵⁹¹, İş Kanunu'nun "yeni işverenin sorumluluğu" kenar başlıklı 23. maddesi uyarınca; süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işverenin de belirli hâllerde birlikte sorumlu olacağına ilişkin düzenleme karşısında adaya eski işyerinden kendisinin mi istifa ettiğine ya da işverence mi işten çıkarıldığına ilişkin sorunun yöneltilebilmesi mümkün olmalıdır.

g. Hamilelik Durumuna İlişkin Sorular

Adaya hamilelik durumuna ilişkin soru yöneltip yöneltilemeyeceği meselesi öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁵⁹², hamilelik işin niteliği açısından önem taşıyor, işin niteliği bu

¹⁵⁸⁷ SCHAUB/LINCK, §26, Rn.43; HOPT/ROTH, HGB §59, Rn.118; WÖRLEN/KOKEMOOR, s.41.

¹⁵⁸⁸ KAMANABROU, Rn.722. Komisyon ücretiyle çalışan bir işçinin komisyon oranının, işçinin nitelikleri bakımından bir gösterge olabileceği ve bu sayede önceki iş ile yeni iş arasında kıyaslama yapılabileceği yönünde bkz. CİVAN, Yan Yükümlülükler, s.293.

¹⁵⁸⁹ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.108.

¹⁵⁹⁰ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.108.

¹⁵⁹¹ ODAMAN, Yanıltma, s.6; ODAMAN, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.91.

¹⁵⁹² BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Art. 320, s.21; TAŞKENT, *İptal*, s.180; *Eyrenci*'ye göre "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun'la (R.G.14.10.1985, s.18898) onaylanmasından sonra, Türk Hukuku bakımından da çalışma yeri ve işin özelliği haklı göstermediği takdirde kadın adaya hamile olup olmadığının sorulması, bir cinsiyet ayrımı teşkil edeceğinden kabul edilemez. Dolayısıyla, kadın adayın böyle bir soruya doğru cevap vermemesi kural olarak (eski) İş Kanunu md.17/II-a anlamında bir yanıltma sayılmayacaktır. EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.254 vd.; EKONOMİ, *Gebelik ve Doğum*, s.17 vd.; ÇELİK/Caniklioğlu/Canbolat'a göre de kadın işçiye hamile olup olmadığına ilişkin soru yöneltilmesi "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"nin 11. maddesinin ihlali anlamına gelecek ve adayın bu soruya doğru cevap vermemesi aldatma durumunu oluşturmayacaktır. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.650; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.110; SEVİMLİ, *Özel Yaşam*, s.154 vd.; YAMAKOĞLU Efe/KARAÇÖP Eda, *"İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları"*, Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHF-HAD, Özel Sayı, C.20, S.1, 2014, s.487; ERTÜRK, *Kadın Erkek Eşitliği*, s.160; ARSLAN ERTÜRK Arzu, *"Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış"*, MÜHF HAD, C.23, S.1, 2017, s.358; CİVAN, Yan Yükümlülükler, s.299; ÜNAL, *Sağlığa İlişkin Veriler*, s.284; GÜRSEL, *Kişisel Veriler*, s.314; KANDEMİR Murat/YARDIMCIOĞLU Didem, *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, Sayı:30-31, 2014, s.20; YÜREKLİ, *Culpa in Contrahendo*, s.552.

sorunun sorulmasını haklı gösteriyorsa adaya bu yönde soru sorulabileceği gibi adayın da doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Böyle bir gereklilik yokken adaya bu yönde soru yöneltilmesi Anayasa'nın özel hayatın gizliliği ilkesini düzenleyen 20. maddesine aykırı olacaktır. Diğer bir görüşe göre ise¹⁵⁹³, işin niteliği gerektirse de gerektirmese de bu konuda işverenin korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır ve adaya hamileliğine ilişkin soru yöneltebilmelidir. *Odaman* bu konuda baskın görüşten ayrılarak, kadın adaya yakın bir zamanda hamileliği düşünüp düşünmediğine yönelik soruların da sorulabileceğe kanaatindedir¹⁵⁹⁴. Yazara göre, aksi hâlde sözleşme yapılırken adaya hamileliğine ilişkin sorulacak sorunun bir anlamı olmayacak ayrıca sözleşme öncesi görüşmeler sırasında işi kaybetme korkusuyla gerçeği söylemekten imtina eden adayın kısa bir süre içinde işveren açısından engel olabilecek bu durumu yaratması mümkün olabilecektir. Yazarın fikrine katılmadığımızı ifade edelim. Kanaatimizce hamileliğe ilişkin soru sorulması adayın kişilik haklarına ve özel hayatına müdahale anlamı taşıdığından kural olarak bu tarz sorular yöneltilememelidir. Ancak dansçılık, mankenlik gibi işin niteliği gerektiriyorsa yahut hamileliğin seyrine zarar veren bir işin görülmesi söz konusu ise adaya hamileliğine ilişkin soru sorulması caiz görülmelidir¹⁵⁹⁵. Bu nedenle hamilelik ve buna bağlı sosyal yükler sebebiyle kadın işçinin iş talebinin reddedilmesi ayrımcılık teşkil edecektir. Benzer yaklaşım erkek adayların beklenen askerlik hizmeti ile ilgili soruları için de geçerli olmalıdır¹⁵⁹⁶.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işe alım sırasında kadın adaya analık izninin ardından altı aylık ücretsiz doğum izin talebinde bulunup bulunmayacağına ilişkin soru sorulabileceği, bu konuda işverenin de menfaatinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁹⁷. İfade edelim ki EEK m.6/3 uyarınca; “işveren ve işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez”.

¹⁵⁹³ **SÖZER** Ali Nazım, “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, Adalet Dergisi, Y.73, S.1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, Ocak Şubat 1982, s.1051; **AKYİĞİT**, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.44. *Odaman*’a göre, hamile işçiye yönelik işverenin birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır ve bu nedenle aday bu duruma ilişkin soruya doğru cevap vermek zorundadır. Buna karşılık kadın adaydan hamilelik testi raporu istenmesi kişilik haklarına müdahale oluşturacaktır. **ODAMAN**, Yanıltma, s.7; **ODAMAN**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.91. Yazar adaya yakın zamanda hamile kalıp kalmayacağının sorulmasının da mümkün olduğu görüşündedir. **ODAMAN**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları, s.93.

¹⁵⁹⁴ **ODAMAN**, Yanıltma, s.7.

¹⁵⁹⁵ **BRUNNER / BUHLER / WAEBER / BRUCHEZ**, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 320, s.21; **REHBINDER**, §7, Rn.72; **EKONOMİ**, Gebelik ve Doğum, s.18; **ÜNAL**, Sağlığa İlişkin Veriler, s.284; **YÜREKLİ**, *Culpa in Contrahendo*, s.553.

¹⁵⁹⁶ **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.11.

¹⁵⁹⁷ **EKONOMİ**, Gebelik ve Doğum, s.19.

İsviçre Hukuku'na göre adayın mevcut hamileliğini açıklama yükümlülüğü şu durumlarda vardır: Eğer işçinin hamileliğe ilişkin bir çalışma yasağı var ve işçi o yasaktan doğrudan etkileniyorsa, işin ifası kadın aday yahut bebeği için tehlike yaratıyorsa, içerdiği fiziksel zorlama sebebiyle işin uygun ifası hamile kişi bakımından mümkün değilse veya hamileliğin yapılacak işin niteliğine uygun olmaması (mankenlik, dansçılık, spor öğretmenliği, oyunculuk vb.) durumu söz konusu ise¹⁵⁹⁸.

Özellikle Alman Genel Eşit İşlem Kanunu yürürlüğe girmeden evvel hamilelik konusu Alman öğretisinde ve içtihadında sıkça ele alınıp tartışılmıştı¹⁵⁹⁹. Genel Eşitlik Kanunu, kural olarak hamileliğe ilişkin soruları cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirmektedir. Bu bağlamda öğretide işverenin sözleşme kurma özgürlüğünü güvence altına alan, olası irade bozukluğuna dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkının, kural olarak adayın hamileliği durumunda olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁰⁰.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen son içtihatı göre, bir iş sözleşmesine hamilelikle ilgili bir yanılma nedeniyle itiraz etmek hem Avrupa Birliği Adalet Divanı hem de ulusal hukuk tarafından yasaklanan cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil etmektedir¹⁶⁰¹. Avrupa Birliği Adalet Divanı ayrımcılığa karşı işçinin korunması ilkesini işverenin ekonomik çıkarlarının üstünde tutmaktadır¹⁶⁰². Divan'ın kararına göre, hamile bir kadını kalıcı bir pozisyon için işe almayı reddetmek, kadın aday ilk aşamada çalışma yasakları sebebi ile istihdam edilemiyor olsa da cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturur¹⁶⁰³. Avrupa Birliği Adalet Divanı 2001 yılında verdiği bir kararında, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmak üzere işe alınan hamile bir kişinin, hamilelik durumunu gizlemesi ve sözleşmenin önemli bir kısmında çalışma yasağı sebebi ile çalışamayacak durumda olması hâlinde bile iş sözleşmesinin

¹⁵⁹⁸ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.14; TAŞKENT, *Anfechtung*, s.61.

¹⁵⁹⁹ Alman Federal İş Mahkemesi de hamileliğe ilişkin içtihadını zaman içinde değiştirerek farklı kararlar vermiştir. Konu ilk olarak işçinin kişilik hakkı ile işverenin bilgi edinme hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Günümüzde ise konu cinsiyete dayalı ayrımcılık temelinde sıkça tartışılmaktadır. Söz konusu içtihatın gelişim seyri açısından bkz. KAMANABROU, Rn.727; WALTERMANN, §9, Rn.162; WÖRLEN/KOKEMOOR, s.44.

¹⁶⁰⁰ PALLASCH, s.307.

¹⁶⁰¹ STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.94; SCHAUB/KOCH, *Arbeitsrecht von A-Z*, s.386. Aynı yönde bkz. REHBINDER, §7, Rn.72. Ayrıca bkz. GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1275.

¹⁶⁰² STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.94; *Entscheidungen- Europäische Gerichte: EuGH, NJW 2022, Heft 2*, s.124.

¹⁶⁰³ EuGH v. 03.02.2000 – C –207/98 “Mahlburg”, NZA 2000, Heft 5, s.255. Benzer yönde bkz. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.12.

feshedilmesini ayrımcılık olarak nitelendirmiştir¹⁶⁰⁴. Söz konusu kararın incelenmesinin çalışmamız açısından önem arz edeceğini düşünmekteyiz:

Avrupa Birliği Adalet Divanı'na yansıyan sözünü ettiğimiz olayda, Haziran 1995'te taraflar arasındaki görüşme sonucunda *Brandt-Nielsen* isimli kadın işçi, 01.07.1995 tarihinden itibaren altı ay süreyle *Tele Danmark* şirketi tarafından cep telefonu müşterilerine yönelik müşteri hizmetleri temsilcisi olarak çalıştırılmak üzere işe alınmıştır. İşe alım görüşmesi sırasında sözleşme taraflarınca *Brand-Nielsen*'in istihdam ilişkisinin ilk iki ayında eğitime katılması kararlaştırılmıştır. Ağustos 1995'te *Brand-Nielsen*, hamile olduğunu ve kasım ayı başında doğum yapacağını *Tele Danmark* şirketine bildirmiştir. Kısa bir zaman sonra 23.08.1995 tarihinde 30.09.1995 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, işe alım sırasında hamilelik durumunun bildirilmemesi sebebiyle sözleşmesi feshedilmiştir. *Brand-Nielsen* tüm eylül ayı boyunca çalışmıştır. Toplu iş sözleşmesine göre *Brand-Nielsen*'in öngörülen doğum tarihinden önce (11.09.1995 tarihinde) başlayacak sekiz haftalık ücretli analık izni talep hakkı bulunmaktadır. Eşit Muamele Kanunu'nun ihlâl edildiği gerekçesi ile *Tele Danmark* şirketine karşı 04.03.1996 tarihinde dava açılmıştır. Danimarka mahkemesi, 14.01.1997 tarihinde verdiği kararla, altı aylık bir süre için işe alınan *Brand-Nielsen*'in iş görüşmesinde hamile olduğunu söylemediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Mahkeme altı aylık çalışma süresinin beşinci ayında kadın işçinin doğum yapacağını bildiğine işaret etmiş, ayrıca doğum öncesi kadın işçinin çalışmayacağı 8 haftalık süreye de dikkat çekmiştir. Bu durumda *Brand-Nielsen* hamileliği sebebiyle altı aylık iş ilişkisinin üç ayında çalışamayacaktır. Mahkeme tarafından verilen söz konusu karar, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin asıl sebebinin hamilelik olduğu gerekçesi ile temyiz edilmiştir. Temyiz başvurusu sonrasında Danimarka Yüksek Mahkemesi, hamile kadın işçinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin topluluk hukukunda öngörülen yasakların hamile bir işçinin belirli bir süre için işe alınan ve sözleşmenin imzalandığı tarihte hamileliğini bilen ancak işvereni bilgilendirmeyen bir işçi için geçerli olmadığını belirtmiştir. Zira işçinin analık izni nedeniyle sözleşme ile kararlaştırılan çalışma süresinin önemli bir kısmında yapmakla yükümlü olduğu söz konusu işi ifa edemeyeceği açıktır. Hamile işçinin özel durumu hakkında işverene bilgi vermemesinin, sadakat yükümlülüğünün ihlâlini teşkil edeceği de ifade edilmiştir. *Brand-Nielsen* ise hamile işçinin feshe karşı korunması bakımından ABAD içtihatında ve Avrupa Birliği yönergelerinde sözleşmenin belirli yahut belirsiz süreli olarak

¹⁶⁰⁴ EuGH v. 04.10.2001 – C – 109/00 “Tele Danmark”, NZA 2001, Heft 22, s.1241. **PREIS/TEMMING**, Rn.789; **KAMANABROU**, Rn.727; **DÜTZ /THÜSING**, §3, Rn. 90a; **ZMARZLIK/ZIPERER/VIETHEN /VIEB**, §5 MuSchG, Rn.21; **RANCKE/ PEPPING**, §5 MuSchG, Rn.12, s.249. Kararın eleştirisi için bkz. **PALLASCH** Ulrich, “Diskriminierungsverbot wegen Schwangerschaft bei der Einstellung”, NZA 2007, Heft 6, s.306 vd.

imzalanmış olması konusunda bir ayırım yapılmadığını belirtmiştir. *Brand-Nielsen* ayrıca işçinin işe alım esnasında hamileliği konusunda işvereni bilgilendirmesi yönünde bir yükümlülüğünün bulunmadığını, çünkü işverenin işçiyi işe alırken hamilelik durumunu dikkate alma hakkı bulunmadığını da eklemiştir. Zira işçinin hamileliği sebebi ile işvereni bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmesi, ABAD yönergelerinde de hüküm altına alınan hamileliği koruyan hükümlerin etkinliğinin ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Söz konusu olaya ilişkin olarak ABAD hamile kadın işçinin lehine bir karar vermiştir. Şöyle ki, ABAD içtihadına göre, işverenin karşılaştığı ekonomik zarar ya da işletmenin usulüne uygun işleyişine bağlı olarak oluşan/bağlı olan ihtiyaçlar işçinin işten çıkarılmasını haklı göstermez, çünkü işveren hamileliğin ekonomik ve organizasyonel sonuçlarının riskini kendisi üstlenmelidir. Hamile olan, yeni doğum yapan yahut lohusa olan kadın işçinin işten çıkarılma riski onların fiziksel ve ruhsal sağlığı bakımından bir yük oluşturur. Bu yükün ağırlığı bebeğin kaybına dâhi sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle de hamile kadın işçiyi koruyucu özel hükümler öngörülmüştür. Buna göre örneğin analık izninin başından sonuna kadar kadın işçinin işten çıkartılması yasaklanmıştır.

Kararda ifade edilen hamile kadının işten çıkarılmasını yasaklayan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 92/85/EEC sayılı Yönergesi'nin 10. maddesi -hamilelik ile bağlantılı olmayan durumlar dışında¹⁶⁰⁵- bu kurala ilişkin herhangi bir istisna yahut sapma hükmü öngörmemektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı ayrıca hamile kadının işe alınması durumunda işçinin hamilelikten dolayı işyerinde çalışamayacak olması sebebiyle işverenin ekonomik olarak zor durumda olmasının işçinin işe alınmaması bakımından haklı bir gerekçe olamayacağını vurgulamıştır. Hamile kadın işçiyi koruyucu hükümler kadın işçinin işyeri için kilit bir eleman olması ve uzun bir süre çalışamayacak olması durumunda da etkilidir. Bu nedenle söz konusu koruyucu hükümler kadının işyerindeki pozisyonuna bağlı olarak özel bir düzenleme öngörmemişlerdir. Bu yorum iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmış olması durumunda da geçerlidir. Bu nedenle ABAD'a göre, işverenin ekonomik olarak uğradığı zararın niteliğine ve büyüklüğüne bakılmaksızın hamilelik sebebi ile işçinin işten çıkartılması doğrudan doğruya cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmaktadır. Mahkeme ayrıca taraflarca imzalanan sözleşmenin belirli süreli olmasının, bu sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine

¹⁶⁰⁵ Buna göre işveren örneğin işçinin iş sözleşmesini haklı neden fesih sebeplerinin varlığı hâlinde pek tabii feshedebilecektir.

dönüşmeyeceği anlamına gelmediğine de işaret etmektedir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesi yenilenebileceği gibi sözleşmenin taraflarca uzatılması da mümkündür.

Alman Hukuku'nda hamilelere ilişkin çalıştırma yasağı sebebiyle bu hizmetin yerine getirilmesi baştan engellenmiş olsa bile, sadece geçici bir engel nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesinin istenmesinin ayrımcılık yasağının koruma amacına aykırı olacağı ifade edilmiştir¹⁶⁰⁶. Bu esaslara göre işçi sınırlı bir süre için işe alınmış olsa dâhi ve mevcut çalışma yasakları nedeniyle önemli bir zaman kaybı olsa dâhi işçinin istihdam olanaklarından yoksun olması ve işverenin üzerindeki mâli yük, çalışanın cinsiyeti sebebiyle dezavantajlı olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği ifade edilmiştir¹⁶⁰⁷.

İfade edelim ki İş Kanunu m.5/3 hükmü uyarınca; *“İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”*¹⁶⁰⁸. Buna göre kural olarak hamilelik sebebiyle farklı işlem yapmak yasak olmakla beraber biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler haklı gösteriyor ise hamilelik sebebiyle farklı işlem ayrımcılık oluşturmayacaktır¹⁶⁰⁹.

Kanaatimizce, işçi belirli süreli iş sözleşmesi ile işe alınacaksa bile kural olarak hamilelik durumu buna engel teşkil etmemelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararında da belirttiği üzere bu durum cinsiyet temelinde ayrımcılık teşkil edecektir¹⁶¹⁰. Hamilelik nedeniyle işçinin çalışamayacak durumda olmasından kaynaklı işverenin karşılaşacağı ekonomik zararlar veya işyerindeki organizasyonel değişikliklerin sonuçlarına işveren katlanmalıdır. İşveren bir işçiye işe alırken onun hamile olup olmadığına göre karar veremez. Bu durum da en etkili şekilde

¹⁶⁰⁶ STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.89, Rn.94; PREIS/TEMMING, Rn.943.

¹⁶⁰⁷ STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.94; EuGH, NJW 2022, s.123 vd. Aksi yönde bkz. PALLASCH, s.307 vd.

¹⁶⁰⁸ Söz konusu madde her ne kadar “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşısa da esasen ayrımcılığı ve buna ilişkin yaptırımı düzenlediği yönünde bkz. CANIKLIOĞLU, *Kadınların Hakları*, s.55; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.435; ÖZDEMİR Erdem, “Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?”, Sicil, 2015, S.33, s.48. Bu durumun madde gerekçesinde düzenlemeler getirilirken dikkate alındığı ifade edilen AB müktesabı ile uyumlu olduğu, birlik hukukunda da eşit davranma ilkesinin ayrımcılık yasağı ile somutlaştığı yönünde ayrıca bkz. ÜNAL, *Yaş Ayrımcılığı*, s.101.

¹⁶⁰⁹ ÜNAL, *Sağlığa İlişkin Veriler*, s.283. Bireylerin sahip oldukları nitelik ve özellikleri sebebiyle, haklılaştırılabilecek bir sebep yokken, diğerlerinden farklı muameleye tâbi tutulmasının adalet duygusuna zarar vereceği gibi, özü adalet olan eşitlik ilkesinin de ihlâlini oluşturacağı, ideali adalet olan hukukun da ayrımcılığa kayıtsız kalamaması gerektiği yönünde bkz. CANIKLIOĞLU, *Kadınların Hakları*, s.53.

¹⁶¹⁰ Ayrıca bkz. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.36.

işverenin bu konuda bilgi edinme hakkının bulunmaması ile sağlanır. İşveren sadece seçim kararını dayandırabileceği soruları sorma hakkına sahiptir.

Tüm bunlarla birlikte işçi örneğin analık izni sebebi ile iş ilişkisi boyunca çalışamayacak durumda olaksa yahut iş ilişkisinin büyük bir kısmında çalışması mümkün değil ise ve bu durum sözleşmenin kurulduğu sırada işçi tarafından da biliniyor ise olaya farklı yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz¹⁶¹¹. Bu durumda kanımızca işverenin işçiye hamileliğine ilişkin soru sorması mâkul görülmelidir. Bu noktada işçiden de dürüstlük kuralı gereğince doğru cevap vermesi beklenmelidir. Aksi hâlde işçinin işverene yanlış cevap vermesi esaslı noktalar bakımından işverenin aldatılması anlamına gelir ve işverene haklı nedenle sözleşmeyi fesih hakkı verir. Eğer işveren bu durumda iş sözleşmesini hamile olmayan bir adayla imzalarsa - hamile olan adayla imzalandığında sözleşme süresi boyunca işçi işe gelemeyecektir- bu ayrımcılık oluşturmaz, aksine kabul edilebilir eşit olmayan muamele anlamına gelir¹⁶¹². Kanımızca aksine bir yorum yani işverenin hamile olan ve sözleşme süresi boyunca çalışamayacak bir işçiye işe almaya zorlanması sözleşme özgürlüğüne önemli ölçüde müdahale oluşturur. İşvereni kesinlikle yahut büyük olasılıkla hiçbir zaman uygulanmayacak bir iş sözleşmesini yapmaya zorlamak, yapılan sözleşmenin de anlamsız hâle gelmesine sebep olur. İş hukukunun ortaya çıkış amacı işçilerin korunması olsa da bu yaklaşım her durumda sadece işçilerin menfaatine üstünlük tanınması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Fakat kadın işçi işe başladıktan kısa bir süre sonra hamile olacak ve çalışamayacak durumda olacak ise bu durumda işveren riski üstlenmek zorundadır. Alman öğretisinde de *Pallasch*, Annelik Koruma Kanunu'nun kadın işçiye mevcut iş ilişkisinde korumayı amaçladığını, ancak hamilelik sebebiyle işe alım talep hakkı vermeyeceğini ifade etmektedir. Yazar aksi bir sonucun işverenlerin kendi işini kurma, işletme ve yönetme konusundaki mesleki girişim özgürlüğüne müdahale teşkil etmek anlamına geleceğini belirtmektedir¹⁶¹³. Yine ifade edelim ki belirtmek istediğimiz husus hamile işçilerin işe alınmamasını haklılaştırma çabası olmayıp sözleşmenin önemli bir kısmında yahut sözleşme süresi boyunca hamileliği sebebiyle çalışamayacak durumda olan adaylarla yapılacak iş sözleşmelerine ilişkin yorumumuzdur.

¹⁶¹¹ Benzer yönde bkz. **PALLASCH**, s.306; **TAŞKENT**, *Anfechtung*, s.61; **TAŞKENT**, *İptal*, s.180. Söz konusu karar bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın tutumunu katı bulan *Türe*, belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin belirli olmasının her zaman için sözleşmenin kısa bir süre için yapıldığı anlamına gelmeyeceğini belirtmekle beraber belirli süreli iş sözleşmesinde kimi zaman iş gücü eksikliğinin iş sözleşmesinin süresi ile büyük oranda iç içe geçtiğini de ifade etmektedir. **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.307; **UGAN ÇATALKAYA**, s.314 vd.

¹⁶¹² **PALLASCH**, s.307.

¹⁶¹³ **PALLASCH**, s.307.

Kanaatimize göre hamilelikten dolayı işçinin çalışmaması durumu ile iş ilişkisinin zamansal boyutu arasında bir ilişki kurmak gerekmektedir. Söz konusu ilişki bakımından işverenin çıkarlarının ne zaman dikkate alınmaya değer görüleceği sorusu önem arz etmektedir. Bu bağlamda "iş ilişkisinin önemli bir kısmında çalışmayacak olması" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevaplanması gerekir. Kanaatimizce iş sözleşmesinin mevcut olduğu sürenin yüzde ellisinden daha yüksek bir sürede çalışma gerçekleştiremeyecekse önemli ölçüde çalışmama durumu gerçekleşmiş sayılmalıdır¹⁶¹⁴.

Bu noktada işverenin sözleşmenin tam olarak yerine getirilmesindeki menfaati, başvuranın kısa bir süreliğine de olsa iş piyasasında yer edinme konusundaki olası menfaatine üstün gelmelidir¹⁶¹⁵. Fakat örneğin istihdam süresinin sadece yüzde onluk bir kısmında çalışma mümkün değil ise işverenin korunmaya değer üstün menfaatinden söz edilemeyecektir¹⁶¹⁶.

İfade etmek gerekir ki, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin örneğin üç yıl gibi uzun bir süre olarak belirlendiği bir sözleşme bakımından ise hamilelik sebebiyle önemli ölçüde çalışmama durumu gerçekleşmeyecektir. Bu bakımdan her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılarak menfaat dengesi sağlanmalıdır. Zira çalışmama hâli ile iş ilişkisinin süresi bu noktada önem arz edecektir. Benzer şekilde örneğin beş haftalık süre ile geçici garson olarak bir kişinin işe alınması durumunda söz konusu aday bu sürenin üç haftasını askerlikte geçirecek ise öngörülebilir devamsızlığın taraflarca kararlaştırılan istihdam süresi ile uyumsuz olması söz konusu olacak ve adaya soru sorulması haklı görülecektir¹⁶¹⁷. Bu noktada özetlemek gerekirse işçi ve işveren arasındaki sözünü ettiğimiz menfaat çatışması istihdam süresinin ve devamsızlık süresinin niceliksel olarak değerlendirilmesiyle tatmin edici bir şekilde çözülemeyecektir. Bu konuda iş sözleşmesinin türü (belirli süreli, deneme süreli yahut geçici iş ilişkisi kurup kurmadığı), belirli süreli iş sözleşmesinin ve ihbar sürelerinin uzunluğu ve işin aciliyeti gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir¹⁶¹⁸. Yine ifade edelim ki işçi işe alındıktan sonra hamile kalır ve analık izin sürelerinin tamamını kullanarak devamsızlık yaparsa işçi ve işveren ilişkisi açısından taraflar için büyük öneme sahip "uzun vadeli denge (*langfristiges Gleichgewicht*)"nin sağlanıp sağlanmadığına bakılamayacaktır¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁴ PALLASCH, s.308.

¹⁶¹⁵ PALLASCH, s.308.

¹⁶¹⁶ PALLASCH, s.308.

¹⁶¹⁷ PORTMAN /WILDHABER, s.24.

¹⁶¹⁸ PALLASCH, s.308.

¹⁶¹⁹ PALLASCH, s.308.

h. Cinsel Yönelime İlişkin Sorular

Hamileliğe ilişkin yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere, cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması aynı zamanda bir çalışanın cinsiyetiyle ilgili bir yanılmadan kaynaklanan işveren itirazını da engellemektedir¹⁶²⁰.

Trans bir bireye ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi'nin verdiği karar şu şekildedir¹⁶²¹: Olayda davacı, yüksek oranda Türk hastalarının bulunduğu bir muayenehanede doktor olan davalının yanında asistan olarak çalışmaktadır. Davacı mahkeme kararı ile Michael olan ismini Michaela olarak değiştirmiştir. Öte yandan mahkeme, dış erkek cinsel özelliklerine gerekli cerrahi müdahale henüz yapılmadığı için davacının kadın cinsiyetinde olduğunu tespit etmemiştir. İşe alım sürecinde ise kişinin cinsiyetine ilişkin herhangi bir konuşma gerçekleşmemiştir. Taraflar davacının transseksüel olduğunu davalıya açıkladığı bir tartışma yaşamışlar ve bunun sonucunda davacının iş sözleşmesi aldatma sebebi ile sona erdirilmiştir¹⁶²². Davacı ise bu duruma itiraz etmiştir. Mahkeme'ye göre Transseksüellik Kanunu'nun (*Transsexuellengesetzes: TSG*) koruyucu amacı dikkate alındığında cinsiyetini henüz değiştirmemiş transseksüel bir bireyin iş görüşmesinde kendisine sorulmadan cinsiyetine ilişkin bu gerçeği açıklaması hile ile karşı tarafı aldatma anlamına gelmemektedir. Yani henüz cinsiyet değişikliğine uğramamış bir transseksüel kişinin, işe alım esnasında gerçek kimliğini

¹⁶²⁰ STAUDINGER/SINGER, §119, Rn.94; EuGH, Urt. v. 30.04.1996 – Rs. C- 13/94 (P/S u. Cornwall County Council), NZA, Heft 13, 1996, s. 695 vd.; BAG, Urt. v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90 (Vorinsatz: LAG Berlin, Urt. v. 27.07.1990 – 6 Sa 45/90) NZA, Heft 18, 1991, s.719 vd. Öğretide Özer, cinsel tercihlerin kural olarak yanılma sebebi ile sözleşmenin iptaline sebep olamayacağı fakat bazı istisnai durumlarda buna cevaz verilebileceğini ifade etmiştir. Yazar bir jinekoloğun hastalarının rahatsızlık hissetmemesi amacıyla kadın bir yardımcı aradığı, ancak işe alınan kişinin eşcinsel olduğunun sonradan ortaya çıktığı bir olayda, sözleşmenin esaslı yanılma nedeniyle iptalinin mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Yazara göre, bu durumda doktorun saiki işe aldığı kişinin hastalarına cinsel bir dürtü ile yaklaşma ihtimalini ortadan kaldırmak ve hastaların rahat etmesini sağlamak olduğu için ve işe alınan kişinin eşcinsel olması ihtimalinde bu saik gerçekleşmeyeceğinden temel yanılması söz konusu olacaktır. ÖZER, s.170, dn.571.

¹⁶²¹ BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd.

¹⁶²² Söz konusu olayda davalı doktor, davacıya iş sözleşmesini feshettiğini bildiren bir mektup göndermekte, 23.01.1990 tarihli söz konusu mektupta sözleşmenin 1 hafta sonra (31.01.1990 tarihi itibarıyla) sonra ereceği bildirilmektedir. Avukatına danışan davalı fesih mektubunun gönderilmesinden bir hafta sonra ise (30.01.1990 tarihinde) davacıya iş sözleşmesini aldatma sebebi ile iptal ettiğini belirten başka bir mektup göndermektedir. Federal İş Mahkemesi 23.01.1990 tarihli fesih mektubu ile davalının iş sözleşmesini devam ettirmek istemediği anlaşılsa da davalının hukuki işlemi baştan itibaren geçersiz olduğunu kabul edip etmediği belirsiz olarak 31.01.1990 tarihi itibarıyla sona erdirildiğini ifade etmektedir. Bu nedenle Eyalet İş Mahkemesi tarafından bu konunun açığa kavuşturulması gerektiği ifade edilmektedir. Mahkeme, aldatmadan dolayı gönderilen iptal mektubu ile davalının mümkün olan en erken zamanda iş sözleşmesini sonlandırmak istediği varsayılırsa o zaman bu durumun esaslı nitelik teşkil edip etmediğinin kontrol edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Davalının 23.1.1990 tarihli fesih beyanında bulunarak sözleşmenin sona ermesi için 30.01.1990 tarihini neden beklediği açık değildir. Davalı – o sırada şehir dışında olan- avukatına danışmak istediğini ileri sürmüş olsa da iptal mektubu ancak 30.01.1990 tarihinde hazırlanabilmiş ve davacıya 31.01.1990 tarihinde ulaşabilmiştir.

ifşa etmemesi Alman Hukuku'nda kısaca TSG olarak anılan Transseksüellik Kanunu'nun koruma amacı doğrultusunda hileli beyan olarak nitelendirilemez¹⁶²³.

Bununla beraber kişinin iş ilişkileri açısından önemli nitelik arz eden özelliklerine ilişkin durumların ayrıca dikkate alınması gerekmektedir. Transseksüellik Kanunu transseksüellerin toplumsal yaşamda cinsiyet kimliğini belirleme sürecinde iki aşamada yardımcı olunması gerektiğini öngörmektedir. Bu bağlamda Kanun "küçük" ve "büyük" olmak üzere iki çözüm (*kleine und grosse Lösung*) benimsemektedir. Küçük çözüm olarak adlandırılan çözüm uyarınca başvuru sahibinin reşit olmak şartıyla cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmesi gerekmeksizin isim değiştirmesi mümkündür. Böylece transeksüellere, değiştirilemez kararlar alması için baskı yapılmadan karşı cins rolünde davranma fırsatı verilmiş olacaktır. Kanun tasarısı sırasında yapılan müzakerelerde bu kişilerin iş ararken, ev ararken, sözleşme kurarken, sınırları geçerken ve yetkililerle bulundukları diğer temaslarda tarif edilemez zorluklar yaşamalarının bu Kanun'un oluşturulmasına esas teşkil ettiği ifade edilmiştir¹⁶²⁴. Büyük çözüm olarak adlandırılan diğer imkânda ise kişinin diğer cinsiyete ait olduğu mahkeme kararı ile kesinleşir ve bunun için ilgili kişinin cerrahi operasyon geçirmesi gerekir. Olayda davacı biyolojik olarak hâla erkektir, yani yasal olarak kadın kimliğinde değildir ancak kendini kadın olarak göstermiştir ve ismini kadın ismi ile değiştirmiştir. TSG m.5/1 hükmüne göre; "*Başvuru sahibinin adının değiştirilmesine ilişkin kararın kesinleşmesi hâlinde, kamu yararını ilgilendiren özel nedenler gerektirmedikçe veya yasal bir menfaatin varlığı kanıtlanmadıkça, karar tarihinde kullanılan adlar başvuru sahibinin rızası olmaksızın açıklanamaz veya araştırılamaz*". Kanun'a göre transseksüel kişinin adını değiştirirken daha önce kullandığı adın nedensiz olarak ortaya çıkmasından kişi korunmaktadır. Bu nedenle kural olarak kişinin işe başvururken geçmişteki kimliğini açıklamak zorunda bırakılması Kanun ile çelişmek anlamına gelecektir. Davacının ruhsal durumunu dış görünüşü ile uyumlu hâle getirme eğilimi TSG tarafından desteklediğinden aldatma niyeti ve hile sübjektif olarak kanıtlanamayacaktır. Mevcut davada ise Senato tam kadın kimliğinin söz konusu dava için kişinin esaslı özelliği olduğunu kabul etmiştir. Doktor yardımcısı erkek olsaydı davalının onu asla işe almayacağı açıktır. Davacı, hastaların gerçek durumu bilmesi hâlinde davalının muayenehanesini artık ziyaret etmeyeceğini bilmektedir. Davalının bir kadın sekreter, bir kadın fizyoterapist ve üç kadın doktor yardımcısı istihdam ettiği dikkate alınırsa somut olayda kadınları işe almak

¹⁶²³ MüKoBGB/ARMBRÜSTER, §119, Rn.141; NK-GA/MESTWERDT, §611 BGB, Rn.291.

¹⁶²⁴ Ayrıca sözde normal insanlar olarak bu insanları cinsel açıdan "sapkın" gören vatandaşlardaki anlayış ve bilgi eksikliğinin ortadan kaldırılması gerektiği, bunun da uygun görsel ve başlıklarla yapılan haberler yoluyla sağlanacağı da vurgulanmıştır.

istediği anlaşılabilir. Fakat davacı esasen tam kadın kimliğinde biri değildir. Federal İş Mahkemesi'ne göre, somut olay bakımından doktor-hasta ilişkisi açısından hastanın özel bölgesini erkek ya da kadın asistan orada iken gösterip göstermediği önem arz etmektedir. İşçinin kişisel özellikleri sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirmesini imkânsız kılacak nitelikte ise yahut söz konusu iş bakımından belirleyici bir öneme sahip ise açıklama yapma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işçi işvereni aldatmış olur. Kanaatimizce -istisnâî durumlar haricinde- işverenin istihdam edeceği işçisini cinsiyetine göre seçme hakkı bulunmamaktadır¹⁶²⁵. Aksi bir tutum cinsiyet temelli ayrımcılık teşkil edecektir. Fakat sözünü ettiğimiz olayda olduğu gibi işçinin cinsiyetinin o iş ilişkisi açısından büyük önem taşıdığı durumlarda işverenin sözleşmenin tarafını özgürce seçme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Zira somut olayda hastalarının çok büyük bir kısmı Müslüman olan doktor açısından asistan olarak kadınları tercih etmesi önemlidir ve somut olay bakımından bu durum özel bir hassasiyet gerekmektedir.

1. Hastalıklara İlişkin Sorular

Adaya hastalıklarıyla ilgili soru sorulup sorulamayacağı da bir diğer tartışma konusudur. İfade edelim ki, adaya hastalıklarıyla ilgili soru sorulup sorulamayacağı bunun iş ilişkisi açısından önemine bağlıdır. Eğer hastalık söz konusu iş ilişkisi ile ilgili ise hastalığa ilişkin soru sorulması kabul edilebilir olarak nitelendirilebilir. Bunun için de hastalığın, işin ifasını uzun vadede yahut periyodik olarak sürekli tekrar eden aralıklarla önemli ölçüde etkileyip etkilemediği önem arz etmektedir¹⁶²⁶. Bunun dışında hastalığın işyerinde çalışanlara yahut üçüncü kişilere zarar verip vermeyeceği de önemlidir¹⁶²⁷. Bu bağlamda covid-19 pandemisinin yaşandığı dönemde bunun bulaşıcı olması sebebi ile hastalığın bulunup bulunmadığı adaya sorulabilmelidir¹⁶²⁸.

¹⁶²⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın gardiyanlık görevinin kendine has özellikleri ve gardiyanların faaliyetlerini yerine getirdikleri koşulların, erkek hapisanelerinde bu görevlerin öncelikle erkekler için, kadın hapisanelerinde ise öncelikle kadınlar için ayrılmasının haklı görülebileceği yönünde kararı için bkz. Case Nummer: C-318/86, Comission v France, 30 June 1988, <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95055&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&oc=c=first&part=1&cid=4396155>

¹⁶²⁶ PREIS/TEMMING, Rn.792.

¹⁶²⁷ PREIS/TEMMING, Rn.792; NK-GA/MESTWERDT, §611 BGB, Rn.284; HWK/THÜSING, §123 BGB, Rn.23; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.109; UGAN ÇATALKAYA, s.314.

¹⁶²⁸ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.109. Adayın hastalığı taşıdığını bilmesine rağmen bilgi verme yükümlülüğünü ihlâl ederek iş görüşmesine gelmesi ve sonrasında sözleşmenin kurulması durumunda İş K. m.25/II, a uyarınca sözleşmenin haklı nedenle feshedilebileceği yönünde bkz. CİVAN, Yan Yükümlülükler, s.297.

Alman öğretisinde, Türk öğretisinde de ifade edildiği gibi, HIV enfeksiyonuna yönelik sorular bakımından, artan bir risk durumunun olması yahut sağlık, gıda veya catering sektörü gibi üçüncü şahıslara bulaşma ihtimalinin olduğu durumlarda bu soruların caiz olduğu ifade edilmiştir¹⁶²⁹.

Öğretide AIDS ile ilgili bir sorunun, üçüncü kişiler bakımından enfeksiyon riski olmadığı bir durumda kabul edilebilir bir soru olmadığı da belirtilmektedir¹⁶³⁰. Öğretide *Canıklıoğlu*¹⁶³¹, AIDS hastalığının bulaşma tehlikesinin oldukça düşük olması sebebi ile bu hastalığın kural olarak fesih sebebi olamayacağı, ancak bulaş tehlikesinin yüksek olduğu manikür, pedikür yapılması gibi işler bakımından ise olaya başka açıdan yaklaşılması gerektiği görüşündedir. Benzer şekilde hemşirelik de AIDS hastalığı bulaş riskinin yapılan iş sebebiyle yüksek olduğu bir meslek grubudur¹⁶³². Öğretide *Civan*, HIV enfeksiyonunun AIDS hastalığına sebep olduğu durumların adayın iş görme edimini yerine getirmesini olumsuz etkileyeceği, önceden planlanmış hastane sürecinin yahut kür tedavisinin bulunup bulunmadığının bilinmesinde işverenin menfaati olduğu ve bu nedenle bu durumda adayın sorulan soruya doğru cevap vermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir¹⁶³³.

3. İşçinin İşvereni Aydınlatma Yükümlülüğü

İşverenin soru sorma hakkı kapsamında adaylar, işverenin kabul edilebilir sorularına doğru cevap vermek zorundadır. İşverenin bilgi edinme konusunda meşru bir menfaatinin bulunduğu durumlarda sorulan soru kabul edilebilir soru (*zulässige Frage*) niteliğinde olacaktır¹⁶³⁴. Bu durumda adaya kabul edilebilir/hukuka uygun soru sorulduğu sürece adayın da açıklama yapma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁶³⁵.

İş görüşmeleri esnasında taraflar kural olarak kendi çıkarlarını koruyarak hareket etmektedirler. Bu nedenle adayın kendisine sorulmadığı takdirde, işe alımını olumsuz yönde etkileyeceğini düşündüğü hususları kural olarak açıklamasına gerek yoktur. Dürüstlük kuralı

¹⁶²⁹ WALTERMANN, §9, Rn.163; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.197. Benzer yönde bkz. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.10. Türk hukuku açısından konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.218; SEVİMLİ, Özel Yaşam, s.180 vd.; CİVAN, Yan Yükümlülükler, s.297; ÜNAL, Sağlık İlişkin Veriler, s.278; KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s.20.

¹⁶³⁰ HK-ArbR/BOEMKE/ULRICI, BGB §611, 611a, Rn.142. Kişinin potansiyel olarak ileriki dönemde iş göremeyecek olması sebebiyle AIDS hastalığı ile ilgili soruların sorulabileceği yönünde bkz. BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.197; MÜLLER/RIELAND, s.31.

¹⁶³¹ CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.219.

¹⁶³² BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.10; CİVAN, Yan Yükümlülükler, s.297.

¹⁶³³ CİVAN, Yan Yükümlülükler, s.298.

¹⁶³⁴ WÖRLEN/KOKEMOOR, s.40.

¹⁶³⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.8.

gereği işçinin beyanda bulunmasının haklı görüldüğü durumlar ise bu kuralın istisnasını teşkil eder¹⁶³⁶.

Susmanın aldatmaya sebep olabilmesi için bu davranışın aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl edici bir yönü bulunmalıdır¹⁶³⁷. Buna göre, adayın kendisine soru sorulmasa da istisnai hâllerde -işin ifası ve diğer taraf için önemli sayılabilecek hususlar varsa, söz konusu koşullar işçinin iş sözleşmesinde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmesini imkânsız kılıyor ise- açıklama yapma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁶³⁸. Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihadına göre de işçinin aydınlatma yükümlülüğü, gizlenen koşulların işçinin işini ifa etmesini imkânsız kılacak nitelikte olması durumunda yahut bu durumun işçi için düşünülen pozisyon bakımından belirleyici bir niteliğe sahip olması hâlinde ortaya çıkmaktadır¹⁶³⁹.

Her ne kadar adayın kendisine soru sorulmadan bilgi vermek zorunda olup olmadığı hususu tartışmalı olsa da iş sözleşmelerinde dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda, tarafların kendiliğinden açıklama yapma yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir¹⁶⁴⁰. Tarafların gerekli bilgiyi vermedikleri durumlarda edimin ifası imkânsız olacaksa yahut bu bilgi edimin ifasını önemli ölçüde aksatacak nitelikte ise tarafların kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğü bulunduğu bahsedilmektedir¹⁶⁴¹. Buna göre rekabet yasağı gereği söz konusu işte çalışmayacak durumda olan işçinin bu durumu kendiliğinden açıklaması beklenir¹⁶⁴². Buna karşılık bir yakınının rakip işletmede çalışıp çalışmadığına yönelik sorulacak sorunun ise ancak adayın başvuru yaptığı pozisyonun, işletmenin önemli sırlarını öğrenmeye elverişli bir pozisyon olması ve rakiplere sızdırmasına olanak vermesi hâlinde hukuka uygun kabul edilebileceği ifade edilmiştir¹⁶⁴³.

¹⁶³⁶ JUNKER, Arbeitsrecht, s.82; SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.60.

¹⁶³⁷ MOLLAMAHMUTOĞULU/ASTARLI/BAYSAL, s.532; TAŞKENT, *İptal*, s.177; TÜRE Gökhan, "İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.41, 2019, s.229 vd.

¹⁶³⁸ KAMANABROU, Rn.731; PREIS/TEMMING, Rn.773; JUNKER, Arbeitsrecht, s.82; NK-GA/MESTWEDT, § 611 BGB, Rn.280; GROSSMAN/SCHNEIDER, Rn.83. Türk Hukuku'nda aynı yönde bkz. ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.155.

¹⁶³⁹ BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 719 vd.; BAG 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, (Vorinstanz: LAG Berlin, Urt. v. 27.07.1990- 6 Sa 45/90) NZA Heft 18, 1991, s.719; BGA 06.09.2012 – 2 AZR 270/11, (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.03.2011- 15 Sa 64/10), NZA 19/2013, 1087 vd.

¹⁶⁴⁰ TAŞKENT, *İptal*, s.177; ODAMAN, Yanıltma, s.10.

¹⁶⁴¹ EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.245; SEVİMLİ, Özel Yaşam, s.152; ODAMAN, Yanıltma, s.2. Prensip olarak adayın bilgi verme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte istisnai hâllerde adayın söz konusu işe kesinlikle uygun olmaması, işin sözleşmeye uygun olarak ifasının fiilen imkânsız olması veya bunun önemli ölçüde engellenmesi hâllerinde işveren soru sormamış olsa bile adayın bilgilendirme yapma yükümlülüğü bulunduğu yönünde bkz. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, §2, Rn.292.

¹⁶⁴² EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.246; ERTÜRK, Temel Haklar, s.67; UGAN ÇATALKAYA, s.314.

¹⁶⁴³ SEVİMLİ, Özel Yaşam, s.152. Yargıtay'a yansımış bir olayda davalı şirkete ait personel yönetmeliğinde "Personel veya yakın aile bireyleri, şirket ile aynı faaliyet alanında çalışan diğer şirketlerle, tedarikçilerle ve

Yargıtay vermiş olduğu eski tarihli bir kararda¹⁶⁴⁴ işe girerken mecburi hizmete tâbi olduğunu saklayan işçinin iş sözleşmesinin m.17/II, a bendi uyarınca feshedilebileceğine hükmetmiştir. Kanaatimizce hamilelik durumunda açıkladığımız gibi askerlik bakımından da bu durumun yaratacağı yükler sebebiyle istihdam talebinin reddedilmesi ayrımcılık teşkil etmelidir¹⁶⁴⁵. Öngörülebilir devamsızlığın taraflarca kararlaştırılan istihdam süresi ile uyumsuz olması durumunda adaya askerliğine ilişkin soru sorulması haklı görülmelidir¹⁶⁴⁶. Bu bağlamda belirli süreli iş sözleşmesi ile kısa bir süreliğine işçi işe alınacak ve işçi o sürede askere gidecek ise yakın zamanda askere gitme durumunun gizlenmesi mâkul görünemese de kural olarak beklenen askerlik hizmeti ile ilgili soruların da işçiye sorulamaması gerekmektedir.

İş Kanunu'nun 24. maddesinde de düzenlendiği üzere, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü bir işçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması durumunda işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Bu hüküm karşısında adayın bulaşıcı veya işin niteliği ile bağdaşmayan bir hastalığının bulunması durumunda bu durumu kendiliğinden işverene açıklaması dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenir¹⁶⁴⁷. Yine daha önce ifade ettiğimiz üzere hamilelik durumu kural olarak esaslı kabul edilmese de dansçılık, spor öğretmenliği, mankenlik gibi bazı hizmetlerin ifasına yönelik olarak imzalanan bir iş sözleşmesi bakımından önemli nitelik arz edebilir ve bu hâlde hamilelik durumunun gizlenmesi pasif aldatma olarak kabul edilebilir¹⁶⁴⁸. Bu noktada işin türü önem arz edecektir.

Yine öğretide işle ilgili olan ve iş görme borcunu tam olarak yerine getirmesine engel olan veya aksatan sakatlık, hastalık gibi durumların işçi tarafından, kendisine sorulmasa dâhi, açıklanması gerektiği ifade edilmektedir. Aksi hâlde işçi kasıtlı ve kusurlu davranışından dolayı

müşterileriyle şirkette çalışmaya devam ettiği müddetçe hiçbir ortaklık veya başka bir iş ilişkisi içine giremez." hükmü yer almaktadır. Olayda davacının eşinin haksız rekabet oluşturacak bir şirkette çalışması gerekçe gösterilerek davacının iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay söz konusu olayda, her iki şirketin faaliyet alanı, davacının işyerindeki görev tanımı ve davacının eşinin işyerinde yaptığı işler itibarıyla haksız rekabet olup olmadığı hususunda uzman görüşünün alınması gerektiğini ve personel yönetmeliğini de dikkate alarak feshin haklı yahut geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 22 H.D., 03.04.2012, E.2011/13485, K.2012/6187, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁶⁴⁴ Yarg. 9. H.D., 28.04.1970, K.4306, Karar için bkz. ÇENBERCİ Mustafa, 1475 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.410, dn.16.

¹⁶⁴⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.11.

¹⁶⁴⁶ PORTMAN /WILDHABER, s.24.

¹⁶⁴⁷ ODAMAN, Yanıltma, s.6. İşçinin bu konuda susması da işverenin yanıltılması sonucunu doğuracaktır. CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.265. İş sağlığı ve güvenliği yahut işin ifası açısından işçinin mevcut hastalığı önem taşıyorsa bu durumun işverene bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. CANIKLIOĞLU, Değerlendirme 2017, s.239.

¹⁶⁴⁸ Kasseler Handbuch/LEINEMANN, Rn.584, s.134; EYRENCİ, *Personel Seçimi*, s.246; SÖZER, Hamilelik, s.1051; Ayrıca bkz. TAŞKENT, *İptal*, s.175; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.45.

genel hükümlere göre sorumlu olacaktır.¹⁶⁴⁹ Buna göre eğer hastalık edimin ifasını imkânsız kılacaksa yahut edimin ifasını önemli ölçüde aksatacak nitelikte ise -örneğin aday kronik hastalığı yahut sakatlığı sebebiyle söz konusu iş için elverişsiz ise- adayın bu durumu kendiliğinden açıklaması gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁵⁰.

Bunun gibi iş ilişkisi kurulduğunda aday işçi ile sürekli yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü başka bir işçi bulaşıcı bir hastalığa yakalanırsa iş sözleşmesi haklı nedenle feshedebileceği için (İş K. m.24, I, b) bu tarz bir hastalığı bulunan işçinin de durumu kendisine sorulmadan bildirmesi gerekmektedir¹⁶⁵¹.

Yargıtay’a konu olmuş bir olayda¹⁶⁵² davacı işçinin “İşe Giriş Muayene Formu”nda son bir yıl içerisinde herhangi bir hastalık geçirip geçirmediğine ilişkin soruya “hayır” yanıtını verdiği, “İşe Başvuru Formu”nda geçirdiğiniz önemli hastalıklar sorusunu da cevaplamadan üzerini çizdiği anlaşılmaktadır. Söz konusu olayda davacının önce kaynakçı, sonra saç büyütme makinesinde şeritçi ve daha sonra montajcı olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Yargıtay davacının işe girerken bel fıtığı ameliyatı olduğundan bahsetmediğini, altı ay süreyle ağır işlerde çalışamayacağına ilişkin sağlık kurulu raporu bulunduğunu da gözeterek davacının açmış olduğu işe iade talebinin reddine karar vermiştir. Söz konusu olayda Yargıtay, davalının fesih sebebinin haklı neden teşkil etmese de geçerli bir neden olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay’a konu olmuş başka bir olayda¹⁶⁵³ bir tekstil işyerinde baskı ustası olarak çalışan davacı, işe başvururken doldurduğu formda “herhangi bir sıhhi rahatsızlık bedenî arıza, ameliyat, kırık veya ciğer hastalığı geçirdiniz mi?” yönündeki soruya “hayır” cevabını vermiştir. Daha sonra işçinin tek böbrekli olduğunun öğrenilmesi üzerine işçinin iş sözleşmesi m.25/II,a uyarınca haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay söz konusu kararda işçinin tek böbrekli olmasının ve bu durumu bildirmemesinin İş Kanunu m. 25/II, a anlamında esaslı neden saymamış ve bizce de isabetli olarak iş sözleşmesinin haksız feshedildiğine hükmetmiştir.

¹⁶⁴⁹ Konuya ilişkin bkz. **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.104.

¹⁶⁵⁰ **EYRENCİ**, *Personel Seçimi*, s.246; **CANIKLIOĞLU**, *Değerlendirme* 2017, s.239; **CİVAN**, *Yan Yükümlülükler*, s.275.

¹⁶⁵¹ **ERTÜRK**, *Temel Haklar*, s.68; **SCHAUB/LINCK**, §12, Rn.9.

¹⁶⁵² Yarg. 22. H.D., 12.10.2012, E.2012/19792, K.2012/22647, <https://legalbank.net/>

¹⁶⁵³ Yarg. 9. H.D., 29.12.2011, E. 2009/39002, K.2011/50334, karar için bkz. **TÜRE**, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, s.324.

Yargıtay’a yansıyan başka bir olayda ise¹⁶⁵⁴ davalı işveren, ağır işte çalışacak olan davacı işçinin aldığı ağır işte çalışamaz raporunda hastalığının onbeş yıldır devam ettiği yönündeki ibareye istinaden işçinin kendisini yanıltmış olduğunu ifade ederek sözleşmeyi haklı nedenle feshetmiştir. İlk derece mahkemesi davacının onbeş yıl önce siyatik ağrısı çekmesine dair iş başvurusu formunda bu hususu bildirmesine gerek olmadığı yönünde karar verse de Yargıtay, lumbar ve diğer intervertebral disk bozuklukları hastalıkları bakımından davacının ilk işe başlayış tarihinde bu hastalıkların mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesince verilen kararı bozmuştur. Yargıtay’a göre yapılan işin niteliği göz önüne alındığında davacının işe girişi sırasında söz konusu hastalığının mevcut olup olmadığı önemlidir. Bu nedenle Yargıtay, ilk derece mahkemesince eksik inceleme yapıldığı yönünde karar vermiştir. Gerçekten de işçinin işe giriş sırasında işini ifa etmesine engel bir hastalığının bulunup bulunmadığı önemlidir. Zira işe giriş esnasında işçinin işin ifası için belirleyici nitelikte olan yahut işin ifasını imkânsız kılan bir hastalığı yoksa işçinin işvereni aydınlatma yükümlülüğünden bu bağlamda işverenin de bu konuda bilgi edinme hakkının varlığından söz edilemeyecektir. Aksi hâlde ise işçinin işvereni aldatması söz konusu olacak ve bu durum da işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verecektir. Bu nedenle kanımızca Yargıtay’ın kararı isabetlidir.

Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği başka bir kararında ise¹⁶⁵⁵, dosyadaki belgelerden davacı işçinin “silikosis” isimli meslek hastalığına tutulduğu ve daha önceki işyerinden bu sebeple ayrıldığı anlaşılmaktadır. Yargıtay, davacı işçinin davalı işyerinde yaptığı işin yakalandığı meslek hastalığına uygun bir iş olmadığı gibi, hastalığının artmasına da sebep olmasının yüksek bir ihtimâl olduğunu belirterek söz konusu hastalığın işe girerken işçi tarafından bildirilmesi gerektiğine karar vermiş ve işçinin iş sözleşmesinin feshini haklı bulmuştur. Kanaatimizce işin niteliği ile bağdaşmayan, ifa edilecek iş bakımından belirleyici nitelikte olan ve geçici olmayan bir hastalığı bulunan adayın bu durum kendisine sorulmasa bile açıklama yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Aksi durumda susma yoluyla işvereni aldatan işçinin iş sözleşmesi işverence feshedilebilmelidir. Bu nedenle Yargıtay’ın vermiş olduğu karar bizce isabetlidir.

Alman Hukuku’nda da isabetle adayın söz konusu iş için nitelik ve beceri olarak tamamen eksik olduğunun farkında olması hâlinde, mevcut koşullar adayın sözleşmeden doğan ifa

¹⁶⁵⁴ Yarg. 22 H.D., 05.03.2018, E. 2018/2412, K. 2018/5835, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁶⁵⁵ Yarg. 9. H.D., 09.07.2018, E.2018/1041, K.2018/14949, <https://kazanci.com.tr/>

yükümlülüğünü imkânsız kılıyor yahut iş için belirleyici niteliğe sahipse, adayın üçüncü kişileri yahut çalışma arkadaşlarını tehlikeye atacak kalıcı bir hastalığı varsa işverenin dürüstlük kuralı gereği (*True und Glauben*) bilgi bekleme hakkı olduğu, dolayısıyla da adayın açıklama yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵⁶. Eğer bir hastalık yahut engellilik durumu ilan edilen pozisyonda çalışma yeteneğini önemli ölçüde azaltıyorsa bu durumun da sorulmadan açıklanması gerekir¹⁶⁵⁷. Bu bağlamda bir pilot sık sık bayılma nöbeti geçiriyorsa bu durumu kendiliğinden açıklamakla yükümlüdür¹⁶⁵⁸.

İsviçre Hukuku'nda da kural olarak adayın doğrudan bilgi verme hükümlülüğü olmasa da adayın söz konusu iş için *kesinlikle* uygun olmaması durumunda bunu bildirme yükümlülüğünün bulunması gerektiği ifade edilmekte, bu yükümlülük sözleşme öncesi özen yükümlülüğü (*vorverlegte Fürsorgepflicht*) kapsamında görülmektedir¹⁶⁵⁹. Buna göre sadece iş hayatı açısından esaslı kabul edilen nitelik ve beceri eksikliği söz konusu olacaksa işçi adayının bunu işverene bildirmesi gerekmektedir. Adayın örneğin eğitim eksikliği sebebi ile söz konusu işi hiç yapamayacak olması, kronik hastalığı sebebi ile kendisine verilen işi yapmasının mümkün olmaması ihtimâlinde durum böyledir¹⁶⁶⁰.

Şüphesiz işçinin açıklama yapma yükümlülüğü sadece hastalık ya da engellilik durumu ile sınırlı değildir. Kısa bir süre sonra bir ifa engeli yaratacak herhangi bir durumu hakkında da işçi işverene açıklama yapmalıdır. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi kararına göre, aday hapis cezasına çarptırılmış ve çok yakın bir zamanda cezasını çekecek ise, mahkumiyetini kendiliğinden bildirmelidir¹⁶⁶¹.

4. Görüşümüz

Adayın kendisine yönetilen kabul edilebilir bir soruyu yanlış yanıtlaması yahut aydınlatma yükümlülüğünde olduğu bir konu hakkında susması, aldatma olarak nitelendirilerek irade sakatlığı sebebi ile kurulmuş olan sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını doğuracaktır. İşin ifası bakımından işverenin meşru, mâkul ve korunmaya değer bir menfaati söz konusu ise, işverenin

¹⁶⁵⁶ BAG 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, (Vorinstanz: LAG Berlin, Urt. v. 27.07.1990- 6 Sa 45/90) NZA Heft 18, 1991, s.719; KAMANABROU, Rn.731; PREIS/TEMMING, Rn.773; JUNKER, Arbeitsrecht, s.82; SZECH, s.286.

¹⁶⁵⁷ JUNKER, Arbeitsrecht, s.82.

¹⁶⁵⁸ JUNKER, Arbeitsrecht, s.82.

¹⁶⁵⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.30.

¹⁶⁶⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.30.

¹⁶⁶¹ BAG 18.09.1987 - 7 AZR 507/86, (Vorinstanz: LAG Frankfurt, Urt. v. 07.08.1986, 12 Sa 361/86, NZA Heft 20/1988, s.731.

soru sorma hakkı bakımından korunmaya değer menfaati adayın kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik menfaatinin önüne geçecek nitelikte ise işverenin sorduğu soruya adayın doğru cevap vermesi gerekecektir.

Adayın başvuru yaptığı iş bakımından nitelik ve beceri olarak tamamen eksik olduğunun farkında olması durumunda, bu koşulların adayın sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünü imkânsız kılacak nitelikte olması ya da adayın iş için belirleyici niteliğe sahip olmaması veya üçüncü kişileri yahut çalışma arkadaşlarını tehlikeye atacak kalıcı bir hastalığı bulunması durumunda kendisine bu konuda soru sorulmasa da dürüstlük kuralı gereği açıklama yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir¹⁶⁶².

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ifade edeceğimiz üzere¹⁶⁶³ kanımızca aldatma durumu iş sözleşmesinin iptali değil feshi sonucunu doğuran bir durumdur. Bu nedenle yukarıda ifade ettiğimiz örneklerde de görüldüğü üzere aldatma durumunda sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle iptali gündeme gelmeyecek, iş hukukunda bu yaptırım iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine dönüşecektir.

C. Korkutma

Daha önce kavramsal olarak ayrıntılı biçimde üzerinde durduğumuz üzere, bazı durumlarda sözleşmenin meydana gelmesi karşı tarafın bizzat kendisine yahut yakınlarına yönelik bir korkutma/tehdit yoluyla gerçekleşebilmektedir¹⁶⁶⁴. Sözleşmeyi korkutma yoluyla imzalayan kimse ya korkutmaya konu olan durumun gerçekleşmesinin riskini göze alacak yahut tehdide boyun eğip kendisine zorla imzalatılmak istenen sözleşmeyi yapmak zorunda kalacaktır¹⁶⁶⁵. Bu da demektir ki, korkutma yoluyla sözleşmenin imzalanması kişinin sözleşme yapma hususundaki özgür iradesinin oluşmasına engel olmaktadır¹⁶⁶⁶. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi korkutma yoluyla sözleşmenin imzalanması durumunda, esasen kişinin iradesi ile beyanı arasında bir uygunsuzluk bulunmamakta, aksine iradenin oluşması aşamasında bir sakatlık bulunmaktadır¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶² KAMANABROU, Rn.731; PREIS/TEMING, Rn.773; JUNKER, s.82; SZECH, s.286.

¹⁶⁶³ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, B.

¹⁶⁶⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 4, d.

¹⁶⁶⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.473.

¹⁶⁶⁶ AVCI, *Korkutma*, s.642.

¹⁶⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 473.; EREN, s. 452; KLAUSBERGER, s.38.

Uygulamada çok sık karşılaşılmasa da her hukuki işlemde olduğu gibi, iş sözleşmelerinin de korkutma yoluyla kurulabilmesi ihtimâl dâhilindedir¹⁶⁶⁸. Bu bağlamda işçi ya da işverenin kendisi yahut yakınlarına yönelen korkutma ile sözleşme imzalaması mümkündür. Niteliksiz bir işçinin işvereni korkutarak kendisini işe almasını temin etmesi uygulamada çok karşılaşılabilecek bir durum değildir, ama yine de olasıdır. Gerçekten geçmişte, hatta hala “bir suç makinesi” olduğu düşünülen, bu sebeple de iş bulmakta güçlük çeken, işyerinde huzursuzluk kaynağı olacağı pek çok kimse tarafından kolaylıkla bilinebilecek durumda olan bir kişinin, işe alınmasını temin için işvereni korkutarak iş sözleşmesi imzalatırması olabilecek bir durumdur. Kanaatimize göre özellikle de bir şirketi ele geçirmek, onu en üst düzeyde yönetebilecek konuma geçmek için örneğin genel müdür ya da şirketin yönetimi konusunda çok etkili bir pozisyonda işe alınmasını temin etmek amacıyla da işverenin korkutulması ve iş sözleşmesinin imzalatırılması mümkündür. Özellikle işvereni iyi tanıyan onun bazı hukuka aykırı eylemlerinden ya da aile içindeki “iyi eş” konumunu sarsacak bir gönül ilişkisinden haberdar olan bir kişinin bu durumu kullanarak, ifşa etme tehdidi ile iş sözleşmesi imzalatıp çok iyi bir konuma geçmek istemesi de karşılaşılabilecek bir durumdur kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki, konumuz sözleşmelerin kurulduğu andaki irade sakatlıkları ile sınırlı olduğundan örneğin bir işçinin terfi almak niyetiyle yahut ücret artışı için işvereni korkutması ve amacına ulaşması hâli, sözleşme kurulduktan sonra gündeme geldiği için, konumuzun kapsamı dışında kalacaktır. Buna karşılık, işe alınmadığı takdirde işveren adına karalama kampanyası başlatacağından bahisle bir kişi ile iş sözleşmesi yapılmasının sağlanması, işverene ait gizli kamera kayıtlarının açığa çıkartılacağı tehdidi ile bir iş sözleşmesinin yapılması hâlinde sözleşme kurulduğu sırada sözleşmenin işveren tarafında irade bozukluğu mevcuttur. Bunun gibi iş sözleşmesi imzalayan taraflardan birinin suç işlemiş olması ve bu suçun ihbar edileceği tehdidi ile sözleşme yapmaya zorlanması durumunda da korkutma yoluyla sözleşme kurulmuş olacaktır¹⁶⁶⁹. Aynı şekilde aile yahut miras hukukundan kaynaklanan yetkinin kullanılacağı tehdidi ile iş sözleşmesi taraflarından birinin diğerini sözleşme yapmaya zorlaması durumunda da korkutma yoluyla sözleşme kurulmuş olacak özgür irade ile sözleşmenin imzalanması söz konusu olmayacaktır¹⁶⁷⁰. Eşlerden birinin ancak kendisi ile iş sözleşmesi imzalaması ve şirketin genel müdürü olması hâlinde çocuk üzerindeki velayet hakkından vazgeçeceğini yahut

¹⁶⁶⁸ İZVEREN/AKI, s.173; MOLLAMAHMUTOĞULU/ASTARLI/BAYSAL, s.534; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.39.

¹⁶⁶⁹ AVCI, *Korkutma*, s.650.

¹⁶⁷⁰ AVCI, *Korkutma*, s.650.

anlaşmalı boşanmaya razı olacağını bildirmesi durumunda bu korku ile iş sözleşmesi kurulmuş ise yine irade sakatlığı gündeme gelecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun m.38/2 hükmü uyarınca; *"Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir"*. Bu hükmün de gösterdiği gibi sözleşmenin yapılmasına bir hakkın yahut kanuni yetkinin kullanılacağı tehdidi sebep olmuşsa, bu tehdidin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için korkutulanın zor durumundan yararlanılması ve aşırı menfaat sağlanması gerekmektedir.

Bir kimsenin *"sözleşme yapma teklifimi kabul etmezsen intihar ederim"* demesi durumunda, korkutmanın varlığı konusunda çok net cevap verilmesi her zaman mümkün olmasa da intihar tehdidinde bulunan tarafın diğerinin oğlu, eşi gibi çok yakını olması hâlinde korkutmanın varlığının kabul edilebileceği öğretide ileri sürülmüştür, zira bu durumda korkutma karşı tarafta panik ve manevi şok yaratmaktadır¹⁶⁷¹. Yine iş sözleşmesinin bir tabanca zoruyla imzalatılması hâlinde, bu tabanca oyuncak tabanca olsa bile karşı taraf fiilen gerçek bir tabanca ile tehdit edildiği düşüncesiyle hareket etmişse korkutma gerçekleşmiş sayılacaktır¹⁶⁷².

Belirtmek gerekir ki, taraflardan birinin tüzel kişi işvereni olduğu bir sözleşmede tüzel kişinin yetkili organını oluşturan kişi yahut kişilere yönelik korkutma tüzel kişinin kendisine yönelmiş kabul edilir¹⁶⁷³.

İrade sakatlıkları ile kurulan iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı üçüncü bölümün konusunu oluşturmaktadır¹⁶⁷⁴. Bu nedenle bu konuda burada bir açıklamada bulunulmayacaktır.

¹⁶⁷¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 476.

¹⁶⁷² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 476.

¹⁶⁷³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.475; EREN, s.454; TEKİNAY/AKMAN/BUCCUOĞLU/ALTOP, s.449; AVCI, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.1419.

¹⁶⁷⁴ Bu konudaki açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV.

V. İş Sözleşmesinde Muvazaa Bulunmaması

A. Genel Bilgi

İş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracak bir diğer durum muvazaa hâlidir. Bir iş sözleşmesinin imzalanmasının medeni hukuk, sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku kapsamındaki aslî ve tâli yükümlülükleri yanında kamu hukukundan kaynaklı olmak üzere birçok hukuki sonucu vardır. Bu nedenledir ki, sözleşme taraflarının bu hukuki sonuçlardan bir kısmını kabul edip bir kısmını ise yok saymaya çalışmaları esasen nadir görülen bir durum değildir¹⁶⁷⁵.

Muvazaa kavramını, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması (basit muvazaa) ya da görünüşteki değil gizlenen sözleşmenin hüküm doğurması hususunda anlaşılarak (nitelikli muvazaa) gerçek iradelerine uymayan beyanlarda bulunmaları olarak tanımlayabiliriz¹⁶⁷⁶. Muvazaa bilinçli ve isteyerek üçüncü kişilerde yanlış kanı uyandırmak niyeti ile yapıldığı için muvazaayı esasen kasten sergilenen hileli bir davranış olarak nitelendirmek de yanlış olmayacaktır¹⁶⁷⁷. Muvazaalı bir işlemin varlığı için belirleyici faktör, beyanda bulunanın beyan alıcısı ile mutabık kalarak beyana bağlı hukuki sonuçların ortaya çıkmaması yönündeki niyetidir¹⁶⁷⁸.

Tarafların gerçekte hiç iş sözleşmesi yapmamış olmalarına rağmen, üçüncü kişileri aldatmak niyetiyle aralarında sanki bir iş sözleşmesi akdedilmiş gibi göstermeleri hâlinde basit muvazaadan bahsedilir¹⁶⁷⁹. Zira bu durumda tarafların aslında yapmak istedikleri ve gizledikleri başka bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu duruma örnek olarak sahte sigortalılığı¹⁶⁸⁰ gösterebiliriz. Bu durumda taraflar arasında gerçek anlamda bir iş sözleşmesi yok iken, o kişi

¹⁶⁷⁵ BENECKE Martina, "Arbeitsvertrag und Scheingeschäft", RdA 2016, s.65.

¹⁶⁷⁶ Bu konudaki açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 5.

¹⁶⁷⁷ ESENER, Muvazaa, s.7 vd.; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.173; ANTALYA/TOPUZ, s.213; EREN, s.394; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.289; İNAN, Borçlar Hukuku, s.247; DEMİRSATAN, s.1223; ANTALYA, s.345.

¹⁶⁷⁸ OLG Düsseldorf, v. 31.03.2015- I-16 U 70/14, 16 U 70/14, ZVertriebsR, 249. BENECKE, s.69. BAG, Urt. v.14.10.2020 – 5 AZR 409/19 (LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.08.2019 – 10 Sa 1139/18), NZA 1/2021, s.37 vd.

¹⁶⁷⁹ ESENER, Muvazaa, s.41; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.133; İNAN, Borçlar Hukuku, s.250 KOCAYUSUFPASAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.347; NOMER, s.105; ANTALYA, s.348, KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.243; ANTALYA/TOPUZ, s.183; EREN, s.397; ESENER/GÜNDOĞDU, s.94; OLGAC, s.16; SAPANOĞLU, s.49; AKKURT, s.115; TUTAR, s.107; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.173 vd.; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.456; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s.722; BENECKE, s.66 vd.; SCHAUB/ LINCK, §32, Rn.12; REİSOĞLU, s.1051.

¹⁶⁸⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.86. Yazarlar bu duruma "sahte", "hayali" sigortalılık demektedirler, aynı yer; TUNCAY A. Can/EKMEKÇİ Ömer/GÜLVER Ender, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 22. Baskı, İstanbul, 2023, s.288.

ile iş sözleşmesi varmış gibi yansıtılmakta ve fiilen bir çalışma olmamasına rağmen Sosyal Sigorta Kurumu'nun sağladığı haklardan faydalanmak amacıyla Sosyal Sigorta Kurumu'na sigortalılık bildirimi yapılmaktadır. Uygulamada çoğunlukla işverenler eş ve çocuklarını işçi olarak kendi işyerinde çalıştırmış gibi Kurum'a bildirmekte; fakat gerçekte herhangi bir hizmet ifası söz konusu olmamaktadır. Taraflar bu durumda Sosyal Güvenlik Kurumu'nu aldatmak maksadıyla anlaşılmıştır.

Bilindiği üzere salt Kurum'a bildirim eylemli çalışmanın var olduğunu göstermemektedir. Yargıtay'ın da kararlarında ifade ettiği üzere sigortalılığın başlangıcı açısından çalışma olgusunun bulunması şarttır¹⁶⁸¹ ve sigortalılık zorunlu, kişiye bağlı ve devredilemez nitelik taşıdığından kamu düzeniyle de ilişkilidir¹⁶⁸². Fakat belirtelim ki, her durumda örneğin eşler arasında var olan bir iş sözleşmesinin muvazaaya dayandığını söylemek de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu noktada somut olaya göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Sözleşme taraflarının amaçlarına ulaşmak için bir hukuki işlemin geçerliliğine ihtiyaç duyup duymadıkları ve bu nedenle işlemin ciddi bir şekilde amaçlanıp amaçlanmadığı veya sadece göstermelik olarak mı yapıldığı sorusu önem arz etmektedir¹⁶⁸³. Eğer taraflar, herhangi bir hizmetin ifa edilmeyeceği konusunda hemfikirlerse yahut söz konusu faaliyetler basit bir yardımın ötesine geçmeyecek nitelikte ise bu takdirde muvazaalı bir ilişkiden bahsedilebilecektir¹⁶⁸⁴. Yani eşlerin sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşmede kararlaştırılan ücretin iş görme ediminin karşılığı olarak ödenmeyeceği ve ilgili eşin iş görme yükümlülüğünün bulunmayacağı konusunda anlaşmaları hâlinde geçerli bir iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁶⁸⁵.

Çok yetenekli bir işçinin rastgele sözleşme teklifi almamak ve kendisine olan taleplerin çok yoğun olduğu imajını yaratmak gayesiyle bir işverenle iş sözleşmesi imzalaması, fakat gerçekte

¹⁶⁸¹ Yarg. 21. H.D., 03.11.2014, E.2014/16051, K. 2014/22516; Yarg. 21. H.D., 15.10.2015, E.2015/10187, K. 2015/18503; Yarg. 21. H.D., 22.10.2015 E.2015/15387, K.2015/19025; Yarg. 10. H.D., 26.01.2017, E.2016/18652, K.2017/517, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁶⁸² Yarg. 10. H.D., 22.02.2007, E. 2006/14769, K. 2007/2409; Yarg. 10. H.D., 05.02.2009, E.2007/23007, K. 2009/1143; Yarg. 10. H.D., 30.06.2015, E.2015/11081, K.2015/13159, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/> Ayrıca bkz. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.154 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ/GÜLVER, s.146.

¹⁶⁸³ BAG v.22.09.1992 – 9 AZR 385/91, AP BGB § 117 Nr. 2, Rn.14; BENECKE, s.69.

¹⁶⁸⁴ STAUDINGER/SINGER, §117, Rn.11; SCHAUB/ LINCK, §32, Rn.13. Bkz. BAG, Urt. v. 14.10.2020 – 5 AZR 409/19 (LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.08.2019 – 10 Sa 1139/18).

¹⁶⁸⁵ SCHAUB/ LINCK, §32, Rn.13.

herhangi bir hizmet ifasının bulunmadığı bir durumda da mutlak muvazaa gündeme gelecektir¹⁶⁸⁶.

Bir iş sözleşmesinin, sadece esnaf siciline kaydolmak amacıyla, Esnaf ve Zanaatkarlar odasına sunulmak üzere kullanılması hâlinde de muvazaa söz konusudur. Bu durumda söz konusu sözleşme geçersiz olacaktır¹⁶⁸⁷. Buna karşılık yine ifade edelim ki, işçinin, işsizlik ve sağlık sigortası başta olmak üzere, sosyal güvenlik sisteminin faydalarından yararlanması amacıyla taraflarca bir iş sözleşmesi yapılması ve gerçekte de hizmetin ifasının söz konusu olduğu hâlde, muvazaadan bahsedilemeyecektir¹⁶⁸⁸. Zira söz konusu amaca ancak geçerli bir istihdam ilişkisinin varlığı hâlinde ulaşılabilir. Konuya ilişkin olarak Alman Federal İş Mahkemesi'ne yansıyan olayda¹⁶⁸⁹ davacı davalının kocasıdır ve davalı tarafından sosyal hizmet uzmanı olarak istihdam edilmiş olup, davacının görev tanımları arasında işçilerin eğitim ve alışma süreci, eğitim seminerleri ve motivasyon eğitimlerinin düzenlenmesi, satış konseptlerinin hazırlanması, müşteri danışmanlığı, polişe kontrolü gibi görevler yer almaktadır. Davacının iş sözleşmesi 02.12.2005 tarihli bir mektupla feshedilmiş ve davacı 25.01.2006 tarihinde iş mahkemesinde açtığı davada tarafına ücret ödemesi yapılmasını talep etmiştir. Davalı (kadın eş) ise söz konusu davaya itiraz etmiş ve davacı (erkek eş) ile aralarında geçerli bir iş ilişkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Davacının sigorta şirketini bağımsız olarak yönetmekte olduğunu ve kendisinin ev hanımı, anne ve kasa defterini tutan biri olduğunu ifade etmiştir. Tüm resmi sigorta sözleşmelerinin davacı tarafından müzakere edilmiş olduğunu kendisinin söz konusu sözleşmeleri okumadan (gözü kapalı bir şekilde) imzaladığını belirtmiştir. Davacının bir bahane ile kendisinden anahtarı alması sebebiyle iki yıldır ofise de gitmediğini vurgulamıştır. İş mahkemesi 7 Haziran 2006 tarihli kararıyla iş mahkemelerine yasal başvuru yolunun kabul edilebilir olduğunu açıklamıştır. Söz konusu olayda Federal İş Mahkemesi taraflar arasında geçerli bir iş ilişkisi kurulduğunu, §117/I BGB anlamında muvazaa bulunmadığını ve tarafların yapılan iş sözleşmesinin etkilerinin ortaya çıkmasını istediklerini belirtmiştir. Mahkemeye göre davalının kendisi, iş sözleşmesinin davacının sosyal güvenlik sisteminden, özellikle de işsizlik sigortasından yararlanabilmesi amacıyla imzalandığını belirtmiştir ve bu durum bir istihdam ilişkisinin varlığını gerektirmektedir ve bu

¹⁶⁸⁶ **ATAMULU** İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.268.

¹⁶⁸⁷ **STAUDINGER/SINGER**, §117, Rn.11; **SCHAUB/ LINCK**, §32, Rn.13.

¹⁶⁸⁸ **STAUDINGER/SINGER**, §117, Rn.11; **MüKoBGB/ARMBRÜSTER**, §117, Rn.4. Bkz. BAG, Beschl. v. 25.01.2007 – 5 AZB 49/06 (Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Beschl. V. 20.09.2006 – 15 Ta 475/06, NZA 10/2007, s.580,581.

¹⁶⁸⁹ BAG, Beschl. v. 25.01.2007 – 5 AZB 49/06 (Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Beschl. V. 20.09.2006 – 15 Ta 475/06, NZA 10/2007, s.580 vd.

açından bir iş ilişkisine bağlıdır. Sözünü ettiğimiz nedenlerle mahkeme, taraflar arasında geçerli bir iş sözleşmesi bulunduğu yönünde karar vermiş ve olayda muvazaa olgusunun gerçekleşmediğini belirtmiştir.

Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi'ne yansıyan bir olayda¹⁶⁹⁰ davacı davalı ile bir iş sözleşmesi imzalamıştır. Söz konusu sözleşmeye göre davacı, danışman olarak çalışacaktır. 2018 yılında iş sözleşmesi sona eren davacı, kendisine ödenmeyen işçilik alacaklarının ödenmesini talep etmiştir. Fakat söz konusu zaman aralığında davalının fiili bir çalışması bulunmamaktadır. Davacının iddiasına göre, taraflar arasında en başından beri davalının ücret ödemekle yükümlü olacağı, ancak davacının iş yapmayacağı konusunda anlaşmaya varılmış ve bu nedenle davacı fiilen çalışmamıştır. Alman Hukuku'nda muvazaa kavramı §117 BGB'de düzenlenmiştir. Mahkeme, taraflar iş sözleşmesi akdetme niyetinde olmadıkları takdirde, iş sözleşmesi olarak nitelendiren sözleşmenin §117/I BGB uyarınca geçersiz olacağını belirtmiştir¹⁶⁹¹. §611a BGB hükmüne göre iş sözleşmesi işçiyi talimatlar altında ve kişisel bağımlılık ilişkisi içinde başka bir kişinin hizmetinde iş görmekle yükümlü kılarken, işveren de bunun karşılığında kararlaştırılan ücreti ödemekle yükümlüdür. Fakat somut olayda bu durum gerçekleşmemiştir. Gerçekten de taraflar bir iş görme ediminin *gerçekleşmeyeceği* hususunda anlaşarak iş sözleşmesi imzalamışlar ise tarafların bu sözleşmeyi nasıl nitelediklerinden bağımsız olarak söz konusu iş sözleşmesi muvazaa sebebiyle geçersiz olacaktır. Zira bu durumda taraflar arasında iş sözleşmesinin unsurları olan iş görme ve bunun karşılığında ücret ödeme borcu bulunmamakta, tarafların asıl niyeti iş sözleşmesi kurmak olmamaktadır.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne yansımış başka bir olayda¹⁶⁹² taraflar iş sözleşmesini imzalarken bir hizmetin ifasının söz konusu olmayacağı ve kararlaştırılan ücretin bir işin ifası karşılığında ödenmeyeceği konusunda anlaşılırlarsa bu sözleşmenin muvazaa sebebi ile geçersiz olacağı belirtilmiştir. Mahkemeye yansıyan olayda¹⁶⁹³ taraflar ücret konusunda anlaşmazlığa

¹⁶⁹⁰ LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.08.2019 – 10 Sa 1139/18 (ArbG Krefeld, Urt. v. 08.11.2018 – 4 Ca 979/18), NZA-RR 1/2020, s.14 vd.; NZA 1/2021, s.37 vd.

¹⁶⁹¹ Mahkeme'ye göre, davacının örneğin bir hediye vaadine dayanarak, davalıdan kendisine aylık olarak bir miktar paranın karşılıksız ödenmesini talep edip edemeyeceği ise ayrı bir ihtilâf konusu olarak ortaya çıkmaktadır.

¹⁶⁹² BAG, Urt. v. 14.10.2020 – 5 AZR 409/19 (LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.08.2019 – 10 Sa 1139/18), NZA 1/2021, s.37 vd.

¹⁶⁹³ Söz konusu olayda şirket 2003 yılında kurulduğunda hissedarlar davacının kocası ve Bay (S)'dir. 2005 yılında davalı şirket ile davacı arasında söz konusu şirkette davacının danışman olarak çalışacağı bir iş sözleşmesi imzalanmıştır. 2015 yılında davacının kocası şirketteki hisseleri oğluna devretmiştir. Hissedarlar arasında 2017 yılında anlaşmazlıklar ortaya çıktıktan sonra şirketin tek genel müdürü davacının oğlu olarak atansa da bu görevi fiilen yerine getiren davacının kocasıdır. Aralık 2017 de oğul hissesini Bay (S)'ye satmış o da şirketin tek hissedarı ve genel müdürü olmuştur. Davalı 22 Aralık 2017 tarihli bir mektupla, 31 Mayıs 2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere davacının iş sözleşmesini feshetmiştir. Davacı bu feshe karşı dava açmamıştır. Davalı davacıya Ocak

düşmüştür. Mahkeme dışı taleplerinin başarısız olmasından sonra davacı Şubat-Mayıs ücret alacakları için dava açmıştır. Davacı söz konusu davada herhangi bir iş ifası olmaksızın ücret alacağı hakkı olduğunu iddia etmiş, yapılan sözlü yargılamada davacı, davalının şirketinde hiç çalışmadığını ve kendisinden işin ifasının hiç beklenmediğini belirtmiştir. Davacı, davalı ile aralarında fesih ihbar süresi içinde herhangi bir işin ifası söz konusu olmadan davacının ücret alacağına hak kazanacağı hususunda anlaşmaya vardıklarını iddia etmiştir. Söz konusu olayda esasen iş sözleşmesinin kurulduğu andan fesih anına kadar davacının şirkette herhangi bir çalışması bulunmamaktadır. Bu nedenle de aslında başlangıçtan itibaren bir iş karşılığı olmaksızın ücret almıştır. Krefeld İş Mahkemesi'nin davayı reddetmesinden sonra Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi davacının istinaf başvurusunu da reddetmiştir. Davacının temyiz başvurusu da başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi davacının talep ettiği ücreti alma hakkının bulunmadığına karar vermiştir. Zira taraflarca imzalanan iş sözleşmesi §117 BGB uyarınca muvazaa sebebiyle geçersizdir. Söz konusu hükme göre rıza sadece görünüşte verilmişse yapılan irade beyanı geçersizdir ve taraflar sadece hukuki işlemi görünüşte yapmak isteyip aslında söz konusu hukuki işlemin etkilerinin doğmasını arzulamıyorlarsa muvazaa gündeme gelecektir. Gerçekten iş sözleşmesi bakımından da işçinin sözleşmeye dayanarak herhangi bir iş görme edimini yerine getirmesini istemiyorlarsa, iş sözleşmesinin kurulması için gerekli olan, bir tarafın iş yapmayı diğer tarafın da bunun karşılığında kendisine ücret ödemeyi taahhüt ettiği söz konusu sözleşmenin yasal sonuçlarını ve yükümlülüklerini yerine getirmek niyetinde olmadıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle taraflar sözleşme yapılırken kararlaştırılan ücretin tamamen veya en azından kısmen iş görme ediminin karşılığı olarak değil, başka nedenlerle ödeneceği ve iş görme ediminin yerine getirilmeyeceği hususunda anlaşılırlarsa sözleşme muvazaa nedeniyle geçersizdir.

Ayrıca ifade edelim ki, sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olmasını engellemek maksadıyla bazı kişilerin görünüşte işyerine işçi olarak alınarak iş sözleşmesi yapıldığı sanısı uyandırılması durumunda da muvazaa söz konusu olabilir¹⁶⁹⁴.

Sözleşmenin yapılması sırasında taraflarca kararlaştırılan ücret miktarının tamamının yahut belli bir tutarının işçinin çalışması karşılığı değil de başka nedenlerden dolayı ödeneceği ve söz

2018 ücreti ödemişse de sonraki aylar için herhangi bir ödeme yapmamıştır. 2018 yılında davacının şirkette herhangi bir çalışması bulunmamaktadır.

¹⁶⁹⁴ **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.457. Yarg. 9 H.D., 29.09.1989- 7408/7747. Karar için bkz. **ŞAHLANAN**, Toplu İş Sözleşmesi, s.68 vd; **DEMİR** Fevzi, Sorularla Toplu İş Hukuku, İkinci Cilt, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2006, s.261; **SOYER** Polat, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.11.

konusu sözleşmede iş görme borcunun bulunmadığı yönünde tarafların mutabık kalmaları hâlinde muvazaa gündeme gelecektir¹⁶⁹⁵. Buna göre örneğin boşanmış eşler arasında bir iş sözleşmesi imzalanmış fakat bu sözleşme, bir hizmetin ifası söz konusu olmadan, salt nafaka borcunun ödenmesi için bir yol olarak eşler arasında yapılan gizli bir anlaşma ile kararlaştırılmışsa, bu takdirde muvazaalı bir iş sözleşmesinden bahsedilecektir¹⁶⁹⁶. Belirtelim ki, böyle bir konuya ilişkin olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (*BGH: Bundesgerichtshof*) bir kararı da bulunmaktadır¹⁶⁹⁷. Uyuşmazlık konusu olayda davacının eşi ve genel müdür olan davalı (E) 1979 yılında davacıdan boşanmıştır. Davacının o sırada kendine ait geliri bulunmamaktadır ve davalıdan olan iki çocuğunun bakımını üstlenmiş bulunmaktadır. Boşanma sırasında eşler, davacının nafakadan feragat ettiği ve davalı (E)'nin davacıyı henüz kurulmamış olan ve genel müdür olacağı bir limited şirkette evden çalışan bir işçi olarak belirli bir aylık ücretle istihdam etmeyi taahhüt ettiği yönünde bir anlaşmaya varmışlardır. Mart 1980 itibarıyla toplu iş sözleşmesi ile ücretlerin % 6,8 oranında arttırılmasının ardından, toplu iş sözleşmesi ile yapılan bu artışın taraflarca kararlaştırılan ücreti de artırıp artırmayacağı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkmış, bunun üzerine davacı Ağustos 1980 tarihinde dava açmış, davalı ise 31.12.1980 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshetmiş ve feshin davacının şahsından değil, aksine işyerinde alınması gereken işletmesel tedbirlerden kaynaklandığını ifade etmiştir. Ayrıca davacı, iş sözleşmesinin kendisinin ve çocuklarının nafaka taleplerinin Bay (E)'nin kendisi tarafından değil, kurulacak şirket tarafından yerine getirileceğine dair sahte bir sözleşme olduğunu iddia ederek sözleşme konusu işi ifa etmeyi de reddetmiştir. Dava İstinaf Mahkemesi'ne konu olmuş ve Mahkeme (*Berufungsgericht*) kararını gerekçelendirmek için, tarafların söz konusu iş sözleşmesini kadının ve çocuğun nafakasını gizlemek maksadıyla kağıt üzerinde kurduklarını, taraflar arasında atipik bir emeklilik sözleşmesi imzalandığını, sözleşmenin taraflarının esasında karşılıklı anlaşmayla görünürdeki işlemin hukuki sonuçlarını istemediklerini, dolayısıyla muvazaanın ön koşulunun gerçekleşmiş olduğunu belirtmiştir. Federal Mahkeme ise istinaf mahkemesinin somut olayda muvazaalı iş sözleşmesi olduğu yönündeki kararını onaylamamaktadır. Temyiz üzerine uyuşmazlık Federal Mahkeme önüne geldiğinde Mahkeme, istinaf mahkemesince sözleşmenin muvazaa karakterinin sadece nafakayı güvence altına alma amacından hareketle tespit edildiğini, bunun ise isabetsiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme, eğer taraflar davacının çalışma

¹⁶⁹⁵ BAG, Urt. v. 14.10.2020 – 5 AZR 4019/19, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/wp-content/uploads/2021/01/5-AZR-409-19.pdf> (E.T.: 04.08.2023)

¹⁶⁹⁶ MüKoBGB/ARMBRÜSTER, §117, Rn.4.

¹⁶⁹⁷ BGH, Urt. v. 28.06.1984 – IX ZR 143/83 (Schleswig), NJW, 1984, Heft 41, s. 2350.

yükümlülüğünü istemiş olsalardı sözleşmenin tek amacı nafaka borcunu güvence altına almak olsa bile sözleşmenin geçerli olarak kurulabileceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu tür bir sözleşmenin amacının, nafaka alacaklısı eski eşin mâkul yaşam ihtiyaçlarını kendi gelir getirici işi ile karşılayabilmesi ve böylece nafaka alacaklısı olmaması durumunda, bu sözleşmeye hukuken izin verilmesi mümkündür. Buna karşılık taraflar nafaka alacaklısı eşin fiilen çalışmayacağı konusunda hemfikirlerse işte bu durumda söz konusu iş sözleşmesi §117 BGB uyarınca geçersiz olacaktır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi iki tarafın da gerçekten neyi amaçladıklarının net olarak tespit edilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın Eyalet Mahkemesi'nin değişik senatosunda tekrar görülmesi için kararı bozmuştur. Kanaatimizce de gerçek bir çalışma olup olmadığı söz konusu dava açısından önem arz etmekte olup, işçinin edimini ifa etmeksizin bu sözleşmenin sırf nafaka alacağının ödenmesi için sadece görüntüde imzalanması hâlinde sözleşme muvazaa sebebiyle geçersiz sayılacaktır. Aksi durumda yani işçinin yaşam ihtiyaçlarını gelir getirici işi ile karşılama maksadıyla çalışma yükümlülüğünün bulunması hâlinde sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyecektir.

Ayrıca ekleyelim ki, iş sözleşmeleri bakımından kimi zaman nitelikli muvazaa örnekleri ile de karşılaşmak mümkündür. Taraflar örneğin üçüncü kişilere hatır çalışması gibi yansıtmalarına rağmen gerçekte bir iş sözleşmesi varlığı konusunda anlaşmışlar ise nitelikli muvazaadan bahsedilecektir¹⁶⁹⁸. Benzer şekilde, işverenin aslında işçi olarak çalışmak üzere bir kişi ile anlaşmış olmasına rağmen, dışarıya karşı aralarındaki ilişkiyi staj ilişkisi olarak yansıtması durumunda da aynı sonuca varılacaktır. İşverenler işveren yükümlülüklerinden kurtulmak, otuz işçi sınırının altında kalarak iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalmak ya da engelli çalışma yükümlülüğüne tâbi olmamak gibi gayelerle kimi zaman işçi olarak çalışan bu kişilerle aralarında bir iş sözleşmesi değil de başka bir ilişki varmış gibi göstermektedirler. Bu noktada tarafların sözleşmeyi nitelendirmesinden ve iş sözleşmesi yapmak isteyip istemediklerinden bağımsız olarak iş sözleşmesinin varlığı için aranan unsurların mevcut olması durumunda iş sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁸ **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.173 vd.; **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.456; **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s.722.

¹⁶⁹⁹ LAG Hamm, v. 07.02.2011- 2 Ta 532/10, **BENECKE**, s.67.

B. İş Sözleşmesinde Muvazaanın Hukuki Yaptırımı

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, muvazaalı işlemin yaptırımı konusunda öğretide farklı görüşler bulunsa da¹⁷⁰⁰, kanaatimizce muvazaa durumunda uygulanacak yaptırım kesin geçersizlik yaptırımı olacaktır.

Nitelikli muvazaa hâlinde öğretide çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, görünüşteki sözleşmenin muvazaa sebebi ile gizlenen sözleşmenin ise aranan şekil şartına uyulmamış olması sebebi ile geçersiz olduğudur. İfade edelim ki, gizlenen sözleşme kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusunun da imkânsız olamaması sebebiyle, kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile bir iş sözleşmesinin arkasına gizlenen kaçakçılık taahhüdü kesin olarak geçersiz olacaktır¹⁷⁰¹.

Muvazaa sözleşmenin tamamını kapsayacak şekilde değil de sözleşmenin bazı hükümlerine ilişkin ise kısmi muvazaadan söz edilecektir. Kısmi muvazaaya örnek olarak, uygulamada sıkça karşılaşılan, prim ve vergi kaçırmak maksadı ile işçiye daha yüksek bir ücret verilmesine rağmen daha az ücret veriliyormuş gibi gösterilmesini verebiliriz¹⁷⁰². Gerçekten de ülkemizde birçok işyerinde taraflarca anlaşılan ücretlerin bir kısmı işçilerin banka hesaplarına yatırılmakta, kalan kısmı ise işçilere elden verilebilmektedir. Bu durumda sözleşmenin tamamı geçersiz olmayacak, fakat ücrete ilişkin kısım muvazaalı sayılacaktır. Taraflar arasında gizlenen ücret işçinin gerçek ücreti olarak kabul edilecektir¹⁷⁰³. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun m.19/1 hükmü uyarınca; *"Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır"*. Yargıtay da çalışma hayatında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla kimi zaman iş sözleşmesi veya bordrolarda gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığını bu durumda ise gerçek ücretin tespitinin önem arz ettiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, *"İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal*

¹⁷⁰⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 5, c.

¹⁷⁰¹ ESENER/GÜNDOĞDU, s.98; TAŞMAN, s.292. Bu durumda kişinin ücret hakkı da bulunmayacaktır. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.251.

¹⁷⁰² AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.34; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.173 vd.; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.456; ANTALYA, s.350.

¹⁷⁰³ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.174.

ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.”¹⁷⁰⁴

Yukarıda bahsettiğimiz örneğin tam tersi olarak taraflarca asgari ücretten düşük bir ücret için anlaşılmış fakat işçiye sanki asgari ücret ödeniyormuş gibi gösterilebilmesi de mümkündür. Öncelikle ifade edelim ki İş Kanunu m.39 hükmünün dayanak oluşturduğu Asgari Ücret Yönetmeliği m.12 hükmü uyarınca; *“İşçilere, Komisyonca belirlenen ücretlerden düşük ücret ödenemez. İş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmelerine bunun aksine hükümler konulamaz”*. Aynı maddenin ikinci fıkra hükmünde de *“İşverenler tarafından, işçilere sağlanan sosyal yardımlar sebebiyle asgari ücretten herhangi bir indirim yapılamaz”*. Kanun’un bu emredici hükmüne aykırı davranan bir diğer deyişle işçiye yasal asgari ücreti ödemeyen işverenler hakkında İş K. m.99 hükmü uyarınca idari para cezası uygulanır. Buna rağmen kimi zaman işverenler tarafından işçilerin banka hesaplarına asgari ücret tutarında bir miktar para yatırılmakta, fakat işçilerden söz konusu miktarın bir kısmı geri alınmaktadır. Bu durumda, öğretide de ifade edildiği üzere, asgari ücret işçinin gerçek ücreti olarak kabul edilecektir¹⁷⁰⁵.

Tarafta muvazaa da iş hukukunda karşılaşılabilecek bir muvazaa türüdür. İşçinin işverenin aslında (A) olmasına rağmen, (B) ile iş sözleşmesi yapılmış gibi gösterilmesi hâlinde tarafta muvazaa söz konusu olacaktır. Bu duruma verilen ve uygulamada da sıkça karşılaşılan klâsik örnek “paravan alt işverenlik”, Yargıtay kararlarında “bordro işverenliği”¹⁷⁰⁶ olarak ifade edilen durumdur. İşçinin işverenin gerçekte asıl işveren olmasına rağmen (işçilere emir ve talimatın asıl işveren tarafından verilmesi, işçilerin işe alım ve işten çıkış işlemleri bakımından asıl işverenin söz sahibi olması...), işveren yükümlülüklerinden kurtulmak maksadı ile işçilerin alt işverenin işçileriymiş gibi gösterilmesi durumunda tarafta muvazaa söz konusudur¹⁷⁰⁷. İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek adına otuz işçi sayısına ulaşmamak maksadıyla da benzer bir yol izlenmiş olabilir. Bu durumda da işçilerin alt işverenin değil tek ve gerçek işvereni olan asıl işverenin işçisi oldukları kabul

¹⁷⁰⁴ Yarg. 9. H.D., 11.05.2016, E.2016/14046, K. 2016/11754, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 9. H.D., 20.12.2022, E. 2022/10711, K. 2022/14533, T. 08.11.2022, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 9. H.D., E. 2022/11231, K.2022/17184, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷⁰⁵ AKYİĞİT, Hükümsüzlük, s. 34; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 174; GÜN Yeliz, İş Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerlilik Koşulları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s.115. Ayrıca bkz. EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.25.

¹⁷⁰⁶ Yarg. 9 H.D., 9.11.2022, E.2022/11985, K.2022/14622; Yarg. 9. H.D., 10.10.2019, E.2019/2422, K.2019/17903, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁷⁰⁷ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.174; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.456; GÜN, s.115 vd.

edilir¹⁷⁰⁸. İş K. m.2/7 hükmünde de muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığında alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecekları hüküm altına alınmıştır.

VI. İş Sözleşmesinde Aşırı Yararlanma (Gabin) Bulunmaması

A. Genel Bilgi

Sınırsız bir sözleşme özgürlüğünden bahsedemeyeceğimizin ön kabulü ile bu özgürlüğün sınırlandırılması ve bu bağlamda sözleşmenin zayıf durumunda olan tarafının sömürülmesine müdahale amacıyla Borçlar Kanunu aşırı yararlanma müessesesini düzenlemiştir¹⁷⁰⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında¹⁷¹⁰ da şu ifadelere yer verilerek bu husus dile getirilmiştir: "*Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir.*" Aşırı yararlanmanın varlığının tespitinde dikkat edilmesi gereken zaman sözleşmenin kuruluş anıdır¹⁷¹¹.

Aşırı yararlanma için Kanun'da aranan objektif koşul edimler arasındaki açık oransızlıktır. Bu ise işten anlayan herkesin kolayca anlayabileceği oransızlıktır¹⁷¹². İş sözleşmelerinde çok düşük ücretin belirlenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Belirtelim ki vasıfsız bir işçi için asgari ücretle çalışma aşırı yararlanmayı akla getirmese de yüksek nitelikli bir işçi için asgari ücretle çalışma somut olaya göre aşırı yararlanmanın varlığına sebep olabilir¹⁷¹³. Yine

¹⁷⁰⁸ YHGK 15.10.2019, E.2019/49, K.2019/1058,

<https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2019-549-k-2019-1058-t-15-10-2019>

¹⁷⁰⁹ ÇAKIRCA Seda İrem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.13; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.297; EREN, s.469.

¹⁷¹⁰ YHGK, 24.1.1973, E.1971/1-1376, K.24, Karar için bkz. KARAHASAN, s.297. Aynı yönde bkz. Yarg. 19. H.D., 11.11.2004, E.2004/2025, K.2004/11261; Yarg. 19. H.D., 25.02.2005, E.2004/7888, K.2005/1921; YHGK, 23.06.2004, E.2004/19-346, K.2004/374; YHGK, 07.02.2007, E.2007/19-63, K.2007/52; <https://kazanci.com.tr/> Zayıf durumdaki kişileri koruyan hükümlerin başında kişilik haklarına ve ahlâka aykırı sözleşmelerin kesin geçersiz olacağına ilişkin hükümler ve gabin hükmünün yer aldığı ve iş hukukunda ibra sözleşmelerini geçersiz kılan en önemli nedenlerden birinin aşırı yararlanma olduğu yönünde bkz. Yarg. 21. H.D., 19.04.2016, E.2015/13528, K.2016/6953, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁷¹¹ SCHAUB/ LINCK, §34, Rn.13.

¹⁷¹² BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.21, Rn.5; EREN, s.470; İNAN, Borçlar Hukuku, s.206; KOCAYUSUFPİŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.485; ACABEY, s.130; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararlarında orantısızlıktan bahsedebilmek için, ivazlar arasında en az yüzde yirmi beşten fazla bir fark olması gerektiğini ifade etmiş ve farkın yüzde elli ve daha fazla olması hâlinde ise açık bir orantısızlık olduğunun kesin olarak söylenebileceğini belirtmiştir. Yarg. 1. H.D., 27.12.1976, E.1976/10791, K.1976/12751, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 1. H.D., 19.09.2006, E.2006/6466, K.2006/8887, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷¹³ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.46.

ifade edelim ki, edimin dikkate alınacak değeri sözleşmenin kurulduğu andaki objektif değeri olup subjektif değer yargıları bu konuda dikkate alınmayacaktır¹⁷¹⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli bir kararında¹⁷¹⁵ ilk derece mahkemesi tarafından verilen şirketin ticari müdürünün çalışma saati başına 100 Frank ücret alması kararını böylesi bir ücretin ancak verilen bir hizmetin çok nitelikli ve uzman bir kişi tarafından yerine getirilmesi hâlinde mâkul olarak karşılanabileceğini belirterek onamıştır. Mahkeme bu sonuca aşırı yararlanma müessesesi değerlendirilirken sözleşmenin yapılmasını etkileyen tüm koşulların dikkate alınması gerektiğini belirterek ulaşmıştır.

Edimler arasındaki aşırı oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden meydana gelebilir¹⁷¹⁶. Düşüncesizlik hâlinde kişi ayırt etme gücüne sahip olmakla beraber yaptığı işlemin olası sonuçlarını dikkate almaksızın, düşüncesizce, özensiz ve rahat davranmaktadır¹⁷¹⁷. Deneyimsizlik kişinin yaş küçüklüğü, tecrübe eksikliği yahut sözleşmeye konu olan husus hakkında bilgi eksikliğinin bulunması hâllerinde gerçekleşebilir¹⁷¹⁸. Bir işçinin ücret düzenlemesinin avantaj ve dezavantajlarını mâkul bir şekilde değerlendirememesi, bazı durumlarda bu kişinin muhakeme yeteneğindeki eksikliği de akla getirebilir¹⁷¹⁹.

Önemle ifade edelim ki, karşı tarafta zarar görenin zayıf hâlinin bilinmesi (bilme unsuru) ve bundan yararlanma isteği (isteme) birlikte bulunmalıdır¹⁷²⁰. Aşırı yararlanma için aranan üçüncü koşul sömürme kastıdır. Zarar görenin sözünü ettiğimiz hâllerden birinin sömürülmesi sonucu sözleşme imzalanmalıdır¹⁷²¹. Bu da ilk bölümde de ifade ettiğimiz gibi¹⁷²² aşırı yararlanmanın subjektif unsurunu oluşturmaktadır. Zor durumda kalma hâli ekonomik açıdan

¹⁷¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141; ACABEY, s.113; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.486; EREN, s.470; HUGUENIN, OR, Rn.456; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.21, Rn.6; ÇAKIRCA, s.144; ASLAN, s.75.

¹⁷¹⁵ BGE 92 II 171-175, <https://www.swisslex.ch/de/>

¹⁷¹⁶ BGE 92 II 171-175, <https://www.swisslex.ch/de/>

¹⁷¹⁷ ACABEY, s.114; OKUMUŞ, s.125; KALKAN, s.126.

¹⁷¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.463; OKUMUŞ, s.129; EREN, s.473; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.488; AKINTÜRK/ATEŞ, s.69; KALKAN, s.128; ÇAKIRCA, s.162.

¹⁷¹⁹ SCHAUB/ LINCK, §34, Rn.12a.

¹⁷²⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.463; EREN, s.474; ACABEY, s.115; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.142.

¹⁷²¹ Öğretide sömürme bilincinin varlığı konusu tartışmalıdır. *Kalkan* sömürme bilincinin iptal yaptırımının değil culpa in contrahendo kusur sorumluluğunun şartı olduğunu savunmaktadır. KALKAN, s.129.

¹⁷²² Bu konuda açıklamalar için bkz. I. Bölüm, II, B, 6, b.

darda olma sebebi ile olabileceği gibi, psikolojik sebeple de olabilir¹⁷²³. Bu durumda kişi içinde bulunduğu zor durumdan kurtulabilmek için sözleşmede öngörülen orantısız koşulları kabul etmek zorunda olmalıdır¹⁷²⁴. Bir kişi ciddi bir sıkıntı içindeyse ve bu nedenle aşırı yararlanma sonucunu doğuran sözleşme ona "daha az zarar verici" nitelikte görünüyorsa o kişinin zor durumda kalmasından bahsedebiliriz¹⁷²⁵. Bu durum özellikle çalışma veya oturma izni bulunmayan yabancıların çalıştırılmasında gündeme gelebilir¹⁷²⁶. Yine belirtelim ki bir kişinin iş arıyor olması her zaman onun zor durumda olduğu anlamına gelmez.

Borcunu ödeyemeyen borçlunun çok düşük ücretle ve ağır şartlar altında alacaklı tarafından çalıştırılması durumunda müzayaka (zor durumda bulunma) hâinden bahsedilebilir¹⁷²⁷. Üst düzeyde bir yöneticinin çok düşük ücretle çalışmayı zor durumda bulunması sebebiyle kabul etmesi¹⁷²⁸ yahut ameliyat veya hastalığının tedavisi için acil paraya ihtiyacı olan bir işçinin iş piyasasındaki emsal işçiye oranla çok düşük bir ücretle çalışması durumunda da kişinin zorda kalma hâinden yararlanma gündeme gelebilir. Daha evvel ifade ettiğimiz gibi zor durumda kalma hâli ruhsal, ailevî yahut politik sebeplerden kaynaklanabilir¹⁷²⁹. Savaşta kaçarak Türkiye'ye gelen Suriyelilerin /yabancıların siyasi sebeplerle zor durumda olmasından, maddi ve manevî zorda olmalarından faydalanarak çok düşük ücretlerle çalıştırılmaları durumunda da aşırı yararlanmanın varlığından bahsedilebilecektir¹⁷³⁰.

İfade edelim ki, işverenin zorda kalması sebebi ile niteliksiz bir işçiyi çok yüksek ücretle çalıştırması örneğinde olduğu gibi işveren açısından da kimi zaman aşırı yararlanma gündeme gelebilir¹⁷³¹.

Alman Hukuku'nda §138 BGB hükmünün ilk fıkrasında ahlâka aykırı olan sözleşmelerin geçersizliğinden bahsedildikten sonra maddenin ikinci fıkrasında kişinin zor durumu,

¹⁷²³ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141 vd.; EREN, s.471; ACABEY, s.114; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.489. Ayrıca bkz. VON TUHR/PETER, s.344.

¹⁷²⁴ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.298. YHGK., 22.11.2018, E. 2017/13-636, K. 2018/1762, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷²⁵ SCHAUB/ LINCK, §34, Rn.12a.

¹⁷²⁶ SCHAUB/ LINCK, §34, Rn.12a.

¹⁷²⁷ VISCHER/MÜLLER, §9, Rn.59; İNAN, Borçlar Hukuku, s.208; KALKAN, s.123.

¹⁷²⁸ TAŞKENT, *İptal*, s.181.

¹⁷²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.141 vd.; EREN, s.471; ACABEY, s.114; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.489; ÇAKIRCA, s.153. İsviçre Hukuku için ayrıca bkz. VON TUHR/PETER, s.344; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.19/20, Rn.11; BK-KRAMER, Art.19-20 OR, Rn.36; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.737.

¹⁷³⁰ ÇAKIRCA, s.153.

¹⁷³¹ Asgari ücret göz önüne alındığında düşük ücretle çalışan vasıfsız işçi bakımından aşırı yararlanma söz konusu olmaz iken, vasıflı işçi bakımından asgari ücretin varlığının somut olay bakımından aşırı yararlanmayı akla getirebileceği yönünde bkz. AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.46.

deneyimsizliği, muhakeme eksikliği yahut önemli ölçüde irade zayıflığının sömürülmesi ile maddi menfaat elde edilerek yapılmış yasal işlemlerin de geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Federal Mahkeme bir uyuşmazlıkta, özel durumlar haricinde kararlaştırılan ücretin o alandaki emsal ücretin yahut toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ücretin üçte ikisine bile ulaşmaması durumunda bâriz orantısızlık olduğunu kabul etmiştir¹⁷³². §138/2 BGB hükmünde belirtilen sebeplere dayanılarak maddi menfaat sağlama durumu olmasa da işçinin ifa ettiği hizmet ile aldığı ücret arasında bariz bir orantısızlık varsa ve kınanabilir bir tutumun varlığından da bahsedebiliyorsak §138/1 BGB hükmü uyarınca sözleşme yine ahlâka aykırı olarak nitelendirilebilir (*wucherähnliche Rechtsgeschäfte*)¹⁷³³. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi¹⁷³⁴, Alman Hukuku'nda aşırı yararlanma (gabin) özel olarak düzenlenmemiş, ahlâka aykırı işlemler (*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*) başlığı altında ele alınmıştır (§138/2 BGB). Federal İş Mahkemesi tarafından da işçinin zor durumundan, deneyimsizliğinden, muhakeme eksikliğinden yahut ciddi irade zayıflığından yararlanılarak kurulan bir sözleşmede işçinin yaptığı iş ile aldığı ücret arasında bâriz bir uyumsuzluğun olması durumu ahlâka aykırı olarak nitelendirilmiştir¹⁷³⁵.

Alman Hukuku'nda bu durum "*Lohnwucher: ücret tefeciliği*" olarak ifade edilmektedir¹⁷³⁶. Yargı kararları ve öğretiye göre, §138/2 BGB hükmünde yer alan söz konusu şartlar olmasa bile ücret ile yapılan iş arasında bariz bir orantısızlık varsa kınanabilir bir tutumun (*verwerfliche Gesinnung*) varlığından bahsedebiliriz¹⁷³⁷. Federal İş Mahkemesi içtihadına göre, bir işin nesnel değeri, bedelin değerinin en az iki katı ise bu durum söz konusudur¹⁷³⁸. Bu hâlde Alman Hukuku'na göre sözleşmenin kurulma anında edimlerin piyasa değerleri arasında yaklaşık iki

¹⁷³² BGH 22.04.1997- I StR 701/96, (Vorinstanz: LG Passau), NZA 21/1997, s.1167 vd.; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.100. BAG 17.10.2012 – 5 AZR 792/11 (Vorinstanz: LAG Hamm, Urt. v. 17.08.2011- 3 Sa 809/11), NZA 5/2013, s.266 vd. BAG, Urt. v. 22.04.2009 – 5 AZR 436/08 (Vorinstanz: LAG Hamburg, Urt. v. 17.04.2008 – 1 Sa 10/07), NZA 15/2009, s.837. Söz konusu karar ilişkin ayrıca bkz. **RIEBLE/PICKER**, s.183; LAG Hamm 18.03.2009, 6 Sa1372/08, BB 2009, 893, **DORNBUSCH/KRUMBİEGEL/LÖWISCH**, AR-Kommentar, §138 BGB, Rn.1, s.1049. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **PREIS/TEMMING**, Rn.1292; **KAMANABROU**, Rn.777.

¹⁷³³ **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.100.

¹⁷³⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 6, a.

¹⁷³⁵ BAG 21.06.2000 – 5 AZR 806/98 (Vorinstanz: LAG Niedersachsen, Urt. v. 25.08.1998- 13 Sa 2362/97), NZA, Heft19, 2000, s.1050 vd.; HWK/THÜSING, §611a BGB, Rn.225; **KAMANABROU**, Rn.777.

¹⁷³⁶ Bu kavram için bkz. STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.244; SCHAUB/LINCK, §34, Rn.6 vd.; **KAMANABROU**, Rn.777; MüKoBGB/ARMBRÜSTER, §138 BGB, Rn.272; **SCHMID/TRENK HINTERBERGER**, §2 III 3, s.31.

¹⁷³⁷ BGH 13.11.2014 – IX ZR 267/13, NJW 15/2015, 1093 vd.; BAG 22.04.2009 – 5 AZR 436/08, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 130. Band, 2010, s.338 vd. – AP Nr. 64 zu §138 BGB. **KAMANABROU**, Rn.778.

¹⁷³⁸ BAG 19.08.2015 – 5 AZR 500/14, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 152. Band, 2016, s.228 vd.; BAG 16.02.2012 – 5 AZR 268/11 – AP Nr. 66 zu §138 BGB. **KAMANABROU**, Rn.778.

kata varacak şekilde bir fark var ise, aşırı orantısızlığın varlığı kabul edilebilecektir¹⁷³⁹. Yine ifade edelim ki, Alman Hukuku'na göre de zor durumda kalan kişi sözleşmenin tarafı olan yani sömürülen kişi olabileceği gibi onun yakınları da olabilir¹⁷⁴⁰.

B. İş Sözleşmesinde Aşırı Yararlanmanın Hukuki Yaptırımı

Türk Borçlar Kanunu m.28 hükmü uyarınca; *“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir orantısızlık varsa, bu orantısızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini isteyebilir”*. Buna göre zarar gören sözleşmeyi iptal yahut edimler arasındaki açık orantısızlığın giderilmesi şeklinde iki seçimlik hakka sahiptir. Zarar gören tarafından tercih edilen seçimlik hakkın kullanılması somut olayın bütün özellikleri dikkate alındığında hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyor ise zarar görenin söz konusu seçimlik hakkı kullanmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁴¹.

İptal hakkı karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı irade beyanıyla kullanılır ve bu hakkın kullanılması herhangi bir şekil şartına tâbi değildir¹⁷⁴². Bu hakkın dava yoluyla ileri sürülmesi gerekmez¹⁷⁴³. Zarar gören sözleşmeyi iptal hakkını kullanınca sözleşme kural olarak baştan itibaren geçersiz olacak ve edimlerin iadesi gerekecektir. Fakat daha sonra da ifade edeceğimiz üzere¹⁷⁴⁴ sürekli borç içeren sözleşmeler bakımından iptalin geriye doğru hüküm ve sonuç doğurması bu sözleşmelerin yapısına uygun düşmeyecektir. Bu nedenle iş sözleşmesinin aşırı yararlanma sebebi ile iptalinin istenmesi durumunda sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz olacak, edimlerin iadesi istenemeyecektir. Fakat bu durum TBK m.28/1 hükmünde tanınan ve diğer seçimlik hak olan edimlerin dengelenmesi kurumuna başvurulmasına engel teşkil etmemelidir. Öğretide de kanımızca isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere, her ne kadar aşırı yararlanmaya mâruz kalan kişi sözleşmeyi iptal yahut edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesi şeklinde iki seçimlik hakkı aynı anda isteyemeyecekse de

¹⁷³⁹ STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.244; SCHAUB/LINCK, §34, Rn.7 vd.; KAMANABROU, Rn.778.

¹⁷⁴⁰ MüKoBGB/ARMBRÜSTER, §138 BGB, Rn.273; STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.278.

¹⁷⁴¹ ACABEY, s.117; SARI, s.1037; OKUMUŞ, s.157.

¹⁷⁴² OKUMUŞ, s.167; KALKAN, s.145.

¹⁷⁴³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.466; OKUMUŞ, s.167; KALKAN, s.145.

¹⁷⁴⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, D.

bunun istinası sürekli edimin ifasına başlanmış sürekli borç ilişkileridir¹⁷⁴⁵. Bu durumda iptal anına kadarki süreçte ifa edilmiş edimler açısından edimlerin dengelenmesi yoluna gidilebilmeli ve aşırı yararlanma teşkil eden hükümler geçersiz sayılmalıdır.¹⁷⁴⁶ Söz konusu hâlde zarar gören bakımından seçimlik hakların ikisi de uygulama alanı bulur¹⁷⁴⁷. Bu durumda iptal hakkının ileriye etkili olması iptal hakkının etkisini doğurmaya başladığı andan önceki dönem için sözleşmenin aynen geçerli olacağı anlamına gelmemelidir¹⁷⁴⁸.

Zarar görenin sözleşmenin iptalini istemek yerine edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı da tıpkı iptal hakkı gibi yenilik doğuran bir haktır¹⁷⁴⁹. İptal hakkının hukuki niteliği *bozucu yenilik doğuran* hak iken, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi hakkı ise *değiştirici yenilik doğuran* haktır. Edimler arasında orantısızlığın tespiti konusunda ise emsal ücret araştırması yapılması gerekecektir¹⁷⁵⁰. Emsal ücret araştırmasına yönelik olarak Yargıtay'ın da belirttiği üzere¹⁷⁵¹, işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilmelidir.

İfade edelim ki aşırı yararlanma durumunda işçi tarafından edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini isteme hakkının kullanılmasından sonra işveren TBK m.27/2 hükmünü ileri sürerek söz konusu durumu bilse idi edimler arasında orantı bulunan sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremez. Zira aksinin kabulü kanun tarafından sağlanan bir hakkı etkisiz hâle getirecektir¹⁷⁵².

Zarar görenin söz konusu seçimlik hakları hangi süre içinde kullanabileceği TBK m. 28/2 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre; “Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir”. Öğretide söz konusu süreler uzunluğu sebebi ile kimi yazarlarca haklı olarak

¹⁷⁴⁵ SARI, s.1037

¹⁷⁴⁶ SARI, s.1037; ÇAKIRCA, s.199. Ayrıca bkz. OKUMUŞ, s.172, dn. 113.

¹⁷⁴⁷ SARI, s.1037.

¹⁷⁴⁸ SARI, s.1037.

¹⁷⁴⁹ SARI, 1036; ÇAKIRCA, s.223; OKUMUŞ, s.175; ACABEY, s.116; BUZ Vedat, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması İsviçre Federal Mahkemesi’nin 26.06.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd.) Üzerinde Düşünceler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C. XIX, Sayı 4, Aralık 1998, s.68.

¹⁷⁵⁰ İş sözleşmelerinde emsal ücrete göre değerlendirme yapılması gerektiği hakkında bkz. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art.21, Rn.6; ÇAKIRCA, s.146. Ayrıca bkz. ÖZKAYA, s.34.

¹⁷⁵¹ Yarg. 9. H.D., 11.05.2016, E.2016/14046, K.2016/11754; Yarg. 9. H.D., 20.12.2022, E.2022/11231, K.2022/17184, kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷⁵² SARI, s.1038; ACABEY, s.119; KALKAN, s.154; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.498.

eleştirilmiştir¹⁷⁵³. Kanımızca özellikle iş sözleşmeleri gibi taraflar arasında güven ilişkisinin büyük öneme sahip olduğu sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından hakkaniyete uygun bir düşünme süresi sonrasında söz konusu hakkını kullanılmadığı takdirde artık sözleşmenin iptali istenememelidir¹⁷⁵⁴. Aksinin kabulü dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve bu durum TMK m.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır. Bu bağlamda örneğin işçi zor durumda kalması sebebi ile iş sözleşmesi imzalamış ise bu durumun ortadan kalkmasından itibaren kendisine sözleşmenin iptali için bir yıllık süre tanınması mümkün olmamalıdır. Dürüstlük kuralı gereği mâkul sayılabilecek bir süre içinde düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak kanımızca iki haftalık gibi bir süre içinde sözleşme iptal edilmezse geçerli olarak devam etmelidir.

Yine ifade edelim ki, her ne kadar TBK m.28’de, irade bozukluğunun giderilmesine ilişkin düzenleme içeren TBK m.39 hükmünün aksine, zarar görenin tazminat talep hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da bu durum aşırı yararlanmanın varlığı hâlinde de zarar görenin tazminat talep hakkını ortadan kaldırmamalıdır¹⁷⁵⁵. Bu durumda dürüstlük kuralından kaynaklanan culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelecek ve olumsuz (menfi) zararın tazmini talep edilebilecektir¹⁷⁵⁶.

Bu noktada belirtelim ki, Türk Hukuku’ndan farklı olarak, Alman Hukuku’nda ahlâka aykırılık üst başlığı altına incelenen aşırı yararlanma durumunda uygulanacak yaptırımın açıkça hukuki işlemin geçersizliği olacağı ifade edilmektedir (§138/2 BGB).

¹⁷⁵³ CANİKLİOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.267; ACABEY, s.121.

¹⁷⁵⁴ İşçinin nitelikleri konusunda yanılmanın farkında olan işverenin, bir yıllık süre içinde sözleşmeyi iptal hakkı bulunduğunu gerekçe göstererek bu hakkını çok sonra kullanması durumunda iptal hakkının düştüğünün kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. CANİKLİOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.267.

¹⁷⁵⁵ ÇAKIRCA, s.224; OKUMUŞ, s.187; ACABEY, s.118; SARI, s.1034.

¹⁷⁵⁶ ÇAKIRCA, s.225; OKUMUŞ, s.187; ACABEY, s.118; SARI, s.1034.

VII. İş Sözleşmesinin Şekli

A. Şekil Serbestisi ve Sınırları

İş sözleşmesi kanunda aksi belirtilmediği sürece özel bir şekle tâbi olmadan yapılabilir (İş K. m.8/1). Türk Borçlar Kanunu'nun 394. madde hükmünde de benzer bir şekilde kanunda aksine bir hüküm olmadıkça iş sözleşmesinin (Kanun'un ifadesi ile hizmet sözleşmesinin) özel bir şekle tâbi olmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla hukukumuzda göre iş sözleşmesi sözlü olarak yahut zımnen (örneğin faaliyete başlanması ile) dâhi kurulabilir.

Her ne kadar kural şekil serbestisi olsa da kanun yahut toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılacağı öngörülmüş ise o takdirde bu şarta uyulması gerekir¹⁷⁵⁷. Şekil zorunluluğu hukukî işlemlerin kesin, şeffaf ve belirli niteliğe kavuşmasına hizmet ettiği için hukuk güvenliği açısından önem arz ettiği gibi, bu yönü itibariyle aynı zamanda genel menfaate de hizmet eder¹⁷⁵⁸.

Alman Hukuku açısından da iş sözleşmesinin imzalanması kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi değildir¹⁷⁵⁹. Bu kural yasal ifadesini, ticaret düzenlemelerine ilişkin §105 GewO (*Gewerbeordnung*: Ticaret ve Sanayi Düzenleme Kanunu) hükmünün ilk cümlesinde bulmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, işverenler ve çalışanlar -emredici hükümler, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi yahut "*Betriebsvereinbarung*" adı verilen işçi temsilcileri kurulu ile işveren arasında imzalanan işyeri sözleşmesinde yer alan hükümlerde aksi belirtilmedikçe- iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve şekli konusunda serbestliye sahiptirler. Bu bakımdan herhangi bir itiraz ileri sürmeden bir şirkette çalışmaya başlama örneğinde olduğu gibi eylemli bir şekilde de iş sözleşmesi kurulabilir¹⁷⁶⁰. Kanun koyucu iş sözleşmesinin akdedilmesini zorlaştırmamak amacıyla şekil konusunda tarafları özgür bırakmıştır¹⁷⁶¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ücret miktarının iş sözleşmesinde belirtilmemiş olması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁷ Kanunla öngörülen şekil şartının toplu iş sözleşmesi hükmü ile kaldırılması mümkün değilse de toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümle şekil şartının ağırlaştırılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanması Alanı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.59.

¹⁷⁵⁸ **ATASOY**, s.201. Ayrıca bkz. **ARSLAN ERTÜRK**, Şekil, s.12 vd.

¹⁷⁵⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. **ZÖLLNER/LORITZ/HERGENRÖDER**, s.189; **WALTERMANN**, §9, Rn.168; **SCHAUB/LINCK**, §32, Rn.35.

¹⁷⁶⁰ **JUNKER**, *Arbeitsrecht*, s.98.

¹⁷⁶¹ **JUNKER**, *Arbeitsrecht*, s.98.

¹⁷⁶² **PREIS/TEMMING**, Rn.859; **KAMANABROU**, Rn.741; **KRAUSE**, s.235; **JUNKER**, *Arbeitsrecht*, s.96.

Şekil şartının öngörüldüğü durumlarda da bu şartın kurucu (*konstitutives Formerfordernis*) mu yoksa açıklayıcı (*deklaratorisches Formerfordernis*) mı olduğunun tespiti önemlidir. Zira kurucu nitelikte olan bir şartın yokluğu sözleşmeyi geçersiz kılarken açıklayıcı nitelikteki bir şekil şartın yokluğu hukuk güvenliğine hizmet eder, ama sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını engellemez¹⁷⁶³.

İsviçre Hukuku'nda da kanunda aksi öngörülmedikçe bireysel iş sözleşmesi şekil özgürlüğüne (*Formfreiheit*) tâbidir (Art. 320 Abs.1 OR). Bununla birlikte birçok durumda hukuki güvenliğin sağlanmasının yanı sıra işçiyi korumak için İsviçre Hukuku'nda iş sözleşmesi açısından yazılı şekil şartı öngörülmüştür.

1. Yazılı Yapılması Zorunlu İş Sözleşmeleri

İş Kanunu'nun m.8/1'de şekil serbestisini kabul eden kanun koyucu, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise buna istisna hükmü getirerek, süresi bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı yapılmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Böylece belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğunu süresinin bir yıl ya da daha fazla olmasına bağlamıştır. Buna karşılık

Kanun 11. maddesinde, belirli süreli iş sözleşmesini tanımladıktan sonra herhangi bir süreden söz etmeksizin bu sözleşmelerin yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada yukarıda sözünü ettiğimiz İş K. m.8/2 ile m.11 arasında çelişki ortaya çıkmıştır. Gerçekten Kanun'un 11. maddesini esas aldığımızda süresi ne olursa olsun tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekirken, m.8/2 hükmüne göre ise süresi bir yıl veya daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekmektedir.

¹⁷⁶³ PREIS/TEMMING, Rn.864.

Öğretide bir görüş süresi ne olursa olsun belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁷⁶⁴. Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca¹⁷⁶⁵, kuralı 11. maddeyi esas alarak yorumladığımız takdirde süresi bir yıl veya daha fazla olan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiğine ilişkin 8. madde hükmü ile daha sonra değineceğimiz ve süresi bir ayı geçmeyen belirsiz süreli iş sözleşmelerinde yazılı belge verme zorunluluğunun uygulanmayacağını öngören m.8/3 hükümleri işlevsiz kalacağından, şekle ilişkin daha özel bir düzenleme öngörmüş olan m.8/2 hükmü çerçevesinde yorum yapmak isabetli olacaktır¹⁷⁶⁶. Kanun'un aynı sorunu farklı biçimlerde çözümleyen hükümleri mevcut ise çatışma boşluğundan bahsedilecek ve hâkimin de bu boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurması gerekecektir¹⁷⁶⁷. Fakat en iyi çözüm kanun değişikliği yapılarak bu çelişkinin ortadan kaldırılması olacaktır¹⁷⁶⁸.

Alman Hukuku'nda §14 TzBfG (*Teilzeit und Befristungsgesetz: Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun*) hükmü, belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi şartlarla yapılabileceğini düzenledikten sonra son fıkrasında (Abs.4) iş sözleşmesinin süreye bağlanmasının yazılı olarak yapılmasını şart koşan ifadeye yer vermektedir. Söz konusu düzenlemeye göre; bir iş sözleşmesinin *belirli süre ile sınırlandırılmasının* geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılmış olması gerekir. Burada iş sözleşmesinin kendisi için değil, süre

¹⁷⁶⁴ EKMEKÇİ/YİĞİT, s.59; GÜZEL Ali/ÖZKARACA Arcüment/UGAN Deniz, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.546; CANIKLIOĞLU Nurşen, "İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk FakülteYayını, Temmuz 2016, s.164; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, C.I, s.238; ARSLAN ERTÜRK, Şekil, s.172; GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s.109. Yazar, İş K. m.11 ile m.8 hükümleri arasındaki çelişkiye dikkat çekerek, belirli süreli iş sözleşmeleri tanımlanırken yazılı şekil unsuruna yer verilmiş olmasına ilişkin hükmün yok sayılamayacağını, süresi bir yıldan kısa olan iş sözleşmeleri bakımından ispat şartı olarak yazılı şekil şartının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Öğretide Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, yazılı şeklin bir geçerlilik şekli olduğunu kabul etmekle birlikte m.8/2 hükmünün sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını emreden bir hüküm olduğunu ve buna aykırılığın geçersizliğe sebep olacağını, buna karşılık m.11/1 hükmünün yazılı sözleşmeden bahsetmekle beraber emredici olmadığını ve bu madde bakımından yazılı şeklin bir ispat şekli olduğunu ifade etmektedir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.542.

¹⁷⁶⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.186; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.126; SÜZEK, İş Hukuku, s.324; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.143; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.117; BAŞBUĞ/BODUR, s.122; UÇUM Mehmet, "Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.6, Haziran 2007, s.41, dn.14; DEMİR, Bireysel İş Hukuku, s.78. Yazar, İş K. m.11 hükmünün "emredici" değil, "yol gösterici" olduğu görüşündedir. Sadece bir yıl ve daha uzun süreli sözleşmeler bakımından yazılı şekil şartını bir ispat şartı olarak kabul etmenin ve bu yönde bir yasa değişikliği yapılmasının doğru olacağı yönünde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.76.

¹⁷⁶⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.186; SÜZEK, İş Hukuku, s.324; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.126; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.538; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.117; GÜVEN/AYDIN, s.142; BAŞBUĞ/BODUR, s.122; UŞAN Fatih/ERDOĞAN Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.86.

¹⁷⁶⁷ SÜZEK, *Geçersizlik*, s.126; SÜZEK, İş Hukuku, s.325.

¹⁷⁶⁸ SÜZEK, *Geçersizlik*, s.126.; SÜZEK, İş Hukuku, s.325; GÜVEN/AYDIN, s.142.

bakımından yazılı şekil şartı getirilmiştir¹⁷⁶⁹. Bu bakımdan söz konusu hüküm şekil serbestliği ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilemez¹⁷⁷⁰.

Yazılı şekil şartı belirli süreli iş sözleşmesinin uzatılması için de geçerlidir¹⁷⁷¹. Yapılan bu sözleşmede, sözleşmenin zamanla sınırlı olduğu, iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceği, söz konusu sürenin hangi amaçla belirlendiği veya hangi olayla söz konusu sözleşmenin sona ereceği belirtilmelidir¹⁷⁷². Buna karşılık belirli süreli iş sözleşmesi için aranan esaslı nedenin yani sürelendirmeye esas teşkil eden nedenin sözleşmede belirtilmesine gerek yoktur¹⁷⁷³.

İş Kanunu'nda çağrı üzerine çalışma sözleşmesinin (m.14/1), uzaktan çalışma sözleşmesinin (m.14/4), geçici ilişkisi kapsamında yapılması gereken sözleşmelerin (m.7/11), takım sözleşmesinin (m.16/2) ve ayrıca ondört yaşını doldurmamış çocuklarla sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışmak üzere yapılacak iş sözleşmesinin (m.71/11) yazılı yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in m.12,c hükmü uyarınca ise; çocuk veya genç işçileri çalıştıracak işveren çocuk veya genç işçinin velisi ya da vasisi ile yazılı iş sözleşmesi yapmak zorundadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere¹⁷⁷⁴ kanaatimizce bu hüküm gerek çocuk ya da genç işçiler adına sözleşmeleri mutlaka yasal temsilcilerinin yapmasının gerekip gerekmediği gerekse yapılacak sözleşmenin yazılı olup olmaması¹⁷⁷⁵ yönünden eleştiriye açıktır. Ekleyelim ki, 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu m.9/1 hükmü uyarınca bu sözleşmelerin de yazılı yapılması zorunludur.

Öğretide şekil serbestisine getirilen kısıtlamaların zayıf tarafın korunması ilkesi bağlamında kamu düzeni kavramı ile ilişkili olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁷⁶. Getirilen şekil şartları ile ekonomik,

¹⁷⁶⁹ KAMANABROU, Rn.744; PREIS/TEMMING, Rn.868; KRAUSE, s.342; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, §611, Rn.31 vd.; DOĞAN YENİSEY, s. 33; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s.102; ARSLAN ERTÜRK, Şekil, s.162; GÜZEL/ÖZKARACA/UGAN, s.515. Ayrıca bkz. BAG, Urt. v. 23.06.2004 – 7 AZR 636/03 (Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Urt. v. 18.09.2003 – 15 Sa 103/03) NZA Heft 23, 2004, s.1333.

¹⁷⁷⁰ JUNKER, Arbeitsrecht, s.98.

¹⁷⁷¹ KRAUSE, s.342. BAG, Urt. v. 13.06.2007 – 7 AZR 700/06 (Vorinstanz: LAG Hamm, Urt. v. 09.05.2006 – 19 Sa 2043/05), NZA Heft 2/2008, s.108.

¹⁷⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s.102 vd.; ARSLAN ERTÜRK, Şekil, s.162. SCHAUB/KOCH, §38, Rn.52 vd.; BAG, Urt. v. 21.12.2005 – 7 AZR 541/04 (Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.08.2004 – 9 Sa 142/04), NZA, Heft 6/2006, s.321.

¹⁷⁷³ KRAUSE, s.342; SCHAUB/KOCH, §38, Rn.52 vd.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s.103; ARSLAN ERTÜRK, Şekil, s.162.

¹⁷⁷⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, a, aa.

¹⁷⁷⁵ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, VII, B.

¹⁷⁷⁶ ATASOY, s.201.

psikolojik yahut sosyal açıdan zayıf konumda olan tarafın erken ve acele karar vermesinin engellenmesinin amaçlandığı, aynı zamanda işlem güvenliğinin de sağlanarak genel menfaatinin korunduğu belirtilmektedir¹⁷⁷⁷.

2. Yazılı Yapılması Zorunlu Olmayan İş Sözleşmelerinde İşverenin Yazılı Belge Verme Yükümlülüğü

Kanunda şekil serbestisi esas olmakla beraber, İş Kanunu m.8/3 hükmü uyarınca; yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih hâlinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür.

Kanunda ayrıca süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi gerekmektedir.

B. İş Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

İş hukukunda iş sözleşmesinin yazılı yapılmasının gerekmesine rağmen bu kurala uyulmamasının yaptırımı konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre¹⁷⁷⁸, bu sözleşmelerde yazılı şekil koşulu bir ispat koşuludur. Bu görüşe göre şekil şartı işçiyi korumak için getirilmiş olup, bu görüşü benimsemek işçiyi koruma amacına daha uygundur. Diğer bir görüşe göre¹⁷⁷⁹, bu şekil koşuluna uyulmamasının yaptırımı geçersizliktir.

¹⁷⁷⁷ ATASOY, s.201.

¹⁷⁷⁸ ŞAKAR, s.65; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.109; İZVEREN, s.103; DEMİR, Bireysel İş Hukuku, s.64; ÇİFTÇİ Osman, "İş Hukuku Sözleşmelerinde Şekle Uymamanın Hüküm ve Sonuçları", Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2020, 8 (1), s.263; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.118 vd.; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s. 441. Yazar özel okul öğretmenleri ile yapılan sözleşmeler haricinde şekil şartının geçerlilik koşulu olmadığı görüşündedir. Ayrıca bkz. ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.253.

¹⁷⁷⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.325; SÜZEK, Geçersizlik, s.127; SÜZEK, Hukuka Aykırılık, s.65; SAYMEN, İş Hukuku, s.474; ESENER, İş Hukuku, s.150; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.148; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.192; AVCI, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.1409 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.85; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.58; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.201; TUNÇOMAĞ, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.123 vd.; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s.92; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s. 107 vd. Yazar yazılı şekil koşulunu geçerlilik koşulu olarak kabul etmekle beraber süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından öngörülen şekil şartına uymamanın yaptırımı olarak ise belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğini kabul etmektedir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.542 vd. Yazarlar yazılı şekil şartını esasen geçerlilik koşulu olarak kabul etmekle beraber emredici olmayan kurallar bakımından (belirli süresi bir yıldan az iş sözleşmeleri, belirli süreli olup da süresi bir yıl ve daha fazla olanlar hariç olmak üzere çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri) bakımından yazılılığı geçerlilik koşulu olarak görmemektedir. Yazarlar ayrıca iş sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılmasının toplu iş sözleşmesi hükmü olarak öngörüldüğü durumlarda bu şeklin geçerlilik

Öğretide *Arslan Ertürk*¹⁷⁸⁰, İş Kanunlarında sözleşmenin şekline ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin, amaçlarına göre sınıflandırılabilceği ve ispat yahut geçerlilik koşulu bakımından kanunun öngördüğü her bir şekil kuralının ayrı ayrı değerdendirilmesi gerektiği görüşündedir.

Akyiğit, özel okul öğretmen ve yöneticilerine yönelik olanlar dışında yazılı şeklin geçerlilik şekli olmadığı görüşündedir¹⁷⁸¹. Öğretide ayrıca Avrupa Birliği ülkelerinin birçoğunda benimsenmiş olan yazılı şekilde yapılması gerekirken buna uygun olarak yapılmayan belirli süreli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁷⁸².

Ekmekçi/Yiğit, iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartının sözleşmenin varlığı için değil, türünün belirlenmesi için arandığı kanaatindedir. Bu bağlamda kanunun yazılı olarak yapılmasını şart koyduğu iş sözleşmesi yazılı yapılmadığı takdirde varlığını koruyacak, ancak belirli süreli ya da o türde yapılmamış olacaktır. Bu doğrultuda örneğin, yazılı olarak yapılması öngörülen çağrı üzerine çalışma esasına dayalı kısmi süreli iş sözleşmeleri bakımından yazılı şekil şartına uyulmaması durumunda, belirsiz ve tam süreli bir sözleşmeden söz edilecektir. Yazarlar, yazılı şekilde yapılması gereken belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da bu şarta uyulmadığı takdirde, yazılı yapılma koşulu sadece sözleşmenin belirli süreli olmasına ilişkin olduğu için, sözleşme geçersiz olmayıp belirsiz süreli yapılmış sayılmalıdır görüşünü benimsemektedirler¹⁷⁸³.

Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, şekle ilişkin hükmün geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesini doğru bulmamaktadırlar¹⁷⁸⁴. Yazarlar, sözleşmenin geçersiz sayılması hâlinde, bu geçersizlik iş sözleşmeleri bakımından ileriye etkili de olsa, işçi açısından olumsuz sonuçlar

koşulu olduğu kabul edilerek aksinin de ileri sürülemeyeceğini belirtmektedirler. Yargıtay'ın çiraklık sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması sebebi ile bir yıl süre ile çalışan küçüğün sözleşmenin geçersiz olması sebebi ile ücrete hak kazanamayacağına ilişkin kararı için bkz. Yarg. 3. H.D., 12.12.1961, E.9036, K.7142, Karar için bkz. **REİSOĞLU**, Hizmet Akdi, s.138.

¹⁷⁸⁰ **ARSLAN ERTÜRK**, Şekil, s.117.

¹⁷⁸¹ **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.118. Toplu iş sözleşmeleri ile getirilen şeklin etkisine de ayrıca değinen yazar bizzat kanunun getirdiği yazılı şeklin geçerlilik şekli olup olmadığının tartışıldığı bir ortamda toplu iş sözleşmeleri ile getirilen şekil şartının geçerlilik koşulu olarak kabulünün mümkün olamayacağını, onun ancak iş sözleşmesinin içeriğinin yazılı hâle getirilmesini sağlama biçiminde ispata dönük bir işlevinin olabileceğini ifade etmektedir. **AKYİĞİT**, Toplu İş Hukuku, s.337.

¹⁷⁸² **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.181; **GÜZEL /ÖZKARACA/UGAN**, s.547; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s.109; **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s.59; **DEMİR**, Bireysel İş Hukuku, s.64. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **ESENER**, İş Hukuku, s.150.

¹⁷⁸³ Konuya ilişkin olarak bkz. **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s.55 vd. Ayrıca bkz. Yarg. 9.H.D., 03.10.2017, 2015/27922, 2017/14778, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁷⁸⁴ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.76.

doğuracaktır. Geçersizliğin ileri sürülmesi bir fesih olarak nitelendirilemeyeceğinden, işveren iş güvencesi hükümlerine uymak zorunda kalmayacak, işçi de kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Buna karşılık öğretide *Süzek* şekle aykırılığın geçerlilik koşulu olduğu görüşündedir. Yazara göre, her ne kadar belirli süreli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesini öngören fikir iş hukukunun temel ilkelerine uygun ve işçiyi daha koruyucu bir yaklaşım olsa da Türk Borçlar Kanunu'nun açık hükmü karşısında başka bir sonuca ulaşmak pek de mümkün görünmemektedir¹⁷⁸⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun m.12/2 hükmü uyarınca; *"Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz"*.

Kanaatimizce iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartının sözleşmenin varlığı için değil, türünün belirlenmesi için arandığı yönündeki görüş isabetlidir. Bu durumda kanunun yazılı olarak yapılmasını şart koyduğu iş sözleşmesi türleri bakımından yazılı şekil şartına uyulmadığı takdirde istenen türde iş sözleşmesi yapılmadığı kabul edilmeli fakat iş sözleşmesi varlığını korumalıdır. Bunun sonucu olarak da yazılı yapılması gerekirken bu şarta uyulmamış olan belirli süreli iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak varlığını muhafaza etmelidir. İfade edelim ki, öğretide her ne kadar iş sözleşmesinin geçersiz sayılması durumunda bunun kişinin işçi sayılmasına engel olmayacağı¹⁷⁸⁶ ve geçersizliğin ileriye etkili olması kuralı doğrultusunda işçi açısından bir kayıp bulunmadığı ifade edilse de geçersizlik yaptırımı bir fesih niteliği taşımadığından işçi feshe bağlı haklarından¹⁷⁸⁷ mahrum kalacaktır. Bu nedenle ileriye etkili geçersizlik yaptırımı da esasen kimi zaman işçiyi korumaktan uzaktır. Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen, *"kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil şartının kural olarak geçerlilik şekli olarak kabul edileceği"* yönündeki m.12/2 düzenlemesinin de iş hukukunun işçiyi koruma amacına ters düştüğünü söyleyebiliriz. Geçersizlik yaptırımı işçi için ağır sonuçlara sebebiyet vereceği için sözleşme mümkün olduğunca ayakta tutulmalıdır görüşündeyiz.

İş sözleşmesinde şekle ilişkin olarak üzerinde durulması gereken başka bir düzenleme Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.12,c hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca, işveren çocuk yahut genç işçi çalıştıracaksa mutlaka bunların

¹⁷⁸⁵ SÜZEK, *Geçersizlik*, 127 vd.; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.325 vd.

¹⁷⁸⁶ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.85.

¹⁷⁸⁷ Kıdem tazminatı için konunun ayrıca ele alınması gerektiği görüşündeyiz. Görüşümüzü üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ifade etmekteyiz. Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, E, 5.

velisi yahut vasisi ile sözleşme yapmak zorundadır ve bu sözleşme yazılı olarak yapılmalıdır. Yönetmeliğin bu hükmü öğretide tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe¹⁷⁸⁸ göre bu hüküm bir geçerlilik koşulu öngörmektedir ve bu hükme aykırı olarak yapılan iş sözleşmeleri geçersiz olur. Diğer bir görüşe göre ise¹⁷⁸⁹, söz konusu şart bir geçerlilik koşulu değil ispat koşuludur. Dolayısıyla bu şarta uyulmadan yapılan bir sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez.

İş Kanunu m.71 hükmünde on dört yaşını doldurmamış çocukların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlâki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilecekleri düzenlenmiştir. Bu nedenle kanaatimizce on dört yaşından büyük bir kimse ile iş sözleşmesi yapılacaksa ve bu sözleşme kanunla özellikle yazılı yapılması zorunlu olduğu belirtilmiş bir sözleşme türü değilse bunun yazılı yapılması gerekmez. Çünkü kanunda öngörülmemiş bir şekil şartı yönetmelikle getirilemez. Bu nedenle yapılacak bir yasal düzenleme ile çocuk ve genç işçiyi korumak için getirilmiş bu hükmün yönetmelik yerine kanunla düzenlenmesi isabetli olacaktır. On dört yaşından küçüklerle yapılacak sözleşmeler açısından öngörülen yazınlık şartının ise geçerlilik değil ispat şartı olarak değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Yazınlık unsurunun gerçekleşmemesi sebebi ile sözleşmeyi geçersiz saymak küçüğü korumayacak ve ileride geçersiz iş sözleşmelerinin hukuki sonuçları başlığı altında ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere¹⁷⁹⁰ hak kaybına sebep olacaktır.

Alman Hukuku'nda belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması durumunda bunun sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucunu doğurmayacağı kabul edilmektedir. §16 TzBfG hükmü uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi belirsiz süre için yapılmış kabul edilir. Yani bu kuralın ihlâli hâlinde iş sözleşmesinin tamamına değil, süresine ilişkin olan kayıt geçersiz olmaktadır¹⁷⁹¹. Bu bağlamda Türk Hukuku'nun aksine Alman Hukuku'nda yazılı şekle uyulmadan yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin geçersiz sayılacağı ve sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir.

Öte yandan Alman Hukuku'nda her ne kadar iş sözleşmesinin yapılması bakımından kural olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olsa da toplu iş sözleşmeleri genellikle iş

¹⁷⁸⁸ URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, 213; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.498; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, *Çocuk ve Genç İşçi*, s.525.

¹⁷⁸⁹ BAKIRCI, s.161; SEÇER, s.1437; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/ FIRAT ŞİMŞEK, s.102.

¹⁷⁹⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz., 3. Bölüm, II, E.

¹⁷⁹¹ KRAUSE, s.142; PREIS/TEMMING, Rn.868; SCHAUB/KOCH, §38, Rn. 57; ARSLAN ERTÜRK, Şekil, s.171; GÜZEL/ÖZKARACA/UGAN, s.516 vd.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, s. 105.

sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiğini şart koşar. *Reichhold*'a göre, bu tür yazılılık şartları sözleşmeler açısından genellikle kurucu nitelik taşıması amacıyla getirilmez, aksine açıklayıcı nitelik taşır¹⁷⁹². Aksinin kabulü asıl amaç olan işçinin korunmasına aykırı olur. Dolayısıyla yazılılık koşulu ileriki dönemde hak taleplerinin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, çalışma koşulları bakımından ispat aracı olarak kullanılmalıdır.

Alman öğretisinde ayrıca, toplu sözleşmede yazılı şekil şartı kurucu şart olarak getirilmişse, bu durumda §125 BGB uyarınca sözleşmenin geçersizliğinin gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.¹⁷⁹³ Açıklayıcı nitelikteki hükümler ile kurucu nitelik taşıyan hükümler farklı anlama gelmektedir. Zira açıklayıcı nitelikte olanlar sadece kanıt işlevi görür ve buna uyulmadan akdedilen sözleşmenin geçerliliğine etki yapmaz¹⁷⁹⁴. Yazılılığa ilişkin hükümlerin hangi niteliğe sahip olduğu ise metnin yorumlanması ile belli olacaktır¹⁷⁹⁵. Öğretide ayrıca kural olarak sözleşmenin tamamını kapsayan yazılı şekil şartına ilişkin bu hükümlerin kurucu nitelik taşımadığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁹⁶. Zira işçinin iş sözleşmesinin geçersizliği tehdidi altında kalmadan mümkün olduğunca en iyi şekilde korunması bu yolla sağlanacaktır.

İş sözleşmelerinde de bazen yazılılığa ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. Bu hükümler genellikle doğal olarak iş sözleşmesinin kurulmasına değil, değiştirilmesine yahut sözleşmeye yeni madde eklenmesine atıfta bulunurlar¹⁷⁹⁷. İş sözleşmesine konulan bu hükümlerin de açıklayıcı yahut kurucu etkisi olabilir¹⁷⁹⁸. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere sözleşmeler bakımından kurucu niteliğe sahip olmayan hükümlerin sözleşmenin sıhhatine etki etmesi de söz konusu olmayacaktır. Toplu sözleşmelerdeki yazılı şekil şartına ilişkin maddelerde olduğu gibi, şartın kurucu mu yahut açıklayıcı mı olduğu o maddenin yorumlanmasıyla açıklığa kavuşturulmalıdır¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹² **REICHOLD**, § Rn.26. Ayrıca bkz. **SCHAUB/ LINCK**, §32, Rn.47.

¹⁷⁹³ **KAMANABROU**, Rn.748; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.98. Ayrıca bkz. BAG 15.11.1957- 1AZR 189/57 (Berlin), NJW Heft 10/1958, s.397.

¹⁷⁹⁴ Şartın açıklayıcı nitelik taşıması sözleşmesinin kurulmasını engellememeli, aksine hukuk güvenliğini sağlamaya hizmet etmelidir. **PREIS/TEMMING**, Rn.864. Ayrıca bkz. **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.98.

¹⁷⁹⁵ **PREIS/TEMMING**, Rn.869; **KAMANABROU**, Rn.748.

¹⁷⁹⁶ **KAMANABROU**, Rn.748; **PREIS/TEMMING**, Rn.869. Ayrıca bkz. BAG v.10.06.1988 – 2 AZR 7/88 (Vorinstanz: LAG Rheinland-Pflaz, Urt. v. 16.11.1987- 9 Sa 662/87), NZA Heft1/1989, s.21.

¹⁷⁹⁷ **KAMANABROU**, Rn.750; **PREIS/TEMMING**, Rn.870; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.98 vd.

¹⁷⁹⁸ **KAMANABROU**, Rn.750; **PREIS/TEMMING**, Rn.870.

¹⁷⁹⁹ **KAMANABROU**, Rn.750; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.99.

Alman öğretisinde ayrıca kurucu niteliğe sahip yazılı şekil hükümlerinin sözleşmeye etkisi bakımından, tek yahut çift (yinelenen) yazılı hüküm ayrımının önemi vurgulanmaktadır¹⁸⁰⁰. *Kamanabrou*, bunu bir örnekle şu şekilde açıklamaktadır: İşçi (B) ile işveren (A) arasında imzalanan sözleşmede, *“İşbu sözleşmedeki tüm değişikliklerin ve sözleşmeye eklenecek hükümlerin yazılı olarak yapılması gerekmektedir”* hükmünün yer aldığı varsayımında işveren (A) ile işçi (B), yılda 5 gün (B)’nin ücretsiz izne ayrılabilceğini sözlü olarak kararlaştırırlarsa sözleşmedeki değişikliklerin yazılı olması gerektiğine ilişkin sözleşme hükmüne rağmen, taraflar arasında sözlü olarak yapılan ücretsiz izin anlaşması geçerlidir. Bu davranışla, sözleşmenin ilgili maddesini taraflar zımnen feshetmiş sayılırlar¹⁸⁰¹. Buna karşılık aynı sözleşmede; *“Bu sözleşmede yapılacak değişiklik ve ilaveler, sözlü yapılmış olsalar dâhi ancak yazılı olarak düzenlenmiş ve her iki tarafça imzalanmış olmaları hâlinde hüküm ifade eder. Bu, aynı zamanda yazılı şekil şartından feragat için de geçerlidir”* hükmü yer alsaydı, zımni fesih riski ortadan kalkmış olacaktı. Alman Federal İş Mahkemesi bizce de isabetli olarak iş sözleşmeleri bakımından bu tür hükümlerin kabul edilemeyeceğine ilişkin şüphelerini ifade ettiği kararında, iş sözleşmelerinin özel yapısına dikkat çekerek, bu hükümlerin işverenlerin işyeri uygulamalarından kaçınmalarına da yol açacağını belirtmiştir¹⁸⁰².

Yine belirtmek gerekir ki, §2 NachwG (*Nachweisgesetz*: İspat kanunu) hükmü uyarınca, İş K. m.8 hükmüne benzer şekilde işveren iş sözleşmesinde kararlaştırılan temel sözleşme koşullarını en geç bir ay içinde yazılı olarak düzenlemek, imzalamak ve çalışanlara teslim etmekle yükümlüdür. Söz konusu belgede nelerin yer alması gerektiği de Kanun’un ilgili maddesinde açıkça belirtilmiştir. Ancak sözünü ettiğimiz Kanun’un 2. maddesi, iş sözleşmeleri bakımından yazılılık şekli öngörmemektedir. Burada ifade edilen, bu belge ile üzerinde anlaşmaya varılan çalışma koşullarının yazılı olarak kanıtlanmış olacağıdır¹⁸⁰³. Bu sayede iş ilişkisinde daha çok güven ve netlik yaratmak amaçlanmıştır¹⁸⁰⁴. İşverenin ispat imkânı sunma yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi, işçiye §§280 Abs. 1,2, 286 BGB bağlamında tazminat talep etme imkânı verir¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰⁰ **KAMANABROU**, Rn.751 vd.

¹⁸⁰¹ Ayrıca bkz. **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.99.

¹⁸⁰² BAG 24.6.2003- 9 AZR 302/2, Der Betrieb, Heft 23/2004, s.1261 vd. Ayrıca bkz. **KAMANABROU**, Rn.753; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.99; **PREIS/TEMMING**, Rn.870.

¹⁸⁰³ **KAMANABROU**, Rn.745.

¹⁸⁰⁴ **PREIS/TEMMING**, Rn.867.

¹⁸⁰⁵ **KAMANABROU**, Rn.746; **PREIS/TEMMING**, Rn.867. Ayrıca bkz. BAG v.17.04.2002 – 5 AZR 89/01 (Vorinstanz: LAG Köln, Urt. v. 06.12.2000 – 3 Sa 1077/00), NZA Heft19/2002, s.1096.

Uygulamada dijital işlemlerin artması üzerine, Alman Hukuku'nda getirilen düzenleme ile, kanunda aksi öngörülmedikçe §126 BGB hükmüne göre yazılı şekil şartı §126a BGB hükmündeki elektronik şekil şartı ile de korunmaktadır¹⁸⁰⁶. Alman Hukuku'nda yazılılık şartının düzenlendiği §126/1 BGB hükmü uyarınca; kanunla yazılı şekil şartının öngörüldüğü durumda belge, düzenleyen tarafından el yazısı ile yazılmalı, şahsen yahut noter tasdikli el işareti ile imzalanmalıdır. 01.08.2001 tarihinde getirilen yasal düzenlemeyle eklenen §126a BGB uyarınca; kanunda aksi belirtilmedikçe yazılı belgenin yerini elektronik belge de alabilir. Bu durumda düzenleyenin adı belgede belirtilmeli ve belge nitelikli/güvenli elektronik imza (*qualifizierte elektronische Signatur*) ile imzalanmalıdır. Ancak Kanun'da yazılılık şartlarının sağlanması bakımından, elektronik belgenin yazılı belge ile eşdeğer kabul edilemeyeceğine ilişkin istisnai hükümlere de yer verilmiştir¹⁸⁰⁷. Örneğin §623 BGB uyarınca; iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesi elektronik belgeler yoluyla gerçekleştirilemeyecektir. Daha önce sözünü ettiğimiz, işverene iş ilişkisinin kurulmasının başlangıcından itibaren en geç 1 ay içinde temel çalışma koşullarını gösteren belgenin yazılı olarak sunulması yükümlülüğü getiren §2 NachwG hükmünde ayrıca esaslı çalışma koşullarının elektronik belgeler yoluyla ispatının mümkün olmayacağı belirtilmiştir.

§126b BGB hükmü de "*Textform*" adı verilen yazılı şekli düzenlemektedir. Söz konusu "metin şekli" yazılı şekil şartını öngörmekle beraber imza şartının aranmadığı bir şekil şartıdır. Bu şekilde hazırlanan bir belge de ancak kanunda izin verildiği durumlarda geçerli kabul edilebilir¹⁸⁰⁸. İşletmenin devrinde iş ilişkisine ilişkin hak ve yükümlülükleri düzenleyen §613a BGB Abs.5 hükmünde, devre ilişkin olarak, çalışanların "*metin şekli (Textform)*" aracılığıyla yani imzaya gerek olmaksızın yazılı belge yoluyla bilgilendirilmesine cevaz verilmektedir. Bu bilgilendirme devrin zamanını yahut planlanan zamanını, devrin sebebini, devrin işçiler açısından sosyal, ekonomik ve hukuksal sonuçları ile devir sebebiyle işçi için öngörülen tedbirlerin neler olduğuna ilişkin olmalıdır.

Yazılılığa ilişkin olarak getirilen bu şartların sözleşmelerin geçerliliği bakımından bir ön şart olduğu söylenemez¹⁸⁰⁹. İşçinin yazılı iş sözleşmesinin düzenlenmesinden bir gün önce bile

¹⁸⁰⁶ PREIS/TEMMING, Rn.865.

¹⁸⁰⁷ PREIS/TEMMING, Rn.865.

¹⁸⁰⁸ PREIS/TEMMING, Rn.865.

¹⁸⁰⁹ PREIS/TEMMING, Rn.866.

sözlü olarak yapılan bir sözleşmeye dayanarak işe başlaması hâlinde de iş sözleşmesi yapılmış demektir¹⁸¹⁰.

C. Şekil Noksanlığının İleri Sürülmesi

Kural olarak taraflarca şekil noksanlığının ileri sürülmesi mümkün olmakla beraber aşağıda üzerinde duracağımız üzere, bazı durumlarda kimi yazarlarca hakkın kötüye kullanımı yasağından hareketle kimi yazarlarca da normun amaca göre yorumlanmasından hareketle sadece sözleşmenin zayıf olan tarafının şekle aykırılık iddiasında bulunabileceği kabul edilmektedir.

Kesin geçersizlik görüşünde olan yazarlar¹⁸¹¹, şekil hükümlerinin amacına göre bir ayrıma gitmeden şekle aykırılık durumunda kesin geçersizlik yaptırımının uygulanacağını, ancak hakkın kötüye kullanımı yasağı ile de geçersizliğin engelleneceğini savunmaktadırlar¹⁸¹². Kendine özgü geçersizliği savunan yazarlar ise¹⁸¹³, şekle aykırı yapılmış sözleşmelerde hükmün anlam ve amacına göre bir yaptırım belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu konuda üçüncü bir görüş ise şekle aykırı sözleşmelerin kesin geçersiz olacağını kabul etmekle beraber, kesin geçersizlik yaptırımında hükmün lafzı ve amacının birbirine uymadığını, amaca uygun sınırlama yapılması, bunun için de öncelikle şekil hükümlerinin getiriliş amacının incelenmesi gerektiğini belirtmektedirler.¹⁸¹⁴ Bunun sonucunda şekil hükmünde örtülü boşluk bulunduğu kabul edilecek, şekil hükmü ile sadece ve doğrudan taraflardan birinin korunması amaçlanmışsa hüküm amaca uygun sınırlanarak geçersizliğe sadece hükümle korunmak istenen tarafın dayanması sağlanacak, şekle aykırı sözleşmenin ifa edilmiş olması durumunda da hakkın kötüye kullanımı yasağına gitmeden amaca uygun sınırlama yöntemi ile çözüm bulunabilecektir¹⁸¹⁵.

¹⁸¹⁰ KRAUSE, s.342.

¹⁸¹¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.102 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.161; ESENER/GÜNDOĞDU, s.186; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.53.

¹⁸¹² TBK m.11/2 hükmündeki "hüküm doğurmaz" ifadesi öğretide çeşitli görüşleri ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

¹⁸¹³ ANTALYA/TOPUZ, s.187; EREN, s.329; OĞUZMAN/BARLAS, s.223, dn.346.

¹⁸¹⁴ Tüm görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.305 vd.

¹⁸¹⁵ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.312. Öğretide *Serozan* somut olay bakımından işlemin yapıldığı gün ile geçersizliğin ileri sürüldüğü gün arasında geçen sürenin uzunluğu, bazı çelişkili davranışların varlığı, ifa edilmiş edimlerin tasfiyesinin ölçüsüz zorluğa sebep olması durumlarında şekle aykırı yapılan işlemin geçerli sayılabileceğini ifade etmektedir. Yazar herhangi bir istisna içermeyen, çok geniş tutulmuş şekil hükmünde örtülü boşluk bulunduğunu kabul etmekle beraber hükmün amaca uygun sınırlanmasının hakkın kötüye kullanımı vasıtasıyla mümkün olacağını ifade etmektedir. SEROZAN, Medeni Hukuk, s.160 vd.

Hakkın kötüye kullanımı yasağından hareket eden yazarlara göre, hukukun her alanında uygulama alanı bulan "hakkın kötüye kullanımı yasağı" kimi zaman şekil eksikliğinin ileri sürülmesine engel teşkil etmektedir. Türk Medeni Kanunu m.2 hükmünde ifade edildiği üzere; *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"*. Hakkın kötüye kullanımından bahsedebilmek için, hukuken tanınmış bir hakkın mevcut olması, bu hakkın açıkça dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması ve bunun sonucunda da başkalarının zarar görmesi yahut zarar görme tehlikesine maruz kalması gerekmektedir¹⁸¹⁶. Hakkın kötüye kullanımı yasağı sebebi ile şekil eksikliğinin ileri sürülememesinin her somut olay bazında değerlendirilmesi gerekirse de şekle aykırılığı ileri süren tarafın şekle uyulması hâlinde korunmaya değer bir menfaatinin bulunmaması, aradan uzun süre geçtikten sonra şekil eksikliğine dayanılması, özellikle işçi işveren ilişkilerinde olduğu gibi taraflardan her ikisinin de şekle aykırılığı bilmesine rağmen taraflardan birinin konumu gereği şekle uyulmasını engellemiş olması, şekle aykırılığı bizzat yaratan ve buna dayanan kişinin aynı olması gibi durumlar bakımından bu eksikliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı sayılabileceği öğretide ifade edilmektedir¹⁸¹⁷. Şekil eksikliği sebebi ile iş sözleşmesine geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği yönündeki görüşler bakımından da işçiye aldatarak şekil eksikliğine yol açan işverenin sözleşmenin geçersizliği iddiası dinlenmeyecek ve tıpkı geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi işçi ifasını talep edebilecektir¹⁸¹⁸.

Yukarıda belirttiğimiz gibi öğretide şekle aykırı bir sözleşmenin ifa edilmesine rağmen geçersizliğin ileri sürülememesinin, hakkın kötüye kullanımı yasağına gitmeden, şekle aykırılığın kesin geçersiz olacağına ilişkin hükümde örtülü boşluk bulunduğu tespit edilerek amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yönteminin uygulanması sonucunda da mümkün olabileceği ifade edilmiştir¹⁸¹⁹. Bu görüşe göre, şekle ilişkin hükmün düzenlenmesindeki amaç tarafların hızlı karar vermesinin önüne geçmek ve tarafları yapacakları hukuki işlemler bakımından düşünmeye sevk etmek olduğundan hükümde öngörülen kesin geçersizlik yaptırımı amaca uygun olarak sınırlandırılabilir. Söz konusu görüşün savunucularından *Akbulut*¹⁸²⁰, hakkın kötüye kullanım yasağına ancak amaca uygun sınırlamanın yeterli olmadığı

¹⁸¹⁶ ÇELİKTAŞ Demet, *"Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1987, s.611 vd.

¹⁸¹⁷ ÇELİKTAŞ, s.601 vd.; ANTALYA, s.563 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.327 vd. Ayrıca bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.300.

¹⁸¹⁸ SÜZEK, *Geçersizlik*, s.128; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s.88.

¹⁸¹⁹ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.116.

¹⁸²⁰ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.313.

ve söz konusu hükmün uygulanmasının bâriz haksızlıklara yol açması durumlarında başvurulabileceğini belirtmekte¹⁸²¹ ve ifa edilmiş sözleşmeler bakımından şekil hükmünün koruma amacı gerçekleşmiş sayılarak geçersizliğin ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar kanaatimizce de isabetli olarak şekil hükmünde örtülü boşluk bulunduğunu belirterek hâkimin hükmü amaca uygun sınırlayarak geçersizlik iddiasını engelleyeceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre hâkim hükümde amaca uygun sınırlama yaparak, hakkın kötüye kullanımı yasağına ihtiyaç duymadan, karşı tarafın kesin geçersizliğe dayanmasını engelleyecektir¹⁸²². Buna karşılık özellikle sözleşmenin hiç ifa edilmemiş olduğu yahut şekil eksikliğine kasten sebep olunan hâllerde hakkın kötüye kullanımı yasağı ile geçersizlik iddiasının engellenmesi de söz konusu olabilecektir¹⁸²³.

VIII. İş Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Görünümü Olan “Genel İş Koşulları” Kavramı

A. Genel Bilgi

Öncelikle ifade edelim ki, genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olarak kabul edilen genel iş koşullarına uygulanacak içerik denetiminde TBK m.25 hükmü esas alınacaktır. TBK m.25’te uygulanacak yaptırıma açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen hükmün gerekçesinde kısmi geçersizlik yaptırımına atıf yapılmıştır. Bunun sonucunda söz konusu koşulların geçersizliğine karar verilmesi iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacak, fakat kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanmasına sebep olacaktır. Yani sözleşmenin kapsamına dâhil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler geçerliliğini koruyacaktır. Ayrıca diğer denetimlerin yaptırımı olarak belirlenen “yazılmamış sayılma” yaptırımından neyin anlaşılması gerektiği de öğretide tartışmalıdır. Çalışmamızda kısmi geçersizlik yaptırımı da ayrıca ele alındığından genel iş koşulları ve bu koşulların denetimi sonucunda uygulanacak yaptırımın ve “yazılmamış sayılma” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin de ayrıca incelenmesinin faydalı olacağı görüşündeyiz.

Genel işlem koşullarının özel hükümlere bağlanması çağdaş hukuk sistemlerinde kabul edilen bir esastır. Sosyal devlet anlayışının güçlenmesiyle beraber sözleşen tarafların eşit olduğu yönündeki geleneksel anlayışın yıkılması sonucunda ulusal hukuk düzeninde sözleşme

¹⁸²¹ Aynı yönde bkz. **KIRCA** Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğu Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, C.50, S.1, s.114.

¹⁸²² **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.98, dn.299.

¹⁸²³ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.319 vd.

özgürlüğünü sınırlayan birtakım düzenlemelere yer verilmiştir¹⁸²⁴. Kanun'un ifadesinden de anlaşıldığı üzere, söz konusu sözleşme maddeleri üzerinde sözleşmenin diğer tarafının (zayıf taraf) söz sahibi olmaması, sözleşme yapma özgürlüğünün, sözleşmenin içeriğini belirleme boyutunun zayıf taraf bakımından bulunmadığını göstermektedir. Bu nedendir ki, genel işlem koşulları bakımından taraflardan biri sınırlı bir sözleşme özgürlüğüne sahiptir.¹⁸²⁵

Çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere¹⁸²⁶ "genel işlem koşulları" Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerini ifade etmektedir. TBK m.20/2 uyarınca, *"Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez"*.

Alman Hukuku'nda §305 BGB hükmü uyarınca; genel işlem koşulları, bir sözleşme tarafının diğer sözleşme tarafına bir sözleşme akdederken sunduğu, çeşitli sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme hüküm ve koşullarının tümünü ifade etmektedir. Bu koşulların sözleşmenin harici ayrı bir parçası olması veya sözleşme metnine dâhil edilmesi, içerdikleri kapsam, yazı tipi veya sözleşmenin hangi şekilde yapıldığı önemli değildir. Buna karşılık bu koşullar sözleşme tarafları arasında ayrıntılı olarak müzakere edilmişse genel işlem koşulundan bahsedilmeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin 20 ve devamı maddeleri sadece tüketici hukukuna özgü bir düzenleme olmayıp iş hukuku açısından da önem taşımaktadır, zira Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasında genel-özel kanun ilişkisi bulunmaktadır¹⁸²⁷. Öte yandan TMK m.5'te *"Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır"* hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin "uygun düştüğü ölçüde" iş hukukuna da uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Bu bağlamda aşağıda öncelikli olarak genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olan genel iş koşulları incelenecek, sonrasında ise genel iş koşullarının denetimi ele alınacaktır.

¹⁸²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.168; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.226; ATASOY, s.201 vd.

¹⁸²⁵ YILDIZ, *GİK ve Denetimi*, s.10.

¹⁸²⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 8.

¹⁸²⁷ YILDIZ, *GİK ve Denetimi*, s.11.

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler Alman Hukuku'ndan §§305-310 BGB maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlar Hukuku'nun Modernleşmesine Dair Kanunun 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte "Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kanun" (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: AGBG*) yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu kanun, modernleşmeyi sağlamak amacıyla Borçlar Hukuku kısmına (§305-310 BGB) dâhil edilmiştir. Modernleşme Kanunu ile birlikte iş sözleşmelerinin genel işlem koşulları denetimine tâbi olmadığı yönünde hüküm içeren AGBG m.23/1 hükmü yürürlükten kaldırılmış ve §310/4 BGB değişikliği ile birlikte, iş hukuku medeni (borçlar) hukuka yaklaştırılmıştır¹⁸²⁸.

İş hukuku alanında emredici hukuk kuralları ve toplu iş sözleşmesi düzenine sahip işyerleri açısından toplu iş sözleşmeleri ile koruma sağlansa da işveren tarafından tek taraflı olarak belirlenen çalışma koşullarının yargısal denetimine ihtiyaç vardır, bu durum bir işe duyulan zorunlu ihtiyacın arka planında özel bir öneme sahiptir¹⁸²⁹. Fakat belirtmek gerekir ki, §310/4 BGB hükmünde açıkça §305 ve devamı maddelerinin iş hukukunun özelliklerinin dikkate alınarak uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle genel işlem koşullarına ilişkin BGB hükümlerinin tamamı iş hukuku açısından uygulama alana bulamayacaktır.

Bir satıcı ile alıcı arasındaki ilişkiden farklı olarak, iş sözleşmeleri " taraflar arasındaki dengesizlik" ile karakterize edilen bir hukuk alanıdır ve ekonomik ve de örgütsel olarak daha güçlü olan işverenin çıkarlarını tek taraflı olarak koruyan hükümler, sözleşmenin zayıf tarafını büyük bir yükün altına sokmaktadır¹⁸³⁰.

İş hukukunun da genel işlem koşullarındaki korumaya dâhil edilmesiyle birlikte iş sözleşmelerinin içerik denetiminin medeni-borçlar hukukunun gerisinde kalması önlenmiş olmaktadır¹⁸³¹. Zira kendi hâline bırakılan bir sözleşme özgürlüğü, çalışanlar için uygun olmayan sözleşme koşulları karşısında onları yeteri kadar korumayı garanti edemeyecektir¹⁸³².

¹⁸²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **VON KOPPENFELS** Katharina, "Vertragsstrafen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung", NZA, 2002, Heft 11, s.98 vd.; **RICHARDI** Reinhard, "Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", NZA, 2002, Heft 19, s.1060; Reform kanun ışığında iş hukukunda cezai şarta ilişkin olarak bkz. **HAUCK** Friedrich, "Die Vertragsstrafe im Arbeitsrecht im Lichte der Schuldrechtsreform", NZA, 2006, Heft 15, s.816 vd. Ayrıca bkz. **YAYVAK NAMLI**, Cezai Şart, s.216; **ERTÜRK**, Genel İş Koşulları, s.90

¹⁸²⁹ **RICHARDI**, s.1057.

¹⁸³⁰ **VON KOPPENFELS**, s.600.

¹⁸³¹ **VON KOPPENFELS**, s.600; **RICHARDI**, s.1060; **LINGEMANN** Stefan, "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag", NZA, 2002, Heft 4, s.183.

¹⁸³² **RICHARDI**, s.1060; **DÄUBLER** Wolfgang, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA Heft 24/2001, s.1334.

B. Genel İş Koşulları Kavramı

Genel iş koşulları; işverenin tek taraflı olarak önceden düzenlediği, genel ve soyut nitelik taşıyan kurallar bütünü ve yine işverenin tek taraflı iradesi ile işçilere sağlanan menfaatleri ifade eden işyeri uygulamalarını kapsayan bir kavramdır¹⁸³³. Bu bağlamda genel iş koşulları iç yönetmelik, personel yönetmeliği gibi isimler altında yazılı olarak düzenlenebileceği gibi kimi zaman da işyeri uygulamalarında olduğu gibi yazılı bir kaynağa dayanmamaktadır¹⁸³⁴.

Genel iş koşulları, genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olarak kabul edilmektedir¹⁸³⁵. Zira genel iş koşulları da genel işlem koşulları gibi genel kurallar içeren, soyut, birden çok kişiyi ilgilendiren, tek taraflı düzenlemelerdir¹⁸³⁶. İş Kanunu'nda konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı için Türk Borçlar Kanunu'nun m.20-25 hükümleri, genel iş koşulları bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹⁸³⁷. Bu noktada ifade edelim ki, işyeri uygulamalarının yazılı bir kaynağa dayanmaması, fiili davranışlar sonucu ortaya çıkması ve bu uygulamalar ile işçi aleyhine bir durumun yaratılmasının mümkün olmaması sebebi ile işyeri uygulamalarının -iş sözleşmesi hükmüne dönüşmediği sürece- genel işlem koşulları çerçevesinde bir denetime tâbi tutulmaları gerekmemektedir¹⁸³⁸.

¹⁸³³ **SOYER** M. Polat, Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, 1987, s.221; **SÜZEK** Sarper, "Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları", Sicil İHD, S.24, Aralık 2011, s.5; **SÜZEK** Sarper, "Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İKÜHFD, 15 (1), 2016, s.460; **YILDIZ**, *GİK ve Denetimi*, s.11; **ERTÜRK**, Genel İş Koşulları, s.89; **ALPAGUT**, *Yararlılık İlkesi ve Esneklik*, s.1516; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.48; **ALP** Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.279.

¹⁸³⁴ Konuya ilişkin olarak bkz. **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.266 vd.; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.64 vd.; **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s.103 vd.; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.19 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.73 vd.

¹⁸³⁵ **SÜZEK**, Genel İş Koşulları, s.6; **SÜZEK**, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.463; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.64 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.268; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.513; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.26; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.35 vd.; **SENYEN KAPLAN**, s.22 vd.; **ALPAGUT**, *2014 Değerlendirme*, s.59; **YILDIZ**, *GİK ve Denetimi*, s.11; **ERTÜRK**, Genel İş Koşulları, s.81; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.48; **CİVAN**, *Değişiklik Kayıtları*, s.784; **KARAÇÖP/YAMAKOĞLU**, s.92; **KARACA/ERENER**, s.668.

¹⁸³⁶ **ERTÜRK**, Genel İş Koşulları, s.89.

¹⁸³⁷ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.48; **YILDIZ**, *GİK ve Denetimi*, s.11; **YABA**, s.133; **KARAÇÖP/YAMAKOĞLU**, s.92.

¹⁸³⁸ **YILDIZ**, *GİK ve Denetimi*, s.12.

1. Genel İş Koşullarının Türleri

a. Tip İş Sözleşmeleri

Sanayileşmenin işçi ile işveren ilişkilerine kitlesel bir nitelik kazandırması, çalışma yaşamına genel ve yeknesak bir yapı kazandırma mecburiyetini ortaya çıkarmıştır¹⁸³⁹. Bu nedenle işverenler tarafından her işçi için ayrı bir sözleşme hazırlamak yerine, önceden hazırlanmış tip sözleşmeler ile genel ve yeknesak hükümlerin düzenlenmesi yoluna gidilmektedir.

Taraflardan birisinin önceden tek taraflı iradesi ile hazırladığı, karşı tarafça tartışılmadan kabul edilen, sadece kurulacak sözleşme bakımından değil, pek çok sayıdaki aynı tip sözleşme bakımından geçerli olmasının amaçlandığı sözleşmelere "tip sözleşmeler" (formüler sözleşmeler) adı verilmektedir¹⁸⁴⁰. Zayıf olan tarafın söz konusu sözleşme şartlarını tartışmadan kabul etmek durumunda olması bu kişilerin özel olarak korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Özellikle de iş sözleşmeleri bakımından ekonomik açıdan zayıf olan ve işverene bağımlı olan işçi açısından bu korunma ihtiyacı kendini daha çok hissettirmektedir¹⁸⁴¹.

b. İşyeri İç Yönetmelikleri

İşverenler, toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen hükümler dışında kalan yahut toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı işyerleri açısından ise iş sözleşmesinde yer almayan bazı çalışma koşullarını "işyeri iç yönetmeliği" adı altında düzenlemektedirler¹⁸⁴². Bu bağlamda işyeri iç yönetmelikleri, işveren tarafından tek taraflı olarak, işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak çalışma koşullarını gösteren, belirli bir sözleşme tarafı göz önüne alınmadan ve herhangi bir müzakere olmaksızın hazırlanan düzenlemelerdir¹⁸⁴³.

¹⁸³⁹ SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.460; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.48; ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.91.

¹⁸⁴⁰ ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.81; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.460; ALPAGUT, *Yararlılık İlkesi ve Esneklik*, s.1516 vd.; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.59; ANTALYA, s.471; ALTOP, *Genel İşlem Koşulları*, s.30; KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s.102; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.265.

¹⁸⁴¹ ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.81.

¹⁸⁴² ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.266.

¹⁸⁴³ Ayrıca bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.266; SÜZEK, *Genel İş Koşulları*, s.6; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikleri*, s.461 vd.; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.65 vd.; ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.91; YILDIZ, *GİK ve Denetimi*, s.13; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.65; ELBİR Nazlı, "İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı", Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.266; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.73; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.20; GÜVEN/AYDIN, s.22; MUTLUAY Faruk Barış, "4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı", Legal İSGHD, S.61, 2019, s.45; KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s.97; KARACA/ERENER, s.669.

İç yönetmeliklerinin genel iş koşulu niteliği taşıdığı ve bu nedenle Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarını düzenleyen 20-25. maddelerinin işyeri iç yönetmelikleri hakkında da uygulanacağı öğreti tarafından kabul edilmektedir¹⁸⁴⁴.

İş Kanunu m.22/1,c.1'de *"İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir"* denilerek personel yönetmeliğinden ve benzeri kaynaklardan bahsedilmiş ve böylece iç yönetmeliğe atıf yapılmış olmaktadır¹⁸⁴⁵. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun m.399 hükmü uyarınca; *"İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır"*.

Öğretide de ifade edildiği üzere¹⁸⁴⁶, eBK m.315'ten¹⁸⁴⁷ farklı olarak yeni Kanun'da iç yönetmelik kurallarının bir değer taşıyabilmesi için bunların işçiye bildirilmiş olması zorunluluğunun açıkça belirtilmemiş olması, işçinin iç yönetmeliğin içeriği hakkında bilgi sahibi olması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Zira, genel iş koşulu niteliği taşıyan iç yönetmeliğin içeriği hakkında işçinin bilgilendirilmemesi hâlinde bu hükümlerin işçi açısından bağlayıcı olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır¹⁸⁴⁸. Daha önce ifade ettiğimiz üzere TBK m.21 uyarınca; *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır"*.

¹⁸⁴⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.268; SÜZEK, İş Hukuku, s.65 vd.; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.463; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.75; NARMANLIOĞLU, *Ferdi İş ilişkileri I*, s.36 vd.; SOYER, *Genel İş Koşulları*, s.26 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.19 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.26; SENYEN KAPLAN, *İş Hukuku*, s.22; YILDIZ, *GİK ve Denetimi*, s.13; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.65; ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.90 vd.; MUTLUAY, s.45.

¹⁸⁴⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.266; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.63.

¹⁸⁴⁶ ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.92. Ayrıca bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.267 vd.; UŞAN/ERDOĞAN s.48.

¹⁸⁴⁷ eBK 315. maddesi uyarınca; *"Sınai ve ticari bir teşebbüste iş sahibi tarafından mesai veya dahili intizam için muttarid bir kaide ittihaz edilmiş ise, bunlar evvelce yazılmış ve işçiye dahi bildirilmiş olmadıkça işçiye bir borç tahmil etmez"*.

¹⁸⁴⁸ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.69 vd.; SÜZEK, *Genel İş Koşulları*, s.6; ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.92; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.26; SENYEN KAPLAN, *İş Hukuku*, s.22; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.268. Uygulamada da iç yönetmelikler çoğunlukla iş sözleşmeleri yapılırken işçilere gösterilmekte ve işçilerin onayı alınmaktadır.

Kanun'un ifadesinde bilgilendirmenin "açıkça" yapılması gerektiği belirtildiğinden, işçi iç yönetmeliğin içeriğini öğrenme olanağını sağlayacak biçimde bilgilendirilmeli, bu itibarla iç yönetmeliğin sadece işyerinde asılmış olması yeterli görülmemelidir¹⁸⁴⁹. Bu noktada en güvenilir olan yolun iç yönetmelik hükümlerinin basılı bir metin hâlinde işçiye verilmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁵⁰.

İç yönetmelikler hakkında kurumsal sistem yerine sözleşmesel sistemin benimsenmiş olduğu ülkemizde, iç yönetmeliklerin oluşturulması için idari bir ön denetim söz konusu olmamakta, yasada açıkça iç yönetmeliklerde hangi konuların düzenlenebileceği belirtilmemekte, fakat iç yönetmeliklerin işçinin kabulü ile geçerli hâle gelmesinden sonra yargı organı tarafından içerik denetimi uygulanabilmektedir¹⁸⁵¹.

Uygulamada iç yönetmeliklerde sıklıkla disipline ilişkin kural ve cezalar, genel tatil günlerinde çalışma, fazla çalışma ile iş sağlığı ve güvenliği kuralları gibi düzenlemelerin yer aldığını görmekteyiz¹⁸⁵².

c. İşyeri Uygulamaları

İşyeri uygulamaları işyerinde işverence, tek taraflı olarak, işçi lehine olan bazı fiili davranışların tekrarlanması suretiyle ortaya çıkar¹⁸⁵³. Kanun, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile düzenlenmemesine rağmen, bir menfaatin tek taraflı olarak, devamlı ve aynı koşullarla işçilere sağlanması, işçilerin de bu davranışı zımnen kabul etmeleri suretiyle iş sözleşmesi hükmü (iş şartı) hâline gelen bir işyeri uygulamasından bahsedilecektir¹⁸⁵⁴. Bu

¹⁸⁴⁹ SÜZEK, *Genel İş Koşulları*, s.7.

¹⁸⁵⁰ SÜZEK, *Genel İş Koşulları*, s.7; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.465; SOYER, *Genel İş Koşulları*, s.78.

¹⁸⁵¹ SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.462. İç yönetmeliklerin oluşumunda kurumsal veya sözleşmesel sistemi benimsemiş ülkeler ve bu sistemler arasındaki farklar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz., aynı eser s.461 vd.; YILDIZ, *GİK ve Denetimi*, s.13.

¹⁸⁵² SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.463; ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.92; GÜVEN/AYDIN, s.22; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.64.

¹⁸⁵³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.270; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.80; SÜZEK, *Genel İş Koşulları*, s.9; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.103; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.21 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.73; NARMANLIOĞLU, *Ferdi İş ilişkileri I*, s.39; SOYER, *Genel İş Koşulları*, s.42; SENYEN KAPLAN, *İş Hukuku*, s.23; UŞAN/ERDOĞAN, s.50; GÜVEN/AYDIN, s.23; ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.94; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.61; BAŞBUĞ/BODUR, s.26; KARACÖP/YAMAKOĞLU, s.99; MUTLUAY, s.47; KARACA/ERENER, s.670; HUECK/NIPPERDEY, s.152; NIKISCH, §25, s.263. BAG, Urt. vom 29.09.2004 – 5 AZR 528/03 (LAG Berlin Urt. 09.07.2003 9 Sa 671/03), NZA-RR 2005, s.502.

¹⁸⁵⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.270 vd.; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.80 vd.; ERTÜRK, *Genel İş Koşulları*, s.94; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.61; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.80; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.103 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.21 vd.; BAŞBUĞ/BODUR, s.26.

bağlamda bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabul edilmesi için tekrarlanan, hesaplanabilir, genel nitelikli olması ve buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması gerekmektedir¹⁸⁵⁵.

Yargıtay'ın da ifade ettiği gibi¹⁸⁵⁶; “İşyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan, herhangi bir koşula bağlı bulunmayan işyeri uygulamaları, işçilerin zımni kabulleriyle bir sözleşme hükmü, bir diğer ifadeyle, iş şartı (çalışma koşulu) hâline dönüşürler; bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcılık niteliği kazanırlar. İşçi için belirli özellikteki bir işyeri uygulaması, sübjektif hak oluşturur”. Bu nedenle işveren, belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde işçilere gelecekte birtakım menfaatler sağlayacağını işyeri ilân tahtasında ilân etmek, tamim veya sirkülerle duyurmak suretiyle açıkça vadetmişse yahut söz konusu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutmaksızın işçilere aynı türden yardımları sürekli olarak sağlamışsa, işverenin bu uygulamalardan tek taraflı iradesi ile vazgeçmesi mümkün değildir¹⁸⁵⁷. Eğer bu çalışma koşulu hâline gelen uygulamadan vazgeçmek istiyorsa, bu durumda İş Kanunu’nun 22. madde hükmü uygulama alanı bulacak ve değişiklik ancak tarafların anlaşması ile mümkün olabilecektir¹⁸⁵⁸.

Alman Hukuku’nda işyeri uygulaması (*betriebliche Übung*) terimi kullanılırsa da konuya ilişkin olarak ilk karar İmparatorluk İş Mahkemesi (*Reichsarbeitsgericht: RAG*) tarafından 15 Haziran 1929 tarihinde verilen, işyerinde herhangi bir yazılı düzenleme olmamasına karşın işverenin tüm işçilere Noel zamanında yıllarca ikramiye verip sonrasında bu uygulamasından vazgeçtiğinin değerlendirildiği karardır¹⁸⁵⁹. Alman İş Hukuku’nda işyeri uygulaması teriminin kullanıldığı ilk karar ise 1940 yılında verilen karardır¹⁸⁶⁰.

Türk Hukuku’nda Alman Hukuku’nda kabul edildiği üzere bu uygulamanın işçi açısından bağlayıcı olması için işverenin söz konusu menfaati sağlarken gelecekte bağlayıcı olmasını

¹⁸⁵⁵ 9. H.D., 06.10.2020, E. 2020/2619, K.2020/20706, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁸⁵⁶ YHGK, 26.03.2008, E.2008/275, K.2008/282, <https://www.lexpera.com.tr/> 9. H.D., 06.10.2020, E.2020/2619, K.2020/20706, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁸⁵⁷ EKMEKÇİ/YİĞİT, s.105 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.270 vd.; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.39; HUECK/NIPPERDEY, s.152. YHGK, 26.03.2008, E. 2008/275, K.2008/282, <https://www.lexpera.com.tr/> YHGK, 01.03.2017, E. 2015/9-306, K.2017/387, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 9. H.D., 06.12.2012, E.2010/22802, K.2012/41757, <https://www.lexpera.com.tr/> Öğretide uygulama uzun bir süre tekrarlanmış ve işçide de dürüstlük kuralı doğrultusunda uygulamanın devam edeceğine yönelik bir kanı oluşmuş ise, vazgeçme koşuluna rağmen, uzun yıllarca tekrarlanan uygulamanın bağlayıcılık kazanacağı yönünde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.23.

¹⁸⁵⁸ “4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşulların uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır...” Yarg. 9. H.D., 25.03.2010, E.2008/21806, K.2010/8074, <https://legalbank.net/>

¹⁸⁵⁹ WALTERMANN Raimund, “Die betriebliche Übung”, RdA 2006, s.258.

¹⁸⁶⁰ RAG v. 26.11.1940, ARS 41, 99, WALTERMANN, Die betriebliche Übung, s.258.

düşünmüş yahut istemiş olması aranmaz¹⁸⁶¹. İşçilerin, dürüstlük kuralına uygun olarak, işverenin söz konusu davranışından böyle bir sonucu çıkarmış olmaları yeterli sayılacaktır¹⁸⁶². Yargıtay ve öğretiyeye göre ikramiye ödemesinin üç yıldan fazla tekrarlanması durumunda söz konusu uygulamanın iş şartı hâline geldiğinin kabulü gerekir¹⁸⁶³. Yine belirtmek gerekir ki, öğretide söz konusu işveren uygulaması uzun yıllar devam etmiş olsa bile bir koşula bağlanmışsa iş sözleşmesi hükmü hâline gelmiş bir çalışma koşulundan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁸⁶⁴. İşverenin tekrar eden davranışı ile işçiye sağladığı menfaatin kendi isteğine bağlı olduğunu, ileride işçi bakımından bir talep hakkı doğurmayacağını, bu menfaatten vazgeçme hakkını saklı tuttuğunu açıkça belirttiği durumlarda işçiye sağlanan bu menfaatlerin işyeri uygulaması hâline gelmeyeceği öğretide belirtilmektedir¹⁸⁶⁵.

Mevzuatın emredici hükümlerine aykırı olarak işyeri uygulaması ile bir çalışma koşulu yaratılmasının mümkün olamayacağını ifade edelim¹⁸⁶⁶. İşçinin yararına olmayan bir uygulamanın da geçerli bir çalışma koşulu olarak değerlendirilmemesi gerekir¹⁸⁶⁷. Bu bağlamda

¹⁸⁶¹HUECK/NIPPERDEY, s.152; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.271; ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.94; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s., 81; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.22; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.103; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.23; UŞAN/ERDOĞAN, s.50. Ayrıca bkz. BAG, Urt. vom 29.09.2004 – 5 AZR 528/03 (LAG Berlin Urt. 09.07.2003 9 Sa 671/03), NZA-RR 2005, s.502.

¹⁸⁶²HUECK/NIPPERDEY, s.152; SÜZEK, İş Hukuku, s.80; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.271; ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.95.

¹⁸⁶³YHGK, 05.02.2003, E.2003/11, K.2003/54, <https://www.lexpera.com.tr/> Yarg. 9. H.D., 16.11.2015, E.2014/21153, K.2015/32270, <https://www.lexpera.com.tr/>

ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.271; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.82; SÜZEK, İş Hukuku, s.82; SENYEN KAPLAN, s.24; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.23; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.68.

¹⁸⁶⁴ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.270; SENYEN KAPLAN, s.24; KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s.100.

¹⁸⁶⁵ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.272; SÜZEK, İş Hukuku, s.83; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.80; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.39; UŞAN/ERDOĞAN, s.50. Öğretide ayrıca uygulama uzun bir süre tekrarlanmış ve bunun sonucunda işçide dürüstlük kuralı doğrultusunda ileride de tekrarlanacağı kanısı oluşmuş ise vazgeçme şartına rağmen yıllarca devam eden bu uygulamanın iş koşulu hâline gelmiş olacağı ifade edilmiştir. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.23.

¹⁸⁶⁶EKMEKÇİ/YİĞİT, s.104; SÜZEK, İş Hukuku, s.70. Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklarının çalışma koşulları belirlenirken göz önünde bulundurulması gerektiği ve emredici hükümlere aykırı bir uygulamanın iş koşulu hâline gelemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 9.H.D., 18.09.2019, E. 2019/6426, K.2019/16155, <https://www.lexpera.com.tr/> Anayasal hak ve özgürlüklerin çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevesinin belirlenmesinde etkili olduğu yönünde bkz. Yarg. 22 H.D., 11.06.2019, 2016/15101, 2019/12624, <https://www.lexpera.com.tr/> “Örneğin, tam süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulu oluşturmaz”. Yarg. 9. H.D., 25.03.2010, E. 2008/21806, K. 2010/8074, <https://legalbank.net/> Yarg. 9. H.D., 18.07.2008, E. 2007/23508, K.2008/20602, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁸⁶⁷EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.22. Yarg. 9. H.D., 27.09.2004, E. 2004/5272, K. 2004/20002, <https://kazanci.com.tr/> Yarg. 9. H.D., 18.07.2008, E.2007/23508, K.2008/20602, www.lexpera.com Aksi yönde karar için bkz. Yarg. 22. H.D., 11.02.2013, E.2012/12745, K. 2013/2608, <https://kazanci.com.tr/>

tam süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması çalışma koşulunu oluşturmaz¹⁸⁶⁸.

İşyeri uygulamalarının genel işlem koşulu niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği öğretide tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre işyeri uygulamaları bakımından önceden düzenlenme durumu söz konusu olmadığından, iş ilişkisi devam ederken başlangıçta kendisi için borç oluşturmeyen bir davranış, daha sonra işveren bakımından borç doğurucu bir nitelik kazandığından genel işlem koşulu niteliği taşımaları da mümkün olamaz¹⁸⁶⁹. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise işyeri uygulamaları sözleşmesel bir nitelik taşımakta olup gerekli unsurların bulunması sebebi ile bu uygulamaların genel işlem koşulu niteliği taşımasında bir engel bulunmamakta, hatta aksinin kabulü bu uygulamaların denetim dışında tutulmasına yol açacağından işçinin korunması ilkesi ile de bağdaşmamaktadır¹⁸⁷⁰. Gerçekten de belirli şartların gerçekleşmesi ile sözleşmesel karaktere bürünen bu uygulamalar genel ve soyut nitelik taşımakta, çok sayıda benzer sözleşmede uygulanma amacıyla işçilerle müzakere edilmeden işverenin tek yanlı iradesi ile oluşturulmaktadır.

2. Genel İş Koşullarının Denetimi

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşullarının denetimine ilişkin üç aşamalı bir denetim öngörülmesi; Kanun'un 21 ve 22. maddelerinde yürürlük denetimi, 23. maddesinde yorum denetimi ve son olarak 24 ve 25. maddelerinde ise içerik denetimi ve buna ilişkin esaslara yer verilmiştir¹⁸⁷¹.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun m.26/2 hükmü uyarınca; *"Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma*

¹⁸⁶⁸ YHGK, 01.03.2017, E. 2015/9-306, K.2017/387, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁸⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.78 vd.

¹⁸⁷⁰ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.73 vd.

¹⁸⁷¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulünden evvel genel iş koşullarının içerik denetimine tâbi olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Konuya ilişkin görüş ve tartışmalar için bkz. ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.97 vd. DOĞAN YENİSEY Kübra, *"İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi"*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.1184 vd. Genel iş koşullarının ve bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin içerik denetimine tâbi olması gerektiği, iş hukuku öğretisinde ilk kez Soyer tarafından ileri sürülmüştür. ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.97; SOYER, Genel İş Koşulları, s.135 vd.; SOYER Polat, *"Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi -Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin İlginç Bir Kararı Üzerine Not-" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1991, s.267.

ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir". Topluluk davasını düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesi uyarınca ise; *"Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir"*. Bu bağlamda sendikalar ve konfederasyonların da genel iş koşullarının denetimi amacı ile dava açması mümkündür¹⁸⁷².

b. Yürürlük Denetimi

Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olup olmadıklarının belirlenmesi amacıyla yapılan denetimdir. Genel iş koşulları açısından söz konusu denetim, işçi ile işverenin iradelerinin uyuşmasıyla birlikte bu koşulların aralarındaki iş sözleşmesinin içeriğine dâhil olup olmadığına ilişkin yapılan bir denetimdir¹⁸⁷³. Yürürlük denetimi, daha önce ifade ettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca; *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır"*. Bu bağlamda genel iş koşulları açısından da bu koşulların içeriği konusunda işçiye açıkça bilgi verilmesi, bu içeriğin öğrenme imkânının sağlanması, gerekirse işçiye öğrenme için mâkul bir süre tanınması ve işçinin de söz konusu koşulları kabul etmesi gerekmektedir¹⁸⁷⁴. Kanunun açık ifadesiyle, aksi hâlde, bu koşullar yazılmamış sayılacaktır. Bu durumda da yani işçinin genel iş koşulları hakkında bilgisi yok ise genel iş koşulları olmaksızın iş sözleşmesi kurulmuş kabul edilecektir¹⁸⁷⁵.

¹⁸⁷² YABA, s.143 vd.

¹⁸⁷³ SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.466; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.164; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.71; AYDOĞDU, *GİK ve Denetim*, s.86

¹⁸⁷⁴ SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.466; MOLLAMAHMUTOĞULU/ASTARLI/BAYSAL, s. 76, 513; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.168 vd.

¹⁸⁷⁵ CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.171; YABA, s.144; AYDOĞDU Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.13, S.2, 2011, s.21 vd.

Genel iş koşullarının işçi tarafından açıkça öğrenilmesi için, işçinin söz konusu koşulları yazılı bir metinle öğrenmesi sağlanmalı, bu koşullar dürüstlük kuralına uygun, mâkul, orta zekâlı bir işçinin anlayabileceği şekilde kaleme alınmalı, fazlaca yabancı kelime kullanımı ve teknik terimlerden kaçınılmalıdır¹⁸⁷⁶. Sözleşmenin elektronik ortamda yani internet üzerinden yapılması durumunda da sözleşmenin tarafının bu metni indirebilmesi, kaydedebilmesi ve yazdırabilmesi gerekir¹⁸⁷⁷. Genel işlem koşullarının çok küçük punto ve sık aralıklarla kaleme alındığı durumlarda da içeriği öğrenme imkânının bulunduğu bahsedilemeyecektir¹⁸⁷⁸. Karşı taraf için dezavantaj olabilecek maddelerin başlıklarının belli olması ve diğer sözleşme hükümleri arasına saklanmaması gerekmektedir¹⁸⁷⁹. Genel iş koşullarının iç yönetmeliklerle düzenlenmesi durumunda iş sözleşmesi metninde söz konusu iç yönetmelik hükümlerine açıkça yollama yapılması ve iç yönetmelik metninin bir nüshasının da işçiye verilmesi gerekmektedir¹⁸⁸⁰.

Belirtelim ki, sözleşme kurulduktan sonra genel iş koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil edilmesi mümkün olmamalıdır ve genel iş koşullarının kullanıldığının en geç sözleşmenin kurulması aşamasında işçiye bildirilmesi gerekmektedir¹⁸⁸¹.

Türk Borçlar Kanunu m.21/2 hükmü uyarınca ise, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı ifade edilmektedir. Bu sebeple iş sözleşmesine yabancı olan, işçi için şaşırtıcı olarak nitelendirilen kayıtlar sözleşmenin içeriğine dâhil edilmeyecektir (*Ungewöhnlichkeitsregel*)¹⁸⁸². Bu, güven ilkesinin bir gereğidir¹⁸⁸³.

¹⁸⁷⁶ **YABA**, s.144 vd.; **YAYVAK NAMLI**, Cezai Şart, s.246. Ayrıca bkz. **PORTMAN /WILDHABER**, s.27; **BROX/WALKER**, §10, Rn.11, s.115; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.171.

¹⁸⁷⁷ **HUGUENIN**, OR, Rn.617.

¹⁸⁷⁸ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.161; **YAYVAK NAMLI**, Cezai Şart, s.246; **AYDOĞDU**, *Konu Bakımından Uygulama*, s.28.

¹⁸⁷⁹ ErfK/**PREIS**, §§305-310 BGB, Rn.29.

¹⁸⁸⁰ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.169.

¹⁸⁸¹ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.173. İş sözleşmesi devam ederken yürürlüğe giren ve işçi aleyhine sonuç doğuracak olan yönetmeliğin işçiye tebliğ edilmesi gerektiği ve işçi tarafından kabul edilmeyen yönetmelik hükmünün o işçi yönünden bağlayıcılığından söz edilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 9. H.D., 06.11.2006, E. 2006/20021, K.2006/29320, <https://kazanci.com.tr/>

¹⁸⁸² **ALPAGUT**, 2014 *Değerlendirme*, s.59; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.181; **YABA**, s.146. Ayrıca bkz. **ŞEKER**, s.33 vd. **FIKENTSCHER** Wolfgang/**HEINEMANN** Andreas, *Schuldrecht*, 12. Auflage, Walter de Gruyter GmbH, 2022, Rn.179. Bu tür kayıtların geçersiz olacağı yönünde bkz. **FURRER** Andreas/**SCHNYDER** Anton K., *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-83 OR, Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2016, s.22.

¹⁸⁸³ **HUGUENIN**, OR, Rn.620.

Yargıtay da konuya ilişkin kanuni düzenlemenin olmadığı dönemde verdiği bir kararda alımlmamış kayıtların geçersiz sayılacağına hukmetmiřti¹⁸⁸⁴.

Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisini düzenleyen TBK m.22 hükmüne göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerin geçerliliğini koruyacağı ifade edildikten sonra, bu durumda düzenleyenin, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğerk hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Daha önce ifade ettiğimiz zere¹⁸⁸⁵ yazılmamış sayılma, Türk Hukuku’nun yabancı olduğu bir yaptırım türüdür. Bu nedenle yazılmamış sayılma yaptırımının neyi ifade ettiği öğretide tartıřmalđ olmakla birlikte baskın görüş burada kastedilenin yokluk yaptırımđ olduğu ynndedir¹⁸⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu m.22 hükmü doğrultusunda genel iş koşullarından bazılarının sözleşmenin içeriğine dâhil olmamasđ durumunda işveren bu koşullar olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri süremeyecektir. Bu düzenleme de iş hukukunun temel amaçları çerçevesinde değerlendirdiğimizde işçiyi koruyucu niteliktedir¹⁸⁸⁷. Yazılmamış sayılan hükümler ile birlikte sözleşme varlığını srdrdğu zaman, ortaya çıkan boşluğun ise varsa önce emredici kanun hükümleri ile doldurulması, aksi durumda tarafların farazî iradeleri, doğruluk ve dürüstlük kuralları ya da sözleşmenin anlam btnlğu temel alınarak sözleşmenin tamamlanması gerekecektir¹⁸⁸⁸.

Alman Hukuku’nda §305/2 BGB hükmü genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil edilebilmesi için belirli şartlar öngörmektedir: Genel işlem koşullarının kullananın sözleşmenin imzalanması sırasında bu koşulları sözleşmenin diğerk tarafına açıkça belirtmesi/bu koşullara açıkça görülebilir bir şekilde işaret etmesi, yine sözleşmenin imzalanması sırasında bu koşulların içeriğini anlama fırsatđ sağlaması ve sözleşmenin diğerk tarafının genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olmasına rızasının olması, bu koşulları kabul etmesi.

Sözleşmenin kuruluş şekli nedeniyle genel işlem koşullarına açıkça yollama yapılmasının ölçüsüz zorluk yarattđı durumlarda genel işlem koşullarının açıkça ilân edilmesi gerekmektedir. İfade edelim ki, Türk Hukuku’nun aksine §310/4 BGB hükmünde açıkça

¹⁸⁸⁴ YHGK, 04.12.1996, E. 1996/3-717, K.1996/850; Yarg. 3. H.D., 02.06.1998, E.1998/4263, K.1998/6098; kararlar için bkz. <https://kazanci.com.tr/>

¹⁸⁸⁵ Bu konuda açıklamalar için bkz. I. Bölüm, II, B, 8, d, aa.

¹⁸⁸⁶ OğUZMAN/Z, C.1, s.173; EREN, s. 235; OğUZMAN/BARLAS, s.220; DAğDELEN, s.649; NOMER, s.80; AKÇAAL, s.56 vd.; ATASOY, s.191; şEKER, s.238 vd. Burada kısmđ yokluk yaptırımının uygulanması gerektiği yönünde bkz. EREN, s.235; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.191.

¹⁸⁸⁷ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.193.

¹⁸⁸⁸ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.194 vd.

§305/2 hükmünün iş hukuku bakımından yürürlük denetiminde uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

§305/c BGB uyarınca, genel işlem koşulu olarak düzenlenen hükümler sözleşmenin diğer tarafı için beklenemeyecek kadar olağandışı ise sözleşmenin bir parçası hâline gelmeyecektir. Alman Federal Mahkemesi'ne yansımış bir olayda¹⁸⁸⁹ işçinin başka bir yere transferi konusunda iş sözleşmesinde yer alan hükmün geçerli olabilmesi için öncelikle bu hükmün yorumuyla, bir işyeri belirlenip belirlenemediğinin ve değişiklik yetkisine sahip olup olunmadığının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme ayrıca söz konusu hükümlerin işçi açısından beklenebilir nitelikte olup olmadığının da incelenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme, genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme koşullarının, sözleşmenin ortağının (karşı tarafının) beklentilerinden önemli ölçüde sapması ve şartlar göz önüne alındığında bu durumun sözleşme ortağından mâkul olarak beklenemeyeceğinin anlaşılması hâlinde ise söz konusu hükümlerin şaşırtıcı nitelikte olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle bu hükümlerin karşı taraf için beklenebilir nitelikte olup olmadığı da incelenmelidir.

Alman Hukuku'nda §306 BGB hükmünde, sözleşmenin kısmen yahut tamamen bir parçası hâline gelmemiş veya geçersiz olan genel işlem koşullarının sözleşmenin geri kalanının geçerliliğine etki etmeyeceği ifade edilmiştir. İş sözleşmesinde yer alan hükümlerden birinin genel işlem koşulları bakımından geçersiz olması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek, geçersiz hüküm yerine kanuni düzenleme uygulama alanı bulacaktır¹⁸⁹⁰. §306/2 BGB hükmüne göre, söz konusu hükümlerin sözleşmenin bir parçası hâline gelmemesi yahut geçersiz olması durumunda ise sözleşmenin içeriğinin kanunu öngördüğü düzenlemelere göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Fakat ifade edelim ki, maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, oluşan boşluğun yasal hükümlerle doldurulması durumunda, sözleşme ile bağlı kalınması taraflardan biri için mâkul olmayan bir zorluk yaratacaksa, sözleşme tümüyle geçersiz olacaktır.

¹⁸⁸⁹ BAG, Urt. v. 19.01.2011, 10 AZR 738/09, (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 15.04.2009 – 16 Sa 102/08), NZA, 2011, Heft 11, s.631- 633.

¹⁸⁹⁰ RICHARDI, s.1059.

c. Yorum Denetimi

Genel iş koşullarının yorumlanmasında tıpkı iş sözleşmelerinin yorumlanmasında olduğu gibi dürüstlük kuralı ve güven teorisi ışığında tarafların gerçek ve ortak iradesi araştırılarak sonuca varılmalıdır¹⁸⁹¹.

TBK 23. madde hükmünde genel işlem koşullarında belirsizlik olması hâlinde bu hükmün düzenleyenin aleyhine yorumlanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre; *“Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır”*. Bu bağlamda genel iş koşullarında yer alan ifadenin açık ve anlaşılır olmaması hâlinde bunun sonucuna işveren katlanacak ve hüküm işveren aleyhine yorumlanacaktır¹⁸⁹². İş hukukunun temel ilkesi olan işçi lehine yorum ilkesi açık ve anlaşılır olmayan yahut birden çok anlama gelen hükümlerin işçi lehine yorumlanmasını gerekli kılar¹⁸⁹³.

Alman Hukuku’nda §305c BGB hükmünün ikinci fıkrasında genel iş koşullarının yorumlanması konusunda şüphe söz konusu ise kullanıcı aleyhine yorum yapılacağı ifade edilmiştir¹⁸⁹⁴. Bu kural esasen Roma Hukuku’ndan beri bilenen *“ambiguitas contra stipulatorem”* olarak ifade edilen bir yorum kuralıdır¹⁸⁹⁵. Söz konusu kural, kullanıcının kendisini açık ve net bir şekilde ifade etmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır¹⁸⁹⁶. Kim sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne sahipse o kişinin açık ve yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde kendini ifade etmesi gerektiği, aksi takdirde belirsizliklerin onun aleyhine olacağı ifade edilmiştir¹⁸⁹⁷.

¹⁸⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.71; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.467; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.197; YAYVAK NAMLI, Cezai Şart, s.247. “Sözleşmelerin yorumu ve muvazaalı işlemler” kenar başlıklı TBK m.19/1 hükmü uyarınca; *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”*.

¹⁸⁹² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.269; SÜZEK, İş Hukuku, s.71 vd.; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.467; YABA, s.148; MOLLAMAHMUTOĞULU/ASTARLI/BAYSAL, s. 513; YAYVAK NAMLI, Cezai Şart, s.248; HWK/ROLOFF, §305c BGB, Rn.8; ErfK/PREIS, §§ 305-310 BGB, Rn.31-32. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.203.

¹⁸⁹³ Yargıtay vermiş olduğu kararında aynı sözleşmede birbiriyle çelişkili kurallara yer verildiği takdirde işçi yararına olan kuralın dikkate alınmasının iş hukukunun işçiyi koruyucu temel ilkesinin bir gereği olduğunu belirtmiştir. Yarg. 9. H.D., 26.02.1996, E.1995/26332, K.1996/2570, www.sinerjimevzuat.com.tr Ayrıca bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.71; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.204; YABA, s.147; RICHARDI, s.1059.

¹⁸⁹⁴ HWK/ROLOFF, §305c BGB, Rn.8; ErfK/PREIS, §§ 305-310 BGB, Rn.31-32.

¹⁸⁹⁵ RICHARDI, s.1059.

¹⁸⁹⁶ LINGEMANN, s.186.

¹⁸⁹⁷ HWK/ROLOFF, §305c BGB, Rn.8.

Sözleşmenin yorumlanması ile birlikte açık ve tatmin edici bir anlam çıkıyorsa yahut birden çok anlam mevcut olmakla beraber bu anlamlar sözleşmenin iki tarafı için de eşit olacak şekilde lehe yahut aleyhe sonuçlar doğuruyorsa söz konusu madde uygulanma alanı bulamayacaktır¹⁸⁹⁸.

d. İçerik Denetimi

Sözleşmelerin kanunların emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olup olmadığına ilişkin denetim öğretide geniş anlamda içerik denetimi olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁹⁹ (TBK m.27/1). Dar anlamda içerik denetimi ise, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan sözleşme hükümlerinin yahut genel iş koşullarının denetlenmesine ilişkin bir denetimdir¹⁹⁰⁰. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun "İçerik Denetimi" kenar başlıklı m.25/1 hükmü uyarınca; "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz".

Dar anlamda içerik denetimi, emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamakla birlikte, dürüstlük kuralını ihlâl edecek biçimde taraflar arasındaki menfaat dengesini aşırı ölçüde bozan koşulların geçersiz sayılması suretiyle hakkaniyete uygun ve âdil bir iş sözleşmesi içeriği yaratmak amacıyla yapılan sözleşme hükümlerinin yerindeliği denetimidir¹⁹⁰¹. Bu bağlamda içerik denetimi irade özerkliğine haksız bir müdahale olmayıp esasen irade özerkliğinin korunması ve güvence altına alınmasını sağlayan meşru bir mekanizma olarak karşımıza çıkar¹⁹⁰².

İfade etmek gerekir ki, bazen sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde işçi aleyhine dengeyi bozan genel iş koşulu hükmünün başka bir hüküm ile dengelenmesi mümkün olabileceği için menfaat dengesinin bozulup bozulmadığı değerlendirilirken sözleşme bir bütün olarak değerlendirilmelidir¹⁹⁰³. Bu bağlamda örneğin süpermarkette kasiyer olarak çalışan bir

¹⁸⁹⁸ YAYVAK NAMLI, Cezai Şart, s.249; CİVAN, Genel İş Koşulları, 211.

¹⁸⁹⁹ ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.100; YAYVAK NAMLI, Cezai Şart, s.254; YABA, s.149; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.210. Öğretide Süzek söz konusu denetimi genel geçerlilik denetimi başlığı altında incelemiştir. SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.465.

¹⁹⁰⁰ SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.467; ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.100; YAYVAK NAMLI, Cezai Şart, s.255; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.211; ALP, Sözleşmenin Değiştirilmesi, s.245; BAYCIK Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.203, dn.713.

¹⁹⁰¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.72; ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.100; SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.468; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.211 vd.; BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.203, dn.713.

¹⁹⁰² SOYER, Genel İş Koşulları, s.142 vd.; SOYER, İçerik Denetimi, s.267; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.212.

¹⁹⁰³ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.251; YABA, s.150. Sözleşmede kullanılan kelimeleri tek başlarına değil, sözleşmenin tüm hükümleri ile bağlantısı dikkate alınarak yorumlanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. ALTOP, *Yorum Araçları ve İlkeleri*, s.630; EREN, s.531; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.202.

işçi ile imzalanan sözleşmede, kasada eksik para çıkması durumunda bu eksikliğin işçi tarafından kapatılacağı yönünde bir sorumluluk hükmü yer almakla birlikte, üstlendiği bu sorumluluk karşısında emsal işçilere nazaran mâkul görülebilecek yükseklikte bir maktu aylık ücret ödeneceğine ilişkin hüküm de yer almakta ise sözünü ettiğimiz ve işçi aleyhine önemli dengesizliğe yol açacağı düşünülen ilk hükmün geçerli kabul edilmesi gerekmektedir¹⁹⁰⁴. İşçinin ücretine uygulamada kasa tazminatı denilen ayrı bir ödeme kalemi eklenmişse de kanımızca aynı sonuca ulaşılacaktır.

Genel iş koşulu içeren tip iş sözleşmesinin ya da iç yönetmeliğin içerik denetimi Türk Borçlar Kanunu'nun 24. ve 25. maddesi gereği mümkün olmakla birlikte, bireysel iş sözleşmesinde düzenlenen ve işverene tek taraflı olarak işçinin çalıştığı yeri veya işini değiştirme yetkisi veren hükümlerin içerik denetimine tâbi olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun "*Değiştirme Yasağı*" kenar başlıklı 24. madde hükmü uyarınca; "*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*". Yine gerekçede ifade edildiği üzere yazılmamış sayılan hükümler olmaksızın sözleşmenin kurulamayacağı yönündeki hüküm bu durumda uygulama alanı bulmayacaktır.

Öğretide *Süzek*' e göre¹⁹⁰⁵, TBK m.24 hükmünün amacı güçsüz tarafı korumaktır ve TBK m.24 hükmünün getirdiği mutlak yasak karşısında tip iş akitlerine ve iç yönetmeliklere işçi aleyhine değişiklik kayıtları konulamaz. İşçinin korunması amacıyla getirilmiş değişiklik kayıtlarını yasaklayan TBK m.24 hükmünün işçi aleyhine uyarılama yapılmak suretiyle iş ilişkilerinde uygulanmayacağının kabul edilmesi iş hukukunun temel prensiplerine uygun olmayacaktır.

Ertürk'e göre, iç yönetmelik ve iş sözleşmesindeki değişiklik kaydı eğer genel iş koşulu niteliğinde ise içerik denetimine tâbi tutulabilecek, buna karşılık bireysel iş sözleşmesindeki değişiklik kaydının içerik denetimine tâbi tutulması mümkün olamayacaktır¹⁹⁰⁶.

¹⁹⁰⁴ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.252. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. DÄUBLER Wolfgang/DEINERT Olaf/WALSER Manfred, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, Verlag Franz Vahlen München, 5. Auflage, 2021, §307 BGB, Rn.93 vd.

¹⁹⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.74 vd. ve s.681.

¹⁹⁰⁶ ERTÜRK, Genel İş Koşulları, s.101.

*Alpagut*¹⁹⁰⁷, tipik tüketicinin korunmasına ilişkin olarak düzenlenen hükümlerin iş ilişkilerinin kendine özgü yapısı dikkate alınarak uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle çalışma yaşamının gerekleri dikkate alındığında bu tarz hükümlerin geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Yazar ayrıca TBK m.24 hükmünün iş ilişkisine uygulanması ile işverenlere tanınan değişiklik kayıtlarının geçersiz olmasının çalışma hayatının gerekleri dikkate alındığında da iş hukukunun özelliklerine uygun olmayacağı ancak TMK m.2 kapsamında bir değerlendirmeye tâbi tutulabileceği görüşündedir¹⁹⁰⁸.

Baycık'a göre de her ne kadar TBK m.24 hükmü iş ilişkilerine uygulanmamalıysa da içerik denetimini düzenleyen TBK m.25 hükmünün iç yönetmelik ve tip iş sözleşmesi niteliğindeki tüm hükümlere ve dolayısıyla değişiklik kayıtlarına uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır¹⁹⁰⁹.

Civan, TBK m.24 hükmünün katı bir şekilde uygulanmaması gerektiğini, değişiklik kayıtlarına geçerli olarak genel iş koşullarında yer verilebileceğini kabul etmenin işçi ve işveren arasındaki dengeyi gözeten bir uyarılama işlemi olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁹¹⁰. Genel iş koşullarındaki değişiklik kayıtlarının geçersiz sayılmasının iş hukukundaki esneklik ihtiyacını ortadan kaldıracığını ifade eden yazar, TBK m.24 hükmündeki değiştirme yasağının iş hukukunda uygulama alanı bulmayacağını ancak söz konusu kayıtların yürürlük, yorum ve içerik denetimlerine tâbi tutulacağını belirtmektedir¹⁹¹¹.

Alman Federal Mahkemesi¹⁹¹² uçuş personeline ilişkin olarak verdiği kararda çalışanın bilgi ve becerileri göz önüne alınarak, işletmesel gerekliliklere bağlı olarak başka bir yere transfer edilebileceğine ilişkin kaydın işverenin "kötü niyetli" düzenlemesi olduğuna yönelik bir kanıtın olmaması sebebi ile geçerli olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkeme, bu tür davalarda menfaatlerin tartılmasının gerekmediği yönündeki mahkeme görüşünün hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir ve davalının tâlimat verme hakkını kullanırken hakkaniyete uygun takdir yetkisi çerçevesinde bu hakkı kullanıp kullanmadığının önemli olduğunu vurgulamıştır.

¹⁹⁰⁷ **ALPAGUT**, 2014 *Değerlendirme*, s.61.

¹⁹⁰⁸ **ALPAGUT** Gülsevil, "*İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi*", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, Ankara, 2012, s.54.

¹⁹⁰⁹ **BAYCIK**, Yenilik Doğuran Haklar, s.214.

¹⁹¹⁰ **CİVAN**, Değişiklik Kayıtları, s.791; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.133 vd.

¹⁹¹¹ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.133 vd.

¹⁹¹² BAG, Urt. v. 28.08.2013 – 10 AZR 569/12 (Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Urt. v. 22.03.2012- 15 Sa 1204/11), NZA-RR, 2014, s.181.

Kanaatimizce iş hukukunun kendine özgü yapısı ve gerekleri dikkate alındığında TBK m.24 hükmünde ifade edilen değiştirme yasağının iş hukukunda uygulama alanı bulmaması gerektiği; fakat bu durumun da genel işlem koşulları denetiminin uygulanmasını engellemeyeceği yönündeki görüş isabetlidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinin ihlâli hâlinde uygulanacak yaptırıma maddede açık bir şekilde yer verilmemiştir. Fakat madde gerekçesinde sözleşmenin kapsamına dâhil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakilerin geçerliliğini koruyacağı ifade edilerek¹⁹¹³ kısmi geçersizliğe atıf yapılmıştır¹⁹¹⁴. Bu sonuç iş hukuku bakımından da isabetlidir. Zira sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması hâlinde işçi korumadan yoksun kalacaktır. Esasen iş sözleşmeleri bakımından kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanmasında tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmayacağı, zira geçersiz olduğu tespit edilen sözleşme hükmüne sözleşme yapılırken yer verilmemiş olsaydı, zaten bu hükümlerin yerini mutlak ve nispi emredici hükümlerin alacağı ifade edilmiştir¹⁹¹⁵. Yine ifade edelim ki, Kanun'un 22. maddesinden¹⁹¹⁶ farklı olarak 25. maddede ve gerekçesinde *"düzenleyenin söz konusu hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği"* yönünde bir ifade yer almamaktadır. Öğretide bu durum eleştirilmiş ve iş ilişkilerinde zayıf tarafın korunması ilkesinden ve işçinin korunması amacından hareketle bu konuda işverenin farazî iradesinin dikkate alınmaması gerektiği isabetle ifade edilmiştir¹⁹¹⁷.

§307/1 BGB hükmü uyarınca, genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler, sözleşmenin karşı tarafını dürüstlük kuralına aykırı olarak haksız/ölçüsüz bir şekilde mağdur durumuna düşürüyor ise geçersizdir. §307/1 BGB hükmü uyarınca içerik denetimi yapılırken, sadece genel ve olağan durumla yetinilmemeli, sözleşmenin kurulması anındaki bireysel ve somut durum, sözleşmenin

¹⁹¹³ Madde gerekçesi için bkz. <http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-25>

¹⁹¹⁴ SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.468; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.77; CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.308. Ayrıca bkz. YAYVAK NAMLI, *Cezai Şart*, s.257. Genel işlem koşullarının içerik denetimi sonrasında bir aykırılık durumunda uygulanacak kısmi geçersizlik yaptırımının hâkim tarafından re'sen uygulanması gereken bir yaptırım türü olduğu yönünde bkz. HWK/ROLOFF, §307, Rn.17.

¹⁹¹⁵ CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.313. Tarafların farazi iradesi dikkate alınarak sözleşmenin geçersiz sayılmasının sadece korunan tarafa tanınabilecek bir imkân olduğu ve işçinin de söz konusu hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmekle yükümlü olduğu yönünde bkz. CİVAN, *Genel İş Koşulları*, s.313; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.140; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Yapı*, s.368.

¹⁹¹⁶ Söz konusu hüküm uyarınca; *"Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez"*.

¹⁹¹⁷ SÜZEK, *Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler*, s.469.

kurulmasına eşlik eden şartlar da dikkate alınmalıdır¹⁹¹⁸. Bu bağlamda örneğin işçinin entelektüel becerisi, somut iş gücü piyasasındaki fırsatları önem arz edecektir¹⁹¹⁹. Sözleşmenin bir maddesi deneyimsiz bir işçi bakımından açık olmayıp, aynı madde deneyimli başka bir işçi açısından şeffaf olabilir. Bunun dışında sözleşme kurulurken işveren, işçinin dil bilgisi eksikliğinden yararlanarak sözleşmeyi hazırlamış olabilir. Yahut sözleşmede belirsiz ifadeler bulunabilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki belirsiz ifadeler ek açıklamalarla açığa kavuşturulmalıdır.

Karşı tarafın ölçsüz mağduriyetine sebep olan durum genel işlem koşullarına ilişkin hükmün açık ve anlaşılır olmamasından kaynaklanabilir. Bu da “şeffaflık ilkesi” adı verilen ilke çerçevesinde değerlendirilmektedir¹⁹²⁰. Bir hükmün içeriğinin sözleşmenin diğer tarafının haksız bir şekilde menfaatine aykırı olup olmadığı belirlenirken kapsamlı bir menfaat değerlendirmesi yapılmalıdır¹⁹²¹. Bu bağlamda örneğin söz konusu işçinin niteliği, iş sözleşmesinin özel karakteri de önem arz etmektedir¹⁹²². Anlaşılır olma bakımından odak noktası özenli, ortalama ve mâkul bir işçinin anlayışıdır¹⁹²³. Bir hükmün yarattığı hukuki sonuç ne kadar ağır ise düzenlemenin de o kadar açık ve anlaşılır olması gerekmektedir¹⁹²⁴. Alman Federal İş Mahkemesi “*işçi ayda ortalama 150 saat çalışmakla yükümlüdür*” şeklindeki sözleşme hükmünde yer alan “*ortalama*” kelimesinin şeffaf olmadığına, ayda 150 saatlik “*ortalama*” çalışma süresine en geç hangi zaman diliminden sonra ulaşılması gerektiğinin belirsiz olduğuna karar vermiştir¹⁹²⁵.

Maddenin ikinci fıkrasında ise şüphe hâlinde bir hükmün ölçsüz mağduriyete yol açtığı varsayılan iki hâl belirtilmiştir: Bunlardan ilki kendisinden ayrılan/sapan yasal düzenlemenin temel prensipleri ile uyuşmayan hâlin mevcudiyeti, ikincisi ise sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan temel hak ve yükümlülüklerin, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye atacak

¹⁹¹⁸ DÄUBLER/DEINERT/WALSER, §310, Rn.22. Ayrıca bkz. BAG, Urt. v. 23.09.2010 – 8 AZR 897/08 (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 13.06.2008- 9 Sa 12/08), NZA Heft 2, 2011, s.90.

¹⁹¹⁹ WESTERMANN Harm Peter/GRUNEWALD Barbara/MAIER-REIMER Georg (Hrsg.), ERMAN Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBG, VersAuslG und WEG, Band I, 16. neu bearbeitete Auflage, 2020 (ERMAN/ROLOFF/LOOSCHELDERS), BGB §310, Rn.25; HK-ArbR/BOEMKE/ULRICI, BGB §310, Rn.18.

¹⁹²⁰ HWK/ROLOFF, §307 BGB, Rn.12; HK-ArbR/BOEMKE/ULRICI, BGB §307, Rn.17; JESGARZEWSKI, s.13; DÄUBLER/DEINERT/WALSER, §307 BGB, Rn.139 vd.; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.244.

¹⁹²¹ LINGEMANN, s.188.

¹⁹²² LINGEMANN, s.188; JESGARZEWSKI Tim, “*Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach dem AGB-Recht*”, Arbeit und Recht, Bund-Verlag-Frankfurt/Main, 59. Jahrgang, 2011, s.13.

¹⁹²³ HK-ArbR/BOEMKE/ULRICI, BGB §307, Rn.17.

¹⁹²⁴ HK-ArbR/BOEMKE/ULRICI, BGB §307, Rn.17.

¹⁹²⁵ BAG, Urteil vom 19.06.2012, 9 AZR 736/10, <https://lexetius.com/2012,4650>

şekilde kısıtlamış olması hâlidir. §308 BGB vd. maddelerinde ise içerik denetimine ilişkin özel hükümler yer almaktadır.

Son olarak toplu iş sözleşmeleri hükümlerinin içerik denetimine tâbi olup olmayacağı konusuna değinmek faydalı olacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nda, Alman Hukuku'nun aksine, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin içerik denetimine tâbi tutulamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır (BGB m.310/4)¹⁹²⁶. Öğretide, toplu iş sözleşmesinin özerk bir yapıya sahip olması, müzakere olanağının bulunması, grev ve lokavt gibi hukuki baskı araçlarına başvurma'nın mümkün olabilmesi, toplu iş sözleşmesi taraflarının birbirine denk olduğu gerekçeleri ile kanımızca da isabetli olarak toplu iş sözleşmesinin genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi olmadığı ifade edilmektedir.¹⁹²⁷.

¹⁹²⁶ Alman Hukuku'nda toplu iş sözleşmeleri bakımından "işveren tarafından tek taraflı olarak oluşturulup işçiye sunulma" durumunun olmamasının, toplu iş sözleşmelerinin imzalanmasından önce bir müzakere sürecinin bulunmasının maddenin gerekçesi olduğu ifade edilmektedir. **VON STAUDINGER** Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Anhang zu §§305-310, (AGB- Recht 2: Ausgewählte Verträge; AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht; Internationaler Geschäftsverkehr), Sellier- de Gruyter Berlin, Neubearbeitung 2019, (STAUDINGER/KRAUSE), Anh. zu §§ 305-310, Rn. K87; MüKoBGB/**FORNASIER**, §310, Rn.132. Toplu iş sözleşmesinin özerkliğinin korunması bakımından bu sözleşmelerin denetime tâbi olmaması önem arz etmektedir. **DÄUBLER/DEINERT/WALSER** §310, Rn.25; **DÄUBLER**, s.1334.

¹⁹²⁷ **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.301 vd.; **BAYCIK**, Yenilik Doğuran Haklar, s.195 vd.; **YABA**, s.150; **YAYYAK NAMLI**, Cezai Şart, s.252. Konuya ilişkin öğretilerdeki görüş farklılıkları için bkz. **SOYER**, Genel İş Koşulları, s.192 vd.; **RICHARDI**, s.1057, s.1062.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN YOKLUĞUNUN VE GEÇERSİZLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. İş Sözleşmesinin Yokluğunun Hukuki Sonuçları

A. Yokluğun İleri Sürülmesine İlişkin Esaslar

Yokluk, sözleşmenin kurucu koşullarının bulunmaması sebebi ile hiç meydana gelmemiş olduğunu ifade eder. Yokluk hâlinde işlemin tahvili mümkün olmayacak aynı zamanda yokluğun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelse dâhi yokluk iddiası her zaman ileri sürülebilecektir¹⁹²⁸. Yargıtay'ın da ifade ettiği gibi¹⁹²⁹ hiç varlığı olmayan bir sözleşmeye sonradan verilen icazet ona bir varlık kazandıramayacaktır.

TBK m.1 hükmünde de sözleşmelerin tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun açıklamalarıyla kurulacağı ve irade açıklamasının açık yahut örtülü olabileceği ifade edilmiştir. O hâlde iş sözleşmesinin kurulabilmesi için de işçi ve işverenin iradelerinin açık ya da örtülü olarak uyuşması gerekmektedir¹⁹³⁰. Kanun'un 2. maddesinde de tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmaları hâlinde, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşmenin kurulmuş sayılacağı, ikinci derecedeki noktalarda uyuşulamaması durumunda da hâkimin uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlayacağı belirtilmiştir. İfade edelim ki, yapılan iş için ücret ödenmesi olağan görülüyor ise kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırıldığı kabul edilecek¹⁹³¹ iş sözleşmesinde ücretin açıkça kararlaştırılmamış olması sözleşmenin kurulması bakımından önem arz etmeyecektir¹⁹³².

¹⁹²⁸ **ANTALYA/TOPUZ**, s.208 vd.; **NOMER**, s.61; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.86; **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.581; **ATASOY**, s.187; **ŞEKER**, s.76 vd. Ayrıca bkz. Yarg. 2. H.D., 20.11.1970, 5577/6142, RKD 1971, II, 2, s.17, İBD, s.1046 vd.

¹⁹²⁹ YHGK., 12.07.1967, 4/162 E., 328 K., **ÇENBERCİ**, İş Kanunu Şerhi, s.50.

¹⁹³⁰ **YÜREKLİ**, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.47.

¹⁹³¹ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.234; **ANTALYA**, Hizmet Akdi, s.292; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.310 vd.; **CİVAN**, *Kısmi Geçersizlik*, s.217 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.168. TBK m.411/2 mevcut düzenlemesine göre; taraflar arasında ücret kararlaştırılmamış ise asgari ücret değil, emsal ücret kararlaştırılmış sayılır. **CANIKLIOĞLU**, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.84; **TUNÇOMAĞ**, *Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.116; **PORTMAN Wolfgang/WILDHABER Isabelle**, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Dike Verlag, 4. Auflage, Zurich, 2020, s.26; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.19.

¹⁹³² **SÜZEK**, İş Hukuku, s.234; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.168; **ŞAKAR**, s.31; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.104; **SÜMER**, İş Hukuku, s.38; **YÜREKLİ**, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.48; **NARMANLIOĞLU**, *Ferdi İş ilişkileri I*, s.173; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.311; **RIEMER KAFKA/KRENGER**, s.27.

Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin yokluğu, tarafların iş sözleşmesi yapma konusunda hiç iradelerinin bulunmaması ve bu yönde bir sözleşme yapmamış olmaları hâlinde ya da iş sözleşmesinin muvazaalı olması hâlinde tartışma konusu olabilir. Tarafların gerçekte iş sözleşmesi yapmamış olmalarına rağmen, üçüncü kişileri aldatmak niyetiyle aralarında sanki bir iş sözleşmesi yapmış gibi göstermeleri durumunda basit muvazaa söz konusu olacaktır¹⁹³³. Daha önce açıkladığımız üzere¹⁹³⁴ esasen tartışmalı olmakla birlikte muvazaa konusunda uygulanacak yaptırım kanaatimizce yokluk değil kesin geçersizlik yaptırımıdır. Her ne kadar muvazaa durumunda da taraflar arasında iş sözleşmesi kurma yönünde bir irade bulunmasa da görünürde de olsa bir sözleşme bulunmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında iş sözleşmesi kurma niyeti olmayan iki durumun birbirinden ayırt edilmesi gereken yönlerinin olduğunu düşünerek konuya ayrıca dikkat çekmek istedik. Aşağıda bu iki ihtimâle vurgu yapmak açısından iki başlık altında inceleme yapmanın isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

B. Taraflar Arasında İş Sözleşmesi ve İş Sözleşmesi Kurma Amacına Yönelik İradenin Bulunmaması

Tarafların iş sözleşmesi yapma konusunda irade beyanlarının bulunmadığı hâlde sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Örneğin bahçeli bir evi bulunan birinin bahçesinde ev sahibinin izni ve haberi olmadan birinin gelip çalışması, bahçenin düzeni ile ilgilenmesi hâlinde bahçe sahibi ile çalışan arasında bir iş sözleşmesinin kurulduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁹³⁵. Zira söz konusu olayda tarafların iradelerinin uyuşmasından bahsetmek mümkün değildir. İş sözleşmesi işçi ile işverenin karşılıklı irade açıklamalarının uyuşmasıyla kurulur. Bu nedenle söz konusu ilişki açısından evin korunması, evin güzelleştirilmesi için yapılan masraflar ya da iş görmenin karşılığı olarak olsa olsa vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak istenebilecektir¹⁹³⁶.

Yargıtay'ın taraflar arasında fiilen iş ilişkisinin kurulmamış sayılacağı yönünde verdiği kararda iş ilişkisinin yokluğu sebebiyle alacak taleplerine ilişkin davanın genel mahkemelerde

¹⁹³³ **ESENER**, Muvazaa, s.41; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.94; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.250 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.347; **NOMER**, s.105; **REİSOĞLU**, s.1051; **ANTALYA**, s.348, **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.243; **ANTALYA/TOPUZ**, s.183; **EREN**, s.397; **OLGAÇ**, s.16; **SAPANOĞLU**, s.49; **AKKURT**, s.115; **TUTAR**, s.107; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s.173 vd.; **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.456; **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s.722; **BENECKE**, s.66 vd.; **SCHAUB/ LINCK**, §32, Rn.12.

¹⁹³⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 5, c.

¹⁹³⁵ **TAŞMAN**, s.287.

¹⁹³⁶ **TAŞMAN**, s.287.

görülebileceği ifade edilmiştir. Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu kararda¹⁹³⁷ somut olayda taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamakla birlikte yazılı bir sözleşme olsa dâhi eylemli çalışma yoksa fiilen iş ilişkisinin kurulmamış sayılacağını ve davanın genel mahkemelerde görüleceğini ifade etmiştir. Yargıtay’a göre, “*Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamaktadır. Kaldı ki, kökleşmiş içtihatlarımıza göre, yazılı bir hizmet sözleşmesi olsa da eylemli bir çalışma yoksa fiilen iş ilişkisi kurulmamış sayılmaktadır. Davacının sözleşme kurulacağı vaadiyle umudunun boşa çıkarılması ancak genel mahkemelerde görülebilecek bir zarar türüdür. Davacının istemini işçilik alacaklarında somutlaştırması ve iş ilişkisine dayandırması nedeniyle doğan uyuşmazlıkta haklı bir isteği bulunmamaktadır. Dava bu nedenle reddolunmalıdır*”. Yargıtay’ın bu kararından sözleşmenin yok hükmünde mi olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Ancak Özel Daire’nin, diğer tarafın “...sözleşme kurulacağı vaadiyle umudunun boşa çıkarılması”ndan söz edilmesi karşısında sözleşmenin hiç kurulmadığı, dolayısıyla yok hükmünde olduğunu kabul ettiği kanaatine ulaşılmaktadır.

Yargıtay iş mahkemelerinin görevine ilişkin olarak verdiği başka bir kararında¹⁹³⁸ gayri resmi de olsa 23 yıl evli kalan taraflar arasında iş ilişkisinin kurulmamış olduğunu, bu ilişkiden ahlâki yükümlülük dışında iş sözleşmesinden kaynaklı herhangi bir borç doğmadığını belirtmiştir. Söz konusu olaya ilişkin olarak Yargıtay’ın ifadesi şu şekildedir: “*Davacı gayri resmi olarak evli kaldığı davalılar murisine yaptığı hizmetin karşılığını ve katkıları nedeniyle karşı tarafta sebepsiz zenginleşme nedeniyle bu bedelin tahsilini talep etmiştir. Taraflar arasında hizmet akdi ilişkisi işçi ve işveren sıfatı bulunmadığı mahkemece kabul edildiğine göre uyuşmazlığın çözüm yeri genel mahkemelerdir*”. Hatır için yahut ahlâki bir amaçla ücret almakızın bir çalışmanın varlığı durumunda taraflar arasındaki ilişki iş ilişkisi olarak

¹⁹³⁷ Yarg. 9. H.D., 27.02.2008, E.2008/1358, K.2008/2598, <https://www.lexpera.com.tr/> Ayrıca bkz. Yarg. 9. H.D., 29.06.2011, E. 2011/20865, K. 2011/19506, <https://www.lexpera.com.tr/> Yargıtay’a yansıyan başka bir olayda, davalı çalışma izni başvurusunda bulunmuş fakat tamamlanması istenen eksik belgelere ilişkin herhangi bir işlem yapmamıştır. Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmasına rağmen çalışma olgusu gerçekleşmemiş ve fiilen iş ilişkisi kurulmamıştır. Yarg. 9. H.D., 26.09.2006, E.2006/20061, K.2006/24888, <https://kazanci.com.tr/> Karar ve incelemesi için bkz. **ERGİN**, Karar İnceleme, s.215 vd.

¹⁹³⁸ Yarg. 9. H.D., 18.06.2001, E.2001/8123, K.2001/10422, <https://kazanci.com.tr/> Yargıtay’ın stajyer olarak çalışan kişi ile işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığı yönündeki kararı için bkz. Yarg. 9. H.D., 11.06.2001, E.2001/9175, K.2001/9903, Çimento İşveren Dergisi, C.15, Eylül, 2001, s.39. **SÜZEK** Sarper, “*Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*”, Kamu-İş, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara, 2003, s.4.

nitelendirilmemektedir¹⁹³⁹. Taraflar arasında yardım çerçevesinde bir işin görülmesi söz konusu ise iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir¹⁹⁴⁰.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere¹⁹⁴¹, somut olaya göre ücret karşılığında yerine getirilmesi beklenecek bir hizmetin ifa edilmesi ile birlikte iş sözleşmesi kurulmuş olmakta, sözleşmenin kurulmuş olması bakımından ücretin taraflarca kararlaştırılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu bağlamda iş sözleşmesinin eşler arasında kurulmasına da bir engel yoktur. Bir eşin ortak ev işlerindeki faaliyeti -ev işleri maddi bir menfaat elde etmek amacıyla değil, ortak haneye bir hizmet olarak yerine getirildiğinden- taraflar arasında iş sözleşmesi kurmamaktadır. Bu ilişkide esasen iş sözleşmelerinde olduğu gibi taraflar arasında tabiiyet ilişkisi (*Subordinationsverhältnis*) de bulunmamaktadır¹⁹⁴². İsviçre Hukuku'nda işverenin, koşullara göre sadece ücret karşılığında yerine getirilmesi beklenebilecek geçici bir süre için kişinin kendi hizmetinde çalışmayı kabul etmesi durumunda da iş sözleşmesinin yapılmış olacağını varsayan Art.320/2 OR hükmünün sadece iş birliğinin ortak hane dışında gerçekleşmesi hâlinde uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁹⁴³.

C. Yazılı Sözleşme Bulunmasına Rağmen Eylemli Çalışmanın Olmaması: Yokluk mu, Geçersizlik mi?

Tarafların arasında yazılı bir iş sözleşmesi bulunması rağmen esasen eylemli bir çalışmanın olmaması durumunda taraflar arasındaki ilişkinin niteliği ve bu ilişkiye uygulanacak yaptırım önem arz etmektedir.

Yargıtay bir kararında¹⁹⁴⁴ taraflar arasında noterde düzenlenen ve davacının üç yıl imâlat müdürü olarak çalışacağı yönünde bir sözleşme olmasına rağmen davacının hiç çalışmasının bulunmadığı bu nedenle de işçi sıfatının oluşmadığı belirtilerek somut olay bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde değil genel mahkemelerde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁹³⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, I, C, 2.

¹⁹⁴⁰ Bu yönde bir ilişkide iş hukukunun koruduğu anlamda bir "işçi" kavramından söz edilemeyeceği yönünde bkz. DOĞAN, Bağımlılık Unsuru, s.262.

¹⁹⁴¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, I, C, 2.

¹⁹⁴² BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.22.

¹⁹⁴³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.22.

¹⁹⁴⁴ Yarg. 9. H.D., 29.09.2015, E. 2014/14837, K.2015/26603, <https://www.lexpera.com.tr/>

Yargıtay verdiği başka bir kararında¹⁹⁴⁵ kayden % 65 engelli olan davacının altı yıla yakın bir süre davalı işyerinde engelli kontenjanından kayden sigortalı olarak gösterildiğini ancak işyerinde fiili çalışmasının olmaması sebebiyle taraflar arasında bir iş sözleşmesinin kurulmadığını ifade etmiştir.

Yargıtay'ın da kararında ifade ettiği gibi salt sigortalı gösterilmek o kişinin işçi sayılmasını gerektirmez. Kanaatimizce bu durumda muvazaa bulunması sebebiyle iş sözleşmesi baştan itibaren geçersizlik yaptırımına tâbi olmalıdır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere¹⁹⁴⁶ tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması yönünde anlaşmaları hâlinde basit muvazaadan bahsedilir¹⁹⁴⁷. Sahte sigortalılık durumu da esasen basit muvazaaya örnek teşkil etmektedir.

Muvazaalı işlemin yaptırımı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunsa da kanaatimizce muvazaa durumunda uygulanacak yaptırım kesin geçersizlik yaptırımı olacaktır. Bu durumda sözleşmeye yokluk yaptırımı değil, baştan itibaren kesin geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus burada iş sözleşmelerinde geçersizliğin ileriye etkili hüküm ve sonuçlarını doğuracağını düzenleyen TBK m.394/3 hükmünün uygulama alanı bulmayıp sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılmasıdır. Bu nedenle taraflar arasında birinin salt sigortalı gösterilmek maksadıyla fiili çalışması bulunmaksızın "sözde" bir iş sözleşme imzalanması bu kişilerin işçi ve işveren sıfatını kazanmaları sonucunu doğurmayacaktır.

İfade edelim ki kesin geçersiz yahut iptal edilebilir bir iş sözleşmesinde olduğu gibi yokluk durumunda ileriye etkili olarak sözleşmeyi yok saymak mümkün olmayacaktır. Bu nedenle iş sözleşmesinin yokluğu hâlinde çalıştığı süre ile sınırlı olmak şartı ile işçilik alacaklarının doğduğundan bahsedilemez. Zira yokluk durumunda taraflar işçi ve işveren sıfatını haiz değildir. Çalışma bir iş ilişkisine dayanmadığı için olası bir uyuşmazlık iş mahkemesinde görülmeyecektir¹⁹⁴⁸. Yokluk iddiası ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilecek ve hâkim tarafından da re'sen nazara alınacaktır¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁵ Yarg. 9. H.D., 06.06.2011, E.2009/13419, K.2011/16599, <https://www.lexpera.com.tr/>

¹⁹⁴⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 5, b, aa.

¹⁹⁴⁷ **ESENER**, Muvazaa, s.41; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.134; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.250; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.347; **NOMER**, s.105; **ANTALYA**, s.348; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.243; **ANTALYA/TOPUZ**, s.183; **EREN**, s.397; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.94; **OLGAÇ**, s.16; **SAPANOĞLU**, s.49; **AKKURT**, s.115; **TUTAR**, s.107.

¹⁹⁴⁸ **TAŞMAN**, s.287.

¹⁹⁴⁹ **ANTALYA/TOPUZ**, s.208; **HELVACI/ERLÜLE**, s.38; **ESENER/DEMİR**, s.245; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.386; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.582; **DURAL/SARI**, s.224; **ŞEKER**, s.64; **KIRKBEŞOĞLU**, s.27; **TUZCUOĞLU**, s.217 vd.; **AKKURT**, s.103; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.31.

II. İş Sözleşmesinin Kesin Geçersizliğinin Hukuki Sonuçları

A. Kesin Geçersizlik Yaptırımı ve Yaptırımın Belirlenmesinde Amacın Rolü

1. Kesin Geçersizlik Yaptırımının Amacı

Kesin geçersizlik durumunda yokluk hâlinde farklı olarak hukuki işlemin kurucu koşullarında bir eksiklik bulunmamakla beraber, hukuki işlemin kamu düzenine ilişkin geçerlilik koşulları eksiktir¹⁹⁵⁰. Hukuk teorisinde “*Hukuki işlemin ölü doğmuş olması*” olarak ifade edilen kesin geçersizlik durumunda, işlemin geçersizliği herkes tarafından ileri sürülebilecek, bu durum hâkim tarafından re’sen dikkate alınabilecek ve geçersizlik kural olarak işlemin yapıldığı andan itibaren (ex tunc) etkili olacaktır¹⁹⁵¹. Bu bağlamda TBK m.27 hükmü doğrultusunda, sözleşmenin taraflarının gereken fiil ehliyetini haiz olmaması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına, kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı olması yahut konusunun imkânsız olması hâlinde veya sözleşmede muvazaa bulunması durumunda kesin geçersizlik yaptırımı gündeme gelebilecektir.

İfade edelim ki, her bir geçersizlik normu bir amaca hizmet etmektedir ve geçersizlik normları da bu amaç doğrultusunda yorumlanmalıdır¹⁹⁵². Bu nedenle bu amaç dikkate alınarak taraflar arasındaki hukuki ilişki kimi zaman kesin geçersizlik yaptırımına tâbi olmakta, kimi zaman da kanun hükmü teleolojik redüksiyona tâbi tutulmakta ve sözleşmenin geçersizliği ileri sürülememektedir¹⁹⁵³. Daha önce de belirttiğimiz üzere¹⁹⁵⁴ gerek esnek geçersizlik savunucularının gerekse kesin geçersizlik hükmünde örtülü boşluk bulunduğu kabulüyle hükmün amaca göre sınırlandırılması gerektiğini savunan yazarların ortak amacı geçersizlik normlarının sadece lafzıyla yorumlanmaması, normun koruma amacının da dikkate alınması gerektiğidir. Öğretide de kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağına ilişkin düzenleme içeren TBK m.27 hükmünde geçersizliğe neden olan olguların tek bir kalıp içinde değerlendirilemeyeceği

¹⁹⁵⁰ **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.79; **ŞEKER**, s.67; **ESENER/DEMİR**, s.246; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.386; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.221; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.135.; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.23.

¹⁹⁵¹ **ERMAN**, Medeni Hukuk, s.79; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.242; **DURAL/SARI**, s.224; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.243; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.196; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.135; **KARAHASAN**, s.269; **ANTALYA/TOPUZ**, s.209 vd.; **HELVACI/ERLÜLE**, s.39; **ESENER/DEMİR**, s.245 vd.; **EREN**, s.377; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.225; **REİSOĞLU**, s.141; **NOMER**, s.66; **ŞEKER**, s.75; **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.173; **ANTALYA**, s.187 vd.; **İNAN**, Borçlar Hukuku, s.197; **BAKIRCI**, s.422; **ATASOY**, s.188; **KIRKBEŞOĞLU**, s.31; **TAŞMAN**, s.288; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.37; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.295.

¹⁹⁵² **TÜRKMEN**, s.1072.

¹⁹⁵³ **TÜRKMEN**, s.1072.

¹⁹⁵⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, C, 2, a.

ifade edilmiştir¹⁹⁵⁵. Bu nedenledir ki kesin geçersizliğin katı sonuçları hükümle korunan kişi lehine esnetilebilmektedir¹⁹⁵⁶. Fakat ihlâl edilen hükmün koruma amacı dikkate alındığında bireysel menfaatten ziyade kamu menfaati esas alınmış ise bu durumda kesin geçersizlik yaptırımını gerçekleştirebilmektedir.

2. İş Hukukunda Kesin Geçersizlik Yaptırımının Sözleşmeyi Ayakta Tutma Amacı Çerçevesinde Dar Yorumlanması Gereği

İş hukukunda kesin geçersizlik nedenleri ve geçersizliğin doğuracağı sonuçlar incelenirken her şeyden önce iş hukukunun dikkate alınması gereken kendine özgü yönleri olduğu unutulmamalıdır. Bu özellikler her şeyden evvel iş sözleşmesinin devam eden varlığını koruma ihtiyacını karşılamalıdır. Burada esasen önemli olan, iş sözleşmesinin mümkün olduğunca ayakta tutularak işçinin korunma ihtiyacının karşılanmasıdır, çünkü ancak iş sözleşmesinin varlığı ile işçinin ücret hakkı ve işverenin işçiye karşı özen yükümlülüğü garanti altına alınmış olur¹⁹⁵⁷.

İş hukukunun başta işçiye koruma amacı olmak üzere birçok özelliği bu hukuk dalının yerleşmiş hukuki yapılar dışında kendine özgü kurum ve ilkelere sahip bulunduğunu göstermiştir¹⁹⁵⁸. Ücretin herhangi bir alacak gibi değerlendirilmeyip işçinin geçimini temin etme işlevi sebebiyle ayrıca korunması, iş hukukunun taraflardan birini koruma amacı, sözleşme özgürlüğünün tek taraflı olarak sınırlandırılabilmesi gibi geçersizliğe bağlanan farklı sonuçlar da iş hukukunun diğer hukuk dallarından ayrılması gerektiğini haklılaştırmakta ve iş hukukunun kendine özgü bir yapısının olduğunu göstermektedir¹⁹⁵⁹. Gerçekten de sözleşmenin yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılması kuralı, özellikle iş sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmeler bakımından bu sözleşmelerin özel niteliğine uymadığı için uygulanamayacaktır. Ayrıca bu yaklaşım Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü ile hukuki bir düzenlemeye de kavuşmuştur.

İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde iş sözleşmelerine kendisine özgü yapısına da uygun düştüğü ölçüde genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili

¹⁹⁵⁵ TÜRKMEN, s.1072.

¹⁹⁵⁶ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.125; TÜRKMEN, s.1073; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.81 vd.; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.287 vd.

¹⁹⁵⁷ EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.31.

¹⁹⁵⁸ SÜZEK Sarper, "İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması", Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s.129.

¹⁹⁵⁹ SÜZEK, *Düzenleme Boşluklarının Doldurulması*, s.129.

hükümleri uygulanacaktır¹⁹⁶⁰. Çalışmamızın esasını oluşturan ve Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü ile getirilen geçersiz iş sözleşmelerinin akîbetine ilişkin hüküm, konuya ilişkin olarak İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle İş Kanunu'na tâbi işçiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. İlgili hüküm uyarınca; “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”. Bu noktada belirtelim ki, söz konusu kanun hükmünün yürürlükte olmadığı dönemde çıkan uyuşmazlıklar fiili iş ilişkisi (*faktische Arbeitsverhältnis*) kavramına dayanılarak giderilmekte ve geçersizliğin ileriye etkili olması gerektiği gerek öğreti gerekse Yargıtay tarafından kabul edilmekteydi¹⁹⁶¹. Fiili iş ilişkisi kavramı, belirli sebeplerin varlığı hâlinde iş sözleşmesinin her bir tarafça her zaman ve derhâl geçerli olmak üzere sona erdirilebileceğini, ancak sona erme anına kadar, hizmetin ifa edildiği süre boyunca taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli bir sözleşmeye dayalı iş ilişkisi ile aynı hüküm ve sonuçları doğuracağını öngörmektedir¹⁹⁶². Fiili sözleşme ilişkileri (*faktische Vertragsverhältnisse*) teorisi büyük ölçüde 1941 yılında *Günter Haupt* tarafından kurulmuş ve 1950’lerde *Karl Larenz* tarafından geliştirilmiş ve devam ettirilmiştir¹⁹⁶³. Fiili sözleşme ilişkisi teorisi bir iş ilişkisinin kurulması için taraflar arasında geçerli bir anlaşma yapılmasını zorunlu görmemiştir. Buna göre özel hukuk kapsamındaki bir iş ilişkisinin kurulması yalnızca geçerli bir iş sözleşmesinin akdedilmesine bağlı olmayıp taraflar arasındaki fiili ilişkiden de kaynaklanabilir. 1950’li yıllarda Alman Federal Yüksek Mahkemesi de en azından kısa bir süre

¹⁹⁶⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.44 vd.; CANIKLIOĞLU, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.78; CANIKLIOĞLU, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.76; BAŞBUĞ/BODUR, s.120; CİVAN Ersun, *Kısmi Geçersizlik*, s.214; KARAÇÖP/YAMAKOĞLU, s.87.

¹⁹⁶¹ AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük, s.37; TUNÇOMAĞ, *Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.128 vd.; CANIKLIOĞLU, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.83; CANIKLIOĞLU, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.81; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.295; TAŞMAN, s.290; EYRENCİ, *Kısmi Süreli*, s.39; REİSOĞLU, s.141; SELİÇİ, s.47; BAKIRCI, s.423; ÇİL, Şerh, C.I , s.527; DİNÇ, s.141; SÜZEK, İş Hukuku, s.347; SÜZEK, İş Güvenliği, s.182; GÜNEŞ/MUTLAY, s.237; SOYER Polat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin “Bazı” Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2, Seminer-25 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s.8; ARSLAN ERTÜRK Arzu, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.537. YİBGK, 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, <https://kazanci.com.tr/> Çenberci, işçinin yaş küçüklüğü sebebiyle geçersiz sayılan bir iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılmasının iş hukukunun sosyal amacına uymayacağını ifade ederek bu ve benzer durumlarda çalışılmış sürelerle sınırlı olmak üzere, sözleşmeyi bütün hukuki sonuçlarıyla geçerli saymanın; fakat taraflara, her an aralarındaki ilişkiye son vererek bir tarafa çalışmamak, öbür tarafa da çalıştırmamak hak ve ödevini tanımanın daha uygun bir çözüm olacağını ifade etmiştir. ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.49.

¹⁹⁶² BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.23.

¹⁹⁶³ SZECH, s.34; MHdB ArbR /BENECKE, §38, Rn.49; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, §611a BGB, Rn.692. Bu görüşün hukuksal güveni sarsması sebebiyle eleştiriye maruz kaldığı yönünde bkz. ULUSAN, *Culpa in Contrahendo*, s.23; SELİÇİ, s.43 vd.

için *Günter* tarafından geliştirilen fiili sözleşme ilişkisi teorisinin temel fikirlerini takip etmiştir¹⁹⁶⁴.

Bireysel iş sözleşmesi, iş ilişkisinin kurulmasını sağlayan bir araç olmakla beraber çok sınırlı da olsa aynı zamanda iş ilişkisinin içeriğinin belirlenmesini sağlayan bir araçtır. Çünkü iş sözleşmesinin "içeriği belirleme fonsiyonu (*Gestaltungsfunktion*)" giderek artan bir şekilde diğer emredici yasal düzenlemelere ve toplu iş sözleşmelerine bırakılmıştır/devredilmiştir¹⁹⁶⁵. Söz konusu emredici hükümlere aykırılık durumunda sözleşmeye uygulanacak yaptırım önem arz etmektedir. Zira iş hukukunda zaman içerisinde emrediciliğe bağlanan geçersizlik dışında yaptırımların olduğu, normun koruma amacından hareketle iş hukukunun kendi yaptırım mekanizmasını oluşturduğu söylenebilir¹⁹⁶⁶. Bu nedenle ikinci bölümde de ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere emredici normlara her aykırılık klâsik anlamda kesin geçersizlik sonucunu doğurmayacak, iş hukukunun kendine özgü yapısı gereği daha farklı yaptırım türleri de ortaya çıkacaktır.

Her ne kadar öğretinin aksine ileride de açıklayacağımız üzere¹⁹⁶⁷ iş sözleşmesinin ileriye etkili geçersizliği durumunda amaca göre yorumla işçinin kıdem tazminatı alma hakkının bulunması gerektiğini savunsak da geçersiz bir iş sözleşmesi feshe göre işçiyi daha dezavantajlı duruma düşürmektedir. Bu durumda işçi ihbar tazminatına hak kazanamayacak ve işçinin işe iade davası açma hakkı da bulunmayacaktır¹⁹⁶⁸. Bu nedenle iş hukukunda normun koruma amacı esas alınarak amaca uygun yorum yöntemi ile klâsik anlamdaki geçersizlik yaptırımından da kimi zaman uzaklaşılması gerekmektedir.

İş sözleşmesinin kesin geçersizliği sonucunu doğuran nedenleri çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele almış ve kesin geçersizlik nedenlerinden birinin de emredici hukuk kurallarına aykırılık olduğunu ifade etmiştik. Tekrar vurgulamak gerekirse, TBK m.27 hükmünün amacı meydana gelen hukuki işlemin doğrudan doğruya geçersizlik yaptırımına tâbi olması değil, sözleşmenin geçersizliğine sebep olan durumun bertaraf edilerek sözleşmenin ayakta kalabilmesinin sağlanmasıdır¹⁹⁶⁹. Bu bağlamda emredici hükümlere aykırılıkta sözleşmenin akîbeti noktasında esasen hükmün lafzından öte anlam ve amacı belirleyici rol

¹⁹⁶⁴ **SZECH**, s.35. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 5. ve 8. Senatoları tarafından savunulan fiili sözleşme ilişkisi teorisi taraflar arasında bir anlaşma olmadan da yasal bir borç ilişkisinin tesis edilebileceğini varsaymıştır.

¹⁹⁶⁵ **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.30.

¹⁹⁶⁶ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.311.

¹⁹⁶⁷ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, II, E, 5.

¹⁹⁶⁸ **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.399.

¹⁹⁶⁹ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.73.

oynayacaktır¹⁹⁷⁰. Gerçekten Türk Medeni Kanunu m.1/1 hükmü uyarınca; “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*”. Söz konusu madde hükmü ile kanunun özünün (ruhunun) araştırılması bir zorunluluk olmuş ve amaca göre yorum yöntemine yer verilmiştir¹⁹⁷¹. Kanuna aykırılık hâlinde geçersizlik yaptırımının uygulanacağı açıkça ifade edilmemişse ya da hükmün amacı geçersizlik yaptırımının uygulanmasını mümkün kılmıyorsa kanuna aykırılığın yaptırımı başka görünümlere bürünecektir¹⁹⁷². Özellikle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak iş mevzuatındaki hükümlerin varlık amacı iş sözleşmesinin koruyucu hükümlere uygun olarak kurulmasının sağlanması olup iş sözleşmesinin geçersizlikle sonuçlanması değildir¹⁹⁷³. Aksine bir anlayış yasa koyucunun amacına aykırı olup işçinin korunması ilkesinden uzaklaşmak anlamına gelir ve bu durum da işçinin işini kaybetmesi sonucunu doğurur¹⁹⁷⁴. Bu nedenle de iş hukukunda sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasından ziyade kısmi geçersizlik türünde yaptırımla karşılaşılması kimi zaman ise hukuki düzenlemeye aykırılığın geçersizlik durumu yaratan bir sebep değil de fesih sebebi olarak kabulü daha uygun bir çözüm yolu olacaktır. Bu yaklaşım özellikle sosyal kamu düzeni kurallarının söz konusu olduğu durumlarda daha önemlidir. Zira sosyal kamu düzeni kurallarına aykırılığın normun korumasından yararlanan kişi aleyhine sonuç yaratmaması gerekir¹⁹⁷⁵.

3. Esnek Geçersizlik Kavramına İlişkin Görüşler ve Normun Koruma Amacının Önemi

TBK m.27/1 hükmünün ihâl edildiği her durumda kesin geçersizlik yaptırımının uygulanması yasayla korunmak istenen amaç ile örtüşmeyeceği için öğretide farklı yaptırım türleri ile bu sonuç yumuşatılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda esnek geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği de kimi yazarlarca savunulmuştur¹⁹⁷⁶. Öğretide esnek geçersizlik kavramına ilişkin olarak sınırsız bir esneklik anlayışını savunan yazarlara göre, her somut olay bağlamında ihlâl edilen özel hükmün amacı ve anlamı dikkate alınarak geçersizlik yaptırımının

¹⁹⁷⁰AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.167; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.287 vd.; ÖZKARACA/ÜNAL, s.382; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.144; ŞEN, s.163 vd.; VON TUHR/PETER, s.253; MüKoBGB/ARMBRÜSTER, BGB §134, Rn. 177 vd.; SCHAUB/LINCK, §32, Rn.65; HÜBNER, s.405; BEATER, s.505; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.54 vd.; HKK/DORN, §§134-137, Rn.17.

¹⁹⁷¹SÜZEK, İş Hukuku, s.27; SÜZEK Sarper, “İş Hukukunda Yorum”, İnönü Kıracı’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996, s.233.

¹⁹⁷²ŞEN, s.163.

¹⁹⁷³SÜZEK, İş Güvenliği, s.184; CENTEL, Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği, s.198.

¹⁹⁷⁴SÜZEK, İş Güvenliği, s.184.

¹⁹⁷⁵MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.566.

¹⁹⁷⁶Huguenin İsviçre öğretisinde esnek geçersizlik yaptırımının savunucularındadır, bkz. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE Art. 19/20, Rn.55 vd.; HUGUENIN, OR, Rn.433. Hükmün amacının gerektirdiği durumda, karşı tarafın korunan taraf aleyhine geçersizliği ileri süremeyeceği ve hâkimin bu durumu sadece korunan taraf lehine re’sen dikkate alabileceği yönünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.687.

özellikleri belirlenmeli iken, sınırlı esnek geçersizlik görüşünde olan yazarlara göre ise, TBK m.27 hükmünde ifade edilen ve sözleşmelerin kesin geçersizliğine sebep olan bir durum söz konusu ise kural kesin geçersizlik yaptırımını uygulamak olmakla beraber kesin geçersizlik karinesi çürütülebilmektedir¹⁹⁷⁷. Sınırlı esnek geçersizlik görüşü ile beraber sözleşmenin bir tarafının sahip olduğu özel menfaatin korunması yani iş hukukunda olduğu gibi zayıf olan tarafın korunması amacı taşıyan normlara aykırılığın yaptırımının belirlenmesi konusunun hukuki bir zemine kavuşabildiği ifade edilmektedir¹⁹⁷⁸. Başka bir deyişle sınırlı esnek geçersizlikte kesin geçersizlik bir karine kabul edilecek, fakat kesin geçersizlik yaptırımının ihlâl edilen hükmün amacı ile bağdaşmaması durumunda bu yaptırım uygulanamayacaktır. Mutlak esnek geçersizlikte ise kesin geçersizlik bir karine teşkil etmeyecek, ihlâl edilen geçersizlik hükmünün özü ve amacı bize yol gösterecektir¹⁹⁷⁹.

Öğretide *Akbulut*, TBK m.27 hükmü ile genel bir kesin geçersizlik yaptırımının belirlenmiş olduğunu ifade ederek, geçerlilik koşulu bulunmayan bir sözleşmenin doğrudan kesin geçersizlik yaptırımına tâbi olacağını, buna karşılık ihlâl edilen hükmün koruma amacı kesin geçersizlik yaptırımının uygulanmasına engel olacak ve kesin geçersizlik yaptırımı sonucunda âdil olmayan sonuçlar ortaya çıkacak ise bu yaptırıma daraltma/sınırlama uygulanabileceği görüşündedir¹⁹⁸⁰. Yazar TBK m.27 hükmünün çıkış noktası olarak kesin geçersizlik yaptırımının kabul edilmesinin gerekli olduğunu, somut olaya göre ortaya çıkan durumu esnek geçersizlik gibi isimlerle farklı geçersizlik türü olarak ele almanın kavram kargaşasına neden olacağını ifade etmektedir¹⁹⁸¹. Bu nedenle yazara göre esnek geçersizlik gibi bir kavrama ihtiyaç yoktur. Yazar esnek geçersizlik görüşünün kesin geçersizliğin hukuki sonuçlarının sınırlandırılmasından başka bir şey olmadığını ifade etmektedir¹⁹⁸². *Kocayusufpaşaoğlu*, sınırsız bir esnek geçersizlik görüşünü benimsenmesinin geçersizlik hükümlerinin fazlasıyla geniş yorumlanması sonucunu doğurması sebebi ile eleştirmektedir¹⁹⁸³.

İsviçre öğretisine göre ise ihlâl edilen hükümde açıkça kesin geçersizlik yaptırımının öngörülmüş olması yahut hükmün anlam ve amacından bu sonuca varılması hâlinde kesin geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Buna göre geçerlilik koşullarının ihlâli durumunda her

¹⁹⁷⁷ Konuya ilişkin olarak bkz. **ATASOY**, s.197 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.591 vd.; **ANTALYA**, s.199; **EREN**, s.329; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.75; **KARABAĞ BULUT**, s.407; **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.392.

¹⁹⁷⁸ **ATASOY**, s.198. Ayrıca bkz. **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.73.

¹⁹⁷⁹ Konuya ilişkin bilgi için bkz. **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.73; **KARABAĞ BULUT**, s.408.

¹⁹⁸⁰ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.73. Ayrıca bkz. **KARABAĞ BULUT**, s.427.

¹⁹⁸¹ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.75.

¹⁹⁸² **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.76.

¹⁹⁸³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.590.

zaman kesin geçersizlik yaptırımını uygulanmamalı, kesin geçersizlik bir karine olarak kabul edilmemelidir¹⁹⁸⁴. İsviçre Hukuku'nda yasaklayıcı düzenlemenin sözleşen taraflardan birine yönelik olması durumunda kural olarak geçersizlik yaptırımının uygulanmayacağı, buna karşılık normun sözleşmenin her iki tarafına yönelik getirilen bir yasak niteliğinde olması yahut kamu düzenini ilgilendirmesi durumunda ise işlemin geçersiz olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁸⁵. Sözleşmeye taraf olmaya ilişkin sübjektif yasak (*Verbot der subjektiven Beteiligung*)¹⁹⁸⁶ niteliği taşıyan emredici bir hükmün varlığı durumunda, yasaklanan sözleşmenin aynı içerikle başka bir kişi ile yapılması ihtimâlinde, sözleşme hukuka uygun kabul edilebiliyor ise bu durum sözleşmenin kesin geçersizliğine sebep olmamalıdır¹⁹⁸⁷.

Alman Hukuku'nda iş sözleşmelerinin geçersizliği konusunda BGB ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık Alman Hukuku'nda iş sözleşmesinin geçersizliği çok nadir durumlarda sözleşmenin tamamını etkileyecek niteliktedir¹⁹⁸⁸.

Alman Hukuku'nda genel kural §134 BGB'de düzenlenmiş olup buna göre, "*Kanuni bir yasağı ihlâl eden bir hukuki işlem kanun aksini öngörmüyorsa geçersizdir*". Ancak Alman Hukuku'nda emredici ve yasaklayıcı hüküm ayrımı mevcut olup bir sözleşmenin yapılmasının yasaklanması (*Abschlussverbot*) ile kişinin o iş için istihdam edilmesinin yasaklanmasına (*Beschäftigungsverbot*) ilişkin hükümlerin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁸⁹. Sözleşme yapma ve çalıştırma yasakları toplu sözleşmelere veya iş sözleşmelerine dayanabilir. Bir çalıştırma yasağının ihlâli, iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açmaz, sadece sözleşmenin uygulanmasını engeller¹⁹⁹⁰. Şöyle ki, Alman Hukuku'nda sözleşme özgürlüğünü sınırlayan yasak hükümlerinin sadece bu işçilerin çalıştırılmasını mı yasakladığı yoksa iş sözleşmesinin kurulmasına mı engel olduğunun yorum yoluyla açıklığa kavuşturulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁹¹. Bir yasağın ihlâlinin iş sözleşmesinin

¹⁹⁸⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.684; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.276; HUGUENIN, OR, Rn.432. İsviçre öğretisinde esnek geçersizlik hakkında ayrıca bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.73; ANTALYA, s.199 vd.

¹⁹⁸⁵ VON TUHR/PETER, s.253; KELLER/SCHÖBİ, s.142; BK-KRAMER, Art. 19-20, Rn.138; BUCHER, OR, §15/IV, s.251; KARABAĞ BULUT, s.27; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.287.

¹⁹⁸⁶ BGE 102 II 404, <https://www.swisslex.ch/de/> KELLER/SCHÖBİ, s.142.

¹⁹⁸⁷ TÜRE, Sözleşmenin Kurulması, s.84.

¹⁹⁸⁸ KRAUSE, s.148.

¹⁹⁸⁹ SCHAUB/ LINCK, §32, Rn.60; NK-GA/MESTWERDT, §611 BGB, Rn.399; HWK/THÜSING, §611a BGB, Rn.202; HK-ArbR/KREUDER/MATTHIESSEN-KREUDER, BGB §611, 611a, Rn.168; JUNKER, Arbeitsrecht, s.101; HROMADKA/MANSCHMANN, §5, Rn.97; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, BGB §611a, Rn.531 vd.

¹⁹⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAMANABROU, Rn.775; PREIS/TEMING, Rn.921.

¹⁹⁹¹ KAMANABROU, Rn.768; JUNKER, Arbeitsrecht, s.101; REICHOLD, § Rn.41; HROMADKA/MANSCHMANN, §6, Rn.97.

geçersizliği sonucunu doğurup doğurmayacağı yasaklama normunun anlam ve amacına (*Sinn und Zweck*) bağlı olacaktır¹⁹⁹². Fakat kural olarak işçinin korunması ilkesi gereği, yasak hükümlere aykırılık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Geçimini aldığı ücretle sağlayan işçiler bakımından iş sözleşmesinin geçersiz sayılması kural olarak işçiye bir fayda sağlamayacaktır. Bu nedenle sözleşmeyi yasal gerekliliklere uyarlamak, geçersiz bir sözleşmeye göre işçiye daha çok koruma sağlayacaktır¹⁹⁹³. Gerçekten de yasaklayıcı nitelik taşıyan bir hukuk normunun kesin geçersizlik yaptırımına tâbi olabilmesi için ya bu durumun kanunda açıkça belirtilmiş olması ya bu hükme aykırı sözleşmelerin kesin geçersizlik yaptırımına tâbi olacağının vurgulanması yahut hükmün anlam ve amacından tereddütsüz bir şekilde bu anlamın çıkartılması gerekmektedir¹⁹⁹⁴.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi yasaklar genellikle sözleşmenin kendisine yönelik değildir, sadece uygulanmasını engellerler¹⁹⁹⁵. Fakat çocukların ve gençlerin korunmasına yönelik getirilen istihdama ilişkin yasak hükümlerinin ihlâli (Çalışan Gençlerin Korunmasına İlişkin Kanunun: *Jugendarbeitsschutzgesetz* 2, 5 ve 7. maddelerinde düzenlenen), daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sözleşmenin geçersizliği ile sonuçlanır. Çünkü ancak bu durumda yani sözleşmenin geçersizliği ile kanunun aradığı etkin korunma sağlanabilecektir¹⁹⁹⁶.

Kanaatimizce TBK m.27 hükmünde her ne kadar kanunun emredici hükümlerine aykırı yapılan sözleşmelerin kesin geçersiz olacağı ifade edilmişse de sözleşmeye klâsik anlamda kesin geçersizlik sonucunun uygulanması her zaman âdil sonuçlar yaratmayacaktır. Kesin geçersizliğin doğurduğu katı sonuçların her somut olaya uygun düşmesi mümkün değildir¹⁹⁹⁷. Kesin geçersizlik yaptırımı özellikle iş hukuku alanında herhâlde somut olay adaletini sağlamamaktadır. Her ne kadar Türk Hukuku'nda öğretinin çoğunluğu tarafından emredici-yasaklayıcı hüküm ayrımı yapılmasa da özellikle işçinin istihdam edilmesine yönelik yasaklar bakımından normun anlam ve amacının geçersizlik yaptırımını engelleyip engellemediği araştırılmalıdır¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹² Yasağın amacından yasağa aykırı işlemin geçersiz olmayacağı sonucu çıkıyor ise bu yaptırımın uygulanamayacağı yönünde ayrıca bkz. **VON TUHR/PETER**, s.253; **HUGUENIN/MEISE**, Art.19/20, Rn.54 vd.; **MüKoBGB/ARMBRÜSTER**, BGB §134, Rn. 177 vd.; **SCHAUB/ LINCK**, §32, Rn.65; **HÜBNER**, s.405; **BEATER**, s.505. Ayrıca bkz. **BSK OR I- HKK/DORN**, §§134-137, Rn.17.

¹⁹⁹³ **PREIS/TEMMING**, Rn.921.

¹⁹⁹⁴ **OĞUZMAN/BARLAS**, s.223 vd.; **HKK/DORN**, §§134-137, Rn.17; **PALANDT/ ELLENBERGER**, §134, Rn.6 vd.; Ayrıca bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s.163 vd.

¹⁹⁹⁵ **MHdB ArbR/BENECKE**, §32, Rn.6.

¹⁹⁹⁶ **PREIS/TEMMING**, Rn.921.

¹⁹⁹⁷ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.125.

¹⁹⁹⁸ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.277; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.86 vd.

İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin yasaklara aykırılık kural olarak hukuki işlemin geçersizliğine yol açacak iken, işçinin belirli işlerde çalıştırılmasını sınırlayan hükümlere aykırılık durumunda ise işçinin bu işlerde çalıştırmaktan alıkonulması normun koruma amacının gerçekleştirilmesi bakımından yeterli bir yaptırım olacaktır¹⁹⁹⁹. Öğretide de isabetle ifade edildiği gibi sözleşmenin emredici kurala aykırı olup olmadığı ile bu aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurup doğurmayacağı farklı sorulardır²⁰⁰⁰. Buna göre irade serbestisinin kural olarak esas olduğu bir sistemde sözleşmelerin normun koruma amacını aşan bir yaptırımla karşılaşması kabul edilemez.

İş sözleşmesinin kanunda öngörülen emredici hükümlere aykırılığı durumunda esasen hükmün koruma amacı bize yol gösterecektir ve bu amaç, sözleşmenin diğer tarafının geçersizliği ileri sürüp süremeyeceği, geçersizliğin ileriye etkili olup olmayacağı noktalarında önem taşımaktadır²⁰⁰¹. Hükmün anlam ve amacı somut olaya kesin geçersizlik yaptırımının uygulanmasını adaletli kılmıyorsa (kanun lafzı amacına aykırı ise) kesin geçersizlik yaptırımının uygulanması amacı aşan bir yaptırım olacaktır. Bu bağlamda bizim de katıldığımız görüş uyarınca kesin geçersizlik yaptırımında örtülü boşluğun varlığı kabul edilmeli ve hükmün koruma amacı doğrultusunda hüküm birtakım sınırlamalara tâbi tutulmalıdır²⁰⁰².

4. Normun Koruma Amacının İş Sözleşmesine Uygulanacak Yaptırım Üzerindeki Etkisi

a. Kesin Geçersizlik Yaptırımının Uygulanacağı Durumlar

Bir yasağın anlam ve amacı, engellenmek istenen sonucun öneminden kaynaklanır²⁰⁰³. Bu da yasağın getirilmesi ile önlenmek istenen durumun önemini ifade eder²⁰⁰⁴. Bu nedenledir ki geçersizlik sonucu, normun amacına uygun olmalıdır. Bu anlamda olmak üzere, bir yasaklama normunun amacı, norm muhatabının sözleşme ortağını korumaksa ve norm muhatabı yasağı ihlâl ettiği zaman sözleşme ortağı geçersizlik yaptırımı sonucunda dezavantajlı duruma düşecekse klâsik anlamda geçersizlik yaptırımını uygulamak doğru bir çözüm olmayacaktır²⁰⁰⁵. Bir sözleşmenin geçersizliği, sözleşmenin hukuka ve ahlâka uygun olarak yorumlanamadığı

¹⁹⁹⁹ JUNKER, Arbeitsrecht, s.101; HK-ArbR/KREUDER/MATTHIESSEN-KREUDER, BGB §611, 611a, Rn.168; EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.44; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.299.

²⁰⁰⁰ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.277.

²⁰⁰¹ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.77.

²⁰⁰² AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.217.

²⁰⁰³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.26.

²⁰⁰⁴ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.54 vd.

²⁰⁰⁵ BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.54 vd.

durumda gündeme gelir²⁰⁰⁶ ve sözleşmenin geçersizliği bir metinde açıkça öngörülmüş olsa bile, bu hukuki sonucun uygunluğu ihlâl edilen normun anlam ve amacı doğrultusunda değerlendirilmelidir²⁰⁰⁷.

Borçlar hukukunun amacı sözleşmeleri geçersiz kılmaktan ziyade sözleşmedeki eksikliklerin ve hataların giderilmesini sağlamaktır²⁰⁰⁸. Buna karşılık sözleşmenin konusunun fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık, adam öldürme vb. olması yani kamu düzenini ağır şekilde ihlâl etmesi hâlinde ise akdedilen sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu söylenebilecektir²⁰⁰⁹. Aynı sonuca ruhsatı olmayan doktor örneğinde olduğu gibi bu iş ilişkisinin baştan itibaren yasadışı olarak planlanmış olması ve bu nedenle de kamu menfaatinin olumsuz etkilenmesi durumunda da ulaşabiliriz²⁰¹⁰. Bir mesleği icra edebilmek için gerekli şartlara sahip olduğu yetkili meciiler tarafından verilen izinle sâbit olmamış kişilerin yaptıkları sözleşmeleri geçerli saymak, toplumu ehliyetsiz kişilerin eline teslim etmek anlamına gelecek ve bu tehlike üstün kamu yararı düşüncesine açıkça aykırılık oluşturacaktır²⁰¹¹. Hükmün anlam ve amacının somut olaya klâsik anlamda kesin geçersizlik yaptırımının uygulanmasını gerektirip gerektirmeyeceği hususunda vereceğimiz örneklerle konuyu somutlaştırmamızın faydalı olacağı görüşündeyiz.

İş Kanunu m.71/1 hükmü uyarınca on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması kural olarak yasaktır. En az çalıştırma yaşından daha küçük bir kişi ile iş sözleşmesinin imzalanması durumunda sözleşme kesin olarak geçersiz olacaktır. Bu hükümle küçüğün korunması amaçlanmış olup söz konusu koruma da ancak sözleşmenin ileriye etkili geçersiz olması ile sağlanacaktır. Avrupa Birliğinin 94/33/EC sayılı yönergesine dayalı olarak getirilen işyerinde çocukların çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler sözleşme yapma yasağı içermektedir²⁰¹². Alman Hukuku'na göre de henüz onbeş yaşını doldurmamış veya zorunlu tam zamanlı eğitime tâbi olan kişiler kural olarak istihdam edilemez. Alman öğretisinde çocukların

²⁰⁰⁶ BGE 117 II 275, <https://www.swisslex.ch/de/>

²⁰⁰⁷ BGE 102 II 408; <https://www.swisslex.ch/de/> BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.54 vd.

²⁰⁰⁸ Ayrıca bkz. BSK ZGB I- HUGUENIN/REITZE, Art.27, Rn.23.

²⁰⁰⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.350; TAŞMAN s.292; ÖZKARACA/ÜNAL, 384; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.222; SEÇER, s.1443; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.111 vd.; REİSOĞLU, *Hizmet Akdi*, s.139; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.568; GÜVEN/AYDIN, s.170; BAKIRCI, s.423 vd. Ayrıca bkz. CENTEL, *Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği*, s.199; AKYİĞİT, *Şerh*, C.1, s.454; DİNÇ, s.141; ÇİL, *Şerh*, C.I, s.527; NARMANLIOĞLU, *Ferdi İş ilişkileri I*, s.245; ALBAYRAK ZİNCİROĞLU, s.736; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.26; FURRER/SCHNYDER, s.122; FIKENTSCHE/HEINEMANN, Rn.1144.

²⁰¹⁰ ErfK/PREIS, BGB §611a, Rn.342 vd. BAG, Urt. 03.11.2004 – 5AZR 592/03 (Vorinstanz: LAG München, Urt. v. 16.10.2003 – 2 Sa 283/03), NZA Heft 24, 2005, s. 1409; Betriebs-Berater (BB), 60. Jg., Heft 14, 2005, s.782 vd.; SCHAUB/KOCH, *Arbeitsrecht von A-Z*, s.377; DÜTZ/THÜSING, §3, Rn.120, s.60; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.203 vd.

²⁰¹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s.543.

²⁰¹² JUNKER, *Arbeitsrecht*, s.101.

çalıştırılmasının yasak olduğu işte buna rağmen çalışma gerçekleşmişse, yapılan iş sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna varılması gerektiği belirtilmiştir²⁰¹³. Etkili korumanın ancak sözleşmenin tamamen yasaklanmasıyla sağlanabileceğini ifade edilmiştir²⁰¹⁴. Bu nedenle asgari çalışma yaşını ihlâl eden bir şekilde küçükle sözleşme yapıldığında bu sözleşme kesin geçersiz olacak ve bu geçersizlik ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır (TBK m.394/3). Gerçekten de kanun belli bir yaşın altındaki kişiler ile sözleşme yapılmasını yasakladığı için aşağıda örneğin hamile kadınlara yönelik çalıştırma yasaklarında bahsedeceğimiz gibi işçiye başka bir iş teklif edilmesi imkânı da bulunmamaktadır. Bu durumda bir çalıştırma yasağı değil sözleşme kurma yasağı söz konusudur ve yaş sınırının getirilmesindeki amaç küçüğün beden ve ruh sağlığının dikkate alınarak, onların ekonomik sömürüye karşı korunması ve ahlâksal ve toplumsal gelişimi için zararlı olacak şekilde çalıştırılmalarının önlenmesi fikridir²⁰¹⁵.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarının çizilmesinde belirleyici bir kavram olarak karşımıza çıkan ahlâka aykırılık kavramı ise bir toplumda belirli bir dönemde yaşayan orta zekâlı, dürüst, mâkul insanların ahlâk anlayışına göre belirlenir²⁰¹⁶. Yine tekrar ifade edelim ki, sözleşmenin yapıldığı an ahlâka aykırı olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme zamanla ahlâka aykırılık niteliğini kaybetmişse söz konusu sözleşmenin geçerli olduğu varsayılmalıdır²⁰¹⁷. Buna karşılık bir kişi ile cinsel ilişkiye girmek şartıyla iş sözleşmesi imzalanması ahlâka aykırı olarak kabul edilip geçersiz sayılacaktır. İş sözleşmesinin bir suç eyleminin işlenmesini amaçlaması hâlinde de sözleşme geçersiz olacaktır.²⁰¹⁸ Zira bu durumda tarafların korunmaya değer bir menfaati bulunmadığı için sözleşmenin ayakta tutulmaya çalışılmasının da bir anlamı olmayacaktır.

İş sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin tartışma konusu olan başka bir konu da haftalık çalışma süresini aşar tarzda ikinci bir iş sözleşmesinin imzalanması durumudur. İş Kanunu'nun 104. maddesinde, bu Kanun'un 63. maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte

²⁰¹³ **PREIS/TEMMING**, Rn.921; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.101; **KRAUSE**, s.144; ErfK/**SCHLACHTER**, JArbSchG §5 Rn.12; **HWK/TILLMANN**S, JArbSchG §5, Rn.2. İsviçre öğretisinde çocukların çalıştırılmasına ilişkin yasaklara aykırılık hâlinde kesin geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxis Kommentar, Art.320, Rn.9. Aksi yönde bkz. **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.25.

²⁰¹⁴ **PREIS/TEMMING**, Rn.921; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.101; **KRAUSE**, s.144; ErfK/**SCHLACHTER**, JArbSchG §5, Rn.12; **HWK/TILLMANN**S, JArbSchG §5, Rn.2.

²⁰¹⁵ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.357; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.289; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.141.

²⁰¹⁶ **KOCAYUSUFAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.552; **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.120; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.90, dn.134; **EREN**, s.363.

²⁰¹⁷ **BSK OR I-HUGUENIN/MEISE**, Art. 19/20, Rn.35.

²⁰¹⁸ Ceza hukuku normları, §134 BGB anlamında yasaklayıcı normlardır. **PREIS/TEMMING**, Rn.923.

belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran ...işveren veya işveren vekiline idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Fakat sözleşmenin akîbeti konusunda Kanun'da bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle Türk Hukuku'nda haftalık 45 saati aşacak şekilde zamansal olarak daha sonra kurulmuş olan ikinci iş sözleşmesinin geçersiz kabul edilmesi gerekip gerekmediği tartışılmıştır²⁰¹⁹. Öğretide hâkim görüş azami çalışma süresinden kaynaklı başka işte çalışma yasağının ihlâli hâlinde uygulanacak yaptırımın ikinci sözleşmenin kanuni süreyi aşan kısmının geçersiz olması gerektiği yönündedir²⁰²⁰. Eyrenci, daha sonra yapılan iş sözleşmesinde çalışma saatlerinin yasal sınıra indirilmesi şeklinde kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiğini, fakat bir işyerinde kırkbeş saat tam süreli olarak çalışan bir işçinin yapacağı ikinci iş sözleşmesinin ise ileriye etkili olarak geçersiz olacağı görüşündedir²⁰²¹. Sevimli, haftada kırkbeş saat tam süreli çalışan bir işçinin başka işte çalışması hâlinde ikinci işin her durumda geçersiz kabul edilmesine şüphe ile yaklaşmaktadır²⁰²². Yazar şu örneklerle durumu açıklamıştır: Tam süreli olarak bir işverenin yanında haftalık kırkbeş saat çalışan bir işçi, haftalık çalışma süresinin beş saat olarak kararlaştırıldığı bir iş için ayrıca başka bir işverene ait işyerinde çalışıyor ise, haftada elli saat çalışmış olacak ancak yılda ikiyüzyetmiş saatlik sınırı²⁰²³ aşmamış olacaktır. Bilindiği üzere İş Kanunu m.41/8 hükmüne göre, fazla çalışma süresinin toplamı yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. Yazar bu durumda örtülü

²⁰¹⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.210 vd.; CANIKLIOĞLU Nurşen, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.252; SEVİMLİ Ahmet, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.156; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.155; DOĞAN YENİSEY Kübra, "Sözleşme İle Getirilen Yan İş Yasağı ve Geçerliliği Sorunu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.365 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.277. Kanuna konulacak bir hükümle kısmi süreli iş sözleşmesi yapan işverenlere işçinin başka bir işyerinde çalışıp çalışmadığını sorma ve her iki işverene de bu konuda araştırma yapma yükümlülüğü konulması gerektiği konusunda bkz. CANIKLIOĞLU, Belirli Süreli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, s.187.

²⁰²⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.210 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.277; CANIKLIOĞLU, Belirli Süreli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, s.187; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.155; EYRENCİ Öner, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, Mozaik Yayıncılık, İstanbul, 1989, s.38; DEMİR Ender, "Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar IV, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, Oniki levha Yayıncılık, Kasım 2020, s.227. Buna karşılık kanımızca da isabetle, işçinin yan işte çalışması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder nitelikte ise yani hukuken kabul edilemeyen haksız bir rekabet oluşturuyor ise bu durum işçinin iş sözleşmesinin İş K. m.25/II,e uyarınca haklı nedenle fesih sebebi olacağı yönünde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.277. Yan işte çalışmanın sadakat borcuna aykırılık oluşturacağı durumlar için bkz. DOĞAN YENİSEY, Yan İş Yasağı, s.377 vd.; Yargıtay'ın taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde işçinin başka bir işte çalışamayacağı yönündeki hükmün ihlâli sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği yönündeki kararı ve değerlendirilmesi için bkz. CANIKLIOĞLU, Değerlendirme 2017, s.252 vd.

²⁰²¹ EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.39.

²⁰²² SEVİMLİ, Kısmi Süreli, s. 159. Yazar kanun koyucunun haftalık kırkbeş saat tam süreli çalışan işçinin ayrıca yıllık ikiyüzyetmiş saat daha çalışmasının işçinin sağlığı bakımından olumsuz bir etkisi bulunmadığını düşündüğü için buna izin verdiğini ifade etmiştir. Ayrıca bkz. SEVİMLİ Ahmet, "Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas Alan Mevzuat Karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: İki Sorun Üzerine Görüşler", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Ed. Tankut Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:5 İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.32 vd.

²⁰²³ İş Kanunu m.41/8 hükmüne göre, fazla çalışma süresinin toplamı yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz.

kanun boşluğu bulunduğunu ifade etmektedir. Örtülü boşlukta hâkimin önündeki olaya uygulanmak üzere kanunda uygulanması mümkün olan bir kural olmakla beraber, bu kural somut duruma özgü bazı özellikleri dikkate almamakta, adâlete aykırı sonuçlar yaratmaktadır²⁰²⁴. Yazar her somut olayın özelliğine göre geçersizlik yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerektiğini belirttikten sonra yukarıda verdiğimiz örneğe atıfla yıllık ikiyüzyetmiş saat sınırının aşılmaması durumunda yan iş için yapılan sözleşmenin geçerli olması gerektiğini öneri olarak sunmaktadır²⁰²⁵. Öğretide *Türe*²⁰²⁶ ise, çalışma süresinden kaynaklanan başka işte çalışma yasağının ihlâli durumunda ileriye etkili geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Öğretide *Akyiğit* ve *Civan* ise kanımızca isabetli olarak azami çalışma süresi ilk etapta kırkbeş saat olarak algılansa da işçinin aynı işveren yanında kırkbeş saati aşan çalışması fazla çalışma olarak nitelendirilip işçi ödüllendirilirken aynı çalışmanın başka bir işverene sunulması durumunda sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin tutarsızlık yarattığı görüşündedirler²⁰²⁷. Bu görüşe göre azami sürenin tespitinde başka kriterden hareket edilmeli, İş K. m.63/2’de ifade edilen günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı kuralı (günde azami yedibuçuk saat ve daha az çalışılabilecek işler bakımından bu süre) dikkate alınmalı ve işçinin haftalık yirmibir saat başka işverene ait işyerinde çalışması mümkün olabilmelidir (bir haftada azami iş günü sayısının altı olduğu gözetildiğinde haftalık azami çalışma süresi altmışaltı saat olacaktır)²⁰²⁸. Bu şartlar altında yan iş ilişkisinin geçersizliği ileri sürülemeyecektir. Çalışma sürelerine ilişkin söz konusu azami sınır aşıldığında ise zamansal olarak sonradan kurulan iş sözleşmesi geçersiz olmalı, eş zamanlı kurulan ilişkiler bakımından ise iş sözleşmelerinin işçinin geçimini sağlamada oynadığı rol dikkate alınmalıdır²⁰²⁹. Önemle ifade edelim ki, kanımızca günlük onbir saat çalışma süresinin aşılamayacağı kuralı her zaman ve her durumda geçerli kabul edilmemelidir. Zira üst düzey bir yöneticinin günlük onbir saati aşar nitelikte başka bir işyerinde çalışmasının, azami çalışma

²⁰²⁴ Örtülü boşluk ayrıca hukuki düzenlemenin var olduğu ancak tatmin edici sayılmaması şeklinde de ifade edilir. **SEVİMLİ**, Kısmi Süreli, s. 161.

²⁰²⁵ **SEVİMLİ**, Kısmi Süreli, s. 161; **SEVİMLİ**, *İki Sorun*, s.35. Yazar ayrıca ikinci sözleşmede belirlenen ücretin iki sözleşmede işçinin çalıştığı toplam süre esas alındığında kırkbeş saatin aşılmasına sebep olan ikinci sözleşmedeki haftalık çalışma süresinden kaynaklanan fazla çalışma ücretini de içerdiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. **SEVİMLİ**, Kısmi Süreli, s. 164. Öğretide ayrıca kırkbeş saatin aşılması sebebi ile geçersiz olan süre bakımından -işverenlerin bu durumu bilmesi şartıyla- işçiye fazla çalışma ücreti ödemesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. **SOYER** Polat, “Yeni Düzenlemeleri Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İSGHD, C.1, S.3, 2004, s.808. Konuya ilişkin olarak bkz. **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.293; **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.556.

²⁰²⁶ **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.148.

²⁰²⁷ **AKYİĞİT** Ercan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Yan İş (Ek İş) Problemi ile Yıllık Ücretli İzinde, Grev/Lokavt Esnasında ve İşverenin İş Kabulde Temerrüdü Hâlinde Başka İşde Çalışma, Ankara, 1995, s.43 vd.; **CİVAN**, Yan Yükümlülükler, s.353 vd.

²⁰²⁸ **CİVAN**, Yan Yükümlülükler, s.353 vd.

²⁰²⁹ **CİVAN**, Yan Yükümlülükler, s.353 vd.

süresine ilişkin getirilen normla korunmak istenen amaç olan işçinin sağlığına ve bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliğine olumsuz bir etkisi olmayabilir. Bu durumda ikinci sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez, somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

Alman Çalışma Süresine İlişkin Kanun'da (*Arbeitszeitgesetz: ArbZG*) belirtilen süre sınırlarının aşılması, özellikle çalışanın ikinci bir işe girdiği ve iki işteki çalışma süresinin haftalık toplam çalışma süresini aştığı durumlarda pratik öneme sahiptir. Alman Federal İş Mahkemesi verdiği bir kararda böyle bir durumda ikinci iş sözleşmesini geçersiz kabul etmiştir²⁰³⁰. Mahkeme verdiği başka bir kararda ise kısa bir süre için var olan iş sürelerinin aşılması durumunda bunun sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını, bu durumda çalıştırma yasağının mevcut olduğunu ve işçinin işi reddetme hakkının bulunduğunu ifade etmiştir²⁰³¹. Söz konusu kararda baskın olan faaliyetin öncelikli olduğu, işçinin asıl işindeki çalışma yükümlülüğünü öncelikli olarak yerine getirmesi gerektiği, yan işte (*Nebetätigkeiten*) ise ancak azami çalışma saatlerinin sınırına kadar çalışabileceği ifade edilmiştir. Bu sınırın aşılması durumunda ise işçinin söz konusu işi reddetme hakkı bulunmaktadır. Fakat işçinin işi reddetme hakkını kullanırken hakkın kötüye kullanılması yasağına da dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Çalışma saatlerine ilişkin düzenlemelerden tarafların feragati mümkün değildir, zira bu düzenlemeler işçinin sağlığının korunması amacıyla getirilmiştir.

Alman Hukuku'na yansımış başka bir olayda²⁰³² davacının su tesislerinin bakım ve onarımında çalışmakla yükümlü olduğu ve taraflar arasında 29.12.2000 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinde yıllık çalışma saati 726 saat, aylık ise 60,5 saat olarak kararlaştırılmıştır. Davacı kural olarak çalışma saatlerini kendisi belirlemekle beraber acil ve ivedi durumlarda davacıya ulaşmak için cep telefonu verilmiştir. Davacı 1999 yılından beri çalışmakta olup 2012-2017 yılları arasında boru patlamaları gibi acil ve ivedi durumlarla bağlantılı olarak 300 saate yakın ek çalışma gerçekleştirmiş ve kendisine ücret ödemesi de yapılmıştır. Davacı aynı zamanda başka bir şirkette de çalışmaktadır. Bu işyerindeki çalışma süresi başlangıçta haftalık 35 saat olarak kararlaştırılmış olsa da zamanla 40 saate yükseltilmiştir. 2012 yılında davalı ve davacı arasında çalışma saatleri, faaliyet gibi farklı konular hakkında anlaşmazlık çıkmış ve 26.04.2018 tarihinde azami haftalık çalışma süresinin aşılması sebebi ile iş sözleşmesinin

²⁰³⁰ BAG, Urt. v. 19.06.1959 – 1 AZR 565/57 (Bremen), NJW 1959, Heft 45, s.2036. Ayrıca bkz. MüKoBGB/ **ARMBRÜSTER**, §134, Rn.113.

²⁰³¹ BAG, Urt. v. 14.12.1967- 5 AZR 74/64, Der Betriebs-Berater, Heft 5/20, Februar 1968, s.206.

²⁰³² LAG Nürnberg, Urt. v. 19.05.2020 – 7 Sa 11/19 (ArbG Weiden 09.11.2019 – 3 CA 573/18), <https://beck-online.beck.de/>

geçersizliği ileri sürülmüştür. Davacı buna itiraz etse de İş Mahkemesi davayı reddetmiştir. Eyalet İş Mahkemesi taraflar arasındaki iş ilişkisinin geçersiz olduğunu, koruyucu bir düzenleme olan azami çalışma süresinin ihlâlinin (§3 ArbZG: Çalışma Süreleri Hakkında Kanun) §134 BGB anlamından yasaklayıcı bir hüküm olduğunu ve bu hükümden taraflarca feragatin mümkün olamayacağını belirtmiştir. Somut olayda her iki işverenin yanında çalışılan süreler toplandığında haftalık azami çalışma süresinin aşıldığı görülmektedir. İş ilişkisinin tamamen geçersiz kılınmasının işçiyi koruyucu yasal düzenlemelerin işçi lehine koruyucu niteliği ile temelde bağdaşmadığını ifade eden mahkeme bu durumda geçerliliği koruyan indirgemenin (*geltungserhaltenden Reduktion des Arbeitsvertrag*) uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bu da ilgili yasal düzenlemenin veya sözleşme maddesinin etkinliğinin korunduğu bir yorum yöntemidir. Buna göre haftalık azami çalışma süresini geçmeyecek kısım bakımından sonra yapılan iş sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Fakat indirgemenin uygulanabilmesinin koşulu olan, taraflar hukuka aykırılığı bilerek bir düzenleme yapmışlarsa da haftalık çalışma sürelerinin tamamının kullanılması ile sınırlı bir düzenlemeye ilişkin varsayım, somut olay bakımından davalı açısından kabul edilmemektedir. Zira kanunen öngörülen azami sürenin tüketilip tüketilmemesinden ziyade davalı için önemli olan belediyedeki su teminindeki kesintileri ortadan kaldırmak olduğu için acil durumlarda her zaman su tedarigi için hazır bulunan birini çalıştırmak, acil ve ivedi durumlarda her an davacıya ulaşmaktır. Bu nedenle mahkemeye göre ikinci sözleşmenin kanun ile geçerli olan çalışma süresine indirilerek geçerli kabul edilmesi davalının farazi iradesine uymamaktadır. İş sözleşmesinin kararlaştırılan çalışma saatlerinin yasal olarak izin verilen süreye indirilerek devam ettirilmesi, ancak her iki sözleşme tarafının aynı varsayımsal iradeye sahip olduğunun açıkça ortaya konulması durumunda mümkündür. Halka içme suyu temini halka hizmet alanında hayati bir temel görevdir. Bu çerçevede davalının davacı ile su dağıtımı konusunda onarım ve bakım işlerini yapmak üzere acil ve ivedi durumlar için azami çalışma saatlerinin tüketilmesi ile sınırlı bir iş sözleşmesi yapması mümkün olmadığından geçerliliği koruyan indirgeme yapılamamaktadır. Bu nedenle ikinci iş sözleşmesi tamamen geçersiz kabul edilmelidir.

Ayrıca ifade edelim ki, öğretide *Akyiğit*, toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerinin kurulmasını yasaklayıcı (hamile işçilerin işe alınmayacağı gibi) yahut yan işte çalışmayı yasaklayıcı özel hükümlere yer verilmesi durumunda toplu iş sözleşmeleri ile mevcut sözleşme kurma yasaklarına atıfta bulunulabileceğini, aksinin üçüncü kişi aleyhine sözleşme yapmak

anlamına geleceği için bu tarz hükümlerin geçerli kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir²⁰³³. Yazar bu tarz yasaklayıcı hükümlere yer verilmesi durumunda iş sözleşmesinin geçersizlikle karşılaşmayacağını, bu durumun olsa olsa toplu iş sözleşmesi tarafı işverenin sorumluluğunu gündeme getirebileceğini ifade etmektedir²⁰³⁴. Öğretide *Bozkurt Gümrükçüoğlu*, engelli işçilerin yahut belirli yaştan altındakilerin belirli işlerde çalışmasının toplu iş sözleşmeleri ile yasaklanabileceğini ifade etmekle beraber bu tarz hükümlerin geçerli olabilmesi için iş gücü kapasitesi yahut işçi sağlığı açısından bu durumun gerekli olması gerektiğini belirtmektedir²⁰³⁵.

b. Kesin Geçersizlik Yaptırımının Uygulanmasının Normun Koruma Amacına Aykırı Olduğu Durumlar

İş mevzuatında belirtilen emredici hükümlerin büyük bir kısmı işçinin sağlığının korunması, çalışma gücünün üstüne çıkılmasının engellenmesi amacıyla öngörülmüştür²⁰³⁶. Bu nedenle söz konusu hükümlerle iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunun meydana gelmesi amaçlanmamakta, bu hükümler iş hukukunun kendine özgü koruyucu yapısının sağlanması sebebi ile öngörülmektedir. Bu hükümlere aykırılığın yaptırımının amaçtan uzaklaşarak belirlenmesi işçinin ifasını yok saymak anlamına gelecektir. Kaldı ki TBK m.27/1 hükmünün amacı da meydana gelen hukuki işlemin geçersiz olmasını sağlamak olmayıp geçerlilik engelini ortadan kaldırılarak işlemin ayakta kalabilmesinin sağlanmasıdır²⁰³⁷.

Hükmün anlam ve amacı, sözleşmenin diğer tarafının geçersizliği ileri sürüp süremeyeceği, geçersizliğin ileriye etkili olup olmayacağı noktalarında da bize yol gösterecektir²⁰³⁸. Kesin geçersizlik yaptırımının TBK m.27/1 hükmünün ihlâl edildiği her durumda uygulanmaması esasen sözleşme özgürlüğü ilkesinin şekli bir ilkeden ibaret kalmaması amacına da hizmet edecektir²⁰³⁹, zira klâsik anlamda kesin geçersizlik yaptırımının amaca göre sınırlandırılması ile sözleşmelerin ayakta kalması sağlanmış olacak bu da özellikle zayıf konumda olan tarafın menfaatine olacaktır.

İş sözleşmesinin geçersizliği sonucunun doğup doğmayacağına ilişkin akla gelebilecek bir durum çalışma izni olmayan yabancıların çalıştırılmasıdır. İsviçre öğretisinde bir iş

²⁰³³ AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s.335 vd.

²⁰³⁴ AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s.336.

²⁰³⁵ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Toplu İş Sözleşmesi, s.54.

²⁰³⁶ REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.137.

²⁰³⁷ HUGUENIN, OR, Rn.433, s.132.AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.73.

²⁰³⁸ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.77.

²⁰³⁹ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.78.

sözleşmesinin içeriği caiz ise yalnızca işçinin o iş sözleşmesine bireysel katılımını yasaklayan sonuçlara yönelik yasak hükümlerinin, sözleşmenin geçersiz sayılmasına neden olmaması gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁴⁰. Sadece bir tarafın sözleşmeye katılımını yasaklayan kural söz konusu olduğunda, normun anlam ve amacına göre sözleşmeye geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği anlaşıyor ise ancak bu takdirde sözleşme geçersiz kabul edilmelidir²⁰⁴¹. Bu durum daha önce ifade ettiğimiz gibi²⁰⁴² özellikle çalışma izni bulunmayan işçilerin çalıştırılması durumunda gündeme gelecektir. Çalışma izni bulunmayan işçi ile akdedilen iş sözleşmelerinin geçersizlik yaptırımına tâbi olması kanımızca normun koruma amacı ile bağdaşmayacak ve işçinin zararına olacaktır. Alman Hukuku'nda çalışma izni olmadan yabancı çalıştırma yasağının ihlâlinin iş sözleşmesinin geçerliliğini etkileyemeyeceği, ancak iş sözleşmesinin feshedilebileceği ifade edilmiştir²⁰⁴³. Yani bu tür yasaklar da istihdama yönelik yasaklar olarak karşımıza çıkar²⁰⁴⁴.

Yukarıdaki örnekte varacağımız hukukî sonuca kadın işçilere yönelik çalışma yasaklarında da ulaşabiliriz²⁰⁴⁵. Bu bağlamda kadın işçi örneğin hamileliği sebebi ile çalışmaması gereken bir işte çalışıyorsa bu durum sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmamalı, feshin son çare olması ilkesine uymak şartıyla işverene belirli şartlarda fesih imkânı vermelidir. Buna göre gece çalışamayacak olan kadın işçiye öncelikle mümkün ise gündüz iş teklif edilmeli, doğrudan sözleşmenin feshi yoluna gidilmemelidir. Alman Hukuku'nda da bu durumda sözleşmenin geçersiz olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi §134 BGB hükmünde kanuni bir yasağı ihlâl eden bir hukuki işlemin kanun aksini öngörmüyorsa geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Hükmün amacının doğrudan belirli alanlarda sözleşme özgürlüğünü sınırlamak olmayıp bazı davranışları yasaklaması durumunda yasaklayıcı hükümden bahsedilecek ve yasaklayıcı hükmün ihlâli durumunda, o davranışın yasaklanması ile güdülen amaç geçersizlik yaptırımının uygulanmasını gerekli kılıyorsa geçersizlik gündeme

²⁰⁴⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis Kommentar, Art.320, s.147; KELLER/SCHÖBI, s.142; REHBINDER, §7, Rn.76. BGE 102 II 404, <https://www.swisslex.ch/de/>

²⁰⁴¹ Kamusal nitelikteki çalıştırma yasaklarının (genç işçilere yönelik yasaklar gibi) ihlâlinin iş sözleşmesinin kesin geçersizliği sonucunu doğurmasına rağmen, yalnızca bir tarafın sözleşmeye katılımını yasaklayan bir kural söz konusu ise ancak normun anlam ve amacına uygun olması durumunda kesin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılabileceği yönünde ayrıca bkz. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis Kommentar, Art. 320, s.147.

²⁰⁴² Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B, 3, d, ff.

²⁰⁴³ JUNKER, Arbeitsrecht, s.102. Ayrıca bkz. KRAUSE, s.145; REICHOLD, §7, Rn.41.

²⁰⁴⁴ BAG, Urt. v. 07.02.1990 – 2 AZR 359/89 (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 11.04.1989 – 8 Sa 146/88), NZA Heft 9, 1991, s.341.

²⁰⁴⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.25.

gelecektir²⁰⁴⁶. Her şeyden önce sözleşmenin kurulması, işçinin korunmasını veya kamu çıkarlarını tehlikeye atıyorsa ve sözleşme onay yahut benzeri yollarla yasal bir sözleşme hâline getirilemiyorsa bu sözleşmenin yapılması yasaklanmış demektir²⁰⁴⁷. Örneğin §§ 3, 4, 6, 8 Mutterschutzgesetz (MuSchG) hükümlerinde ifade edilen yasaklar sadece çalıştırma yasaklarıdır²⁰⁴⁸. Söz konusu hükümlere göre, hamile yahut yeni doğum yapmış kadınların belirli sürelerde çalıştırılması yasaktır. Bu düzenlemenin koruyucu amacı, kanundaki hükümlere aykırı çalışmanın yasaklanması ancak iş sözleşmesinin geçerli olması durumunda yeterince sağlanacaktır²⁰⁴⁹. Normun koruma amacı esas alınarak bu konudaki örneklerin çoğaltılabileceğini ifade edelim.

B. “Geçersizliğin Sonradan Anlaşılması” İbaresine Verilecek Anlam

1. Geçersizliğin Sonradan Anlaşılmasına İlişkin Yasal Düzenleme

TBK m.394/3 hükmü uyarınca: “*Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırıluncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur*”. Böylece fiili hizmet ilişkisi hizmet sözleşmesi hükümlerine tâbi olacaktır²⁰⁵⁰. Hükmün gerekçesi şu şekildedir: “*Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden bu hükümden yararlanamayacaktır. Hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacaktır. Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320 nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan “iyiniyetle işgörme” koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir*” ifadesi yer almaktadır²⁰⁵¹. Bu bağlamda mehz Kanun’dan ayrılmasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu açıktır.

²⁰⁴⁶SOERGEL/HEFERMEHL, §134, Rn.4; STAUDINGER/SEIBL/FISCHINGER/HENGSTBERGER, §134, Rn.48 vd.; KARABAĞ BULUT, s.22 vd.

²⁰⁴⁷KAMANABROU, Rn.765; MHdB ArbR/BENECKE, §32, Rn.4 vd.

²⁰⁴⁸KAMANABROU, Rn.770; KRAUSE, s.144; REICHOLD, §7, Rn.41; JUNKER, Arbeitsrecht, s.101; ZÖLLNER/LORITZ/HERGENRÖDER, s.463.

²⁰⁴⁹KAMANABROU, Rn.770.

²⁰⁵⁰ÖZ, s.83; EKMEKÇİ, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, s.20; EKMEKÇİ Ömer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişkin Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, s.3707.

²⁰⁵¹<http://www.ilhanhelveidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-394>

Söz konusu hükmü düzenleyen mehz İsviçre Hukuku'nda Art. 320/3 OR hükmü uyarınca; işçi, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayanarak iyiniyetle işverenin hizmetinde çalışıyorsa sözleşmenin her iki tarafı da iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini, sözleşmenin geçersizliğine dayanarak taraflardan biri ya da diğeri tarafından ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinde olduğu gibi yerine getireceklerdir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun m.320/3 hükmünde ifade edilen "işçinin iyiniyetle çalışması" şartı, Türk Borçlar Kanunu'nda aranmamaktadır. Buna karşılık Borçlar Kanunumuzun sözünü ettiğimiz maddesinde "geçersizliği sonradan anlaşılan" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin hukuki sonuç bakımından anlam ve işlevini anlamak güçtür²⁰⁵². Zira geçinmek zorunda olan ve güç durumda bulunan işçi kimi zaman geçersizliği bilse bile iş sözleşmesini imzalamakta, sözleşmenin geçersiz olup olmadığını göz önünde tutmamaktadır²⁰⁵³.

2. Düzenlemeye İlişkin Öğreti Görüşleri

Geçersizliğin ileriye etkili sonuç doğurmasının ön koşulu olarak tarafların sözleşme kurulduğu esnada sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmemesini kabul ettiğimiz takdirde işçiyi koruma ilkesinden uzaklaşmış olacağımız âşikardır. Bu nedenle konu öğretilerde tartışmalıdır.

Öğretilerde *Süzek*²⁰⁵⁴, söz konusu maddenin aynen uygulanması durumunda geçmişe yürümeme konusunda herhangi bir düzenleme ihtiva etmeyen eski Borçlar Kanunu dönemine gidiş olacağı görüşünde olup iş hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmayan bu ifadenin uyarılama yapılmak suretiyle "geçersizliğin sonradan anlaşılması" koşulu aranmaksızın yorumlanması gerektiği görüşündedir.

Caniklioğlu, söz konusu hükmü yorumlarken işçinin iş sözleşmesinin yapıldığı anda durumu bilip bilmemesi önem arz etmeksizin sözleşmenin bu durumun ileri sürüldüğü tarihten sonrası bakımından geçersiz sayılması gerektiğini belirtmektedir²⁰⁵⁵.

²⁰⁵² **ÖZ**, s.83. Öğretilerdeki görüş farklılıkları için bkz. **CANIKLIOĞLU**, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.82 vd.; **CANIKLIOĞLU**, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.84; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.283, dn.556; **SÜZEK**, *İş Hukuku*, s.349 vd.; **SOYER** Polat, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.152; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.365; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.391; **TÜRE**, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, s.91 vd.; **GÜNEŞ/MUTLAY**, s.237; **TUTAR**, s.110.

²⁰⁵³ **CANIKLIOĞLU**, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.84; **CANIKLIOĞLU**, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.82; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.92.

²⁰⁵⁴ **SÜZEK**, *İş Hukuku*, s.349 vd. Aynı yönde bkz. **TUTAR**, s.110.

²⁰⁵⁵ **CANIKLIOĞLU**, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.82 vd. Yazar, "sonradan anlaşılan" ifadesinin hükümden çıkarılması gerektiğini belirtmekle beraber, böyle bir değişiklik yapılmamış olsa dâhi iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğinin iş sözleşmesi yapılırken işçinin geçersizliği bilip bilmemesinin önem arz

Doğan Yenisey ise söz konusu görüşün cazip olmakla beraber Kanun'un açık hükmü karşısında bu görüşün benimsenmesinin zor olduğunu ifade etmektedir²⁰⁵⁶. Yazara göre "geçersizliğin sonradan ortaya çıkması" ifadesi dar yorumlanmalı, işçi tarafından iş görme borcunun iyiniyetle ifası yeterli görülmelidir²⁰⁵⁷. Zira normun lafzı ile ruhu arasında bir çelişki ortaya çıktığında normun koruma amacına uygun olarak yorumlanması gerekmektedir²⁰⁵⁸. Yazar ayrıca küçük işçilerin çalıştırılması bakımından geçersizliğin sonradan anlaşılması durumunun mümkün olamayacağından hareketle, bu maddenin uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir²⁰⁵⁹.

Güneş/Mutlay'a göre, iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz sayılması durumunda tasfiye sorunu ortaya çıkacağından ve işçiyi koruma amacından uzaklaşılacağından bahisle tarafların bilip bilmemesi önem arz etmeksizin sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmelerinin her durumda ileriye etkili geçersizlik yaptırımına tâbi tutulması gerekmektedir²⁰⁶⁰.

Söz konusu ibarenin yerinde olmadığını ifade eden *Soyer* ise şu şekilde bir değişiklik metnini önermektedir: "*Geçersiz iş sözleşmesi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Bununla birlikte, geçersizliği bilen veya bilebilecek durumda olan işverenin geçersizlik itirazı hukuken korunmaz. Hukuki ilişkiye sonuç bağlanmasının hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde caiz görülmeyecek haller saklıdır*"²⁰⁶¹. Yazar işçinin geçersizliği bilse bile çoğu zaman zaruretler nedeniyle işi kabul ettiğine dikkat çekmiştir. *Soyer*, madde gerekçesinde emeğin korunması ilkesinin gözetileceğinin belirtilerek iyiniyet koşuluna yer verilmemiş olduğunun ifade edilmesine rağmen gerekçede işçinin hangi durumda iyiniyetli sayılacağına belirtilmesi ile kabul edilemez bir çelişkinin yaratılmış olduğuna da dikkat çekmektedir²⁰⁶².

etmemesi şeklinde yorum yapılmasını gerekli kıldığını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **CANIKLIOĞLU**, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.84.

²⁰⁵⁶ **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Yapı*, s.365; **DOĞAN YENİSEY** Kübra, "*Hizmet Sözleşmesi*", *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, Derleyen: Doç. Dr. Murat İncoğlu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.303 vd.

²⁰⁵⁷ **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Yapı*, s.366. Yürürlüğe girmiş ve uygulanmakta olan bir iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkisinin, sözleşmenin geçersizliğine sebep veren durumun bizzat işçi tarafından yaratılmamış olması veya işçinin iş görme borcunu iyiniyetle ifa etmesi şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **ÖZKAN KOÇ** Sema Deniz, *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.171.

²⁰⁵⁸ **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Yapı*, s.366.

²⁰⁵⁹ **DOĞAN YENİSEY**, *Hizmet Sözleşmesi*, s.303

²⁰⁶⁰ **GÜNEŞ/MUTLAY**, s.237.

²⁰⁶¹ **SOYER**, Armağan, s.152.

²⁰⁶² **SOYER**, Armağan, s.152.

Özkaraca/Ünal, kanun koyucunun mehzaz kanunun aksine iyiniyet şartı aramadığını ve işçinin emeğini üstün tuttuğunu ifade etmesi karşısında, işçinin geçersizliği bilip bilmemesinin önem arz etmediğini belirtmektedir²⁰⁶³.

Türe²⁰⁶⁴, İsviçre öğretisinde kabul edilen işçinin sadece hukuka aykırılığı bilmesinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda bu aykırılığın söz konusu sözleşmenin geçersizliğine yol açacağını da bilmesi gerektiği yönündeki görüşün Türk Hukuku açısından yalnızca işe alma yasakları bakımından kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşılık işçinin korkutması sebebi ile bir sözleşme imzalandığı takdirde işçinin hukuka aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açacağını bilmesi şartının aranmaması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre burada TMK m.3/2’de ifadesini bulan durumun gereklerine göre işçinin geçersizliği bilmesinin gerektiğine ilişkin kural amaca uygun sınırlandırmaya tâbi tutulmaktadır. Söz konusu hükme göre; *“Durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz”*. Yazar, söz konusu sınırlamanın nedenini de işe alma yasakları bakımından geçersizliğin olumsuz sonuçlarının yumuşatılması olarak ifade etmektedir. Her iki tarafın sözleşmenin geçersizliğini bildiği durumda ise işçi iyiniyetli olmasa dâhi işverenin bu yöndeki itirazının hakkın kötüye kullanımı niteliği taşıyacağından ve sözleşmenin tamamen geçersiz olmasının rizikosu işçiye yüklenemeyeceğinden ileriye etkili geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır²⁰⁶⁵. Zira TBK m.394/3 hükmünde de hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran işverenin, sözleşmenin geçersizliğini ileriye süremeyeceği ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Mehaz İsviçre Hukuku’nda geçersizliğin sonradan anlaşılması değil, sözleşmenin iyiniyetle ifa edilip edilmediği önemlidir. İşçinin iyiniyetli (*Gutgläubigkeit des Arbeitenehmers*) çalışması durumunda sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz sayılacaktır. Art.320/3 OR hükmünün uygulanması için karşılıklı ve birbirine uygun niyet beyanı sonucunda iş sözleşmesinin kurulması, bu sözleşmenin geçersiz olması, hâlihazırda işin ifa edilmiş olması ve işçinin iyiniyetli olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir²⁰⁶⁶. Belirtelim ki İsviçre Art.320 Abs.3 hükmünde ifade edilen iyiniyet kavramından ne anlaşılması gerektiği İsviçre

²⁰⁶³ Yazarlar aksi bir yorumda kanun koyucunun iyiniyetle ifa koşuluna yer vermemesinin sonucunun da açıklanamayacağını ifade etmektedirler. **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.391.

²⁰⁶⁴ **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.91 vd.

²⁰⁶⁵ Aynı yönde bkz. **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, §2, Rn.297; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.11.

²⁰⁶⁶ **PORTMANN/WILDHABER**, s.35; BSK OR I-**PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.24; **STAEHELIN** Adrian, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess, 2006, Art. 320 OR, Rn.28 vd.

öğretisinde tartışmalı olmakla beraber²⁰⁶⁷ İsviçre Hukuku'nda Art.3 Abs.1 ZGB uyarınca iyiniyetin varsayılması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmaktadır²⁰⁶⁸. Söz konusu hüküm uyarınca kanunun iyiniyete hukukî sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Buna göre hükmün mefhumu muhalifinden iyiniyetin varlığının değil, yokluğunun ispatlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık öğretide, işçinin iyiniyetinin Art.3 Abs.2 ZGB ışığında incelenip incelenmeyeceği konusunda ise görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca ise, içinde bulunduğu koşullar altında kendisinden beklenebilecek özeni göstererek iyiniyetle hareket etmemiş olan bir kişi iyiniyete dayanma hakkına sahip olmayacaktır. Bu hükmün "işçinin iyiniyetle çalışıp çalışmadığı" sorusuna uygulanmasının âdil olmayan sonuçlar yaratacağı ifade edilmiştir²⁰⁶⁹. Zira iş sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı birçok durumda genellikle işçinin iş sözleşmesindeki eksikliğin/sakatlığın (mängel) farkında olduğu yahut en azından gerekli özeni göstermiş olsaydı farkında olması gerektiği varsayılmaktadır²⁰⁷⁰. İsviçre öğretisinde genel görüş, işçinin iyiniyetli sayılabilmesi için işçinin sadece hukuka aykırılığı bilmesinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda bu aykırılığın söz konusu sözleşmenin geçersizliğine yol açacağını da bilmesi gerektiği yönündedir²⁰⁷¹. Bu nedenle kötüniet için gerekli olan, sözleşmenin geçersizliği konusunda kişinin bilgi sahibi olması, yani sadece sözleşmenin kendi başına hukuka aykırılığı hakkında değil, hukuki sonuçları hakkında da bilgi sahibi olmasıdır²⁰⁷². Kötünietin ispatlanması durumunda ise sebepsiz zenginleşme kurallarının (*Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht*) uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir²⁰⁷³. Art.320 Abs.3 OR hükmünün amacı her iki tarafça yerine getirilen bir iş sözleşmesinin kural olarak geçersizlik ileri sürülünceye kadar tamamen yürürlükte kalmasıdır. Bu nedenledir ki, söz konusu madde hükmünün uygulanması için gereken şartları dar yorumlamanın ve iyiniyetin

²⁰⁶⁷ Konuya ilişkin olarak bkz. **BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ**, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 320, s.27; BGE 132 II 242 <https://www.swisslex.ch/de/> Ayrıca bkz. **URHANOĞLU CENGİZ**, *Çocuk ve Gençler*, s.224; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.569; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.348; **ALBAYRAK ZİNCİROĞLU**, s.732; **REHBINDER**, §7, Rn.86; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.11. Bir eylemin kastî olarak kötü niyetli kabul edilebilmesi için, sadece bir sözleşmenin yasaya aykırılığını bilmenin yeterli olmayıp aynı zamanda hukuki sonuçlarının da farkında olmayı gerektirdiği yönünde İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 132 III 753, 756, <https://www.swisslex.ch/de/>

²⁰⁶⁸ BGE 132 II 242, <https://www.swisslex.ch/de/> **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.11.

²⁰⁶⁹ **REHBINDER**, §7, Rn.86; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.11.

²⁰⁷⁰ BGE 132 II 242, <https://www.swisslex.ch/de/>

²⁰⁷¹ **VISCHER/MÜLLER**, §9, Rn.64 vd.; **BK-REHBINDER/STÖCKLI**, Art.320, Rn.47. BGE 132 II 242, <https://www.swisslex.ch/de/> **PORTMAN/WILDHABER**, s.35; **RIEMER KAFKA/KRENGER**, s.29; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.11. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.397; **TÜRE**, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.91.

²⁰⁷² BGE 132 II 242, <https://www.swisslex.ch/de/> **PORTMAN /WILDHABER**, s.35.

²⁰⁷³ **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.11; **BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH**, Art.320, Rn.24.

varlığı için zorlayıcı şartlar aramanın da doğru olmayacağı ifade edilmiştir²⁰⁷⁴. Bu nedenle *Pellegrini*²⁰⁷⁵ tarafından ifade edilen ve öğretideki birçok yazar ve Federal Mahkeme'nin de atıf yaptığı üzere hükmü, işçinin sözleşmenin imzalandığı sırada hukuka aykırılığın farkında olduğunun aynı zamanda da bu aykırılığın yasal sonucu olarak sözleşmenin hukuki bir bağlayıcılığının bulunmadığına dair olumlu bir bilgiye (*positive Wissen*) de sahip olduğunun kanıtlanması hâlinde iyiniyetin kabul edilemeyeceği şeklinde yorumlamanın daha doğru olacağı belirtilmiştir²⁰⁷⁶. Buna göre işçi söz konusu sözleşmenin yasal olarak bağlayıcı olmadığının ve dolayısıyla sözleşmeden doğan taleplerinin bulunmadığının özellikle farkında olmalıdır²⁰⁷⁷. Yani sadece hukuka aykırılığı değil, aynı zamanda hukuka aykırılığın yaratacağı sonuçları da bilmesi gerekir²⁰⁷⁸. İsviçre Federal Mahkemesi, Art.320 Abs.3 OR hükmünün yasama geçmişinin de aynı yöne işaret ettiğini belirtmektedir²⁰⁷⁹. Şöyle ki, bu konuda iki ana soru hukuka aykırı bir iş ilişkisinin geçmişe etkili olarak nasıl geçerli sayılabileceği ve geçerli bir iş ilişkisinin varlığına bakılmaksızın, işçinin ücret talebinin sadece sebepsiz zenginleşme talebi yerine başka hangi yolla talep edilebileceğidir. Bu nedenle iyiniyetin korunmasının önündeki engele ilişkin Art.3 Abs.2 ZGB hükmü, iş sözleşmesinin kendine özgü yapısı sebebiyle geçerli değildir.

Belirtelim ki öğretide, tam ehliyetsiz bir kişinin iyiniyetli yahut kötünietli olmasından bahsedilemeyeceği için işçinin tam ehliyetsiz olması durumunda iyiniyet şartının gerekliliğinin aranmayacağı da ifade edilmiştir²⁰⁸⁰. Çocuk işçi tam fiil ehliyetinin bulunmadığını bilerek çalışmaması gereken bir işte çalışmasına rağmen bu işini iyiniyetle ifa ediyorsa iyiniyet şartının gerçekleşmiş sayılacağı belirtilmiştir²⁰⁸¹. *Vischer/Müller*, kanunun koruduğu ve çalışmasına izin verilmeyen yaşta olmasına rağmen bir küçüğün kendisi yahut ailesi için acil durumu ortadan kaldırmak amacıyla yasağa aykırı olarak çalışması durumunda ücret talebinden mahrum kalmaması gerektiği görüşündedir²⁰⁸². Yazarlar bu durumda işçinin çalışmasının kanuna aykırı olduğunu bilmesinin bir önem arz etmemesi gerektiğini ifade etmektedirler. Eğer

²⁰⁷⁴ BGE 132 II 242, <https://www.swisslex.ch/de/>

²⁰⁷⁵ PELLEGRINI Bruno, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängel, Diss. Zurich, 1983, s.161 vd.

²⁰⁷⁶ REHBINDER, §7, Rn.86; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.24; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.47. BGE 132 III 242, <https://www.swisslex.ch/de/>

²⁰⁷⁷ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.24.

²⁰⁷⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.47.

²⁰⁷⁹ BGE 132 II 242, <https://www.swisslex.ch/de/> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.24. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. ÖZKARACA/ÜNAL, s.397.

²⁰⁸⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis Kommentar, Art. 320, Rn.11; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.47.

²⁰⁸¹ BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art.320, s.27.

²⁰⁸² VISCHER/MÜLLER, §9, Rn.66.

iyiniyeti işçinin hukuka aykırılığı bilmesi yahut bilebilecek durumda olması şartı olarak değerlendirirsek işçiyi korumaktan uzak bir yaklaşımda bulunmuş oluruz. Halbuki sorunu çözerken işçinin sosyal olarak korunması fikri odağa alınmalıdır. İşveren bakımından ise hukuka aykırılığın biliniyor olması, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmasını zaten engellemelidir²⁰⁸³. *Staehelin*, işçinin ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda zaten iyiniyet yahut kötüniiyetli olmasından da bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir²⁰⁸⁴.

3. Görüşümüz

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Türk öğretisinde birçok yazar tarafından Türk Borçlar Kanunu m.394 hükmünün gerekçesi dikkate alınmaksızın hükmün mehzaz kanundaki gibi yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁸⁵. Zira hükmün gerekçesinde hem "iyiniyetli iş görme" şartına yer verilmediği hem de iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilen işçinin iyiniyetli sayılamayacağı ve söz konusu hükmün uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle gerekçe çelişki içermektedir²⁰⁸⁶. İş sözleşmesi akdedilirken medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmadığını bilerek iş sözleşmesi ile üstlendiği edimini yerine getiren küçüğün (geçersizliğin sonradan anlaşılma şartı bulunmadığından) iyiniyetli olmadığı ileri sürülerek TBK m.394/3 hükmünün uygulanmasına engel olunamaması gerekir²⁰⁸⁷. Aksine bir yorum iş hukuku esprisine de uymayacak, korunması gereken küçük sömürülen kişi hâlini alacaktır.

İlgili hükmün sözünden (lafzından) hareket edersek iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilen bir işçinin imzaladığı sözleşme baştan itibaren geçersiz olacaktır. Fakat kimi zaman geçersizlik hâlini bilse bile işçinin korunması gereken durumlar da vardır. Söz konusu maddeyi lafzı esas alarak yorumladığımızda bu durum esasen korunmak istenen kişinin aleyhine sonuç yaratacak, işçi yıllarca çalışmış olsa dâhi hak ettiği karşılığını alamaz hâle gelecektir. Kaldı ki geçersiz bir iş sözleşmesinin ileriye etkili olarak geçersiz kabul edilmesi sadece işçiyi koruma amacına dayanmamakta aksi bir düzenleme aynı zamanda sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerin de yapısına uygun düşmemekte ve tasfiye sorunlarının doğmasına da sebep

²⁰⁸³ Bu durumda işverenin işçinin iyiniyetli olmadığını ileri sürme hakkının bulunmadığı İsviçre Hukuku'nda ifade edilmektedir. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.24.

²⁰⁸⁴ ZK-STAEHELIN, Art.320 OR, Rn.31.

²⁰⁸⁵ URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.224; DİNÇ, s.143; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.570; ALBAYRAK ZİNCİROĞLU, s.732.

²⁰⁸⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.570.

²⁰⁸⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.570.

olmaktadır²⁰⁸⁸. Bu da adaletsizliklere, çarpıklıklara ve maksada aykırılığa sebebiyet verecektir. Bu nedenle “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulunun aranmaması iş hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmakta ve iş hukukunun özel karakterine ve niteliğine uymaktadır. Yukarıda sözünü ettiğimiz İsviçre Federal Mahkemesi tarafından Art.320 Abs.3 OR hükmünün yasama geçmişine işaret edilen kararı²⁰⁸⁹ da kanaatimizce dikkate alınmaya değerdir. Hüküm kanunlaştırılırken hukuka aykırı bir iş ilişkisinin geçmişe etkili olarak nasıl geçerli sayılabileceği ve geçerli bir iş ilişkisinin varlığına bakılmaksızın, işçinin ücret talebinin sadece sebepsiz zenginleşme talebi yerine başka hangi yolla talep edilebileceğine yönelik iki soruya cevap aranmıştır. TBK gerekçesinde ifade edildiği İsviçre Hukuku düzenlemesinin aksine “işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan “iyiniyetle işgörme” koşuluna Tasarıda yer verilmediği” de dikkate alındığında geçersizliğin ileriye etkili olması kuralını daha sıkı şartlara tâbi tutmanın da bir anlamı bulunmayacak, kanunla getirilmek istenen amaçtan sapılmış olacaktır.

İfade edelim ki borçlar hukuku sisteminde de bu hüküm dışında herhangi bir hükümde “geçersizliğin sonradan anlaşılması” gibi bir ifade kullanılmamaktadır. İrade sakatlığı hâllerinde TBK m.39 hükmünde “yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan tarafın, yanılma veya aldatmayı öğrenmesi...”nden bahsedilmektedir. Bu hükmün de kesin geçersizlik ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle esasen “geçersizliğin sonradan anlaşılması” ifadesini anlamlı veya mâkul bir şekilde yorumlamak pek de mümkün değildir. “Sonradan anlaşılma” ifadesinde kimin sonradan anlayacağı, tarafların her ikisi tarafından da anlaşılma şartının aranıp aranmayacağı hususu da belirsizdir.

Öğretide İş Kanunu’nda hüküm bulunmayan hâllerde, Borçlar Kanunu’nun konuya ilişkin düzenlemelerinin ancak iş hukukunun özel niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı, aksi hâlde uyarılma zorunluluğunun gündeme gelebileceği ifade edilmiştir²⁰⁹⁰. Bu nedenle söz konusu hükmün uyarlanmak suretiyle uygulama alanı bulması gerektiği belirtilmiştir. Fakat bu yorum da Borçlar Kanunu’na tâbi işçiler ile İş Kanunu’na tâbi işçiler açısından âdil olmayan

²⁰⁸⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.295 vd.; CANIKLIOĞLU, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.84; ÖZKARACA, *Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul, 2008, s.172; GÜNEŞ/MUTLAY, s.237; KARABAĞ BULUT, s.356; ÖZER, s.269; ŞEN, s.176 vd.; TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku*, s.173 ve s.265; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.348; EYRENCİ/TASKENT/ULUCAN/BASKAN, s.114; SÜMER, *İş Hukuku*, s.61; NARMANLIOĞLU, *Ferdi İş İlişkileri I*, s.244; BAŞBUĞ/BODUR, s.138; SELİÇİ, s.46 vd.; AYKAÇ, s.377; BROX/WALKER, §19, Rn.50, s.210; HKK/DORN, §§134-137, Rn.23; SZECH, s.305; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.283; PORTMAN/WILDHABER, s.30.

²⁰⁸⁹ BGE 132 II 242, <https://www.swisslex.ch/de/>

²⁰⁹⁰ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.349.

bir ayrımın doğmasına sebebiyet vermektedir. Zira bu durumda Borçlar Kanunu'na tâbi çalışan işçiler için "geçersizliğin sonradan anlaşılması" koşulu Kanun'un açık ifadesi (lafzı) uyarınca uygulanmış olacaktır. Türk Borçlar Kanuna'na tâbi işçiler açısından ise bu yorum gerekli korumayı sağlamamaktadır. TBK m.394/3 hükmü madde gerekçesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin göz önünde tutulduğu ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan "iyiniyetle işgörme" koşuluna tasarıda yer verilmediği ifade edilmiştir. Buna karşılık aynı gerekçede işçinin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacağı ve söz konusu hâlde geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden söz konusu hükümden yararlanamayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda da emeğin korunması ilkesinden uzaklaşılarak uyumsuzluk yaratılmıştır²⁰⁹¹. Kişinin kendi kusuruna dayanamayacağını kabul ederek sözleşmenin geçersizliğini baştan bilen işçiyi korumamak işçinin sömürülmesine sebep olabilecektir. Zira iş bulmanın zorluğu ve geçimini çalıştığı işten elde ettiği ücretle idâme ettiren işçilerin yaşadıkları ekonomik sıkıntılar da düşünüldüğünde çok yüksek ihtimalle kabul edildiği işi kaybetmeme korkusuyla yaptığı sözleşmenin geçersiz olduğunu işçinin bilmesi durumunda, işçi yine de sözleşmeyi imzalamak isteyecektir. Tüm bu sebeplerle ve kanunun gerekçesinde de maddenin getiriliş amacının işçinin emeğinin korunması ilkesi olduğunu da göz önünde bulundurarak kanaatimizi şu şekilde açıklayabiliriz: Bir kanunun sözünden çıkan anlam özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez²⁰⁹². Kanun koyucu, yorumu yapacak olan hâkime, kanunun hem lafzının hem de amacının aynı anda dikkate alınması görevini yüklemektedir²⁰⁹³. Amaca göre (teleolojik) yorum kimi zaman daraltıcı kimi zaman da genişletici bir biçimde uygulanabilmektedir²⁰⁹⁴.

Hükmün gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, söz konusu kanun düzenlenmesi işçinin emeğinin korunması amacı ile getirilmiştir. Aynı zamanda sözleşmelerin baştan itibaren geçersiz sayılması sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerin yapısına uygun düşmeyecek, tasfiye sorunu yaratacaktır. Bu nedenle de hüküm amaçsal yorum çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre "geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi" ifadesindeki "sonradan anlaşılma" şartı bakımından değerlendirmemiz, dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde sözleşmenin diğer tarafına zarar verme niyeti taşımamak kaydıyla bir iş sözleşmesi yapıldığında

²⁰⁹¹ ÖZKARACA/ÜNAL, s.391.

²⁰⁹² SÜZEK, İş Hukuku, s.27. YHGK, 15.09.2020, E.2017/10-2695, K.2020/587, <https://kazanci.com.tr/>

²⁰⁹³ NOMER Haluk Nami/AKBULUT Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s.33; OĞUZMAN/BARLAS, s.73; DURAL/SARI, s.126.

²⁰⁹⁴ IŞIKTAÇ Yasemin/METİN Sevtap, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.209.

işçinin geçersizliği bilip bilmemesinin önem arz etmeyeceği ve işçi işini fiilen ifa etmişse sözleşmenin hizmet ilişkisi sona erdiği tarihe kadar geçerli kabul edilip ileriye etkili geçersizliğin söz konusu olacağı yönündedir. Kamu düzeninin ve ahlâkın ağır ihlâlinin söz konusu olduğu durumlarda zaten dürüstlük tartışması yapılamayacağından hüküm uygulama alanı bulamayacak ve sözleşme baştan itibaren geçersiz kabul edilecektir. Bu nedenle, işçinin örneğin işvereni ölüm tehdidi ile iş sözleşmesi imzalamaya zorlaması durumunda sözünü ettiğimiz hükmü amaca göre yorumladığımızda varacağımız sonuç aynı şekilde geriye etkili geçersizlik olacaktır. Hükmü bu şekilde yorumlamak sadece İş Kanunu'na tâbî işçiler açısından değil Türk Borçlar Kanunu'na tâbî işçiler açısından da geçersizliğin işçinin bilme unsurundan bağımsız olarak kural olarak ileriye etkili sonuç doğurmasına imkân verecektir.

Öğretide de hizmetin ifasına başlanmış olsa da eğer sözleşmenin konusu hukuku ve ahlâkı ağır şekilde ihlâl ediyor ise sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁹⁵. Zira karapara aklama, dolandırıcılık yahut adam öldürme konulu bir iş sözleşmesinde tarafların korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır²⁰⁹⁶. Öğretide bu gibi durumlarda söz konusu sonucun doğması için sözleşen tarafların ikisinin de bu durumu bilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰⁹⁷. Bunun gibi iş sözleşmesinin muvazaaya dayanarak görünüşte yapılması hâlinde de geçerli bir iş ilişkisinin doğduğundan bahsedilemeyecektir²⁰⁹⁸. Bu karşılık -daha önce de ifade ettiğimiz üzere- kimi yazarlara göre yasaklanmış bir iş sebebiyle yabancı uyruklu biri ile iş sözleşmesi imzalandığında söz konusu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması gerektiği görüşüne katılmadığımız belirtmeliyiz. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalarımızı daha evvel yaptığımız için tekrara düşmemek adına ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁵ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.177; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.93; YALÇINTAŞ, s.30; URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk ve Gençler, s.222; TAŞMAN, s.292; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.139.

²⁰⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.350; ÖZKARACA/ÜNAL, 384; URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk ve Gençler, s.222; SEÇER, s.1443; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.111 vd.; REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.139; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.568; BAKIRCI, s.423 vd. Ayrıca bkz. CENTEL, Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği, s.199; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.454; DİNÇ, s.141; ÇİL, Şerh, C.I, s.527; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.26.

²⁰⁹⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.93.

²⁰⁹⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.94; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.173 vd.; AKYİĞİT, Şerh, C.1, s.456; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s.722; BENECKE, s.66 vd.; SCHAUB/ LINCK, §32, Rn.12; HUECK/NIPPERDEY, §32 III c, s.188.

²⁰⁹⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz, 2. Bölüm, II, B, 3, d, ff.

C. Kesin Geçersizliğin İleri Sürülmesi

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi mehz İsviçre Borçlar Kanunu m.320/3 hükmüne göre; işçinin sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayanarak işverenin hizmetinde iyiniyetle çalışması hâlinde, her iki taraf da iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerini, *sözleşmenin geçersizliği nedeniyle biri ya da diğeri tarafından ortadan kaldırılincaya kadar* geçerli bir sözleşmede olduğu gibi yerine getireceklerdir. TBK m.394/3 hükmüne göre ise, geçersizliği sonradan anlaşılan bir hizmet sözleşmesi, *hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar*, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Öğretide mehz İsviçre Kanunu'ndaki düzenlemenin geçersizlik yaptırımından ziyade iptal yaptırımına benzer bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir²¹⁰⁰.

Kanımızca İsviçre Borçlar Kanunu'nda ifade edilen “ *sözleşmenin geçersizliği nedeniyle biri ya da diğeri tarafından ortadan kaldırılincaya kadar*” ifadesi TBK hükmünde belirtilen “ *hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar*” ifadesi ile aynı anlamı işaret etmektedir.

Taraflardan her biri kesin geçersiz olan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilme hakkına kural olarak sahiptir. Zira daha evvel de ifade ettiğimiz üzere²¹⁰¹, kesin geçersizlik hâlinde kanun koyucunun sözleşme açısından önemli gördüğü unsurlarda bir eksiklik bulunması sebebiyle, söz konusu eksiklik ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir²¹⁰². İş sözleşmeleri bakımından emredici hükümlere aykırılık durumunda da aynı kural geçerli olacak mıdır? Sözleşmenin zayıf tarafını korumak gayesiyle getirilen norma aykırılık hâlinde bu durum sözleşmenin her iki tarafınca da ileri sürülebilecek midir? Zira toplumun genel menfaatlerinin korunması gayesiyle getirilen emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı ile sözleşmenin zayıf tarafının korunması amacıyla getirilen emredici hükümlere aykırılığın yaptırımının aynı esaslara tâbi olması öğretide haklı olarak sorgulanmıştır²¹⁰³.

İfade edelim ki, emredici normların bazıları toplumun genel menfaatini koruma amacı ile getirilmişken azımsanmayacak bir kısmı da sözleşmenin zayıf tarafını koruma gayesi ile

²¹⁰⁰ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, s.162; SEVİMLİ, *İki Sorun*, s.35.

²¹⁰¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, C, 2, a.

²¹⁰² KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.133; ESENER/GÜNDOĞDU, s.242; ANTALYA/TOPUZ, s.208 vd.; HELVACI/ERLÜLE, s.39; ESENER/DEMİR, s.245 vd.; EREN, s.377; OĞUZMAN/BARLAS, s.225; REİSOĞLU, s.141; NOMER, s.66; ŞEKER, s.75; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.173; İNAN, Borçlar Hukuku, s.197; BAKIRCI, s.422; ATASOY, s.188; KIRKBEŞOĞLU, s.31; ERCOŞKUN ŞENOL, s.185; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.33.

²¹⁰³ HÜBNER, s.495; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.571; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.371; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.93; KARABAĞ BULUT, s.433 vd.; BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 320, s.27.

getirilmiştir. Normun koruma amacı bir taraftan sözleşmeye uygulanacak yaptırıma etki ederken diğer taraftan da geçersizliğe sözleşen taraflardan ikisinin mi yoksa tek tarafın mı dayanabileceğini de belirlemektedir. Bu nedenle de sözleşme taraflarından sadece zayıf olanı korumak amacı ile getirilen emredici (Alman Hukuku ifadesi ile yasaklayıcı) normlara ve şekil normlarına aykırılığa sadece korunan tarafın dayanabileceği ifade edilmiştir²¹⁰⁴. Öğretide, kişi özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması hâlinde, sağlanacak koruma bakımından korunmak istenen kişinin iradesinin belirleyici olduğu, bu nedenle hukuk düzeninin korunmak istenen kişinin iradesini dikkate almadan sağlayacağı korumanın yetersiz kalacağı belirtilmektedir²¹⁰⁵. Bu konuda TBK m.430/3 hükmünü örnek gösteren *Karabağ Bulut*, belirli süreli iş sözleşmesinin on yıldan fazla sürmesi hâlinde, işçiye on senenin geçmesinden sonra altı aylık ihbar süresine uymak şartıyla iş sözleşmesini feshedebilme imkânının verilmiş olmasının kesin geçersizlik yaptırımının sonuçlarının daraltılmasının kanun koyucunun iradesine aykırı olmayacağını gösterdiğini belirtmektedir. Yazar bu durumda sözleşmenin on seneden uzun sürmesi engellenerek işçinin özgürlüklerinin kanun koyucu tarafından korunmak istendiğini belirtmekte ve sözleşmenin on yılın sonunda geçersiz olmasından ziyade işçiye fesih hakkının tanındığından bahsetmektedir.²¹⁰⁶

Belirtelim ki, öğretide bazı yazarlar hakkın kötüye kullanımı yasağından hareketle bazı yazarlar ise hükmün amacından hareketle geçersizliğin ileri sürülmesinin zayıf tarafa tanınması gerektiğini ifade etmektedirler²¹⁰⁷. Kimi yazarlara göre iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi bakımından hukukun temel ilkesi olan ve TMK m.2/2 hükmünde ifadesini bulan düzenleme yol gösterici olmalıdır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere; “*hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır*”. Bu hüküm

²¹⁰⁴ HÜBNER, s.495; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.372. Konuya ilişkin olarak bkz. NOMER, s.66; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.591; HUGUENIN, OR, Rn.433; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rn.55.

²¹⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.687; BK-KRAMER, Art.19-20 OR, Rn.371 vd. Aynı yönde BGE 129 III 209, <https://www.swisslex.ch/de/> Kararda kişisel özgürlüğün korunması amacının, kişi özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması hâlinde, geçersizliğin re’sen gözetilmesini değil, özgürlüğü sınırlanan tarafın iradesinin gözetilmesini gerektirdiği ifade edilmiştir. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. KARABAĞ BULUT, s.433; BSK ZGB I- HUGUENIN/REITZE, Art.27, Rn.21 vd.

²¹⁰⁶ KARABAĞ BULUT, s.436.

²¹⁰⁷ Örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama yöntemi ile doldurulacağını savunan yazarların çoğu bu sınırlamanın hakkın kötüye kullanılması vasıtasıyla yapılacağını savunurken, bazı yazarlar ise örtülü boşluk durumunda amaca uygun sınırlamanın gerçekleşmesi için hakkın kötüye kullanımı vasıtasına gerek bulunmadığı görüşündedir. Buna göre hükmün amaca uygun yorumlanması ile hükmün amaca uygun sınırlandırılması neticesinde somut olay için uygun olan bir sonuca ulaşmakta ise ayrıca hakkın kötüye kullanımının söz konusu olup olmadığının incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.110 vd.

aslında genel ilkenin somutlaşmış hâlidir²¹⁰⁸. Esasen iş hukukunun temel amacı işçinin menfaatlerinin korunması olduğundan işverenin geçersizliği ileri sürmesi dürüstlük kuralına da aykırılık oluşturacaktır²¹⁰⁹. İş sözleşmesinin geçersizliğini baştan itibaren bilen buna rağmen sonradan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek iş ilişkisini sonlandıran işverenin bu tutumunun hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirileceği ve dürüstlük kuralına uymayacağı ifade edilmiştir²¹¹⁰. Öğretide işçinin işe iade davası açmasını yahut feshe bağlı bazı alacaklarına kavuşmasını engellemek amacıyla işverence sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin *sözleşmenin işverence feshedildiği* anlamına geleceği de ifade edilmiştir²¹¹¹. Aynı görüşe göre, işçi de salt ihbar sürelerinden kurtulmak gayesi ile sözleşmenin geçersizliğini ileri sürüyor ise, hakkın kötüye kullanılması yasağının gündeme gelmesi gerekir²¹¹².

Öğretide bazı yazarlar ise bu konuda hakkın kötüye kullanımı yasağına gitmeden normun amaca göre yorumlanması yoluyla da geçersizliğin kim tarafından ileri sürülebileceğinin belirlenebileceğini ifade etmektedirler. Bu görüşün temelinde hakkın kötüye kullanımı yasağına son çare olarak başvurulması gerektiği yatmaktadır²¹¹³. Bu görüşün savunucularından *Akbulut*'a göre, hükmün uygulanmasının kanunun amacı ile bağdaşmadığı durumlarda hâkim hakkın kötüye kullanılması vasıtasına gerek olmaksızın hükmü amaca uygun sınırlayabilmelidir²¹¹⁴. Yazar amaca uygun sınırlama yapılıp yapılmayacağı tespit edilirken hükmün amacının esas alınması gerektiğini, hükmün lafzı ile amacının uyuştuğu ve fakat hükmün uygulanmasının hukuk hayatında meydana gelen değişiklikler nedeniyle tatmin edici sonuçlar doğurmadığı durumlarda örtülü boşluk bulunmadığını, bu durumda da hükmün *kanun koyucu tarafından düzeltilmesi gerektiğini* ifade etmektedir. Hükmün uygulanması hakkın kötüye kullanımı teşkil edecek ise bu durumda hâkim hükmü düzelterek uygulayacaktır²¹¹⁵.

²¹⁰⁸ CANIKLIOĞLU, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.85.

²¹⁰⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.571; TÜRE, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, s.93. İsviçre Hukuku'nda da iyiniyet şartının yokluğunu ileri sürerek işverenin sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesinin normun koruma amacından sapmak anlamına geleceği ifade edilmiştir. BRUNNER / BUHLER /WAEBER /BRUCHEZ, *Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht*, Art. 320, s.27.

²¹¹⁰ SEVİMLİ, *Kısmi Süreli*, s.162; SEVİMLİ, *İki Sorun*, s.35; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.570. Öğretide işçinin asgari çalışma yaşı bakımından öngörülen kurala uyulmamanın yaptırımının kesin geçersizlik olduğu, söz konusu kuralın getirilme amacının esasen işçinin kendisine karşı dâhi korunması olduğu ve bu nedenle hâkim tarafından bu durumun re'sen dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. TÜRE, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, s.94. İşverenin iyiniyetli olmadığı durumda, işçinin iyiniyetli olmadığını ileri sürme hakkının bulunmayacağı yönünde ayrıca bkz. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.24.

²¹¹¹ SEVİMLİ, *Kısmi Süreli*, s.162.

²¹¹² SEVİMLİ, *Kısmi Süreli*, s.162; SEVİMLİ, *İki Sorun*, s.35.

²¹¹³ KIRCA, s.113 vd.; AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.115.

²¹¹⁴ AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.115 vd.

²¹¹⁵ AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.115 vd.

Kanaatimizce geçersizliğin herkes tarafından, iş sözleşmesi açısından ise işveren tarafından da ileri sürülmesi özellikle iş sözleşmeleri gibi taraflardan birinin diğer tarafa göre daha güçsüz olduğu sözleşmeler bakımından âdil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Zira bu durumda normun koruma amacından uzaklaşmış olacaktır. Bu nedenle de taraflardan birini korumaya yönelik yasak içeren hükümler söz konusu olduğunda veya şekle aykırılık durumunda ancak normla korunmak istenen taraf geçersizliği ileri sürebilmelidir. İş hukukundaki düzenlemelerin çok büyük bir kısmı işçiyi korumaya yöneliktir. Zayıf taraf olan işçinin korunması amacıyla getirilmiş olan düzenlemelere aykırılığın yaptırımından da normla korunan işçi yararlanmalıdır²¹¹⁶.

Kamunun menfaatinin de bulunduğu düzenlemelere aykırılık hâlinde bu durum hâkim tarafından da re'sen dikkate alınmalıdır kanaatindeyiz²¹¹⁷. Bu bağlamda örneğin asgari ücret iş görme ediminin karşılığı olmaktan ziyade toplumdaki ekonomik dengeler ve sosyal barışı sağlama noktasında da büyük rol oynamakta yahut tatiller ve yıllık izinler dinlenme hakkının gereği olarak düzenlenmektedir²¹¹⁸. Bu nedenle asgari ücret, çalışma süreleri, ücretli izinler gibi kamusal karakteri bulunan normların gerisinde işçinin bireysel menfaatlerinden çok toplumun genel menfaatleri vardır²¹¹⁹. Bunun sonucunda söz konusu düzenlemelere ilişkin olarak işçinin yararlanma serbestisi bulunmamaktadır²¹²⁰.

Konuya ilişkin olarak öğretide bir görüş, kanımızca da isabetli olarak, asgari çalışma yaşı bakımından kesin geçersizlik yaptırımının öngörülmesiyle aslında işçinin korunmasının amaçlandığını ve sözleşmenin geçersizliğinin hâkim tarafından re'sen gözetilmemesi durumunda kişinin kendisine karşı korunması ilkesinin de zedeleneyeceğini ifade etmektedir²¹²¹. Kanaatimizce de asgari çalışma yaşına ilişkin olarak getirilmiş olan hüküm hem çocuğun korunması hem de sağlıklı bir toplumun oluşmasıyla ilgilidir²¹²². Bu nedenle bu düzenlemeden işçinin yararlanma hakkının, bunu sonucunda da dilerse sözleşmeye devam etme hakkının bulunduğunu kabul etmek normun koruma amacı ile bağdaşmayacaktır. Bize göre, yaş küçüklüğüne dayanarak iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürme hakkı işçinin kanunun

²¹¹⁶ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.375.

²¹¹⁷ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.374 vd.

²¹¹⁸ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.374 vd.

²¹¹⁹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.375.

²¹²⁰ Diğer taraftan zayıf taraf olan işçinin korunması amacıyla getirilmiş mutlak ve nispi emredici normlar üzerinde de işçinin kural olarak yararlanma serbestisi olmamakla birlikte bu kurallarla işçinin korunması amaçlandığından norma aykırılığa işverenin dayanamayacağı yönünde ayrıca bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.375.

²¹²¹ TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.94.

²¹²² Çocuk işçilerin korunmasına ilişkin sınırlamanın doğrudan çocukların korunmasıyla ilgili olmayıp, sağlıklı bir toplumsal gelecekle de ilgili olduğu yönünde bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.375.

aradığı yaşa ulaşması ile birlikte sona ermelidir²¹²³. İş hukukunda geçersizliğin geçmişe değil ileriye etkili olması kuralı da bu sonucu doğrulamaktadır.

Yine kanımızca da isabetli olarak öğretilde ifade edildiği gibi, hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde korunmayan, hukuk düzeninin caiz görmediği bir sözleşmenin varlığı hâlinde bu sözleşmenin geçersizliği işveren tarafından da ileri sürülebilmelidir²¹²⁴.

Son olarak ekleyelim ki, iş sözleşmesinin işveren tarafının değişmesi durumunda da kural olarak iş sözleşmesi yeni işverenle devam edeceği için geçersizlik iddiası yeni işverene karşı da ileri sürülecektir²¹²⁵.

D. Kesin Geçersizliğin İleriye Etkili Olması

1. İş Hukukunda İleriye Etkili Geçersizlik Yaptırımının Gerekliliği

Geçersizlik yaptırımının yarattığı etkinin ağırlığı sebebi ile son zamanlarda bu yaptırımın *amaca uygun sınırlamalara* tâbi tutulduğunu görmekteyiz. Geçersizliğin etkilerinin, geçersizliği öngören normun amacıyla sınırlandırılması, geçersizliğin sadece korunmayı hak eden taraf lehine dikkate alınması, ekonomik olarak kişinin istismar edildiği uzun süreli sözleşmeler bakımından mağdur yararına sözleşmeyi sonlandırma hakkının tanınması ve nihayet sürekli edim içeren sözleşmeler bakımından geçersizliğin ileriye etkili (ex nunc) hüküm ve sonuç doğurması bu duruma örnek olarak gösterilebilir²¹²⁶.

Borçlar hukuku alanında kesin geçersizlik yaptırımı sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte baştan itibaren geçersiz olduğu anlamına gelir. İş sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından ise geçersizlik yaptırımı ayrıksı hâller dışında ileriye etkili olarak uygulanır. Öğretilde de ifade edildiği gibi kesin geçersizliğin ileriye etkili sonuç

²¹²³ Aynı yönde bkz. **VISCHER/MÜLLER**, §9, Rn.63; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.569; **ÖZKARACA/ÜNAL**, 399; **BAKIRCI**, s.424; **URHANOĞLU CENGİZ**, *Çocuk ve Gençler*, s.223; **DİNÇ**, s.143; **AKYİĞİT**, Şerh, C.2, s.2039; **DOĞAN YENİSEY**, *Emredici Yapı*, s.377; **AYKAÇ**, s.379; **EYRENCİ**, *Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im Türkischen Recht*, s.121.

²¹²⁴ **CANIKLIOĞLU**, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.85; **CANIKLIOĞLU**, *Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, s.83.

²¹²⁵ **AKYİĞİT**, *Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik*, s.37.

²¹²⁶ **SEROZAN**, *Medeni Hukuk*, s.392 vd. Ayrıca bkz. **NOMER**, s.66. Yazar sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olan bir kimsenin, buna rağmen bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmaya başlaması hâlinde, geçersizliğin sonradan anlaşılıp iş sözleşmesi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesi varmışçasına hüküm ve sonuçlarını doğuracağı örneğini vermektedir. **AKBULUT**, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.150.

doğurması esasen hükmün amaca uygun sınırlandırılmasının bir sonucudur²¹²⁷. Öte yandan ileriye etkili de olsa bir sözleşmenin geçersiz olması o sözleşmenin sona ereceği anlamına gelmektedir. Buna karşılık, sözleşmenin ifası henüz gerçekleşmemiş ise genel kuraldan ayrılma söz konusu olmayacak ve sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz sayılacaktır²¹²⁸. Aynı şekilde, sözleşmenin kamu düzenini ve ahlâkı ağır derecede ihlâl etmesi durumunda da geçersizlik baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Zira bu gibi durumlarda işçiyi koruma düşüncesinden daha üstün bir amaç olan kamu düzeninin koruması söz konusudur. Bu gibi ayrıksı durumlar dışında ise, yukarıda sözünü ettiğimiz sınırlandırma sebebiyle geçersizlik iş hukukunun özü ve amacı da dikkate alınarak ileriye etkili uygulanacaktır.

Yargıtay da iş hukukunda geçersizliğin ilke olarak ileriye etkili hüküm ve sonuç doğuracağını kabul etmekle birlikte, sonradan geçersizliğe sebep olan durum kanunileşmiş ise artık sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir²¹²⁹.

Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü uyarınca; *“Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”*. İş sözleşmelerinde geçersizliğin ileriye etkisine ilişkin bir hüküm bulunmayan eski Borçlar Kanunu döneminde de bir içtihadı birleştirme kararıyla Yargıtay bu ilkeyi kabul etmiştir. Gerçekten 1958 yılında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında²¹³⁰ *“İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun olacağı...”* ifadeleri kullanılmıştır. Kanaatimizce Yargıtay’ın bu kararında uyguladığı yöntem de hükmün amaca uygun sınırlandırılması yöntemidir. Yargıtay bu kararında hükmü amaca uygun sınırlayarak geçersizliğin geriye etkili sonuç doğurmasını

²¹²⁷ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.220; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.363. Yazar geçersizliğin ileriye etkisinin fiili iş ilişkisinden ziyade geçersizlik yaptırımının sonuçlarının amaca uygun sınırlandırılması esasından hareketle açıklanmasının daha uygun bir teorik temel oluşturacağı kanaatindedir.

²¹²⁸ **AKYİĞİT**, Şerh, C.1, s.471; **PREIS/TEMMING**, Rn.968. Ayrıca bkz. **ÖZER**, s.269; **SCHAUB/KOCH**, Arbeitsrecht von A-Z, s.376.

²¹²⁹ Yarg. 9. H.D., 09.04.1970, E.1555, K.3438, **GÜNAY**, s.373.

²¹³⁰ **YİBGK**, 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, RG 30.09.1958, <https://kazanci.com.tr/> Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararına atıfla verilen aynı yönde karar için ayrıca bkz. Yarg 22 HD, 13.07.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944, <https://kazanci.com.tr/>

engelleyici karar vermiştir. Amaçsal yorum yönteminde hukuk kuralının esas gayesi araştırılmaktadır²¹³¹. Bir kanunun sözünden çıkan anlam özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilmemekte ve hüküm amaca uygun sınırlanmakta, böylece asıl ulaşılmak istenen amaç gerçekleştirilmiş olmaktadır²¹³².

İş hukukunda geçersizlik yaptırımının borçlar hukuku kavramlarının iş hukukunun kendine özgü yapısına uygun olarak iş hukukunun ilke ve değerleri çerçevesinde uyarlanması tipik örneği olarak karşımıza çıktığı öğretilde ifade edilmiştir²¹³³. Klâsik medeni hukuk sözleşmelerinden farklı olarak iş hukukunda düzenli olarak korunmaya çoğunlukla daha lâıyk bir taraf olduğu gerçeğini de unutmamak gerekmektedir. Bu nedenle geçersizliğin iş sözleşmeleri bakımından ileriye etkisinin Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmediği dönemde de borçlar hukukundaki geçersizlik yaptırımının iş hukukunda da baştan itibaren hüküm ve sonuç meydana getirmesi kabul edilmemiştir. Bu durumun iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına aykırı düşeceği ifade edilmiş ve medeni hukuk kavram ve kurallarının işçi-işveren ilişkilerine uygulanırken aynen aktarılamayacağı ve iş hukukunun iklimi içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²¹³⁴.

2. İş Sözleşmesinin Geriye Etkili Geçersizliğinin Yaratacağı Sorunlar

İş sözleşmelerinde olduğu gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından geçersizliğin geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurması bu ilişkilerin yapısına uygun düşmeyecek, beraberinde birçok sorunu getirecektir. Bir borç ilişkisi ne kadar uzun sürmüşse ve ifa edilen hizmetler ne kadar çeşitli ve karmaşık ise geçersizliğin yaratacağı sonuçlar da bir o kadar zorlaşmaktadır²¹³⁵. İş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak geçersiz sonuç doğurması sebepsiz zenginleşme hükümleri²¹³⁶ çerçevesinde iadeyi zorlaştırmaktadır. Keza işçinin iş

²¹³¹ ŞEN Ersan/ERYILDIZ H. Sefa, Hukuka Giriş, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.84. Ayrıca bkz. YHGK, 15.09.2020, E.2017/10-2695, K. 2020/587, <https://kazanci.com.tr/>

²¹³² SÜZEK, İş Hukuku, s.27. YHGK, 15.09.2020, E. 2017/10-2695, K. 2020/587, <https://kazanci.com.tr/>

²¹³³ SÜZEK, İş Hukuku, s.46 vd.; SÜZEK, *Düzenleme Boşluklarının Doldurulması*, s.132; DOĞAN YENİSEY, Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.12.

²¹³⁴ SÜZEK, *Düzenleme Boşluklarının Doldurulması*, s.135; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.115.

²¹³⁵ BYDLINSKI/IBLER Alexandra, "Die Wirkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels", Juristische Blätter, Heft 1, Band 138, 2016, s.5.

²¹³⁶ Sebepsiz zenginleşme durumunda bir kişinin malvarlığında meydana gelen zenginleşme (bu zenginleşme her türlü mal, hizmet, maddi veya fıkri varlıklar olabilir) geçerli bir sebebe dayanmamakta ve zenginleşmede zenginleşenin kusuru aranmamaktadır. ÖZ Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı Hukuk Yayınları:87, İstanbul, 1990, s.22 vd.; TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.729 vd. Sözleşme geçersiz olduğunda karşı tarafa yapılan kazandırmanın iadesi sözleşme hükümlerine dayanarak talep edilemeyecek, karşı tarafın olayda kusuru yok ise haksız fiil hükümlerine de başvurulamayacaktır. Bu durumda geçerli bir sebep olmaksızın yapılan kazandırmalar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri istenebilecektir.

görme edimini geri istemesi, ediminin karşılığının nasıl verileceği sorununa sebep olmaktadır²¹³⁷. İşverenin zenginleşmesinin muhakkak işçiye ödenecek ücret miktarı ile sınırlı olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır²¹³⁸. Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı iade talebi, somut ve birincil olarak elde edilen menfaatlerin iadesine yöneliktir ki, bu iade kural olarak aynen gerçekleşir²¹³⁹. Buna karşılık bazı menfaatlerin iadesinin aynen gerçekleştirilmesinin imkânı bulunmamaktadır. İşin türü gereği işçinin kişisel niteliklerinin büyük önem arz ettiği işler bakımından emeğin para ile olan değerinin belirlenmesi de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır²¹⁴⁰. İşçinin emeğinin değerinin "işverenin işe başka bir işçi alsaydı ona vereceği ücret" olarak kabulü mümkün değildir. Zira özellikle özel sebeplerden ötürü sadece sözleşmesi geçersiz kabul edilen işçinin işe alınması durumu söz konusu ise yahut işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi varsa ya da işçinin kişisel niteliğinin büyük önem arz ettiği bir iş söz konusu ise işçinin emeğinin para ile olan değerinin belirlenmesi imkânsız bir hâl almaktadır²¹⁴¹. Öğretide ayrıca sözleşmenin kurulduğu yer ve zamanda ilgili iş görme edimini yerine getirebilecek bilgi ve yeteneğe sadece tek kişinin sahip olduğu hâllerde sözleşmenin kurulduğu yer ve zamanda o işi yapan kişilere ödenen ortalama ücretin zenginleşme miktarı olarak kabulünün de mümkün olmadığı ifade edilmiştir²¹⁴². Bu nedenle söyleyebiliriz ki, iş sözleşmesi sürekli borç doğurucu nitelikte bir sözleşme olduğu için taraflardan birinin edimini maddeten iade alması olanaklı değildir²¹⁴³. İş görme ediminin bir defa icra edildikten sonra geri verilme imkânı bulunmamaktadır. Zira sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olan bir malvarlığının değerinin sözleşmenin karşı tarafına geçirilmesi değildir²¹⁴⁴. Aynı şekilde işçiyi gözetme borcunun ve sadakat borçlarının sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde iadesi de mümkün olmayacaktır²¹⁴⁵. Tüm bu nedenlerle söylenebilir ki, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tasfiye, sürekli borç ilişkilerinin niteliğine uygun düşmemektedir. Nasıl ki batıl bir evlilik,

²¹³⁷ SÜZEK, İş Güvenliği, s.182; SÜZEK, İş Hukuku, s.348; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.114; SÜMER, İş Hukuku, s.61; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, s.265; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.244; ÖZKARACA, İşyeri Devri, s.172; BAŞBUĞ/BODUR, s.138; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.94; GÜNEŞ/MUTLAY, s.237; UŞAN/ERDOĞAN, s.113; SEÇER, s.1441 vd.; TUNÇOMAĞ, Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.128; MOLLAMAHMUOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.566; SELİÇİ, s.56; TAŞMAN, s.290; ÖZKAN KOÇ, s.170; HKK/DORN, §§134-137, Rn.23. Ayrıca bkz. YİBHKG, 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, <https://www.lexpera.com.tr/> BGE 129 III 320 S.328, <https://www.bger.ch> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. BYDLINSKI/IBLER, s.5.

²¹³⁸ YHGK 16.12.1964, E, 1284 D-9, K.739, Karar için bkz. REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.136.

²¹³⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.749; ULUSAN, Sebepsiz Zenginleşme, s.7; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s.170; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.566 vd.

²¹⁴⁰ SEÇER, s.1442, dn. 68; SELİÇİ, s.51. Ayrıca bkz. ÖZER, s.269 vd.

²¹⁴¹ SELİÇİ, s.51.

²¹⁴² ÖZER, s.269 vd.; SELİÇİ, s.51.

²¹⁴³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.567; SELİÇİ, s.46.

²¹⁴⁴ SELİÇİ, s.47.

²¹⁴⁵ SEÇER, s.1442; BAKIRCI, s.422; SELİÇİ, s.46; YÜREKLİ, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, s.94; ŞEN, s.176.

hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuruyor ise, iş sözleşmesinin geçersizliğinde de aynı sonucun benimsenmesi zorunludur²¹⁴⁶. Kaldı ki, işin ifasını kabul edip bundan yarar sağlayan işverenin sonradan iş sözleşmesinin geçersizliği iddiasında bulunması ve önceye etkili olarak geçersizliğin uygulanmasını talep etmesi dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır²¹⁴⁷.

İş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte işçi ile işveren arasında kişisel bir ilişki doğmaktadır ve bu ilişkinin baştan itibaren ortadan kaldırılması ve sebepsiz zenginleşme ve tazminat talepleri ile düzeltilmek istenmesi yeterli sayılmayacaktır²¹⁴⁸. Bu nedenle taraflarca ifasına başlanmış bir iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak geçersiz sayılması bu sözleşmenin ne sürekli ve kişisel ilişkiler kurma özelliğine ne de işçiye koruma amacına uyar²¹⁴⁹. İş hukukunda geçersizliğin geçmişe etkili olarak uygulanması sadece tasfiye sorunu yaratmakla kalmayıp aynı zamanda bu tip bir tasfiye normla güdülen işçinin korunması amacına da aykırı olacaktır²¹⁵⁰. Zira işçi çalışması karşılığı aldığı ücretle geçimini sağladığı için geçmişte karşı edim olarak kendisine ödenen ücretin geri alınmayacağına da güvenmesi gerekir²¹⁵¹.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda²¹⁵² her ne kadar davalı tanıkları davacının çırak olarak çalıştıklarını beyan etmişlerse de edimlerin nitelikleri ve ifa biçimi dikkate alındığında taraflar arasında gerçekte bir çıraklık sözleşmesi bulunmaması sebebiyle bunun kabul edilemeyeceği ifade edilmiş ve küçük yaştaki bir çocuğun iş sözleşmesi (o dönemdeki ifadesiyle hizmet akdi) ile çalıştırılması durumunda kanuna aykırılık bulunsa da bu durumun işçilik haklarının istenmesinde bir engel oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay'ın verdiği başka bir kararda²¹⁵³ çalıştırılması yasak olduğu hâlde onbeş yaşından küçük çocuğun çalıştırılması hâlinde haklarının ödenmesi gerektiği, bu çalışmaların yok sayılamayacağı, aksinin kabulünün 18.06.1958 gün ve E.1957/20, K.1958/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile benimsenen, sözleşmenin geçersizliğine kadar işçinin hak ve yetkilerden

²¹⁴⁶ **BROX/WALKER**, §18, Rn.50; **REİSOĞLU**, Hizmet Akdi, s.137; **TUNÇOMAĞ**, *Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.129; **SELİÇİ**, s.48; **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.244, dn.219. TMK m.156 hükmü uyarınca: “Batıl bir evlilik ancak hâkimin kararıyla sona erer. Mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur”. Ayrıca bkz. **BROX/WALKER**, §19, Rn.50, s.210; **SZECH**, s.305; **BYDLINSKI/IBLER**, s.6.

²¹⁴⁷ **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.244; **REİSOĞLU**, Hizmet Akdi, s.137 vd.

²¹⁴⁸ **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, s.265; **TUNÇOMAĞ**, *Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*, s.128.

²¹⁴⁹ **SEÇER**, s.1440; **PORTMAN /WILDHABER**, s.30.

²¹⁵⁰ **GEİSER**, s.131; **DOĞAN YENİSEY**, Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.12; **ÖZKARACA/ÜNAL**, s.385; **SELİÇİ**, s.56.

²¹⁵¹ **SELİÇİ**, s.56.

²¹⁵² Yarg. 9. H.D., 28.06.2006, 39175/19031, <https://kazanci.com.tr/>

²¹⁵³ YHGK, 15.11.2017, E.2015/1389, K.2017/1368, <https://www.lexpera.com.tr/>

yararlandırılması gerektiğine dair kabule ve işçi lehine yorum ilkesine aykırı olacağı ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın iş sözleşmesinin işçinin fiil ehliyetinin kaybıyla geçersiz olacağı ve geçersizliğin ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı yönünde verdiği karar ise öğretide haklı olarak eleştirilmektedir²¹⁵⁴. Söz konusu karara konu olan olayda işçide meydana gelen akıl hastalığı sebebiyle 11.04.2008 ile 04.06.2008 tarihleri arasında işçinin fiil ehliyetine sahip olmadığı, iş sözleşmesinin davacının akıl hastalığına yakalanması ile ileriye etkili olsa da *geçersiz hâle geleceği* ifade edilmiştir. Karar uyarınca; *"Geçersizlik, kural olarak, hukuki işlemi geçmişe etkili şekilde hükümsüz kılan bir yaptırım ise de, 30.09.1958 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 18.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik geçmişe değil, ileriye etkili şekilde sonuç doğurur. Bu ilke 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddenin üçüncü fıkrası ile kanuni bir kural haline gelmiş bulunmaktadır. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu açıdan geçersizlik, taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olacaktır"*. Yargıtay söz konusu kararında ayrıca geçersiz hâle gelen bir sözleşmenin feshinden bahsedilemeyeceğini, bu nedenle de iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği ve işe iade istemine ilişkin davanın reddinin gerektiğini ifade etmiştir. Öğretide de isabetle belirtildiği üzere, söz konusu olayda geçersizliğin sonradan anlaşılması gibi bir durum söz konusu değildir²¹⁵⁵. İş sözleşmesinin kurulduğu sırada tam ehliyetsiz olan bir kişi ile iş sözleşmesinin imzalanması sözleşmeyi geçersiz kılacak iken, somut olayda olduğu gibi işçinin devamsızlık yaptığı tarih itibarıyla akıl hastası olmasının geçersizlik ile bir bağlantısını kurmak güçtür. Olayda davacının akıl hastalığına yakalanması ile sözleşmenin geçersiz hâle geldiği ifade edilmiştir. İşçinin akıl hastalığı sebebi ile devamsızlığı sözleşmeyi geçersiz kılan bir sebep olamayacağından somut olayda geçersizliğin ileriye etkisinde de bahsedilemeyecektir. Yargıtay, söz konusu kararında *iş sözleşmesinin kuruluşunda* geçerlilik koşullarından birini taşınamaması hâlinde geçersiz olacağını ifade edip, aynı zamanda işçinin akıl hastalığı sebebi ile devamsızlık yapmasının bir geçersizlik nedeni olacağını ve iş sözleşmesinin

²¹⁵⁴ Yarg. 22. H.D., 13.07.2012, E.2011/12951, K.2012/16944, <https://kazanci.com.tr/> Kararın eleştirisi için bkz. ÖZKARACA/ÜNAL, s.401; AKDENİZ, s.116.

²¹⁵⁵ AKDENİZ, s.116. Özkara/Ünal, ayırt etme gücünü sonradan kaybeden işçi bakımından geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulunun değil, geçersizliğin sonradan ortaya çıkmasının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. ÖZKARACA/ÜNAL, s.400.

davacının akıl hastalığına yakalanması ile geçersiz hâle geleceğini belirterek kendi içinde de çelişkili bir sonuca varmıştır. Bu durumda öğretide de ifade edildiği üzerinde durulması gereken, işçinin geçici olarak akıl hastalığına yakalanması durumunun sağlık nedenleri kapsamında ele alınıp İş Kanunu m.25/I hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağıdır²¹⁵⁶.

İş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkisi hususunda Yargıtay'ın verdiği başka bir uyuşmazlık konusu olayda²¹⁵⁷ davalı TMSF tarafından, tasfiye komisyonunun sadece tasfiye işlerini yapmak üzere görevlendirildiği, TMSF tarafından komisyonun yetkisini aşarak davacı ile iş ilişkisi kurmasına sonradan icazet verildiğine dair bilgi ve belge bulunmaması sebebiyle kurulan iş sözleşmesinin geçersiz olacağı; fakat TBK m.394/3 hükmünün açık ifadesi ile söz konusu geçersizliğin ileriye etkili olacağı yönünde karar verilmiştir. Kanaatimizce söz konusu olay bakımından yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. TBK m.46/1 hükmü uyarınca; *"Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onandığı takdirde temsil olunanı bağlar"*. Olayda yetkisi olmaksızın TMSF komisyonu tarafından iş sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu hukuki işlemin TMSF'yi bağlaması için bu işleme icazet vermesi gerekmektedir, ancak kanaatimizce işçinin yetkisiz kişilerce işe alınmasının ardından bu işçi hakkında ücret bordrosunun düzenlenmesi, işçiye ücretinin ödenmesi işverence söz konusu sözleşmeye *zımnen icazet verildiği anlamına gelmeli* ve işçinin bu işlemlere olan haklı güveni korunmalıdır. Bunun sonucunda da bu gibi durumlarda sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilmemelidir. Bunun kabul edilmesi ise iş hukukunun işçiyi koruma amacına aykırı olacaktır. Ayrıca ifade edelim ki, öğretide güven teorisinin haklı gösterebileceği bazı istisnai hâller bakımından yetkisiz temsilci tarafından yapılan hukuki işlemlerin, adına hareket edilen kimse için de bağlayıcı olabileceği kabul edilmekte, bu durumun da hukukumuza egemen olan "güven ilkesi"nin bir uzantısı olarak kabul edildiği belirtilmektedir²¹⁵⁸.

Alman Hukuku'na göre de iş sözleşmesi geçmişe yönelik etkileri ortadan kaldırılamayan çok sayıda yükümlülük doğuran uzun vadeli bir ilişki yaratmaktadır²¹⁵⁹. Kural olarak bir geçersizlik sebebi mevcutsa, sözleşme baştan itibaren (ex tunc) geçersiz olacaktır. Yine §142/1 BGB hükmü uyarınca sözleşme iptal edildiği takdirde de geçersizlik baştan itibaren uygulanacaktır. İş hukuku açısından ise bu genel kural ancak iş sözleşmesinin henüz hiç ifa

²¹⁵⁶ AKDENİZ, s.116.

²¹⁵⁷ Yarg. 22. H.D., 16.05.2012, E. 2011/18524, K.2012/9992, <https://kazanci.com.tr/>

²¹⁵⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.207.

²¹⁵⁹ JUNKER, Arbeitsrecht, s.107. Ayrıca bkz. BAG 05.12.1957 – 1 AZR 594/56, NJW Heft 12/1958, s.516.

edilmediği yani işçinin henüz iş görme edimini yerine getirmede olduğu durumlarda geçerlidir²¹⁶⁰. Bu bağlamda hizmetin ifası gerçekleşmişse, geçersizlik kavramı diğer sözleşmelerden farklı olarak iş sözleşmeleri bakımından özellik arz edecektir. Zira bu durumda sebepsiz zenginleşmeye göre iade zorluk yaratmaktadır. Değerin telâfisinin ancak onun kişinin hâla malvarlığında mevcut olduğu sürece mümkün olabileceğine ilişkin sebepsiz zenginleşme ilkesi, iş hukuku kapsamındaki sosyal koruma ile çelişecektir²¹⁶¹. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadede hem işveren hem de işçi geçerli bir istihdam ilişkisinin unsuru olan geçmişte yaptıkları tüm asli ve tâli edim yükümlülüklerinden sorumlu olacaktır. Özellikle işçi, işten çıkarmaya ilişkin koruma hariç- yaptığı iş için kendisine ödeme yapılmasını ve kendi lehine koruyucu düzenlemelere uyulmasını talep edebilecektir²¹⁶². Başka bir ifade ile, zenginleşme hükümlerinin uygulanması durumunda işçinin aldığı ücreti, işverenin ise aldığı hizmeti iade etmesi gerekecektir. Bu durum ise işçinin zararına olacaktır, zira hizmetin hesaplanması ve aynen iadesi mümkün değildir²¹⁶³. Bu nedenle ifa edilmiş bir iş ilişkisinde geçersizlik sebebi varsa bu, sözleşmenin ileriye etkili olarak (ex nunc) geçersiz olmasına sebep olmalıdır²¹⁶⁴. Geçerlilik sebebinin ileri sürüldüğü ana kadar iş ilişkisi geçerli olarak kabul edilecektir.

İfade edelim ki, Alman Hukuku'nda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadenin iş hukuku açısından yarattığı sorunlar sebebi ile sakat istihdam ilişkisi kavramı (*fehlerhaftes Arbeitsverhältnis*)²¹⁶⁵ geliştirilmiş ve bu noktada fiili iş ilişkisi kavramından (*faktisches Arbeitsverhältnis*) sıkça söz edilmiştir²¹⁶⁶. Buna göre sakat olarak kurulan bir iş sözleşmesi

²¹⁶⁰ KAMANABROU, Rn.794; PREIS/TEMMING, Rn.965; JUNKER, Arbeitsrecht, s.105; REICHOLD, §7, Rn.51; DÜTZ/THÜSING, §3, Rn.121; WALTERMANN, §9, Rn.173.

²¹⁶¹ KAMANABROU, Rn.795; HROMADKA/MANSCHMANN, §5, Rn.143.

²¹⁶² PREIS/TEMMING, Rn.964.

²¹⁶³ HROMADKA/MANSCHMANN, §5, Rn.149; KAMANABROU, Rn.795; PREIS/TEMMING, Rn.965; KRAUSE, s.150; JUNKER, Arbeitsrecht, s.105; Kasseler Handbuch/LEINEMANN, Rn.129.

²¹⁶⁴ BAG 16.09.1982 – 2 AZR 228/80, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 41. Band, 1984, s.55; STAUDINGER/RICHARDI/FISCHINGER, §611a BGB, Rn.696; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.203 vd.; KAMANABROU, Rn.794; HROMADKA/MANSCHMANN, §5, Rn.143; JUNKER, Arbeitsrecht, s.107; DÜTZ/THÜSING, §3, Rn.122; WALTERMANN, §9, Rn.175; FISCHINGER, §4, Rn.186.

²¹⁶⁵ Hâlihazırda ifa edilmiş ancak geçersiz olan, kural olarak geçmiş dönem için geçerli sayılan fakat gelecek bakımından herhangi bir korumadan yararlanmayan ve taraflardan biri tarafından tek taraflı irade ile sonlandırılabilen iş ilişkisi sakat istihdam ilişkisi (*fehlerhaftes Arbeitsverhältnis*) olarak adlandırılır. REICHOLD, §7, Rn.51; FIKENTSCHER/HEINEMANN, Rn.1144. Söz konusu teori, iş sözleşmesi ile iş ilişkisi kavramları arasındaki farkı anlamak bakımından başlıca örnek olarak kullanılabilir. İş sözleşmesi, taraflar arasındaki ilişkinin temel dayanağını teşkil ederken, iş ilişkisi ise bu hukuki dayanaktan gelişen hukuki ilişkinin tamamını ifade eder. Geçerli bir iş sözleşmesi olmadan iş ilişkisi yürütülüyorsa, söz konusu ilişkinin nasıl değiştirilebileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. REICHOLD, §7, Rn.52. Ayrıca bkz. FISCHINGER, §4, Rn.188 vd., s.56 vd.; SCHAUB/KOCH, Arbeitsrecht von A-Z, s. 376.

²¹⁶⁶ İfade edelim ki "*fehlerhaftes Arbeitsverhältnis*" kavramı çoğu eserde "*faktisches Arbeitsverhältnis*" kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakla birlikte Alman öğretisinde Szech bu iki kavramın birbirinden farkına dikkat çekmektedir. Buna göre, "*fehlerhaftes Arbeitsverhältnis*" teorisinde "*faktisches Arbeitsverhältnis*" teorisinden farklı olarak tarafların aralarında geçersiz de olsa bir anlaşma olması gerekmektedir. SZECH, s.303.

(*fehlerhafte begründete Arbeitsverhältnis*) bile bir kez çalışmaya başladıktan sonra noksansız/hatasız bir iş ilişkisi (*fehlerfrei begründetes Arbeitsverhältnis*) varmış gibi muamele görmekte, fakat herhangi bir zamanda sonlandırılabilir²¹⁶⁷. Bu bağlamda, geçersiz bir istihdam ilişkisi belirli koşullar altında geçerli bir istihdam ilişkisi gibi ele alınmaktadır. Söz konusu teorisin uygulanabilirliği her şeyden önce taraflar arasında sakat da olsa bir anlaşma olmasını gerektirir²¹⁶⁸. Buna göre bir işçinin şirkete gizlice girmesi ve işverenin bilgisi olmadan orada çalışması yeterli değildir. İşin işçi tarafından ifa edilmiş olması da bir diğer şarttır. Bu nedenle işçinin fiilen çalışmış olması da bir gerekliliktir. Son olarak hukuki ilişkideki söz konusu sakatlık, iş ilişkisinin geçici olarak sürdürülmesinin bile kabul edilemeyeceği kadar ağır/önemli olmamalıdır²¹⁶⁹.

Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade, iş hukukunda âdil olmayan sonuçlar yaratacağı için, sakat bir şekilde kurulan iş sözleşmelerinde geçersizlik yaptırımı sınırlandırılmıştır. Bu kuralın, sakat/fili iş sözleşmesi teorisinin özü, esası olduğu ifade edilmiştir.²¹⁷⁰ Buna göre geçersizlik yaptırımı ileriye etkili olarak uygulanacak ve geçmiş dönem bakımından istihdam ilişkisi kural olarak tamamen geçerli kabul edilecektir²¹⁷¹. Bu bağlamda işçinin sözleşmeye dayalı olarak kararlaştırılan ücreti talep hakkı bulunduğu gibi, çalışmamasına rağmen işçiye ücret ödenmesine ilişkin yasal düzenlemeler doğrultusunda hak ettiği ücreti de talep hakkı bulunmaktadır²¹⁷². Bunların yanı sıra işçinin geçmiş döneme ilişkin yıllık ücretli izin hakkı, fazla çalışma ücret alacağı gibi hakları ile işverenin sosyal güvenlik kurumuna karşı sorumluluğu, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yasal düzenlemelere uyma yükümlülüğü söz konusu dönem için bâkidir²¹⁷³.

²¹⁶⁷ Ayrıca bkz. **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.114.

²¹⁶⁸ Söz konusu teorisin ön şartı, elbette, geçersizlik sebebi olmasaydı geçerli olacak olan bir iş sözleşmesine dayanmasıdır. Sadece dostane bir niyetle kurulan bir ilişki sebebi ile işin ifası, fiili bir istihdam ilişkisi oluşturmaz. **KAMANABROU**, Rn.796. BAG 19.07.1973 – 5 AZR 46/73, NJW Heft 9/1974, s.381; **FISCHINGER**, §4, Rn.188 vd.

²¹⁶⁹ **KRAUSE**, s.150. Yazar ayrıca hekimlik ruhsatı olmadan doktor sıfatıyla çalışan bir kişi bakımından, bu durumun sonradan öğrenilmesi ve hile sebebi ile sözleşmenin iptalinin istenmesi durumunda, sakat istihdam ilişkisi ilkelerinin uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir. Zira aksinin kabulü, yasaklayıcı hükmün insan yaşamı ve sağlığının korunması amacına aykırı olacaktır. **KRAUSE**, s.150; **SCHAUB/KOCH**, Arbeitsrecht von A-Z, s. 376 vd.; **PWW/AHRENS**, §134, Rn.37.

²¹⁷⁰ BAG 15.11.1957, 1 AZR 189/57, NJW Heft10/1958, s.397; BAG 03.11.2004 – 5 AZR 592/03 (Vorinstanz: LAG München, Urt. v. 16.10.2003 – 2 Sa 283/03), NZA Heft 24/2005, s.1409. Ayrıca bkz. ErfK/**PREIS**, §611 BGB, Rn.147; MHD ArbR/**BENECKE**, §38, Rn.49; **HROMADKA/MANSCHMANN**, §5, Rn.143; **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.105.

²¹⁷¹ **KRAUSE**, s.151.

²¹⁷² **KRAUSE**, s.151; **SCHAUB/KOCH**, Arbeitsrecht von A-Z, s.376.

²¹⁷³ <https://www.juraforum.de/lexikon/faktisches-arbeitsverhaeltnis>

3. İş Sözleşmesinin İleriye Etkili Geçersizliği Kuralının İstisnaları

Hukuk düzeni tarafından korunamayacak nitelikte bir iş ilişkisi söz konusu ise, yani hukukun temel ilkelerinin ihlâlinin söz konusu olduğu durumda hukuken geçerli bir iş ilişkisi bulunmayacak ve geçerli bir iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçları doğmayacaktır²¹⁷⁴. Örneğin adam öldürmek yahut kaçakçılık hukuken geçerli bir iş sayılmayacaktır²¹⁷⁵. Bu gibi durumlarda geçersizlik sebebinin özelliği sürekli borç ilişkisinin geçmiş olan bu süre bakımından korunma menfaatini haklı kılmamaktadır²¹⁷⁶. Sözleşme ilişkisinin hukukun temel ilkeleri ile çelişmesi durumunda ileriye etkili geçersizlikten bahsedilemez²¹⁷⁷. İş sözleşmesinde amaçlanan faaliyetin ahlâka aykırı olması durumunda yahut kanunların başka bir şekilde ciddi olarak ihlâl edilmesi hâlinde hukukun temel ilkeleri ile çelişmenin mevcut olduğu kabul edilir²¹⁷⁸. Öğretide ayrıca bazı yazarlar tarafından -kanaatimizce isabetsiz olarak- çalışma izni bulunmayan yabancıların çalıştırılması hâlinde de yapılan iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçeriz sayılması gerektiği savunulmuştur²¹⁷⁹.

İş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersizliğine ilişkin olarak Yargıtay’a konu olayda davacının davalıya ait işyerinde tefecilik işi, çek senet tahsilatı ile uğraştığının ceza mahkemesi kararı ile sabit olduğu, bu hususun tanıklarca da onaylandığı vurgulanmış ve ahlâka ve hukuka aykırı iş sözleşmesine dayanarak geçen çalışmaların tespitinin istenemeyeceği ifade edilmiştir²¹⁸⁰. Yargıtay söz konusu kararında kesin geçersiz bir sözleşmeye dayanarak çalışılmasının sözleşmeyi geçerli hâle getirmeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay kesin geçersiz sayılan iş sözleşmesine dayanarak çalışmış olan kişinin işçi sayılamayacağını, işçiliğe bağlı haklardan da yararlanmasının söz konusu olamayacağını ifade etmiş ve kişinin olsa olsa sebepsiz zenginleşme yahut haksız fiil temelli hak talebinde bulunabileceğini belirtmiştir.

²¹⁷⁴ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s.93; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.245; AKYİĞİT Ercan, Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2010, s.90, HOPT/ROTH, HBG §59, Rn.120.

²¹⁷⁵ SÜZEK, *Geçersizlik*, s.140; ÖZKARACA/ÜNAL, s.384; AKYİĞİT, *İş Hukuku*, s.100; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.115; SÜMER, *İş Hukuku*, s.61; TÜRE, *İş Sözleşmesinin Kurulması*, s.92; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 320, Rn.26.

²¹⁷⁶ FLUME, s.555; SELİÇİ, s.57; ÖZKARACA/ÜNAL, s.384; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.222; SEÇER, s.1443; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.111 vd.; REİSOĞLU, *Hizmet Akdi*, s.139; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.568; BAKIRCI, s.423 vd. Ayrıca bkz. CENTEL, *Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği*, s.199; TAŞMAN s.292; AKYİĞİT, *Şerh*, C.1, s.454; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.26.

²¹⁷⁷ KAMANABROU, Rn.797.

²¹⁷⁸ BAG 01.04.1976 – 4 AZR 96/75 Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, 28. Band, 1982, s.83. – AP Nr. 34 zu §138 BGB. KAMANABROU, Rn.797.

²¹⁷⁹ SÜMER, *İş Hukuku*, s.61.

²¹⁸⁰ Yarg. 21. H.D., 19.09.2016, E.2015/14184, K.2016/11193, <https://www.lexpera.com.tr/>

Karara ilişkin olarak kanaatimizi ifade etmek gerekirse, gerçekten de TBK m.27 hükmü uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine... aykırı sözleşmelerin kesin olarak geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Çek senet tahsilatına, tefeciliğe yönelik taraflar arasındaki söz konusu sözleşme TBK m.27 hükmüne aykırılık sebebiyle kesin olarak geçersizdir. Fakat taraflar arasındaki sözleşmesinin kesin olarak geçersiz olması her durumda kişinin çalışmış olduğu süreye ilişkin ücret talebi başta olmak üzere işçilik alacaklarına ilişkin talepte bulunamayacağı anlamına gelmez. Zira örneğin yaş küçüklüğü sebebiyle çalışması mümkün olmayan bir küçük ile iş sözleşmesi imzalandığında her ne kadar sözleşme kesin olarak geçersiz olsa da bu durum kişinin çalıştığı süreye ilişkin işçilik alacaklarını talep etmesini engellemez. Geçersizlik yaptırımı kural olarak hukuki işlemi geçmişe dönük olarak etkilerken 30.09.1958 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun 18.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik geçmişe değil, ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Söz konusu ilke kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı zamanda da uygulanmaktaydı. Bu ilke 6098 sayılı TBK m.394/3 ile kanuni bir kural hâlini almıştır. Geçersizliğin ileriye etkili olup olmayacağı hususunda önem arz eden nokta, taraflar arasındaki sözleşmenin kamu düzenini yahut ahlâkı ağır ölçüde zedeleyen bir nitelik taşıyıp taşıyamamasıdır. Zira bu durumda taraflar bakımından korunmaya değer bir menfaat bulunmayacaktır. Bu nedenle Yargıtay’ın *“kesin geçersiz sayılan iş sözleşmesine dayanarak çalışmış olan kişinin işçi sayılamayacağını, işçiliğe bağlı haklardan da yararlanmasının söz konusu olamayacağı”* yönündeki genel ifadesi her durumda geçerli olmasa da söz konusu olay bakımından da kanımızca sözleşme baştan itibaren geçersiz olup ahlâkı ve kamu düzenini ağır bir şekilde ihlâl ettiği için sözleşmenin geçersizliğinin ileriye etkisinden bahsedilmesi, işçinin çalışmış olduğu süreye ilişkin olarak işçilik alacaklarını talep etmesi mümkün olmayacaktır. Kararda, geçersizlik sebebiyle davacının ücret talebinde bulunamayacağının ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talepte bulunabileceğinin ifade edilmesi sözleşmenin Yargıtayca da baştan itibaren geçersiz sayıldığının göstergesidir.

Konuya ilişki olarak Alman Federal İş Mahkemesi’ne yansıyan bir olayda²¹⁸¹ karı-koca olan davacılar gece klüplerinde “R.” ve “T.” sahne adları ile sahne almaktadırlar. Davalı ise gece klübü işletmektedir. Taraflar davalının gece klübünde “Evrensel Şov” adı verilen bir gösteri sergilemesi için anlaşmışlardır. Sözleşme ile kararlaştırılan “Evrensel Şov” kapsamında

²¹⁸¹ BAG 01.04.1976 - 4 AZR 96/75, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Walter de Gruyter, 28. Band, 1982, s.83 vd.

davacılar sahnede cinsel ilişkiye girmektedirler. Davacıların iş sözleşmelerinin ihbarsız feshinden sonra açtığı davada davalı, sözleşmenin geçersiz olduğunu ve tarafların hiçbir hak iddiasında bulunamayacaklarını ileri sürmüştür. Federal Mahkeme isabetle taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesine göre yerine getirilmesi gereken edim sahnede cinsel ilişkiye girilmesi olduğundan iş sözleşmesinin ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını, böyle bir durumda işçinin çalıştırılmasının sözleşmenin içeriği ve amacı itibarıyla ahlâka aykırı olduğundan fiili iş ilişkisinden doğan taleplerin de dikkate alınmayacağını ifade etmiştir. Kanaatimizce de ahlâkın böylesine ağır ihlâli durumunda sözleşmenin geçersizliği her iki tarafça da ileri sürülebilmeli ve hâkim tarafından da geçersizlik re'sen dikkate alınmalıdır.

E. Kesin Geçersiz İş Sözleşmesinin Hukuki Sonuçları

1. Genel Olarak

İşçinin işyerine katılması ile birlikte hukuken geçerli bir "fiili iş ilişkisi" doğar²¹⁸². Yani kişinin işverenin işyerine veya yaşam alanına katılmasıyla beraber iş ilişkisi ortaya çıkar²¹⁸³. İş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkili olmasının sonucu olarak o zamana kadar yapılan çalışmalar İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından geçerli bir iş sözleşmesine dayanılarak yapılmış sayılacaktır²¹⁸⁴. Bu bağlamda işçi örneğin çalışması karşılığında ücrete hak kazanabileceği gibi, işverenden de koruma ve gözetme borcunun yerine getirilmesini isteyebilecek, bir kazaya uğraması hâlinde bu durum somut olaya göre iş kazası olarak nitelendirilip zararın tazminini de talep edebilecektir. İşçi haksız fiil değil, sözleşmeye dayanarak istemde bulunabilecektir²¹⁸⁵.

²¹⁸² DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s.93; ARSLAN ERTÜRK, *Genel Hizmet Sözleşmesinin Esasları*, s.537; PORTMAN /WILDHABER, s.36; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Praxis Kommentar*, Art. 320, s.146. Fiili sözleşme ilişkisi kavramına ilişkin olarak ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku*, s.208; ULUSAN, *Culpa in Contrahendo*, s.23; SELİÇİ, s.43 vd.; SZECH, s.34; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.23.

²¹⁸³ CENTEL, *Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği*, s.199; TAŞMAN, s.291; PORTMAN /WILDHABER, s.28.

²¹⁸⁴ ŞAKAR, s.57; TAŞMAN, s.291. NIKISCH, I, §23 II 6, s.219 vd. Yazar iş ilişkisinin kapsamının geçersiz sözleşme hükümlerine göre belirlenemeyeceğini, sözleşme geçersiz de olsa kanun, toplu iş sözleşmesi ve diğer hükümlerle bu ilişkiye bağlanan sonuçların uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. HROMADKA/MASCHMANN, §5, Rn.143.

²¹⁸⁵ TUNÇOMAĞ, *İş Hukuku*, s.169; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.93; REİSOĞLU, *Hizmet Akdi*, s.138; NIKISCH, I, §23 II 6, s.219 vd. İşyerinin devri durumunda da devir sebebi ile kendisine geçen iş sözleşmelerinden devralan sorumlu olacağı için devralan kişi bu sözleşmelerin geçersizliğini ileri sürebilme hakkına sahip olacaktır. Zira işyerinin devri durumunda devir anında işyerinde yahut bir bölümünde mevcut iş sözleşmeleri devralana geçecek (İş K. m.6), bu sözleşmeler geçersiz olsa da söz konusu geçersizlik ileriye etkili hüküm ve sonuç doğuracak ve temel kural bu durumda da değişmeyecektir. Konuya ilişkin olarak bkz. ÖZKARACA, *İşyeri Devri*, s.174.

İsviçre Hukuku'nda da Art.320 Abs.3 OR hükmünün temel getiriliş amacının işçiyi korumak olduğu ve bu nedenle de sebepsiz zenginleşme yahut haksız fiil kuralları uygulanmadan işçinin ücretine ilişkin olarak sözleşmeye dayalı olarak istemde bulunabileceği ifade edilmektedir²¹⁸⁶.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında²¹⁸⁷ bazı mesleklerde yabancıların çalışmasının kanunen yasak olduğu durumlarda yasağa rağmen işçi çalışmış ise kesin geçersiz sayılan iş sözleşmesine dayanarak çalışan yabancıların "işçi" sayılamayacağını ve işçilik alacaklarından yararlanamayacağını ifade etmiştir. Yargıtay'a göre bu durumda işçi ancak sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kurallarına dayanarak talepte bulunabilecektir. Yargıtay'ın söz konusu kararına katılmamaktayız. Zira daha evvel yabancılara ilişkin çalışma yasaklarında ifade ettiğimiz üzere²¹⁸⁸ kanaatimizce kendisine yasaklı bir işte yabancı işçinin çalışması durumunda sözleşme kesin geçersiz olmakla beraber bu geçersizlik ileriye etkili olarak kabul edilmelidir. Bunun doğal sonucu da işçi çalıştığı döneme ait tüm işçilik alacaklarını talep edebilmelidir.

Yargıtay aynı kararında yabancıların çalışmasına engel bulunmayan işlerde izinsiz çalışan veya çalışma izni bittikten sonra çalışmaya devam eden işçilerle kurulan iş sözleşmelerinin, çalışma izni zorunluluğu getiren hükümlerin kamu düzenine ilişkin olmamaları nedeniyle kesin geçersiz olmayacaklarını belirtmiştir. Yargıtay'a göre bu durumdaki yabancılar işçi sayılacak ve sigortalılık haklarından da yararlanabileceklerdir.

İş sözleşmesi geçersiz de olsa işçi sosyal sigorta sistemine dâhil olacak ve işveren söz konusu işçinin primlerini ödemekle yükümlü olacaktır. Nitekim Yargıtay da verdiği kararda geçersizlik ileri sürülünceye kadar, geçersiz iş sözleşmesi ile çalışanları işçi olarak nitelendirmiş ve bu kişilerin işçilik ve sosyal sigortalılık haklarından yararlanabilecekleri yönünde hüküm kurmuştur²¹⁸⁹.

İsviçre Hukuku'nda da söz konusu yasal sonuca ulaşılacak için gerekli olan koşulların akdedilen iş sözleşmesinin geçersiz olması, işçinin kötü niyetli olmaması ve geçersiz iş

²¹⁸⁶ PORTMANN/WILDHABER, s.36; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.23. Ayrıca bkz. ZK-STAEHELIN, Art. 320 OR, Rn.27.

²¹⁸⁷ Yarg. 10. H.D., 16.01.2014, E.2013/14038, K.2014/327, <https://www.lexpera.com.tr/>

²¹⁸⁸ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B, 3, d, ff.

²¹⁸⁹ Yaşı ve kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak olan kişinin yasağa rağmen çalışması durumunda işçi sayılacağı ve sosyal güvenlik hukukunun işçiye sağladığı haklardan yararlanacağı yönünde bkz. YİBHKG, 18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, <https://www.lexpera.com.tr/> Ayrıca bkz. REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.139.

sözleşmesine dayanarak işini ifa etmiş olması gerektiği ifade edilmiştir²¹⁹⁰. İş sözleşmesi geçersizlikle sona eren işçiye ihbar tazminatı ise ödenmeyecektir²¹⁹¹. İşçi sözleşme geçersizlik sebebi ile ortadan kalktığında işe iade davası açma hakkına da sahip olmayacaktır²¹⁹².

Cezai şart ise asıl hakka bağlı fer'i hak niteliği taşıdığından asıl sözleşme geçersizlik yaptırımına tâbi olduğu takdirde cezai şart da geçersiz olacaktır²¹⁹³. Zira cezai şart yan hak niteliği taşıdığından asıl sözleşmenin var olması ile var olacak kadere asıl sözleşmeye bağlı olacaktır²¹⁹⁴.

Görevli mahkeme, işçilik alacakları ve bazı özel haklar bakımından aşağıda konu üzerinde özel olarak durulacağını belirtip son olarak ifade edelim ki, işyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunması durumunda, işçi ile yapılan sözleşme geçersiz olsa dâhi, bu geçersizlik ileriye etkili olarak uygulanacağı için, işçinin sendikaya üyelik, dayanışma aidatı ödeme yahut teşmil ile toplu iş sözleşmesinden sağlanan haklardan da yararlanması mümkün olacaktır²¹⁹⁵.

2. Görevli Mahkeme

Bir uyuşmazlığın hangi yargı kolu içinde çözümlenmesi gerektiğinin tespitinden sonra çözülmesi gereken diğer konu uyuşmazlığın o yargı kolundaki hangi mahkeme tarafından çözümlenmesi gerektiğidir²¹⁹⁶. Genel mahkeme ile özel mahkemeler arasındaki ya da iki özel mahkeme arasındaki ilişki görev ayrımını ilgilendirmektedir²¹⁹⁷.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun iş mahkemelerinin görevini düzenleyen m.5 hükmüne göre; *"5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle*

²¹⁹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis Kommentar, Art. 320, s.146.

²¹⁹¹ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, s.156; ÖZKARACA/ÜNAL, s.398.

²¹⁹² ÖZKARACA/ÜNAL, s.399.

²¹⁹³ YAYVAK NAMLI, Cezai Şart, s.51. Benzer şekilde kanunda öngörülen sürelerle uymak şartıyla iradesi sakatlanan taraf, asıl sözleşme ile bağlı olmadığını bildirdiği takdirde cezai şartın da geçerli olmayacağı yönünde bkz., aynı eser, s.52.

²¹⁹⁴ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. ÇİL, Şerh, C.I, s.527; YAYVAK NAMLI, Cezai Şart, s.51.

²¹⁹⁵ TAŞMAN, s.291.

²¹⁹⁶ PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, s.233; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.131 vd.; KURU/AYDIN, s.119.

²¹⁹⁷ PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, s.233; ATALI/ERMENEK/ ERDOĞAN, s.133; KURU/AYDIN, s.119.

sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyumsuzluklarına...” iş mahkemeleri bakacaktır.

İş sözleşmesinin geçersizliği hâlinde bu uyuşmazlığın hangi görevli mahkeme tarafından çözümleneceğinin tespiti önem arz etmektedir. Öğretide de ifade edildiği üzere, iş mahkemelerinin görevi açısından taraflar arasında fiili bir iş ilişkisi bulunması yeterlidir ve taraflar arasındaki iş sözleşmesi geçersiz olsa dâhi fiili ilişki sebebi ile iş mahkemeleri görevli olacaktır²¹⁹⁸. Zira geçersiz bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişi de işçi sayılır²¹⁹⁹ ve ortada geçerli bir iş sözleşmesi bulunmasa da iş ilişkisi vardır²²⁰⁰. TBK m.394/3 hükmü uyarınca da iş sözleşmeleri bakımından geçersizlik kural olarak ileriye etkili hüküm ve sonuç doğuracağı için hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar taraflar arasında sanki geçerli bir iş sözleşmesi varmışçasına hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve bu nedenle de geçersiz iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme iş mahkemeleri olacaktır²²⁰¹.

Yargıtay’a yansımış bir kararda²²⁰² davalıya ait işyerinde çalışma izni olmadan çalışan yabancı uyruklu bir kişi işyerinde geçirdiği kaza sonucu vefat etmiştir. Mirasçılar tarafından açılan tazminat davasında Mersin 2. İş Mahkemesi, davacıların desteğinden yoksun kaldıklarını belirttikleri kişinin yabancı uyruklu olması, Türkiye’de çalışma izninin bulunmaması ve taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği gereği uyuşmazlığın genel mahkemelerde çözümlenmesi gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı vermiştir. Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi ise söz konusu dosya hakkında iş mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Yargıtay yargı yerinin belirlenmesi konusunda gönderilen dosya ile ilgili olarak isabetle iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre, *“Bu Kanun, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır”*. Uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülebilmesi için taraflar arasında işçi ve işveren ilişkisinin bulunması ve davanın bu ilişkiden kaynaklanması gerekmektedir. SGK raporlarına göre iş kazası olarak

²¹⁹⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.43; ÖZKARACA Ercüment/ÖZKAN KOÇ Sema Deniz, *“Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.45, 2021, s.86; ŞAHLANAN Fevzi, *“İş Yargılaması”*, İÜHFD, C.42, S.1-4, 1976, s.386; MUTLAY Faruk Barış/İŞİK Melih, *“7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev”*, AÜHFD, 68 (3), 2019, s.386; GÜLVER Ender, *“İş Yargılamasında Görev”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S.2, 2014, s.395; KÖME AKPULAT Ayşe, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.125 vd.; NIKISCH, I, §23 II 6, s.219 vd.

²¹⁹⁹ ŞAHLANAN Fevzi, *“İş Yargılaması”*, s.386; GÜLVER, s.395.

²²⁰⁰ KÖME, s.126.

²²⁰¹ ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s.87; ŞAHLANAN, *İş Yargılaması*, s.386; MUTLAY/İŞİK, s.614 vd.

²²⁰² Yarg. 20. H.D., 22.10.2015, E. 2015/10817, K. 2015/9903. <https://kazanci.com.tr/>

nitelendirilen olay bakımından iş mahkemeleri görevli olacaktır. Çalışma izni bulunmamasına rağmen çalışan kişiler de işçi niteliğinde olacağından, söz konusu uyuşmazlık bakımından iş mahkemelerinin görevli olması yönündeki karar isabetlidir.

Yargıtay verdiği kararında²²⁰³ iş mahkemelerinin diğer kanunlardaki ayrık düzenlemeler hariç olmak üzere görevli olması için taraflar arasında iş ilişkisinin bulunmasının gerekli olduğunu belirterek, iş ilişkisinin ise işçi ve işveren sıfatı ile iş görme ediminin fiilen başlaması ile kurulacağını ifade etmiştir. Buna karşılık kamu düzenini ve ahlâkı kabul edilemez ve ağır bir biçimde ihlâl eden iş sözleşmeleri bakımından geçersizlik baştan itibaren kabul edileceğinden bu durumda iş mahkemeleri görevli olmayacaktır. Bu bağlamda örneğin konusu fuhuş olan bir sözleşme bakımından taraflar arasındaki iş sözleşmesi baştan itibaren geçersiz olacak ve tarafların işçi ve işveren sıfatlarını haiz olduğu söylenemeyecektir²²⁰⁴. Yine belirtelim ki, eğer taraflar arasında bir iş sözleşmesi yoksa, eylemli çalışma da söz konusu değilse genel mahkemeler görevli olacaktır²²⁰⁵. Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği kararında taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesi olsa dâhi eylemli bir çalışma yok ise fiilen iş ilişkisinin kurulmamış sayılacağını, davacının sözleşme kurulacağı vaadiyle umudunun boşa çıkarılmasının ancak genel mahkemelerde görülecek bir zarar türü olacağını belirtmiştir²²⁰⁶.

3. Ücret ve Ücret Ekleri

Geçersiz bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçi, geçersizliğin ileriye etkili olmasının sonucu olarak o zamana kadar yapılan çalışmalar geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi değerlendirileceğinden, çalışması karşılığında ücrete hak kazanacaktır.

Geçersiz bir iş sözleşmesi de olsa işçi eğer fazla çalışma yapmış ise fazla çalışma ücretine de hak kazanacaktır. İş sözleşmesinin geçersizliği kural olarak ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurduğu için işçinin çalıştığı dönemde fazla çalışma yapmış olması durumunda sanki taraflar arasında geçerli bir iş ilişkisi varmış gibi bir değerlendirme yapılarak işçinin hak ettiği fazla çalışma ücreti kendisine ödenecektir. Bunun gibi, iş sözleşmesinden doğan prim alacakları ya da diğer yan haklar açısından da aynı sonuca ulaşılması gerekecektir.

²²⁰³ Yarg. 9. H.D., 29.09.2015, E. 2014/14837, K.2015/26603, <https://www.lexpera.com.tr/>

²²⁰⁴ MUTLAY/IŞIK, s.615.

²²⁰⁵ KÖME, s.124.

²²⁰⁶ Yarg. 9. H.D., 27.02.2008, E. 2008/1358, K. 2008/2598, <https://www.lexpera.com.tr/>

4. Kıdeme Bağlı Haklar

İş sözleşmesinin geçersizliğinin kural olarak ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması kıdeme bağlı haklarda da etkisini göstermektedir. Bu bağlamda geçersiz bir iş sözleşmesine dayanarak bir çalışma gerçekleşmiş olsa da geçersizliğin ileriye etkisi sebebiyle yıllık ücretli iznin hesaplanmasında işçinin çalışmış olduğu süreler dikkate alınacak, kıdem ve ihbar süreleri işlemeye devam edecektir. İş Kanunu'nun "Sözleşmenin Sona Ermesinde Yıllık İzin" kenar başlıklı m.59/1,c.1 hükmüne göre: *"İş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir."* Öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, madde metninde ifade edilen sözleşmenin *"herhangi bir nedenle sona ermesi"* ifadesi sözleşmenin geçersiz olması sebebi ile sona ermesi durumunu da kapsamaktadır²²⁰⁷. Bu bağlamda iş sözleşmesi geçersizlik sebebi ile sona eren işçi, hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izinlerine ait ücreti, sözleşmenin ortadan kalktığı tarihteki ücreti üzerinden kendisine ödenmesini talep etme hak ve yetkisine sahiptir. İş K. m.54/1, c.1 hükmü uyarınca; *"Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır"*. Öğretide hizmet sürelerinin birleştirilmesi açısından da önceki iş sözleşmesinin sona erme şekli ve nedeninin herhangi bir önem taşımadığı ifade edilmektedir²²⁰⁸. Bu bağlamda iş sözleşmesi geçersizlik sebebiyle sona ermiş olan işçi daha sonra tekrar aynı işverene ait işyerinde çalışırsa yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında çalışmış olduğu eski süre de dikkate alınmalıdır. Fakat iş sözleşmesinin kamu düzenine, ahlâka ağır aykırılık sebebiyle baştan itibaren geçersiz olduğu durumda ise eski çalışılan sürenin dikkate alınması mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde İş K. m.18 hükmü uyarınca, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması için gerekli olan altı aylık kıdemin hesabında da aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilecektir. Bu durumda da geçersizlik kural olarak ileriye etkili olacağı için aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde çalışma olgusu gerçekleşmiş ise işçinin geçersiz de olsa çalışmış olduğu süreler altı aylık kıdemin hesabında dikkate alınmalıdır. Ancak iş sözleşmesi geçersizlik sebebi ile sona

²²⁰⁷ SEVİMLİ, Kısmi Süreli, s.155.

²²⁰⁸ CANIKLIOĞLU, *Yıllık İzin*, s.1153; ÖZKARACA Arcüment, *"Yıllık Ücretli İzne Esas Hizmet Süresinin Tasfiye Edilememesi"*, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, Karar İncelemeleri 2022, (Aralık 2021-Aralık 2022), Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sedikası, İstanbul, 2023, s.147; ÖZKARACA Arcüment, *"Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı"*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.39, 2018, s.94.

eren işçi işe iade davası açamayacağı için bu sürenin kıdemde dikkate alınması da mümkün olmayacaktır.

5. Kıdem Tazminatı

Kesin geçersizliğin işçilik alacaklarına etkisi bakımından ayrıca ele alınması gereken konu kanımızca kıdem tazminatıdır. Belirtelim ki, iş sözleşmesinin geçersizliği durumunda işçinin kıdem tazminatı hakkının bulunup bulunmadığı konusu "kıdeme bağlı haklar" başlığı altında ele alınabilecekse de çalışmamızda bu konuyu, önemi sebebiyle, ayrı başlık altında özel olarak incelenmeyi uygun görmekteyiz.

İfade edelim ki, iş sözleşmesinin kısmi geçersizliği durumunda sözleşmenin tamamı geçersiz olmayacağı için zaten sözleşmenin sona ermesinden bahsedilemeyecek ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı sorunu gündeme gelmeyecektir. Buna karşılık iş sözleşmesi kesin olarak geçersiz olduğunda konunun nasıl değerlendirilmesi gerekeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Öğretide iş sözleşmesinin kesin geçersizliği söz konusu ise bu durum 1475 sayılı İş K. m.14 hükmünde sayılan sebeplerden olmadığı için işçinin kıdem tazminatı hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir²²⁰⁹. Öğretide *Türe*²²¹⁰ ise geçersizliğin yarattığı fiili durum bakımından TBK m.112 ve 136 hükümlerinde düzenlenen sonraki ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlerin kıyasen geçersizliğin ileriye etkili olması yaptırımında da uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, taraflardan birinin geçersizliğe neden olması hâlinde gereği gibi ifa etmeme durumunun söz konusu olduğunu belirterek culpa in contrahendo olgusu olarak sözleşmenin geçersizliğine neden olmayı kusurlu sonraki imkânsızlık rejimine tâbi tutmaktadır. Buna göre iş sözleşmesinin ileriye etkili geçersizliğine kusuruyla sebep olan taraftan olumlu zararın tazmini istenebilecektir. Yazar esas yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan olumlu zarar kapsamına sözleşme olağan hukuki rejime uygun bir şekilde sona erseydi hak kazanacağı

²²⁰⁹ ÇİL, Şerh, C.I, s.527; ÖZKARACA/ÜNAL, s.399; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.299. Öğretide *Sevimli* de geçersizliğin işçi açısından olumsuz sonuçları da barındırdığı, haftada kırkbeş saat tam süreli çalışan bir işçinin yan işte çalışması durumunda yan iş olarak kurulan iş sözleşmesinin geçersizlik temelinde ortadan kaldırılmasının, 1475 sayılı İş Kanunu m.14 hükmü uyarınca kıdem tazminatı kazandıran bir sebep olmadığını ifade etmiştir. SEVİMLİ, Kısmi Süreli, s. 155. Öğretide *Akyiğit*, sözleşmenin tümüyle geçersiz olması 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde sayılan sebeplerden olmadığından bu durumda işçinin kıdem tazminatı talep hakkı bulunmadığı görüşündedir. AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.279. Ayrıca bkz. AKYİĞİT, Şerh, C.2, s.2542.

²²¹⁰ TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.98 vd. ve s.380 vd.

feshe bağı alacakların da dâhil olduğunu belirterek bu şekilde işçinin kıdem tazminatını olumlu zarar kapsamında talep edebileceğini belirtmektedir.

Biz somut olaya göre işçinin sözleşmenin geçersizliği durumunda da kıdem tazminatına hak kazanabileceği görüşündeyiz. Öncelikle belirtelim ki taraflar arasındaki sözleşme bakımından kamu düzeninin ve ahlâk kurallarının ağır ihlâli hâlleri söz konusu ise işçinin korunmaya değer bir menfaati bulunmadığı için kıdem tazminatı hakkı da bulunmamalıdır. Zaten bu durumda sözleşme geriye etkili olarak geçersiz kabul edilecektir. Fakat TBK m.394/3 hükmü ile getirilen düzenleme, yani sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından kural olarak geçersizliğin ileriye etkili (ex nunc) olacağının kabulü, taraflardan birinin sözleşmeyi fesih hakkını kullanmak yahut geçersizliğini ileri sürmek suretiyle sona erdirmesi yönündeki farkı esasen ortadan kaldırmaktadır²²¹¹.

1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanabileceği durumlar sayılmıştır. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu’na tâbi olarak çalışan işçiler, iş sözleşmelerinin belirli sebeplerle sona ermesi ve sözleşmelerinin sona erdiği tarihte en az bir yıl kıdemlerinin bulunması şartıyla kıdem tazminatına hak kazanabilirler. Buna göre işveren iş sözleşmesini İş Kanunu m.25/II dışındaki nedenlerle feshederse, iş sözleşmesi işçi tarafından haklı nedenle derhâl feshedilirse, işçinin ölümü hâlinde sözleşme kendiliğinden sona ererse, işçi iş sözleşmesini muvazzaf askerlik nedeniyle yahut yaşlılık aylığı almak için feshederse, kadın işçi evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi isteği ile sözleşmeyi feshederse kıdem tazminatı almaya hak kazanır. İfade edildiği üzere Kanun’un lafzını esas aldığımızda iş sözleşmesinin geçersizlik sebebi ile sona ermesi durumunda işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Görüşümüzü açıklamadan evvel kıdem tazminatının işlevinin ne olduğunun açıklanması gerekmektedir.

Yargıtay’ın bir kararında da²²¹² belirttiği üzere; “İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya kıdem tazminatı denilmektedir”. Öğretide de kıdem tazminatının işlevi ve hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur. Kıdem tazminatının işyerinde işverene sadakatle bağı olarak çalışan

²²¹¹ TÜRKMEN, s.1079.

²²¹² Yarg. 9. H.D., 28.04.2009, E.2007/39036, K. 2009/12118, <https://www.lexpera.com.tr/>

işçinin yıpranması karşılığında kendisine verilen ödül²²¹³, işçinin işyerine bağlılığının karşılığı²²¹⁴, işyerinde geçmiş bulunan emeğinin karşılığı, iş sözleşmesinin feshedilmesi sebebiyle işçinin üzerinde hak sahibi olduğu işini kaybetmiş olması yüzünden uğradığı zararın hakkaniyet gereği giderilmesinin bir yolu²²¹⁵, yeni iş edinmede karşılaşacağı güçlükler dikkate alınarak ödenen toplu para olduğu ifade edilmiştir²²¹⁶. Öğretide kıdem tazminatına ilişkin olarak işyerine yıllarca sadakatle bağlı olan işçide bu bağlılığın kendi lehine sonuç doğuracağı yönünde bir beklentinin olmasının doğal olduğu²²¹⁷ hatta işçinin işyerine bağlılığının ödüllendirilmesinin, işverenin gözetim borcunun bir gereği olduğu da ifade edilmiştir²²¹⁸.

Tüm bu açıklamalar ve tanımlar çerçevesinde iş sözleşmesinin geçersizliği açısından konu incelendiğinde cevaplandırılması gereken bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Gerçekten örneğin yaş küçüklüğü sebebiyle imzalanan iş sözleşmesinin geçersiz olduğu bir durumda onbir yaşından ondört yaşına kadar işverene ait işyerinde bağlılıkla çalışan işçinin iş sözleşmesinin ileriye etkili geçersiz olması durumunda 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin lafzıyla hareket edersek işçinin kıdem tazminatına hak kazanamaması hükmün anlam ve amacına ne kadar uyacaktır?

Medeni Kanun m.1 hükmüne göre; *"Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır"*. Öğretide kanun koyucunun söz konusu ifadesi ile sadece lafza dayalı yorumun²²¹⁹ yeterli olmayacağı, ayrıca kuralın özünün de araştırılması gerektiği belirtilmektedir²²²⁰. Öğretide söz konusu kanun hükmünde yer alan *"öz"* ifadesinin kuralın sözünün anlattığını doğrulamak yahut genişletip daraltma için değil, *"amacın belirlenmesi"* anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir²²²¹. Hukuk yaşayan bir düzen olduğu için her neslin ve devrin ihtiyaçlarına

²²¹³ DEMİRBİLEK Tamer, Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek için Öngörülen Koşullar, TBB Dergisi, 2014 (115), s.432.

²²¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1169.

²²¹⁵ ESENER, İş Hukuku, s.245.

²²¹⁶ Konuya ilişkin başkaca görüşler için bkz. AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.31 vd.; ÇİL Şahin, İş Kanunu Şerhi, Madde 40-122, 3. Cilt, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.2248; GÜVEN/AYDIN, s.172 vd.; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s.512; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1167 vd.; DEMİRBİLEK, s.432 vd. Söz konusu görüşlerin kıdem tazminatı kavramını açıklamakta yetersiz kaldığı, kıdem tazminatı kavramının kanundan doğan kendine özgü bir hukuki kurum olduğu yönünde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s.754 vd.; ARSLAN DURMUŞ, Kıdem Kavramı, s.65.

²²¹⁷ GÜZEL Ali/ERTAN Emre, *"Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri"*, Legal İSGHD, S.16, 2007, s.1232.

²²¹⁸ GÜZEL/ERTAN, s.1286.

²²¹⁹ Lafzi yorum, kanun koyucunun hukuk metninde kullandığı söz ve ifadelerin sözlük anlamlarından ve dil bilgisi analizlerinden faydalanılarak yapılan yorumdur. ŞEN/ERYILDIZ, s.84.

²²²⁰ AYBAY Aydın/ AYBAY Rona/PEHLİVAN Ali, Hukuka Giriş, DER Yayıncılık, 24. Baskı, İstanbul, 2021, s.312; SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.9; SÜZEK, *Yorum*, s.233.

²²²¹ AYBAY/AYBAY/PEHLİVAN, s.313.

cevap vermek zorundadır ve bu durum da kanunun amacının (*ratio legis*) dikkate alınmasını gerekli kılar²²²². Amaçsal yorum, yorumun yapıldığı zamanın koşul ve ihtiyaçlarına göre yapıldığından iş kanunu hükümlerinin gerçek amacının belirlenmesinde de etkili bir yöntem olarak kabul edilir²²²³.

Amaçsal yorumda (gaî tefsir, teleolojik yorum) kanun koyucunun kuralı koymaktaki amacı (yahut kimi yazarlarca kanunun amacı) araştırılıp kural bu şekilde değerlendirilecektir²²²⁴. Amaçsal yorum metodu uygulanırken ihtiyaca cevap verebilecek anlam ve amacın ortaya çıkması hedeflenmekte, hukuk kuralının esas gayesi araştırılmaktadır²²²⁵. Bir kanunun sözünden çıkan anlam özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez²²²⁶. Yargıtay'ın da ifade ettiği gibi²²²⁷, *"Kanunun yorumu, kanun metninin anlamı ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanunun konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1.maddesine uygun düşmez"*.

İfade edelim ki, amaçsal yorumda kanunun amacına ulaşmak iddiasıyla kanun koyucunun yerine geçilerek yeni kural yaratma peşine de düşülmemelidir²²²⁸. Aksi durum hukuki istikrarsızlık yaratabilir ve bu durum da hukuk güvenliğini sarsar²²²⁹.

Yargıtay'a yansıyan bir olayda gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kabul olunmuş, süt izni konusunda da benzer yorum yapılmasının hakkaniyete ve Anayasa ile kanun koyucunun amacına uygun olup olmayacağı uyuşmazlık konusu olmuştur. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2020 yılında verdiği ve amaçsal yorum yöntemini benimsediği kararında şu ifadelerle yer vermiştir²²³⁰: *"Taraflar arasında davacı-karşı davalının süt izni ücretine hak kazanıp kazanmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.4857 Sayılı İş Kanun'un 74/7. maddesinde "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç"*

²²²² GÖZLER, Hukuka Giriş, s.308; SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.15; SÜZEK, *Yorum*, s.233.

²²²³ SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.9.

²²²⁴ AYBAY/AYBAY/PEHLİVAN, s.313; SÜZEK, *İş Hukuku*, s.26 vd.

²²²⁵ AKBULUT, *Amaca Uygun Sınırlama*, s.197; ŞEN/ERYILDIZ, s.84. YHGK, 15.09.2020, E. 2017/10-2695, K. 2020/587, <https://kazanci.com.tr/>

²²²⁶ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.27. YHGK, 15.09.2020, E. 2017/10-2695, K. 2020/587, <https://kazanci.com.tr/>

²²²⁷ YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/> Ayrıca bkz. YİBGK, 22.02.1997, E.1996/1, K. 1997/1, <https://kazanci.com.tr/>

²²²⁸ ŞEN/ERYILDIZ, s.85; SÜZEK, *Yorum*, s.233.

²²²⁹ GÖZLER, *Hukuka Giriş*, s.308.

²²³⁰ Yarg. 22. H.D., 16.01.2020, E.2017/26761, K.2020/518, <https://kazanci.com.tr/>

bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. 4857 Sayılı yasanın 104. maddesinde işverenin işin düzenlenmesine ilişkin bu madde hükmüne aykırı hareket etmesi durumunda para cezası uygulanacağı düzenlemesi de getirilerek süt izni kullandırılması idari yaptırıma bağlanarak güvenceye alınmıştır. Süt izni ile ilgili olarak Dairemizin 13.06.2016 tarih 2015/12878 Esas 2016/17527 Karar sayılı kararıyla, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 69/3. fıkrasında “İşçilerin gece çalışmaları yedibuçuk saati geçemez”, hükmüne göre gece çalışmasının zamlı ücret üzerinden ödeneceği hususunda bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, Dairemizin yerleşik içtihatları ile bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kabul olunmuştur. Süt izni konusunda da benzer yorum yapılmasının hakkaniyete ve Anayasa ve Kanun koyucunun amacına daha uygun olduğu değerlendirilmiştir”.

Toplumsal amaca ulaşabilmek için kabul edilmiş bir araç olan hukuk normlarına ilişkin yorum yapılırken hukukçunun amacı hukuk kurallarını toplumsal amaçlarına (ratio legis) en uygun şekilde yorumlamak, yorum yaparken de iş kanunlarının toplumsal amacını araştırmaktır²²³¹. İş hukukunda bir hüküm yorumlanırken önce amaca uygun yorum yapılmalı, amaçsal yorum yöntemi ile sonuca ulaşamadığı vakit “işçi lehine yorum” ilkesine başvurulmalıdır²²³².

Yargıtay’ın da ifade ettiği gibi iş kanunlarının çoğu ekonomik bakımdan güçlü durumda olan işverene karşı geçimini emeği ile sağlayan ve sözleşmenin zayıf tarafı olarak niteleyebileceğimiz işçiyi koruma amacı ile konulmuşlardır ve bu tür kuralların yorumunda başvurulanan “işçi lehine yorum” yöntemi, amaçsal yorum ile örtüşmektedir²²³³.

Öğretide belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan özel okul öğretmenlerinin belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinde kıdem tazminatına hak kazanmaları gerektiği konusuna değinen *Süzek*’e göre, yasada bir örtülü boşluk²²³⁴ bulunmaktadır ve söz konusu boşluk amaca uygun

²²³¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.26 vd. YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/>

²²³² YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/> Ayrıca bkz. SÜZEK, *Yorum*, s.233.

²²³³ “Başka bir anlatımla işçi lehine yorum, amaçsal yorumun iş hukukundaki işçiyi korumak için konulan kurallar yorumlanırken büründüğü biçimdir”. YHGK, 15.11.2017, E.2015/22-1389, K.2017/1368, <https://kazanci.com.tr/>

²²³⁴ Örtülü boşluk (üstü kapalı boşluk) durumunda norm, uyumsuzluğa uygulanabilecek bir düzenleme içermekle birlikte normun söz konusu ifadesi, normun amacı ile bağdaşmamaktadır. Örtülü boşluk söz konusu olduğunda uygulanan teleolojik indirgeme metodu ile normun sözünden normun amacı lehine sapılmakta zira aksine bir durum adaletsiz, işlevsiz ve anlamsız sonuçlar doğurmaktadır. ODER Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.264 vd.; AYBAY/AYBAY/PEHLİVAN, s.325; ŞEN/ERYILDIZ, s.87.

sınırlama yöntemiyle doldurulmalıdır. Yazar, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinde kıdem tazminatı ödenmeyeceğine ilişkin kuralın hiç istisnaya yer verilmeksizin uygulanmasının adaletsiz sonuçlar ortaya çıkaracağını ifade ederek bu olaya özgü bir istisna tanınması gerektiğini ifade etmektedir²²³⁵.

Tüm bu açıklamalar ışığında kanaatimizi açıklamak gerekirse, iş hukukunun doğuş ve gelişmesinin temel sebebi bu ilişkide güçsüz taraf olan işçinin korunması kaygısıdır ve işçinin korunması gereği bu ilişkinin kaçınılmaz olarak özünde yatan birtakım özelliklerden kaynaklanmaktadır²²³⁶. Pek tabii işçinin korunması ilkesi mutlak geçerliliği olan bir ilke olmayıp "sosyal olan" ve "ekonomik olan" arasında hassas dengenin araştırılması zorunluluğunu da gerektirmektedir²²³⁷. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanunun lafzından çıkan anlam ile ruhundan çıkan anlam bağdaşmalıdır. Aksi hâlde yasa metninin ruhunun araştırılması gerekir ki bu da amacın belirlenmesi zorunluluğunu doğurur²²³⁸. İş kanundaki kuralların amacına bakılarak lafzını genişleten, onu aşan yahut lafzı daraltan yani sınırlayan yorum yapmak mümkündür²²³⁹.

Kanımızca kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Kanunun 14. madde hükmü amaca uygun yorumlanmalıdır. İfade edelim ki, öğretide kimi yazarlarca²²⁴⁰ istisna hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği savunulurken yani bu hükümlerin uygulama alanı yorum yoluyla genişletilemezken diğer görüş uyarınca²²⁴¹ ise hâkimin hükmün amacı doğrultusunda, benzer nitelikteki bir olaya, istisna hükmünün uygulanmasına karar verip yorum yoluyla bu hükmün uygulama alanının genişletilebileceği savunulmaktadır²²⁴². Buna göre istisna getiren hükümlerin de amaca göre yorumlanarak genişletilebilmesi özellikle zayıf tarafın korunması bakımından mümkün olabilmelidir.

²²³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.761. Öğretide *Canıklıoğlu*, belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi hâlinde işçilerin kıdem tazminatına hak kazanamamasının haklı görülebilir bir yanı olmadığını belirtmektedir. Yazar, uzun yıllar boyunca doğruluk ve bağlılıkla çalışan işçinin iş sözleşmesinin salt kendiliğinden sona ermesinin işçiye kıdem tazminat talep hakkı veremeyecek olmasını isabetli bulmamaktadır. CANIKLIOĞLU, Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi, s.169 vd.

²²³⁶ SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.10.

²²³⁷ SÜZEK, *Amaca Uygun Yorum*, s.11; SÜZEK, İş Hukuku, s.21.

²²³⁸ SÜZEK, *Yorum*, s.233.

²²³⁹ SÜZEK, *Yorum*, s.235.

²²⁴⁰ İŞIKTAÇ/METİN, s.209.

²²⁴¹ NOMER /AKBULUT, s.32.

²²⁴² Öğretide bu duruma verilen örnek ise şudur: Sınırlı ehliyetlilerin TMK m.429 hükmünde sayılan işlemleri yapabilmeleri yasal danışmanlarının muvafakatine bağlı kılınmıştır. Bu işlemler arasında bağışlama yer almasına rağmen, vakıf kurma işlemi yer almamaktadır. Bu durumda sınırlı ehliyetliyi korumak adına hüküm geniş yorumlanarak vakıf kurma işlemi için de yasal danışmanın onayı aranabilmelidir. NOMER/AKBULUT, s.32.

İş sözleşmesinin ileriye etkili geçersiz olduğu bir durumda, geçersizliğin bir fesih olmadığı ileri sürülerek işçinin kıdem tazminatı alamayacağını savunmak hükmün anlam ve amacına aykırı olacaktır. Yukarıda örneğini verdiğimiz küçüğün üç yıllık kıdeminin yok sayılıp, kıdem tazminatı ödenmeksizin sözleşmenin ortadan kaldırılması ancak işverenin lehine bir durum yaratacaktır.

Tekrar belirtelim ki, daha evvel de ifade ettiğimiz üzere iş sözleşmesinin kamu düzenini açıkça ihlâl ettiği durumlar bakımından sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz kabul edileceğinden pek tabii işçinin kıdem tazminat talep hakkı da bulunmayacaktır. Bu durumda örneğin konusu kalpazanlık olan bir iş sözleşmesinin geçersizliği durumunda işçiye kıdem tazminatı ödenmeyecektir.

6. Rekabet Yasağı

İleriye etkili olarak iş sözleşmesinin geçersizliği hâlinde değinilmesi gereken başka bir konu rekabet yasağı konusudur. Bilindiği üzere TBK m.444 hükmü uyarınca; *“Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir”*.

Rekabet yasağı kaydı, ancak iş sözleşmesi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları yahut işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağladığı takdirde geçerli kabul edilecektir (m.444/2). Öğretide Basın İş Kanunu m.13/2 hükmü sebebiyle Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilen koşullara ek olarak rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasına engel olan özel kanun hükümlerinin bulunmaması şartının da eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir²²⁴³. Basın İş Kanunu’nda yer alan söz konusu düzenleme uyarınca, iş sözleşmesinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin gazetecilik mesleğini icra serbestisini sınırlandıran hükümler geçersiz olacaktır.

Öğretide geçersiz bir iş sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağı hükmünün geçerli olmayacağı yani rekabet yasağı kaydının hüküm doğurmayacağı ifade edilmiştir²²⁴⁴. Buna

²²⁴³ ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s.78.

²²⁴⁴ ÇİL, Şerh, C.I, s.527; TAŞKENT Savaş/KABAKÇI Mahmut, *“Rekabet Yasağı Sözleşmesi”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, s.29; AKKUŞ TOPALOĞLU Pelin, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s.25; ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s.98. Yazarlar iş sözleşmesi sonrası yapılacak rekabet yasağının, iş sözleşmesinden

karşılık öğretide *Soyer*, iş sözleşmesinin iptalinin yahut geçersizliğinin rekabet yasağı sözleşmesinin de geçersizliğine yol açacağına kolayca benimsenemeyeceği kanaatindedir²²⁴⁵. Yazara göre, iş sözleşmesinin fiilen ifa edilmeye başlandıktan sonraki geçersizliği kural olarak ileriye etkili sonuç doğuracağı için rekabet yasağı sözleşmesinin de fiilen çalışılan döneme ilişkin etkilerini koruduğu kabul edilmelidir²²⁴⁶. Sözleşme sonrası sır saklama yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde konuyu inceleyen *Arslan Ertürk*, haklı menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde işverene karşı işçinin sır saklama yükümlülüğünün sözleşmenin geçersizlik anından itibaren devreye gireceğini ifade etmektedir²²⁴⁷.

Öncelikle ifade edelim ki, sadakat borcunun bir görünümü olan ve daha çok işçinin iş ilişkisi sırasında öğrendiği bilgileri ve mesleki sırları açıklamasını engellemeye yönelik olan sır saklama borcu işverenin haklı menfaatlerini de dikkate aldığımızda iş sözleşmesi geçersiz dâhi olsa dürüstlük kuralı gereği devam etmelidir²²⁴⁸. Sır saklama yükümlülüğünden farklı olarak rekabet yasağında iş sözleşmesine konulacak bir hükümle yahut işçi ile işveren arasında ayrı olarak imzalanan bir sözleşme ile rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. TBK m.396/3 hükmü uyarınca; *“İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür”*. Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından konuyu ele almak gerekirse, kanaatimizce iş sözleşmesi henüz fiilen uygulanmamışsa işçinin işveren için tehdit oluşturabilecek bilgi ve becerileri edinmesi mümkün olmadığından iş sözleşmesinin geçersizliği rekabet yasağının da geçersizliği sonucunu doğurmalıdır. Zira bu durumda *Soyer*’in ifadesiyle²²⁴⁹ rekabet yasağının etkili sayılmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Fakat iş ilişkisi hâlihazırda fiilen ifa edilmiş ise kanaatimizce durum farklıdır. Bu hâlde iş hukuku kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin

bağımsız olarak yapılsa ve sonuçlarını iş ilişkisinin sona ermesinden sonra doğursa bile iş sözleşmesinden tamamen ayrı düşünülmemesi gerektiğini, bu durumun en temel göstergesinin de iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olmasının rekabet yasağı sözleşmesinin de geçersizliğine sebep olacağını belirtmektedirler. Ayrıca bkz. **DOĞAN**, Rekabet Yasağı, s.86. Yazar, rekabet yasağı sözleşmesinin her ne kadar konusu iş sözleşmesinden farklı bir nitelik taşısa da iş sözleşmesine bağlı, tâli bir nitelik taşıdığını ve rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin iş sözleşmesinin geçerli olmasına bağlı olduğunu belirterek bu görüşün de rekabet yasağı sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nda hizmet sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları arasında düzenlenmesi ile desteklendiğini ifade etmektedir.

²²⁴⁵ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.40.

²²⁴⁶ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.40.

²²⁴⁷ **ARSLAN ERTÜRK**, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.296.

²²⁴⁸ **SELİÇİ**, s.52; **ARSLAN ERTÜRK**, Sadakat Borcu, s.296; **ÖZKAN KOÇ**, s.173.

²²⁴⁹ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.40.

varlığını koruduğu kabul edilmeli, sözleşme sonrası rekabet yasağı hükmünün de ilke olarak yürürlükte kaldığı kabul edilmelidir²²⁵⁰. Zira bu durumda işçi, işveren açısından önem arz eden bilgi ve becerileri öğrenmiş durumdadır²²⁵¹. Yine önemle ifade edelim ki, iş ilişkisinin işçi tarafından önemli bir bilgi ve beceri kazanımının söz konusu olamayacağı kadar kısa sürmesi durumunda ise konuya şüphe ile yaklaşılmalıdır.

İş sözleşmesinin asgari çalışma yaşının ihlâli sebebi ile geçersiz kabul edilmesi ihtimâlinde ise, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarından biri de işçinin fiil ehliyetine sahip olması olduğundan (işçinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterli olmamakta, aynı zamanda ergin olması ve kısıtlı da olmaması gerekir) bu durumda rekabet yasağı sözleşmesi de geçersiz olacaktır (TBK m.444/1).

Başka bir geçersizlik hâli ise kanımızca yabancılara yasak bir işte çalışan yabancı bir işçi ile imzalanan sözleşmedir. Kural olarak bu işçi zaten kendisine yasaklı işte hiç çalışamayacağı için söz konusu işyerinde edindiği bilgileri kullanma imkânı da olamayacaktır, fakat bu işçi sonradan Türk vatandaşlığını kazanırsa yasak kalkacağı için rekabet yasağı hükmünü akıbeti de önem arz edecektir. Aynı şekilde yabancı işçilere yasak olan bir iş daha sonra yasak kapsamından çıkartılabilir. Bu nedenle rekabet yasağı ile işçinin üstlenmiş olduğu yapmama edimi zaten sözleşmenin ortadan kalkmasına bağlı olduğu için geçersizlik sebebi ile iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda rekabet yasağı varlığını korumalıdır.

Kanaatimizce işçinin işyerinde öğrenmiş olduğu özel bilgileri başka bir işyerinde kullanamaması ve rekabet yasağının geçersiz kabul edilmemesi esasen geçersizliğin ileriye etkisinin işvereni koruyucu yönüne bir örnektir. Zira sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği sonucunu doğuran kamu düzeninin ağır ihlâli hâllerinde rekabet yasağı da ortadan kalkacak ve geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Bu durumda iş sözleşmesinin fiilen yerine getirilmiş olup olmadığı önem arz etmeyecektir.

Alman Hukuku'nda aldatma yahut korkutma sebebi ile sözleşmenin geçersizliğine sebep olan tarafın rekabet yasağına dayanamayacağı, çünkü bir tarafın hukuka, ahlâka veya sözleşmeye aykırı bir davranışla elde ettiği bir hakka dayanmasının mümkün olmadığı ifade

²²⁵⁰ SCHAUB/VOGELSANG, §55, Rn.33; EBENROTH Carsten Thomas/ BOUJONG Karlheinz/JOOST Detlev/STROHN Lutz, Hadelsgeserzbuch, 4. Auflage, C.H.Beck, 2020 (EBS/BOECKEN/RUDKOWSKI), HGB §74, Rn.16; HENSSLER Martin/HERRESTHAL Carsten/PASCHKE Marian (Hrsg.), beck-online.GrossKommentar HGB, Verlag C.H.Beck, §74, Rn.70, <https://beck-online.beck.de/>

²²⁵¹ EBS/BOECKEN/RUDKOWSKI, HGB §74, Rn.17.

edilmiştir²²⁵². Türk Hukuku bakımından ise, işverenin iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uymayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiye yanıltması İş Kanunu m.24/II, a uyarınca haklı nedenle fesih sebebi olduğundan zaten rekabet yasağının bir hükmü kalmayacaktır.

Bu noktada ifade edelim ki, rekabet yasağı kaydının geçersizliğinin esas sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı da unutulmamalıdır²²⁵³. Bu durumda rekabet yasağı hükmü olmasaydı da iş sözleşmesinin yapılacağı varsayılarak kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Daha evvel ifade ettiğimiz üzere²²⁵⁴ öğretide çok uzun süreli rekabet yasağı içeren iş sözleşmesinde işveren, rekabet yasağı olmaksızın iş sözleşmesini yapmayacak idi ise, hâkimin rekabet yasağını geçersiz sayıp iş sözleşmesini rekabet yasağını içermeyen bir sözleşme olarak ayakta tutamayacağı ifade edilmiştir²²⁵⁵. Kanaatimizce eğer iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağına ilişkin hüküm genel işlem koşulu niteliği taşıyor ise genel işlem koşullarında içerik denetimine ilişkin TBK m.25 hükmünün gerekçesinde kısmi geçersizliğin sübjektif şartı kaldırıldığı için TBK m.27/2 hükmü zaten uygulanamayacaktır. Eğer hüküm genel işlem koşulu niteliği taşımıyorsa ancak çok istisnâ bazı işler açısından, rekabet yasağının hayatî önem taşıdığı durumlarla sınırlı olarak, yasağın geçersiz sayılması, sözleşmenin de geçersizliği sonucunu doğurabileceğini kabul edebiliriz.

Son olarak ekleyelim ki, rekabet yasağı ihlâl edilerek bir iş sözleşmesi imzalanması hâlinde işçi ile yeni işveren arasında imzalanan söz konusu sözleşme geçersiz olmayacaktır²²⁵⁶.

7. Sınai Mülkiyet Kanunu ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndan Kaynaklanan Haklar

a. Sınai Mülkiyet Kanunu’ndan Kaynaklanan Haklar

Geçersiz iş sözleşmelerinin yaratacağı hukuki sonuçları incelerken 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na (SMK) değinmenin de yararlı olacağını düşünmekteyiz. Zira Türk Borçlar Kanunu m.427 hükmü uyarınca, “*Hizmet buluşları üzerinde işçinin ve işverenin hakları,*

²²⁵² SCHAUB/VOGELSANG, §55, Rn.33.

²²⁵³ SCHAUB/VOGELSANG, §55, Rn.33; EBJS/BOECKEN/RUDKOWSKI, HGB §74, Rn.17; TAŞKENT/KABAKÇI, s.29; MANAV, s.326.

²²⁵⁴ Bu konuda açıklamalar için 1. Bölüm, II, C, 2, b, bb, bbb.

²²⁵⁵ EREN, s.384 vd.

²²⁵⁶ AKKUŞ TOPALOĞLU, s.7.

bunların kazanılması ile diğer sınâî ve fikrî mülkiyet hakları konusunda özel kanun hükümleri uygulanır”.

SMK m.113 hükmünde hizmet buluşu “*çalışanın, bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluş*” olarak tanımlanmıştır²²⁵⁷. Burada belirtilen hizmet buluşları dışında kalan buluşlar ise serbest buluş olarak değerlendirilecektir (m.113/2)²²⁵⁸. Belirtmiş olduğumuz Kanun’un ilgili hükmünde “iş sözleşmesi” ifadesi yerine haklı olarak “iş ilişkisi” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle iş sözleşmesinin geçersiz olduğu durumlarda da çalışanların buluşları bakımından söz konusu Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır²²⁵⁹.

Bu noktada ifade edelim ki, bir buluşun hizmet buluşu olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu buluşun iş ilişkisi sırasında gerçekleşmiş olması şartı aranmakla beraber buluşun iş ilişkisi sırasında gerçekleştirilmiş olmasına rağmen iş ilişkisi sona erdikten sonra açıklanması söz konusu buluşu hizmet buluşu olmaktan çıkarmayacaktır²²⁶⁰. Kanun’un m.115/1 hükmüne göre; “*İşveren, hizmet buluşu ile ilgili olarak tam veya kısmi hak talep edebilir. İşveren bu talebi, çalışanın bildirimının kendisine ulaştığı tarihten itibaren dört ay içinde yazılı olarak çalışana bildirmek zorundadır. Çalışana böyle bir bildirimin süresinde yapılmaması veya hak talebinde bulunulmadığına dair bildirim yapılması hâlinde, hizmet buluşu serbest buluş niteliği kazanır*”. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise işverenin hizmet buluşuna ilişkin tam hak talebinde bulunması durumunda bununla ilgili bildirimin çalışana ulaşması ile buluş üzerindeki tüm hakların işverene geçeceği ifade edilmiştir. İşverenin hizmet buluşu üzerinde tam hak talep etmesi durumunda, çalışan mâkul bir bedelin kendisine ödenmesini işverenden talep edebilecektir (m.115/6).

İşverenin hizmet buluşunda kısmi hak talep etmesi hâlinde hizmet buluşu serbest buluş niteliği kazanacak (m.115/3), işverenin buluşu kullanması hâlinde, çalışanın mâkul bir bedelin kendisine ödenmesini isteme hakkı doğacaktır (m.115/6). Sonuç olarak iş sözleşmesinin

²²⁵⁷ SMK m.114/1 hükmü uyarınca; “*Çalışan, bir hizmet buluşu yaptığıında, bu buluşunu yazılı olarak ve geciktirmeksizin işverene bildirmekle yükümlüdür. Buluş birden çok çalışan tarafından gerçekleştirilmişse, bu bildirim birlikte yapılabilir. İşveren, bildirimin kendisine ulaştığı tarihi, bildirimde bulunan kişi veya kişilere geciktirmeksizin ve yazılı olarak bildirir*”.

²²⁵⁸ Konuya ilişkin olarak bkz. CANBOLAT, İşçi Buluşları, s.241 vd.

²²⁵⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.454.

²²⁶⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.454; CANBOLAT, İşçi Buluşları, s.194.

geçersiz olduğu durumlarda da çalışanların buluşları bakımından bu madde hükümleri yine uygulanacaktır.

b. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan Kaynaklanan Haklar

İş sözleşmesinin geçersizliği bakımından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na da değinmek gerekirse, söz konusu Kanun'un m.1/B, a hükmü uyarınca; *"Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri"*ni ifade etmektedir. FSEK m.18/1 hükmüne göre; çalışan tarafından meydana getirilen eserin mâli haklarını kullanma yetkisi eseri meydana getiren çalışana ait olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, *"Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır"*²²⁶¹. Buna göre taraflar arasında özel bir anlaşma yok ise yahut işin niteliğinden aksi anlaşılmıyor ise ve çalışan da söz konusu eseri işi görürken yaratmış ise işveren çalışanın eseri üzerinde mâli hakları kullanma yetkisine sahip olacaktır²²⁶².

Geçersiz bir iş sözleşmesinde işçi çalışmasının karşılığında bir eser meydana getirmişse ve biraz önce ifade ettiğimiz koşullar da gerçekleşmiş ise işveren eser üzerindeki mâli hakları kullanma yetkisine sahiptir. Zira sözleşme ileriye etkili geçersiz olacak ve söz konusu sözleşme iş ilişkisinin ortadan kaldırıldığı ana kadar geçerli bir iş sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

III. İş Sözleşmesinin Kısmi Geçersizliğinin Hukuki Sonuçları

A. İş Sözleşmesinin Kısmi Geçersizliğine İlişkin Genel Bilgi

Kısmi geçersizlik yaptırımı esasen "geçersiz olan geçerli olana zarar vermez (*utile per inutile non vitiatur*)" ilkesinin bir görünümü olup sözleşmenin ayakta kalmasına (*favor negotii*) hizmet etmektedir²²⁶³. Bu da sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruyucu nitelikte bir

²²⁶¹ Hükümde mâli haklardan bahsedildiği için manevi hakların eseri meydana getirene ait olduğu yönünde bkz. **BELLİCAN**, Manevi Haklar, s.425 vd.; **YILDIZ** Özge, "Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler", İÜHFM, C. LXXII, S.2, 2014, s.502; Manevi hakların eser sahibinin eserle olan manevi bağlarına ilişkin haklar olduğu yönünde bkz. **KILIÇOĞLU** Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre), Genişletilmiş, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.233.

²²⁶² **SÜZEK**, İş Hukuku, s.511. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. **YILDIZ**, s.507 vd.

²²⁶³ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.350; **KANIŞLI**, s.565; **KAŞAK**, s.397; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.309; **CİVAN**, Kısmi Geçersizlik, s.215; **ANTALYA**, s.465; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.367; **EBERTH**, s.30.

yaptırımdır, zira iş sözleşmesinin kanuna aykırı bir hükmünün geçersizliğinin sözleşmenin tamamına etki etmesi zaten zayıf durumda olan işçiye daha da korunmasız duruma düşürmüş olacaktır²²⁶⁴. Kısmi geçersizlik yaptırımı esasen geçersizliğin sonuçlarının ancak ihlâl edilen normun koruyucu amacının gerektirdiği ölçüde olması gerektiği ilkesinin bir sonucudur²²⁶⁵.

Öğretide kısmi geçersizliğin objektif ve sübjektif olmak üzere iki şarttan oluştuğu ifade edilmektedir. Objektif şart sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka veya ahlâka aykırı olması yahut imkânsız olmasını ifade eder²²⁶⁶. Objektif şart bakımından kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanabilmesi için içerik sakatlığı sebeplerinin sözleşmenin esaslı noktaları dışındaki kısımlarına ilişkin olması gerektiği ifade edilmektedir²²⁶⁷. Yapılan iş için ücret ödenmesi olağan görülüyor ise kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırıldığı kabul edilir²²⁶⁸. Ücret, iş sözleşmesinin objektif esaslı noktalarından birini oluşturmakla beraber salt ücretin belirlenmemesi durumunda sözleşmenin kurulmamasından değil, tamamlanması gereken bir boşluğun ortaya çıktığından bahsedilecektir²²⁶⁹.

TBK m.27/2 hükmünde ifade edildiği üzere; *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”*. Bu bağlamda bu şart olmazsa o sözleşmenin taraflarca yapılamayacağı anlaşılırsa sözleşmenin tamamı geçersiz sayılacaktır.

Kısmi geçersizliğin ancak tarafların farazî iradesi buna elverişli olduğu takdirde mümkün olabilmesi ise kısmi geçersizliğin sübjektif şartı olarak ifade edilmiştir²²⁷⁰. Ekleyelim ki, daha sonra üzerinde duracağımız üzere²²⁷¹ geçersizliğe sebep olan yasa normunun anlam ve amacı

²²⁶⁴ EBERTH, s.35; REHBINDER, §7, Rn.83.

²²⁶⁵ HUGUENIN, OR, Rn.434.

²²⁶⁶ EREN, s. 381; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.282; AKKURT, s.121; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.310; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.216.

²²⁶⁷ BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.30.

²²⁶⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.234; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.168; ANTALYA, Hizmet Akdi, s.292; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.310 vd.; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.217 vd. TBK m.411/2 mevcut düzenlemesine göre; taraflar arasında ücret kararlaştırılmamış ise asgari ücret değil, emsal ücret kararlaştırılmış sayılır. CANIKLIOĞLU, Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi, s.84; PORTMAN Wolfgang/WILDHABER Isabelle, Schweizerisches Arbeitsrecht, Dike Verlag, 4. Auflage, Zurich, 2020, s.26.

²²⁶⁹ CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.217 vd.

²²⁷⁰ EREN, s.385; KIRKBEŞOĞLU, s.189 vd.; AKKURT, s.121; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.311; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.216.

²²⁷¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, III, B.

ve dürüstlük kuralı gereği taraflardan birinin geçersiz olan kısım olmadıkça sözleşmeyi yapmayacakları yönündeki farazî iradesine bakılmayacaktır²²⁷².

İş hukukunda da emredici kanun hükümlerine aykırılık durumunda kural olarak söz konusu hükümlerin geçersiz olması, bu geçersizliğin sözleşmenin tamamını etkilememesi işçinin korunması amacına hizmet eder ve korunan sözleşme tarafının sözleşmeden doğan birtakım taleplerden mahrum kalmasını engeller²²⁷³. Bu nedenledir ki, iş sözleşmesinin geçersizliği daha ziyade kısmi geçersizlik olarak karşımıza çıkar.

Kısmi geçersizlik yaptırımından bahsedebilmek için geçersiz olan kısmın ayrılmasından sonra, hukuki işlemin özü itibarıyla geçerli kalması gerekmektedir. Bu nedenle bir sözleşmenin objektif temel unsurları geçersiz hâle gelmiş ise artık kısmi geçersizlikten söz edilemeyecek, sözleşmenin tamamının geçersiz olması hukuki işlemin doğasından kaynaklanacaktır²²⁷⁴. Bu bağlamda sözleşmenin tamamen ahlâka aykırı olması yahut Türk vatandaşlarına hasredilmiş işlerde yabancı işçinin çalıştırılması durumunda sözleşmede yer alan diğer maddelerin geçerliliğinden bahsedilemeyecektir²²⁷⁵.

İş sözleşmesinde kısmi geçersizlik yaptırımının uygulandığı çok sayıda örnek verilebilir. Bu örneklerden bazılarına değinmek gerekirse, örneğin bir işçinin yıllık izne çıkmayacağı²²⁷⁶ ve buna ilişkin bir talebinin de olmayacağı yönünde kayıt içeren bir iş sözleşmesini imzalaması, işçiye kıdem tazminatı ödenmeyeceğine yönelik sözleşmesel bir kaydın bulunması durumunda²²⁷⁷, kanunda öngörülenden daha uzun bir çalışma süresi kararlaştırılması hâlinde²²⁷⁸ sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmayacak, sadece bu hükümler açısından kısmi

²²⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s.351; SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.89; DOĞAN YENİSEY, *Emredici Yapı*, s.367; EYRENCİ, *Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im Türkischen Recht*, s.118; BAŞPINAR, *Kısmi Butlan*, s.26 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s.206. Geçersiz kısımdan zarar gören tarafın, sözleşmenin var olan hâli ile korunmasını istemesi durumunda hâkimin sözleşmenin tamamının geçersizliğine hükmedemeyeceği yönünde bkz. ATEŞ, *Ahlâka Aykırılık*, s.285.

²²⁷³ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.12; ZK-STAEHELIN, Art.320 OR, Rn.28 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.350 vd.

²²⁷⁴ EBERTH, s.21.

²²⁷⁵ EBERTH, s.21.

²²⁷⁶ Söz konusu hüküm Anayasa'da düzenlenen "dinlenme hakkı"na da aykırılık teşkil edecektir (m.50/3).

²²⁷⁷ Yargıtay'ın toplu iş sözleşmelerine konulacak hükmün kanunların mutlak emredici hükümlerine aykırı olamayacağı, sadece nispi emredici hükümlerin aksinin toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine değiştirilmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında işyeri dışında gerçekleşen bir suç sebebiyle hüküm giyilmesi hâlinde kıdem tazminatı ödenmeyeceğine dair bir toplu iş sözleşmesi hükmünün kanunun mutlak emredici hükmüne aykırı olduğundan geçersiz olacağı yönündeki kararı için bkz. Yarg. 9. H.D., 08.04.2021, E.2020/5440, K.2021/7876. <https://kazanci.com.tr/>

²²⁷⁸ CANIKLIOĞLU Nurşen, "4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası tarafından düzenlenen "III. Yılında İş Yasası" semineri yayını, İstanbul, 2005, s.152. Bu durumda yasal sınır üzerinden iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilir. Ayrıca bkz. CANIKLIOĞLU Nurşen, "4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere

geçersizlik yaptırımını uygulanacaktır²²⁷⁹. Aynı şekilde iş sözleşmesine üç aylık bir deneme kaydının konulması hâlinde, İş Kanunu'nun 15. maddesinin açık ifadesi karşısında²²⁸⁰, toplu iş sözleşmesinde buna ilişkin hüküm bulunmaması kaydıyla, sadece iki aylık kısım için geçerli bir kayıttan bahsedilecek, bir aylık kısım bakımından ise kısmi geçersizlik yaptırımını uygulanacaktır²²⁸¹. Bu hüküm öğretide, deneme süresinin esasen işçi aleyhine olması sebebi ile, toplu iş sözleşmeleri ile işçi aleyhine aksi kararlaştırılabilecek bir kural olarak ifade edilmiştir²²⁸².

TBK m.407/3 hükmünde ücretin işveren lehine kullanılacağı yönündeki anlaşmaların geçersiz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre örneğin ücretin bir kısmı ile işverenin ürettiği ürünlerin satın alınacağına dair bir sözleşme kaydı da geçersiz olacaktır²²⁸³. İş K. m.63/2 hükmü uyarınca; tarafların anlaşması ile²²⁸⁴ haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu hâlde,

Bölünmesi, Toprak İşveren, Haziran 2005, s.5, <https://toprakisveren.org.tr/index.php/yayinlar/4857-sayili-kanuna-gore-calisma-suresi-ve-bu-surenin-gunlere-bolunmesi/> **BROX/RÜTHERS/HENSSLER**, Rn.188. İşverence sosyal amaçlı taşımalarda, yolda geçen sürelerin çalışma süresinden kabul edilmemekle birlikte (İş K. m.66/son), tarafların anlaşarak sözleşmelerine bu yönde bir hüküm koymaları durumunda bu hükmün geçersiz olmaması gerektiği yönünde bkz. **CANİKLİOĞLU**, *Çalışma Süresinin Günlere Bölünmesi*, s.3 vd.

²²⁷⁹ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s.114; **TAŞMAN**, s.289.

²²⁸⁰ Maddenin ilk fıkrasına göre; "Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir".

²²⁸¹ Aynı yönde bkz. **NARMANLIOĞLU**, Ferdi İş ilişkileri I, s.239; **MOLLAMAHMUTOĞULU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 519; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.77; **REİSOĞLU**, Hizmet Akdi, s.144; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.205; **BSK OR I-HUGUENIN/MEISE**, Art. 19/20, Rn.2.

²²⁸² **GÜNAY**, s.371; **ÇENBERCİ**, İş Kanunu Şerhi, s.47; **OĞUZMAN**, s.20; **GEISER/MÜLLER/PÄRLI**, §2, Rn.284. Yargıtay'ın deneme süresine ilişkin hükümlerin nispi emredici nitelik taşıdığı ve deneme süresinin kısaltılmasının mümkün olmakla beraber uzatılmasının mümkün olmayacağı yönündeki kararı için bkz. Yarg. 9. H.D., 24.04.1996, E.995/35258, K.996/9448.

²²⁸³ **EKMEKÇİ/YİĞİT**, s.4.

²²⁸⁴ **CANİKLİOĞLU**, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi*, s.100 vd.

²²⁸⁴ Kanun'da "tarafların anlaşması" ifadesi yer almakla birlikte İş Kanunu'na ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.5 hükmünde "tarafların yazılı anlaşması..." denilmektedir. Söz konusu Yönetmelik düzenlemesi haklı olarak öğretide eleştirilmektedir. Zira kanunda öngörülmeye bir yazılılık koşulu yönetmelikle getirilmiştir. Öğretide *Canıklıoğlu*, yazılılık koşuluna yönetmelikle böyle bir sınırlama getirilemeyeceğini ifade etmekle birlikte denkleştirme döneminin yaratacağı sıkıntılar dikkate alındığında Kanun'da bu yönde bir hükmün yer almasının faydalı olacağı kanaatinde. **CANİKLİOĞLU**, *Çalışma Süreleri*, s.161. İş Kanunu'nda herhangi bir şekil şartı öngörülmediği için denkleştirmede yazılı şekil şartının aranmamasının uygun olacağı yönünde bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.802. Aksi yönde görüş için bkz. **ÖKTEM SONGU** Sezgi, "Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler", DEÜHFD, C.8, S.2, 2006, s.186. Her ne kadar yazılılık şartı yönetmelikle getirilse de yazılı şekil şartının aranmasının işçinin iş sağlığı ve güvenliği ile sosyal yaşamı üzerindeki etkisi dikkate alındığında güvenceli esneklik sağlanması açısından daha uygun olacağı yönünde bkz. **HAFIZOĞLU** Ece Sıla, "Çalışma Süreleri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C.2, İKÜHFD, 15 (1), 2016, s.134 vd. Normal çalışma esasından denkleştirme esasına dayalı çalışmaya geçişin çalışma koşullarında esaslı nitelik taşıdığı ve bu hususta işçilerin yazılı onaylarının alınması gerektiği yahut İş K. m.22 hükmünün uygulanması gerektiği ve denkleştirme esası uygulayacak işverenlerin hangi tarihler arasında çalışmanın gerçekleştirileceği yönünde işçileri bilgilendirmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **BAYCIK**, *Güvenceli Esneklik*, s.238. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.753, dn.13. Yargıtay'ın denkleştirmenin örtülü olarak yapılabilmesi yönündeki kararı için bkz. Yarg. 9. H.D., 03.05.2007, E.2006/17647, K.2007/14046, <https://legalbank.net/>

iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz ve denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabilir. Taraflar arasında söz konusu düzenlemeye aykırı olarak daha uzun bir denkleştirme süresi kararlaştırılması durumunda da bu hüküm geçersiz olacaktır²²⁸⁵. Aynı şekilde daha önce verdiğimiz örneklerde olduğu gibi, iş sözleşmesinde yer alan işçinin evlenmeyeceği, din değiştireceği, hamile kalmayacağı gibi kayıtlar geçersiz olacak; fakat sözleşmenin tamamının geçersizliğinden bahsedilemeyecektir. Zira asıl olan sözleşmenin ayakta tutulmasıdır.

İşçinin ücretinin asgari ücretin altında belirlendiği durumda da sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmayacak, ücrete ilişkin hüküm geçersiz sayılacaktır²²⁸⁶. Bu durumda sözleşme ile kararlaştırılan ücretin yerine asgari ücret miktarı geçecektir²²⁸⁷.

SMK m.117/2 hükmüne göre, *“Hizmet buluşları ile serbest buluşlar konusunda işveren ile çalışan arasında yapılan sözleşmeler, çalışan buluşlarıyla ilgili emredici hükümlere aykırı olmasa dahi önemli ölçüde hakkaniyetle bağdaşmıyorsa geçersiz sayılır. Aynı kural bedel için de geçerlidir”*. Bu bağlamda iş sözleşmelerine işçi tarafından gerçekleştirilen buluşlarda işçinin işverenden herhangi bir hak talebinde bulunmayacağına ilişkin olarak konulan kayıtlar bakımından kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Emredici hükümlere aykırılık söz konusu olmasa dâhi önemli ölçüde hakkaniyetle bağdaşmayan sözleşmeler de geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılabilecektir²²⁸⁸.

“Sendika Özgürlüğünün Güvencesi” kenar başlıklı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25/1 hükmü uyarınca, *“İşçilerin işe alımları belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamalı şartına bağlı tutulamaz.”* Bu hükme aykırı olarak işçinin işe alımları belirli bir sendikaya üyelik, üyeliği bulunduğu sendikadan çekilme yahut sendikaya üye olmama gibi şartlara tâbi tutulursa söz konusu sözleşme hükümlerine de kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır²²⁸⁹. Benzer şekilde toplu iş sözleşmesine aykırı olduğu için geçersiz olan iş sözleşmesindeki ücrete ilişkin hüküm, tüm iş sözleşmesinin

²²⁸⁵ CANIKLIOĞLU, *Çalışma Süreleri*, s.157.

²²⁸⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Praxis Kommentar*, Art.320, s.148; İZVEREN, s.109; EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.25.

²²⁸⁷ İZVEREN, s.109; EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.25.

²²⁸⁸ İşverene sağladığı ekonomik fayda ile kıyaslandığında işverene büyük bir ekonomik yarar sağlamayıp işçinin geleceği bakımından önem arz eden bir buluş üzerinde işverene hak tanımının hakkaniyete açıkça aykırı olabileceği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, *Fikri Haklar*, s.194.

²²⁸⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.900; ERTÜRK, *Temel Haklar*, s.72.

geçersizliğine yol açmayacak, ancak bu hükmün yerine toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan ücret geçecektir²²⁹⁰.

5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.92/1, c.2 hükmü uyarınca; *"Bu Kanunda yer alan sigorta hal ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vezgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir"*. Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere sigortalı olmak bir hak olmakla birlikte aynı zamanda bir yükümlülüktür ve bu nedenle kişinin istediğinden bağımsız olarak belirli koşulların gerçekleşmesi ile sigortalı niteliği kazanılmaktadır²²⁹¹. Sosyal güvenlik hukuku birçok emredici hükümlerle donatılmıştır. Sözünü ettiğimiz hüküm de kamu düzenine ilişkindir²²⁹². Bu nedenledir ki, tarafların aralarında anlaşarak bu hükmü bertaraf etmeleri mümkün değildir. Her nasılsa taraflar arasında bu şekilde bir anlaşma yapılmış ise söz konusu hüküm geçersiz olacak fakat iş sözleşmesinin tamamının geçersizliğinden söz edilemeyecektir.

Yargıtay da verdiği kararlarda aynı yönde sonuca ulaşmaktadır. Yargıtay eski tarihli bir kararında²²⁹³ şu ifadelere yer vermiştir: *"Olayda sözü edilen mukaveledeki ücret miktarı, yönetmelik gereğince bâtil olmuş ve fakat hizmete devam edildiğinden bu ücret yerine, yönetmelikte tesbit edilen ücret geçmiştir. Davalı şirketin uçakla taşıma işi devam ettiğine göre, bu şart yönünden akdin tamamının bâtil olduğunu kabul etmek mümkün değildir. O hâlde yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yapılan hizmetlere yeni ücretin uygulanarak davacının alacağını tesbit olunması ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, davacının hizmete ve eski ücretini almaya devam ettiğinden bahisle ve kamu düzenine aykırı surette yazılı olduğu şekilde davanın reddi yolunda hüküm tesisi yasaya aykırıdır..."*.

Ayrıca belirtelim ki, TBK m.115 hükmünde *"Sorumsuzluk Anlaşmaları"* düzenlenmiştir. Buna göre taraflar yapacakları anlaşma ile borçlunun sorumluluğunu daraltabilirler ve kural, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak geçersiz sayılacaktır. Bu durumda da TBK m.27/2'ye dayanılarak sözleşmenin tamamının geçersizliği ileri sürülemeyecek, sadece sorumluluğu daraltan kayıt geçersiz olacaktır²²⁹⁴. Maddenin ikinci fıkrası çalışma konumuz bağlamında ayrıca önem arz etmektedir. Söz konusu

²²⁹⁰ EKONOMİ, *Nichtigkeit*, s.26.

²²⁹¹ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.154; TUNCAY/EKMEKÇİ/GÜLVER, s.152.

²²⁹² GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.155; TUNCAY/EKMEKÇİ/GÜLVER, s.152. Ayrıca bkz. Yarg. 10. H.D., 16.10.2019, E.2017/5321, K.2019/7553.

²²⁹³ YTD, 29.06.1972, E.2241, K.3247, Resmi Kararlar Dergisi, 1972/9-10, s.408; TUNÇOMAĞ, *Türk Borçlar Hukuku*, s.263.

²²⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.431 vd.

fıkarda borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşmanın kesin olarak geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlü olan işveren işçilerle önceden yapacağı iş sözleşmelerine iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden bazılarını almamak yönünde anlaşmış ve sonradan meydana gelen bir iş kazasında söz konusu sorumsuzluk anlaşmasını ileri sürmüş ise bu anlaşma geçersiz kabul edilecektir.

Öğretide her ne kadar hükmün lafzından hem işçi hem de işveren aleyhine sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olacağı anlamı çıksa da hükmün getiriliş amacının zayıf durumda olan kişiyi korumak olduğu için bundan sadece iş sözleşmesinin işçi tarafının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir²²⁹⁵. İşveren aleyhine getirilen sorumsuzluk şartının geçersiz sayılması durumunda, işçi lehine olabilecek bir sözleşme hükmünün geçersiz olacağı ve bunun da kabul edilebilir bir sonuç olmayacağı belirtilmiştir²²⁹⁶. *Oğuzman/Öz*, madde metni düzeltilinceye kadar, burada örtülü bir boşluk bulunduğu kabulü ile sadece işçi aleyhine hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz olup, işveren aleyhine olan kayıtlar ise geçerli sayılmalı görüşündedir²²⁹⁷. *Öğüz* ise²²⁹⁸ düzenlemenin yasa koyucunun amacına aykırı olduğunu belirtmekle beraber iş sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması sebebiyle TBK m.115/2 hükmünün işçi lehine yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını da kapsadığını ifade etmektedir.

Kanaatimizce işveren aleyhine getirilen sorumsuzluk kayıtlarının geçersizliği sonucuna varılmamalıdır. Basiretli davranması gereken işverenin kendi aleyhine sözleşmeye koymuş olduğu sorumsuzluk şartına ilişkin kaydın geçersiz sayılması, hükmün “zayıf tarafı koruma” amacına aykırı olacaktır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 100. maddesi uyarınca; sorumsuzluk anlaşmasında aleyhine hüküm konulan kişinin diğer tarafın hizmetinde olması hâlinde söz konusu kayıt geçersiz sayılacaktır. Bu bağlamda işveren lehine öngörülmüş olan

²²⁹⁵ **EREN**, s.1221. TBK m.400 hükmünün ilk fıkrasında işçinin, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olacağı ifade edildikten sonra ikinci fıkrasında ise bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve niteliklerinin göz önünde tutulacağı ifa edilmiştir. Bu hükme istinaden öğretide özenli bir işçinin bile ara sıra hata yapmasının olağan görüldüğü zarar yatkın işler bakımından işçinin hafif ihmâlinde sorumlu tutulmamasına yönelik sorumsuzluk anlaşmalarının yapılabileceği belirtilmiştir. **SÜZEK**, İş Hukuku, s.358.

²²⁹⁶ **ATASOY**, s.108.

²²⁹⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.434.

²²⁹⁸ **ÖĞÜZ**, *Geçersizlik*, s.109.

sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliği ileri sürülebilecektir. İsviçre Hukuku'nda kesin geçersizlik kararını verme konusunda ayrıca hâkime takdir hakkı tanınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 414. madde hükmünde işverenin, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemek zorunda olacağı ifade edilmiştir²²⁹⁹. Aynı maddenin son fıkrasında ise zorunlu harcamaların kısmen yahut tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda taraflarca imzalanan sözleşmede bu tarz hükümlerin bulunması hâlinde kısmi geçersizlik yaptırımı ile karşılaşılacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m.420 hükmünde ifade edildiği üzere, iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulları da geçersiz olacaktır. Bu takdirde uygulanacak yaptırım yine kısmi geçersizlik yaptırımı olacaktır. İş sözleşmelerine işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olması için, önemli olan söz konusu ceza koşulunun sadece işçi aleyhine öngörülüp öngörülmediğidir²³⁰⁰.

Toplu iş sözleşmelerinin emredici etkisi yani toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı olamayacağı ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin alacağı yönündeki kural (STİSK m.36) iş sözleşmelerinin içeriğinin toplu iş sözleşmeleri ile de sınırlandırılabilmesinin göstergesidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, iş sözleşmesi hükmünün yerini toplu iş sözleşmesi hükmünün alması durumunda geçersizlik yaptırımının sadece o hüküm bakımından uygulanacak olmasıdır²³⁰¹.

²²⁹⁹ Söz konusu maddenin eleştirisi için bkz. **EKMEKÇİ** Ömer, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, Mart 2009, s.26.

²³⁰⁰ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.751 vd.; **EKMEKÇİ**, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı*, s.28. Bu noktada ifade edelim ki TBK m.420 hükmünde belirtilen iş sözleşmelerinde işçi aleyhine cezai şart olmayacağına yönelik kural, rekabet yasağı sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şartlar bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Zira bu durumda işverenin hangi yükümlülüğüne aykırı davranışı için cezai şart getirileceği sorusu cevapsız kalmakta, karşılıklı bir yükümlülük bulunmadığından bu durumda karşılıklı cezai şarttan da bahsedilemeyecektir. **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.474; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", s.954; **ÖZKARACA** Ercüment, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Kongresi, 19-21 Nisan 2018, Ed.: Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2021, s.353; **ÖZKARACA**, Cezai Şart, s.6; **YAYVAK NAMLI**, Cezai Şart, s.323.

²³⁰¹ **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s. 171 vd. Toplu iş sözleşmesinin doğrudan doğruya etkisi gereği, iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususların yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin alacak olması sebebiyle toplu iş sözleşmesi ile sözleşme özgürlüğü ilkesi iş sözleşmesi alanında sınırlandırılmakta ise de bu sınırlamanın amacı işçi ve işveren ilişkilerinde dirliğin sağlanmasıdır. **ESENER/GÜNDOĞDU**, s.217.

Alman Hukuku'nda §138 BGB hükmü uyarınca ahlâka aykırılık ve bununla bağlantılı olarak aşırı yararlanma da sözleşmenin geçersizliğine yol açmaktadır²³⁰². Bu tür hukuki işlemler §138 BGB hükmü uyarınca ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılacaktır. Fakat bu durumda sözleşmesinin tamamını geçersiz saymanın işçiyi zayıf duruma düşüreceği kabul edilmektedir²³⁰³. Bu nedenle sadece ahlâka aykırı olan kısım geçersiz kabul edilecektir. Ahlâka aykırılık sadece sözleşmenin tamamının geçersizliği ile giderilebiliyorsa, o durumda sözleşmeyi tamamen geçersiz saymak gerekecektir²³⁰⁴. Yani iş ilişkisinin tamamen geçersiz sayılabilmesi için sözleşmeye dayalı olarak karşılaştırılan hizmetin bir bütün olarak ahlâka aykırı olması gerekmektedir²³⁰⁵. Bu duruma örnek olarak ahlâka açıkça aykırı hizmet olan sahnede cinsel ilişkiye girmeye yönelik bir sözleşme gösterilebilir²³⁰⁶. Onun dışında, ahlâka aykırı bir anlaşma, kendi içinde kınanması gereken sözleşmeden ayrılabiliriyorsa -aşırı yararlanma örneğinde olduğu gibi- bu takdirde sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmamalıdır²³⁰⁷. Bu durumda da Alman Hukuku'nda boşluk §612/2 BGB hükmü ile doldurulacak, ücretin miktarı belirsizse, o meslek grubu için bir ücret tarifesi belirlenmişse o ücret, aksi durumda emsal ücret karşılaştırılmış sayılacaktır.

İş sözleşmesinde işçinin haftalık 48 saatlik üstünde bir çalışma süresinin belirlenmesi hâlinde iş sözleşmesinin bir bütün olarak değil, kısmen geçersizliği gündeme gelecektir²³⁰⁸. Alman Federal İş Mahkemesi 2016 yılında verdiği kararda Çalışma Saatlerine İlişkin Kanun'un 3. maddesinin ihlâlinin sözleşmenin bir bütün olarak geçersizliğine değil kısmen geçersizliğine yol açacağını ve sözleşmenin kanunun izin verdiği çalışma saatleri ile sınırlı olarak kurulmuş varsayılacağını belirtmiştir²³⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku'na göre vergi ve sosyal güvenlik prim yükümlülüklerine aykırı olarak sözleşme kurulması durumunda, Kayıtdışı Çalışma ve Yasadışı İstihdamla Mücadele Kanunu (*Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung: SchwarzArbG*) ihlâl edilmiş olacak ve sorumluluk doğacaktır. Alman öğretisinde sosyal güvenlik primlerinin ve vergilerin ödenmemesinin karşılaştırıldığı bir

²³⁰² KAMANABROU, Rn.776.

²³⁰³ KAMANABROU, Rn.776; KRAUSE, s.143.

²³⁰⁴ KAMANABROU, Rn.776.

²³⁰⁵ REICHOLD, §7, Rn.42.

²³⁰⁶ REICHOLD, §7, Rn.42; KAMANABROU, Rn.776; Kasseler Handbuch/LEINEMANN, Rn.551; BROX/RÜTHERS/HENSSLER, Rn.189.

²³⁰⁷ STAUDINGER/FISCHINGER, §138 BGB, Rn.586.

²³⁰⁸ MhdB ArbR /BENECKE, §32, Rn.36.

²³⁰⁹ BAG, Urt. v. 24.08.2016- 5 AZR 129/16 (LAG Baden- Württemberg, Urt. v. 04.12.2015 – 9 Sa 12/15), NZA 1/2017, s.58 vd.

sözleşmede -kayıt dışı çalışma- sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmayacağı, vergi ve sosyal güvenlik primlerinin ödenmemesine ilişkin sözleşme hükmünün geçersiz kabul edileceği ifade edilmektedir²³¹⁰. Böylece ilgili yasakları içeren kanunların koruyucu amacı karşılanmış olacaktır²³¹¹. Zira sözleşmenin tamamının geçersizliği sadece işçi için olumsuz sonuçlar doğuracak, bu durum da Kayıtdışı Çalışma ve Yasadışı İstihdamla Mücadele Kanunu'nun amacı ile bağdaşmayacaktır²³¹². Vergi ve sosyal güvenlik prim bildirim yükümlülükleri istihdamı engellemeyi değil, kamu yararına vergi yükümlülüğü altına sokmayı amaçlamaktadır²³¹³. Bu durumda iş sözleşmesi tamamen geçersiz sayılmayacaktır²³¹⁴.

Özellikle ceza hukuku normlarından kaynaklanan yükümlükler, iş sözleşmesinin tamamının geçersiz olmasını gerektirmemekte, bu durumda da vergi ve sosyal güvenlik katkı payı ödememe anlaşmasının geçersizliği gündeme gelmektedir²³¹⁵. Aksi, yani sözleşmenin tamamının geçersiz kabul edilmesi hâli, sözleşmenin ana amacının vergi ve vergi kaçakçılığı ile ilgili olması durumunda mümkündür²³¹⁶. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kayıt dışı çalışma (*Schwarzarbeit*) kara para sözleşmesinden (*Schwarzgeldabrede*) ayırt edilmelidir.

B. Kısmi Geçersizliğin Subjektif Şartının İş Sözleşmeleri Açısından Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu m.27/2 hükmü uyarınca sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyecekse de Kanun bu kuralın istisnasını da belirtmiştir. Geçersiz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı geçersiz olacaktır (TBK m.27/2, c.2). Kısmi geçersizlik

²³¹⁰ KAMANABROU, Rn.770; DÜTZ Wilhelm/THÜSING Gregor, Arbeitsrecht, 26. Auflage, C.H.Beck, 2021, §3, Rn.123, s.62; HK-ArbR/KREUDER/MATTHIESSEN-KREUDER, BGB §611, 611a, Rn.182, s.1340; SCHAUB/LINCK, §34, Rn.19.

²³¹¹ BAG 26.02.2003 – 5 AZR 690/01, (Vorinstanz: LAG Düsseldorf, Urt. v. 24.10.2001 – 12 Sa 958/01), Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts 105, 2004, s.187-194; NZA Heft 6, 2004, s.314. Mahkemenin verdiği kararda, kanuni bir hükmün ihlâlinin hukuki sonuçlarının, yasaklama normunun amacına göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. NK-GA/MESTWERDT, §611 BGB, Rn.393.

²³¹² REICHOLD, §7, Rn.41.

²³¹³ REICHOLD, §7, Rn.41.

²³¹⁴ REICHOLD, §7, Rn.41. BAG 26.02.2003 – 5 AZR 690/01, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts 105, 2004, s.187; NZA Heft 6, 2004, s.313.

²³¹⁵ REICHOLD, §7, Rn.41; ErfK/PREIS, §611a BGB, Rn.342.

²³¹⁶ ErfK/PREIS, BGB §611a, Rn.342 f.

için aranan taraf iradesine ilişkin bu şart, kısmi geçersizliğin sübjektif şartı olarak ele alınmaktadır²³¹⁷.

Farazi iradenin belirlenmesi bakımından esas alınacak ölçüt öncelikle tarafların sözleşmenin kurulduğu sıradaki fiili-psikolojik iradeleri olmakla beraber bunun tespit edilememesi durumunda ise sözleşme taraflarının doğru ve dürüst davranan kişiler olarak sözleşmeyi yapip yapmayacakları düşüncesinden hareketle bir değerlendirme yapılacaktır²³¹⁸.

Geçersizlik yaptırımının öngörüldüğü kanun hükmünün amacı veya dürüstlük kuralı gerektirdiği takdirde, taraflardan birinin söz konusu hükmün geçersiz sayılacağını bilseydi o sözleşmeyi yapmayacak olduğu yönündeki iddiası dinlenmeyecek ve farazi iradelere bakılmaksızın kısmi geçersizlik yaptırımı uygulama alanı bulacaktır²³¹⁹. Yine ifade edelim ki, sözleşmenin tamamının geçersizliğini iddia eden taraf, sözleşen tarafların farazi iradesinin de bu yönde olduğunu ispatlamakla yükümlüdür²³²⁰.

Tarafların farazi iradelerinin önem arz ettiği yukarıda yaptığımız açıklamaların iş sözleşmelerinde kısmi geçersizlik durumunda ne gibi farklılıklar arz edeceği üzerinde durmakta fayda vardır.

Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde günlük oniki saat çalışılacağına ilişkin bir hükmün bulunduğu varsayımında, kanun gereği günlük çalışma süresinin en çok onbir saat olması sebebi ile söz konusu sözleşme hükmü onbir saat olarak kabul edilip, sözleşmenin tamamen geçersizliği gündeme gelmeyecektir. Bu durumda kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. İşverenin kanunun sözünü ettiğimiz hükmüne dayanarak bu şart olmasaydı iş sözleşmesini yapmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmenin tamamının geçersizliğini iddia etmesi mümkün olabilecek midir sorusuna olumsuz yanıt vermek gerekecektir²³²¹. İş

²³¹⁷ **EREN**, s.385; **KIRKBEŞOĞLU**, s.189 vd.; **AKKURT**, s.121; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.311; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.328. Konunun toplu iş sözleşmeleri açısından incelenmesi için ayrıca bkz. **CİVAN**, *Kısmi Geçersizlik*, s.221 vd.

²³¹⁸ **HUGUENIN**, OR, Rn.435; **CİVAN**, *Kısmi Geçersizlik*, s.218.

²³¹⁹ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.351; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.313; **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.367; **KIRKBEŞOĞLU**, s.206.

²³²⁰ **CİVAN**, *Kısmi Geçersizlik*, s.219; **BK-KRAMER**, Art. 19-20 OR, Rn. 329; **BSK OR I-HUGUENIN/MEISE**, Art.19/20, Rn.71.

²³²¹ İş güvenliği kurallarına aykırı davranışıyla sözleşmenin geçersizliği sonucunu yaratan işverenin, geçersiz hüküm olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağına ilişkin farazi iradesinin dikkate alınmayacağı ve bu durumun iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. **SÜZEK**, İş Güvenliği, s.185. Kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması için gerekli olan farazi iradelerin uyuşması şartın işçiyi koruyucu hükümlerin söz konusu olduğu durumlarda işçinin talebi ile kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği, bu durumda işverenin farazi iradesinin dikkate alınmaması gerektiği yönünde bkz. **BAYCIK** Gaye, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması,

sözleşmelerinde kural olarak menfaatlerin uygun bir şekilde dengelenmesi, işçinin sözleşmenin kalan hükümler ile devam etmesindeki menfaatinin, işverenin sözleşmenin tamamen geçersiz sayılmasındaki menfaatine göre daha önemli olduğu sonucunu doğurmaktadır²³²².

TBK m.430/3 hükmü uyarınca; *“Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder”*. Taraflar on yıldan daha uzun süreli bir iş sözleşmesi yapsalar dâhi m.430/3 hükmü devreye girecek ve ihbar sürelerine uyarak sözleşmeyi feshetme hakkı bulunacaktır. Bu durumda da tarafların farazî iradeleri dikkate alınmaksızın kanunla düzenlenmiş olan emredici hüküm uygulanacaktır. Zira öğretide genel görüş geçersiz sözleşme kaydının yerine emredici hükümlerin geçtiği değiştirilmiş kısmi geçersizlik durumunda TBK m.27/2, c.2 uygulanmayacaktır²³²³.

TBK m.25 hükmü gerekçesinde ifade edildiği üzere içerik denetimine takılan genel işlem koşulları açısından kısmi geçersizliğin tarafların farazi iradelerinin dikkate alınmasını öngören subjektif koşul kaldırılmıştır²³²⁴. Öğretide isabetle genel iş koşulları bakımından da aynı değerlendirmenin geçerli olması gerektiği, geçersiz olduğu tespit edilen sözleşme hükmüne sözleşme yapılırken yer verilmemiş olsaydı, zaten bu hükümlerin yerini mutlak ve nispi emredici hükümlerin alacağı ifade edilmiştir²³²⁵. Söz konusu hâlde tarafların sözleşmenin emredici hükümler yoluyla düzeltilmiş hâliyle sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilemez²³²⁶. Bu nedenle de öğretide de belirtildiği üzere iş sözleşmeleri bakımından tarafların farazi iradeleri dikkate alınmaksızın kısmi geçersizlik yaptırımını uygulama alanı bulabilecektir²³²⁷ ve iş

Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, Seminer, Ankara, 01-02 Aralık 2017, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.167.

²³²² DÄUBLER/DEINERT/WALSER, §306 BGB, Rn.30.

²³²³ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.341 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.712; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.156 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kısmi Hükümsüzlük, s.29 vd.; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.218 vd. Ayrıca bkz. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.31.

²³²⁴ Öğretide madde gerekçelerinin hâkim için bağlayıcı olmaması sebebi ile olması gereken hukuk açısından gerekçede arzu edilen yaptırım ve sonuçların kanununda açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. ATAMER, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s.62 vd.

²³²⁵ CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.219. Tarafların farazi iradesi dikkate alınarak sözleşmenin geçersiz sayılmasının sadece korunan tarafa tanınabilecek bir imkân olduğu ve işçinin de söz konusu hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmekle yükümlü olduğu yönünde bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.313; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368; SÜZEK, Geçersizlik, s.140.

²³²⁶ CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.219.

²³²⁷ SÜZEK, Geçersizlik, s.140; SÜZEK, Hukuka Aykırılık, s.89; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.367 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s.36; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.219. Sözleşme imzalanırken müzakere gücünü elinde bulunduran üst düzey yöneticileri açısından da konuyu ele alan Civan, bu kişiler açısından da farazi iradelere gidilmeksizin kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiğini zira bu kişilerin de iş mevzuatı hükümlerine tâbi ve diğer işçilerle aynı yasal düzenleme kapsamında yer aldıklarını belirtmektedir. CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.221; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.31.

sözleşmesi yürürlükte kalacaktır. Zira sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması ile işçiye koruma amacıyla getirilmiş hükümlerin işçi aleyhine sonuç doğurması gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmış olacak, işçi işini kaybedecek, buna karşılık özellikle işsizlik oranının yüksek olduğu ülkeler bakımından işveren kolayca yeni bir işçi ile sözleşme imzalayabilecektir²³²⁸. Bu nedenle kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanarak iş sözleşmesinin devamının sağlanması işçinin korunması amacına hizmet edecektir²³²⁹. Örneğin işveren işçi ile yaptığı sözleşmeye ağır kusurundan doğacak iş kazalarından dâhi sorumlu olmayacağı yönünde bir hüküm koymuş ise, bu hüküm olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecektir²³³⁰. Aksi yorum hükmün koruma amacına ters düşecektir.

İşçinin korunması gayesiyle getirilen hükümlerin işçinin işini kaybetmesine yol açmaması gerekmektedir²³³¹. Bu nedenledir ki, iş sözleşmesinin tamamen geçersiz sayılması imkânının kural olarak sadece işçiye tanınması gerektiği ifade edilmektedir²³³². İşçi ise bu hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmak zorundadır²³³³. Ancak söz konusu geçersizlik özel olarak üzerinde anlaşılan hususu değil sözleşmenin tamamını etkiliyorsa bu durumda sözleşme tamamen geçersiz olacaktır²³³⁴.

Yargıtay eski tarihli bir kararında²³³⁵ işçinin on saat çalışmasına ilişkin sözleşme maddesini İş Kanunu'na aykırı görerek kısmi geçersizlik yaptırımını uygulamış, işçinin gördüğü işe göre ücretin sekiz saat üzerinden hesaplanması gerektiğini belirtmiştir.

Daha sonra açıklayacağımız üzere²³³⁶, öğretide ihlâl edilen hüküm ile korunmak istenen tarafa, sözleşmenin tamamen geçersiz kılınması konusunda seçim hakkı tanınması gerektiği, değiştirilmiş kısmi geçersizlik ile genişletilmiş kısmi geçersizliğin bir arada bulunduğu hâllerde sözleşmenin değiştirilmiş içeriği ile ayakta kalmasının kimi zaman hükmün amacına aykırılık

²³²⁸ REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.139.

²³²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.351; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.313; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368; BAYCIK, Karar Değerlendirme 2016, s.167; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.190 vd.; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.217; AKIN, s.93.

²³³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.190 vd.

²³³¹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368.

²³³² CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.219.

²³³³ CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.219.

²³³⁴ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art.320, Rn.31.

²³³⁵ “Söz konusu şartın hiç değilse sekiz saatlik ücretin hesabı için muteber sayılması, İş Kanunu’nun her şeyden evvel işçi menfaatlerini koruma gayesine uygun düşmeyecektir. Burada butlan hükmü işçiye korumak maksadıyla kabul edilmiş olduğu cihetle, işverenin bunu ileri sürerek kendi lehine bir hukuki netice elde etmek istemesi, hakkın gayesine aykırı bir şekilde kullanılması mahiyetini arzedeceği cihetle, işverenin işçiye karşı bu butlana dayanması MK. 2 nci maddesi hükmüne aykırı düşer ise, bu durumdaki şartın muteber yollu iddiaya dayanak olmaz”. Yarg. 4. H.D., 13.05.1958, E.3154, K.3154. Karar için bkz. REİSOĞLU, Hizmet Akdi, s.141.

²³³⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, III, C.

teşkil edebileceği kimi zaman da karşı tarafın nasıl olsa sözleşmenin değiştirilmiş içeriği ile devam edeceği güvencesi ile söz konusu hükmü ihlâl etmekten kaçınmayabileceği ifade edilmiştir²³³⁷.

Alman Medeni Kanunu'nda kısmi geçersizliğin (*Teilnichtigkeit*) düzenlendiği §139 BGB hükmü uyarınca, hukuki işlemin bir kısmı geçersiz ise bütün hukuki işlem kesin geçersizdir, meğer ki kesin geçersiz olan kısım olmaksızın dâhi hukuki işlemin yapılacağı varsayılın. Bu durumda, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması, sözleşmenin tamamen geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Fakat Alman öğretisinde de iş sözleşmesindeki tek bir hükmün geçersizliği nedeniyle tüm sözleşmenin geçersiz kabul edilmesinin işçiyi koruma ilkesi ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir²³³⁸. Bu nedenle iş sözleşmeleri bakımından kısmi geçersizlik söz konusu olduğunda kural olarak sözleşmenin tamamının değil, bir kısmının geçersizliği kabul edilmeli ve sözleşme varlığını korumalıdır. Aksi takdirde ihlâl edilen emredici hükümle korunması amaçlanan işçi, koruyucu normdan daha fazla zarar görmüş olacaktır²³³⁹. Örneğin yasal çalışma sürelerini ihlâl eden bir sözleşme söz konusu olduğunda sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmayacaktır²³⁴⁰. Sözleşmenin kanuna aykırılık, ahlâka aykırılık yahut başka herhangi bir sebeple geçersiz olması durumunda, geçersizliğe sebep olan bu hükümler yok sayıldığında, sözleşme hâlen anlamlı bir bütün oluşturuyor ise sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır²³⁴¹.

Son olarak belirtelim ki, TBK m.27/2 hükmü emredici nitelik taşımadığı için taraflar kural olarak kendi aralarında “*hükümsüzlük anlaşması*” olarak nitelendirilen bir anlaşma yaparak kısmi geçersizlik yerine tam geçersizliği kararlaştırmış yahut sözleşmenin her durumda geçerli olacağını kabul etmiş ya da geçersiz sözleşme kayıtları yerine kendilerinin öngördüğü başka hükümlerin geçeceğini kararlaştırmış olabilirler²³⁴². Öğretide isabetle işverenin bu yönde bir sözleşme hükmüne yer vermesi durumunda TBK m.27/2 hükmünden sapan hükümsüzlük anlaşmalarının geçersiz olması gerektiği, zira bu yöndeki anlaşmalara geçerlilik tanınmanın

²³³⁷ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.338 vd., s.345 vd.

²³³⁸ PREIS/TEMMING, Rn.969; FISCHINGER, §4, Rn.193; SCHAUB/LINCK, §34, Rn.20. Ayrıca bkz. BECKMANN Roland Michael, Nichtigkeit und Personenschutz, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, s.223.

²³³⁹ BECKMANN, s.223.

²³⁴⁰ WALTERMANN, §9, Rn.174.

²³⁴¹ PREIS/TEMMING, Rn.969. Ayrıca bkz. BAG v. 12.10.1960 – Gr. Senat 1/59 (3 AZR 65/56), NJW 1961, s.798.

²³⁴² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.601; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.314.

işverenin menfaatine hizmet edeceği ve genel iş koşullarının geçersiz sayılması riskinin işçiye yükletileceği anlamına geleceği ifade edilmiştir²³⁴³.

C. Kısmi Geçersizliğin Türlerine İş Sözleşmeleri Açısından Bakış

Daha önce ifade ettiğimiz üzere öğretide kısmi geçersizliğin birkaç türünden bahsedilmektedir. İlk olarak basit kısmi geçersizlik türünde geçersiz olan hükümlerin yerine başka hükümler geçmemekte, geçersiz sayılan hükümler hukuken bir değer taşımaksızın sözleşme geri kalan hükümleriyle devam etmektedir²³⁴⁴. Bu bağlamda işçinin yıllık izin hakkından feragat ettiğine yönelik bir sözleşme hükmü²³⁴⁵, işçinin hiçbir zaman kıdem tazminatı talep etmeyeceğine yönelik bir hüküm, yerine başka hüküm geçmesine gerek olmaksızın geçersiz olacaktır.

Değiştirilmiş kısmi geçersizlik (*modifizierte Teilnichtigkeit*) ise sözleşmenin geçersiz olan hükmünün yerine başka bir hükmün ikame edilmesi ve bu yolla da kısmi geçersizliğe sebep olan boşluğun doldurulması olarak ifade edilmektedir²³⁴⁶. Değiştirilmiş kısmi geçersizlik söz konusu olduğunda geçersiz hükmün yerine ikame edilecek hükmün kaynağı emredici yahut tamamlayıcı hukuk kuralları bunların bulunmaması hâlinde de tarafları farazî iradeleri olacaktır²³⁴⁷. Böylece boşluk, tamamlayıcı yorumla doldurulmuş olacaktır²³⁴⁸.

İş hukukunda bir hükümde boşluk bulunması hâlinde pozitif içerikli yasal düzenlemeler sözleşme hükmü yerine geçeceğinden, bir kanun yahut toplu iş sözleşmesi bulunmaması durumunda da işverenin gözetme borcu ile söz konusu boşluk doldurulacağından bu türden bir yaptırıma iş hukukunda sıkça rastlanılmaktadır²³⁴⁹. Örneğin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.36/1 hükmüne göre; “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır*”. Bu hükümle kanunî bir

²³⁴³ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.314 vd. Ayrıca bkz. DÄUBLER/DEINERT/WALSER, §306 BGB, Rn.30.

²³⁴⁴ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.315; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.223; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.338.

²³⁴⁵ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.316.

²³⁴⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s.229; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.53; ÜNAL, Kelepçeleme Sözleşmeleri, s.217; KIRKBEŞOĞLU, s.47 ve s.209; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.223; NOMER, s.68; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.316 vd.; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.369; ATEŞ, Ahlâka Aykırılık, s.288; ŞEKER, s.90; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.604; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.26.

²³⁴⁷ KIRKBEŞOĞLU, s.210; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.316; ANTALYA, s.467; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.339; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.223.

²³⁴⁸ CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.223.

²³⁴⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.351; SÜZEK, *Hukuka Aykırılık*, s.89; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.369; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.317.

değiştirilmiş kısmi geçersizlik hâli düzenlenmiştir²³⁵⁰. Bu hüküm esasen kanunun sözleşmenin zayıf tarafını koruyan düzenlemelere aykırılık hâlinde, tarafların aksi yöndeki farazî iradeleri ile ilgilenmeksizin, geçersiz kısmı değiştirerek yerine konulacak ikame hükmü belirlemiştir²³⁵¹. Bu düzenleme ile normatif hükümlere aykırı olan iş sözleşmesi hükümlerinin, iş sözleşmesinin tamamının geçersizliği sonucunu doğurması engellenmektedir²³⁵².

Çalışma sürelerini ihlâl eden hükümlerin yerine kanun hükümlerinin geçmesi de değiştirilmiş kısmi geçersizliğe örnek olarak gösterilebilir²³⁵³.

TBK m.430/3 hükmü uyarınca; *“Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder”*. Bu nedenle taraflar arasında yapılan sözleşmede on yıl geçtikten sonra fesih hakkını engelleyen bir sözleşme yapılması durumunda kanuna aykırılık sebebi ile değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımını uygulanacaktır.

Sözleşmede yer alan cezai şartın *“her ne koşul olursa olsun”* asgari sürenin ihlâline bağlanmasına ilişkin hüküm de öğretide asgari süreli sözleşmelerde de tarafların haklı nedenle fesih haklarının sözleşmelerle kaldırılmasının kişilik haklarına ve derhal fesih hakkının özüne dokunacağı için haklı olarak eleştirilmiştir²³⁵⁴. *Baycık*, bu durumda sözleşmede yer alan *“her ne koşul olursa olsun”* hükmünün hâkim tarafından değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımını uygulanarak *“haklı neden olmaksızın”* şeklinde uygulanmasının yerinde olacağını belirtmektedir²³⁵⁵.

Daha evvel de değindiğimiz üzere²³⁵⁶, hâkim görüş uyarınca, geçersiz sözleşme kaydının yerine kanunun emredici hükümlerinin geçtiği değiştirilmiş kısmi geçersizlik durumunda, TBK m.27/2, c.2 de düzenlenen *“Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* hükmü uygulama alanı bulamayacaktır²³⁵⁷. Öğretide kanunda ikame emredici hükmün bulunduğu durumlarda her zaman değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımını uygulamaktan ziyade, her emredici hükmün

²³⁵⁰ KIRKBEŞOĞLU, s.210. Ayrıca bkz. AKYİĞİT, İş Hukuku, s.172.

²³⁵¹ KIRKBEŞOĞLU, s.212.

²³⁵² ZİNCİRLİOĞLU ALBAYRAK, s.716; TUTAR, s.105.

²³⁵³ CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.224.

²³⁵⁴ BAYCIK, Karar Değerlendirme 2016, s.166 vd.

²³⁵⁵ BAYCIK, Karar Değerlendirme 2016, s.167.

²³⁵⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, III, B.

²³⁵⁷ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.342 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.712a; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.155. Yazar bu sonucun emredici hükmün niteliğinden kaynaklandığını ifade etmektedir.

anlam ve amacından hareketle sonuca varılması gerektiği, yasal sınırları belirlenmiş emredici hükümle korunmak istenen tarafın sözleşmenin tamamının geçersizliğini istemesi durumunda hâkimin sözleşmeyi ayakta tutma yönünde karar verememesi gerektiği de ifade edilmiştir²³⁵⁸.

Genişletilmiş kısmi geçersizlik türünde, sözleşmenin bir kısmındaki geçersizlik sözleşmenin diğer hükümlerinin de geçersizliğine yol açmaktadır²³⁵⁹. İş ilişkisinin olabildiğince ayakta kalması temel amaç olduğundan bu şekilde kısmi geçersizlik yaptırımına iş hukukunda pek rastlanmamaktadır²³⁶⁰.

Öğretide kimi yazarlar emredici hükümlere aykırılık nedeni ile kısmi geçersizliğin meydana gelmesi durumunda TBK m.27/2 uyarınca tarafların sözleşmenin tamamının geçersizliği yönündeki iddialarının genişletilmiş geçersizlik durumunda dikkate alınmaması gerektiğini savunmaktadırlar²³⁶¹. Öğretide kısmi geçersizlik nedeniyle geçersiz olan hükmün yerine ikame edilecek emredici hüküm bulunması durumunda da genişletilmiş kısmi geçersizliğin uygulanabileceği görüşünden hareketle söz konusu görüşün aksini savunan olan *Akbulut*'un²³⁶² konuya ilişkin vermiş olduğu örneğe değinmek gerekirse²³⁶³, TBK m.115/2 düzenlemesine²³⁶⁴ aykırı olacak şekilde iş sözleşmesinde işveren lehine bir sorumsuzluk anlaşmasına yer verilmiş, ancak işveren sorumsuzluk anlaşması (örneğin ağır kusurundan işverenin sorumlu olmayacağı yönünde bir anlaşma) yaptığı işçiye, aynı işi yapan işçilere oranla çok daha yüksek oranda bir ücret vermiş ise hâkim TBK m.114/1 hükmünü²³⁶⁵ ikame edip işverenin tüm kusurlarından sorumlu olacağına karar verecek ve yazara göre bu durumda TBK m.27/2 hükmünün amaca

²³⁵⁸ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.345 vd. Konuya ilişkin görüşler için ayrıca bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s.212; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.155 vd.

²³⁵⁹ **OĞUZMAN/BARLAS**, s.230; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.606; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.172; **ATEŞ**, Ahlâka Aykırılık, s.294; **ŞEKER**, s.90; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.317; **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.355; **KIRKBEŞOĞLU**, s.215.

²³⁶⁰ **DOĞAN YENİSEY**, Emredici Yapı, s.368; **CİVAN**, Genel İş Koşulları, s.317. Ayrıca bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s.218.

²³⁶¹ Bu görüşteki yazarlar ve tartışmalar için bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s.217. Konuya ilişkin olarak bkz. **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.358.

²³⁶² Yazar sözleşmedeki geçersizliğin emredici yahut tamamlayıcı hüküm ile ikame edilmesi hâlinde de değiştirilmiş kısmi geçersizlik ile genişletilmiş kısmi geçersizliğin bir arada uygulanabileceği görüşündedir. Yazara göre kısmi geçersizlik sonucunda sözleşmedeki edimlerden birinin miktarının yahut bedelinin düzeltilmesi, kimi zaman sözleşmedeki başka bir kayda etki ederek onun da değiştirilmesini gerekli kılabilir. **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.357. Ayrıca bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s.218. Buna karşılık öğretideki baskın görüş sözleşmedeki boşluğun emredici ya da tamamlayıcı hükümlerle doldurulduğu durumlarda genişletilmiş kısmi geçersizlik ile değiştirilmiş kısmi geçersizlik bir arada bulunamaz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Kısmi Hükümsüzlük, s.33; **BAŞPINAR**, Kısmi Butlan, s.174.

²³⁶³ **AKBULUT**, Amaca Uygun Sınırlama, s.358.

²³⁶⁴ Söz konusu hüküm uyarınca; "Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür".

²³⁶⁵ Söz konusu hüküm uyarınca: "Borçlu genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir".

uygun sınırlanması sonucunda işçi sözleşmenin tamamının geçersizliğini de talep edebilecektir. Hâkimin tarafların farazî iradeleri doğrultusunda işçinin ücreti bakımından da genişletilmiş kısmi geçersizlik yaptırımını uyguladığı takdirde işçi düşük ücretle çalışmak zorunda kalacağı için, işçiye seçimlik hak olarak sözleşmenin tamamının geçersizliğini talep edebilme hakkı tanınmalıdır.

Geçerliliği koruyan indirgeme (*Geltungserhaltende Reduktion*) olarak adlandırılan ayrıca “düşey kısmi geçersizlik” olarak da ifade edilen yaptırım türü ise kanunda emredici olarak alt ve üst sınırların belirlendiği yahut hâkime caiz olan sınıra indirme, yükseltme, sınırlama konusunda takdir yetkisinin verildiği durumlarda söz konusu olmaktadır²³⁶⁶. Belirtelim ki öğretide bazı yazarlar geçerliliği koruyan indirgeme olarak adlandırılan yaptırım türünün esasen değiştirilmiş kısmi geçersizlikten bir farkı olmadığını, örneğin yasada üst sınır belirlendiği durumlarda sözleşmedeki sakat kaydın tamamen geçersiz olacağını, geçersiz hüküm yerine de yasada belirtilen emredici hükmün geçeceğini ifade etmektedirler²³⁶⁷.

İşçinin aylık ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğine yönelik İş Kanunu m.35 hükmüne aykırı olarak bu oran iş sözleşmesine konulan hükümle dörtte birden fazla olarak belirlenmiş ise aşırı düzenleme hâkim tarafından yasal sınıra indirilecektir²³⁶⁸. Aynı şekilde ücretin asgari sınırın altında belirlendiği durumlarda ücret asgari ücret sınırına yükseltilecektir²³⁶⁹. Yıllık izin sürelerinin kanunda öngörülenden daha kısa belirlenmesi durumunda da bu süreler kanunda öngörülen sürelerle yükseltilecektir²³⁷⁰. Toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı bir işyerinde deneme süresi iki aydan daha fazla belirlenmiş ise, söz konusu sözleşme hükmü de yasal sınıra indirilerek sözleşme geçerliliğini koruyacaktır²³⁷¹. Öğretide Civan, her ne kadar değiştirilmiş kısmi geçersizlik ile geçerliliği koruyan indirgeme yaptırımlarının doğurduğu sonuç bakımından çoğunlukla fark olmasa da iş sözleşmeleri açısından geçerliliği koruyan indirgeme yaptırımının değil, değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanmasının daha isabetli olacağı kanısındadır. Bu durumda toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı bir işyerinde deneme süresinin iki ayın üzerinde belirlenmesi

²³⁶⁶ KIRKBEŞOĞLU, s.37 vd. ve s. 219; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.224; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.369; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.285.

²³⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.706; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.354.

²³⁶⁸ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.369; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318; CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.225.

²³⁶⁹ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.368; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318.

²³⁷⁰ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.318.

²³⁷¹ CİVAN, Kısmi Geçersizlik, s.225.

durumunda deneme kaydı tümüyle geçersiz sayılıp ortaya çıkan boşluk hâkim tarafından iki ay olarak doldurulmalıdır²³⁷².

Genel işlem koşulları açısından geçerliliği koruyan indirgeme yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna da değinen *Civan*, bu soruya da olumsuz cevap vermektedir²³⁷³. Değiştirilmiş kısmi geçersizlik ile geçerliliği koruyan indirgeme arasındaki temel farkın, sözleşmenin bölünebilir kısımlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda ortaya çıktığını belirten yazar, sözleşmenin bölünebilirliğinden anlaşılması gerekenin sözleşme içeriğinde herhangi bir hususu düzenleyen şart, kayıt yahut nokta yani anlaşmalardan her biri olduğu görüşündedir²³⁷⁴. Sözleşmedeki edimin bölünebilir olması sözleşmenin bölünebilir olduğu anlamına gelmeyeceğinden geçerliliği koruyan indirgeme yaptırımı sadece genel iş koşulları açısından değil tüm sözleşme koşulları açısından uygulama alanı bulamayacaktır²³⁷⁵. Sözleşmenin edimler dışında taraflarca kararlaştırılan anlaşmaları da içerdiğine dikkat çeken yazar örneğin sözleşmenin tâbi olduğu süre, rekabet yasağı, fesih gibi hususlara ilişkin anlaşmaların sözleşmenin içeriğini (kısımlarını) oluşturdukları hâlde edim olmadıklarını belirtmektedir²³⁷⁶. Bu bağlamda en yüksek haddi aşan anlaşma bölünmeden bir bütün olarak geçersiz kabul edilecek, geçersiz hükmün yerini ilave anlaşma alacaktır²³⁷⁷. Ayrıca genel işlem koşullarını kullanan taraf yargılama esnasında hâkim tarafından, geçersiz sayılan hükmün geçerli bir düzeyde korunacağını bilirse genel işlem koşullarında geçersiz hükümlere yer vermeme çabası içinde de olmayacaktır²³⁷⁸. Bununla beraber yazar geçerli ve geçersiz kısım olmak üzere lafzî ve nesnel anlamda net bir ayırımın yapılmasının mümkün olduğu sözleşme hükümleri bakımından Alman Hukuku'nda ifade edilen "*Blue-pencil-Test*" kavramına da değinmektedir²³⁷⁹. Alman Hukuku'nda "*Blue-pencil-Test*" olarak ifade edilen kavram uyarınca,

²³⁷² CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.225 vd.

²³⁷³ Yazar, genel iş koşulları açısından kural olarak basit kısmi geçersizlik yaptırımı ile yetinilmesi gerektiği görüşündedir. Ancak hükmün tümüyle geçersiz sayılması sözleşme dengesinin önemli ölçüde bozulması, sözleşmeye devamın dürüstlük kuralı gereği çekilmez hâle gelmesi gibi sonuçlar doğuracaksa geçersiz olan genel iş koşulları ikâme hükümlerle doldurulmalıdır. Yazarın görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.320 vd.; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.232 vd.

²³⁷⁴ Diğer bir görüşe göre ise bölünebilirlikten anlaşılması gereken sözleşme içeriğinin nicelik olarak bölünebilirliği olup sözleşmedeki aşırılık meblağ, oran, süre gibi unsurlara ilişkin olarak ortaya çıkabilir. KIRKBEŞOĞLU, s.137 vd.

²³⁷⁵ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.323; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.226.

²³⁷⁶ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.310.

²³⁷⁷ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.319.

²³⁷⁸ CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.227. Yazar ayrıca TBK m.28 anlamında aşırı yararlanmanın bulunduğu durumlar bakımından da tarafların birbirleri ile uyuşan ortak iradesinden bahsedilemeyeceğini, bu nedenle de geçersiz sözleşme hükmünün doğrudan kanunla öngörülen alt yahut üst sınır esas alınarak geçerli kabul edilmemesi gerektiğini, ortaya çıkan boşluğun piyasa koşullarına uygun ikâme bir sözleşme koşulu oluşturularak doldurulması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.379.

²³⁷⁹ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.323.

sözleşmenin diğer kısımlarının uygulanabilir olması, anlam ve içeriğinin değişmemesi şartıyla hukuken geçersiz olan sözleşme hükümleri üstü çizilerek hükümden çıkarılabilmekte ise sözleşmenin hukuken geçerli olan uygulanabilir hükümlerinin ayakta kalması sağlanmaktadır²³⁸⁰. Bir sözleşme hükmünün bölünebilirliği “*Blue-pencil-Test*” olarak adlandırılan yöntemle, geçersiz olan kısmın çıkarılmasıyla belirlenir. Geride kalan sözleşme hâla anlaşılır ise sözleşme geçerli kalacaktır. Önemli olan maddenin konuya ilişkin birden fazla hüküm içerip içermediği ve kabul edilemez kısmın dil açısından açıkça ayrılabilir olup olmadığıdır²³⁸¹. Bu bağlamda taraflara ihbarsız tazminatsız fesih imkânı veren deneme süreli sözleşmeler bakımından, deneme süresi içinde yapılacak haksız fesihlerde cezai şart ödeneceğine ilişkin bir sözleşme hükmü deneme sürecinin amacı ile bağdaşmayacağı için geçersiz kalacak, fakat sözleşme geçerliliğini koruyacaktır²³⁸².

Öğretide kimi yazarlarca emredici hüküm ile korunmak istenen tarafa, yasada belirtilen üst sınırın aşıldığı hâllerde sözleşmenin tamamının geçersiz kılınması yönünde bir seçim hakkı tanınması gerektiği de ifade edilmektedir²³⁸³. Söz konusu görüşün savunucusu olan yazarlar, sözleşmenin karşı tarafının nasıl olsa yasal sınır geçerli olacak düşüncesi ile sözleşmeyi imzalamasının engellenebileceği gibi zayıf olan tarafın söz konusu sözleşmesel ilişkiye katlanmak zorunda kalmasının da bu yolla engellenebileceğini ifade etmektedir²³⁸⁴. Bu durumda tarafların ortak farazi iradesinin dikkate alınmasını öngören TBK m.27/2, c.2 hükmünün ihlâl edilen hükmün amacı doğrultusunda sınırlandırılması gerektiği diğer tarafın sözleşmenin tamamının geçersizliğine dayanmasının engelleneceği de ifade edilmiştir²³⁸⁵.

D. Sözleşme Boşluğunun Doldurulması

Basit kısmi geçersizlik durumunda ortaya çıkan sözleşme boşluğu evvela varsa kanunun emredici hukuk kurallarıyla yahut tamamlayıcı hukuk kurallarıyla doldurulmalıdır²³⁸⁶. Buna göre örneğin bir yıllık kıdem şartını tamamlayan işçilerin on günlük yıllık izin hakkı olacağı yönündeki iş sözleşmesi hükmü İş Kanunu m.53 hükmü ile doldurulacak ve işçinin on dört gün

²³⁸⁰ Bu kavramın geçmişi 1898 tarihli Nordenfelt- Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co Limited davasına dayanmaktadır. (https://en.wikipedia.org/wiki/Blue_pencil_doctrine)

²³⁸¹ BAG, Urt. v. 21.06.2011- 9 AZR 236/10 (Vorinstanz: LAG Köln, urt. v. 25.01.2010- 2 Sa 996/09), NZA, Heft 22, 2011, s.1279.

²³⁸² CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.217.

²³⁸³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.286; BECKMANN, s.283; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.354.

²³⁸⁴ BECKMANN, s.283; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.286; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.354. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. KIRKBEŞOĞLU, s.253 vd.

²³⁸⁵ AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.354.

²³⁸⁶ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.325; AKBULUT, Amaca Uygun Sınırlama, s.347 vd.

yıllık izin hakkı olacaktır. Tamamlayıcı bir hukuk kuralı olan²³⁸⁷ ve aksine âdet olmadıkça işçiye ücretinin her ayın sonunda ödeneceğine ilişkin TBK m.406 hükmü ise, iş sözleşmesinde işçiye ücretin iki ayda bir ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer alması hâlinde uygulama alanı bulacaktır²³⁸⁸.

İş sözleşmesinin kısmi geçersizliğinin söz konusu olduğu durumda, boşluğun doldurulması için uygulanabilecek bir kanun hükmünün yahut toplu iş sözleşmesi hükmünün bulunmadığı hâllerde boşluk işçiyi gözetme borcu ile doldurulmalıdır²³⁸⁹. Bu bağlamda örneğin çocuk ve genç işçinin taraf olduğu bir iş sözleşmesinde, sözleşmenin bazı hükümlerinin geçersiz olması hâlinde boşluk, aykırılık oluşturduğu kanun hükmüyle; böyle bir hüküm bulunmadığı takdirde ise söz konusu boşluk toplu iş sözleşmesi, genel hükümler veya işverenin işçiyi gözetme borcu doğrultusunda doldurulmalıdır²³⁹⁰. Bu doğrultuda ağır ve tehlikeli bir işte çalışması yasak bir işçiye hafif iş verilmelidir²³⁹¹. Bu bağlamda örneğin gece çalışma yasağı sebebi ile kadın işçinin sözleşmede kararlaştırılan saat aralıklarında çalıştırmasına izin verilmemesi hâlinde işveren tarafından kadın işçinin çalıştığı işyerindeki pozisyonunun değiştirilmesi yahut çalışma saatlerinde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Yargıtay verdiği bir kararında²³⁹² geçersizlik sebebiyle ortaya çıkan boşluğun eşitlik ilkesinin gereklerine göre doldurulması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu karar göre, İş Kanun'un "*Eşit Davranma İlkesi*" kenar başlıklı 5. maddesi Borçlar Kanunu uyarınca emredici niteliktedir ve anılan hükme aykırı sözleşmeler geçersizdir. Geçersizlik sebebiyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

²³⁸⁷ DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.117; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.325.

²³⁸⁸ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.327.

²³⁸⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.351; SÜZEK, *Geçersizlik*, s.140; SÜZEK, İş Güvenliği, s.185; DOĞAN YENİSEY, Emredici Yapı, s.369; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.226; BAKIRCI, s.427; AYKAÇ, s.379. Boşluğun ilk olarak kanun hükmü ile doldurulacağı yönünde BRUNNER / BUHLER / WAEBER / BRUCHEZ, *Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht*, Art.320, s.28.

²³⁹⁰ URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.226; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.111 vd. Ayrıca bkz. REİSOĞLU, *Hizmet Akdi*, s.140.

²³⁹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.351; SÜZEK, İş Güvenliği, s.185; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ/FIRAT ŞİMŞEK, s.112.

²³⁹² Yarg. 9. H.D., 19.10.2010, E.2010/802, K.2010/2984, <https://kazanci.com.tr/> SÜZEK, İş Hukuku, s.351; CİVAN, *Kısmi Geçersizlik*, s.232.

IV. İş Sözleşmesinin İptalinin Hukuki Sonuçları

A. İş Sözleşmesinin İptali Hakkında Genel Bilgi

İş sözleşmesinin sağlıklı olarak kurulabilmesi için, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması sırasındaki irade sakatlığı hâllerinin (yanılma, aldatma ve korkutma) ve aşırı yararlanma durumunun sözleşmenin iptali sonucunu doğurduğunu daha önce ifade etmiştik²³⁹³. Kesin geçersizlik yaptırımından farklı olarak iptal durumunda iptale sebep olan hâl kamu çıkarını ihlâl edici nitelik taşımaktan ziyade sözleşen tarafların özel çıkarlarına ilişkin olup, hak sahibi tarafından iptal hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmaktadır²³⁹⁴. Bu nedenle kural olarak kesin geçersizlik ile iptal yaptırımının hukuki sonuçları, bu yaptırımların sebepleri ve söz konusu geçersizlik hâllerini ileri sürebilecek kişiler birbirinden farklıdır. Buna karşılık Yargıtay vermiş olduğu bir kararında²³⁹⁵ şu ifadeleri kullanmıştır: *“Hizmet sözleşmeleri de tıpkı özel hukuk sözleşmeleri gibi batıl addolunabilir. Başka bir ifade ile özel hukuk sözleşmelerinin butlan sebepleri hizmet sözleşmeleri için de geçerlidir. Bunları dört grupta toplayabiliriz: Şöyle ki tarafların ehliyeti ile ilgili eksiklikler, şekil noksanlıkları, hukuka ve ahlâka aykırılık ve imkânsızlık hâllerinin bulunması durumunda hizmet sözleşmesinin iptali istenebilir...”*. Kararda Yargıtay’ın belirtmiş olduğu sebepler sözleşmenin kesin geçersizliğine ilişkin sebepler olmasına rağmen, bizce isabetsiz bir biçimde, kesin geçersizlik ve iptal kavramları eş anlamlı olarak ifade edilmiştir. Tıpkı iş sözleşmelerinin kesin geçersizliğinde olduğu gibi iş sözleşmeleri bakımından iptalin de ileriye etkili olması bu kavramlar arasında bir fark olmadığı anlamına gelmemektedir. Daha önce belirttiğimiz gibi kesin geçersizlik ve iptal yaptırımları sözleşmelerin geçersizliği başlığı altında incelenmekte olup farklı yaptırım türleridir.

Her şeyden önce tekrar edelim ki, irade sakatlığının bir görünümü olan yanılma hâlinde sözleşmenin iptal edilebilmesi için bu yanılmanın esaslı nitelik taşıması gerekmektedir. Bir iş sözleşmesinde yanılma hükümlerine dayanılabilmesi için her somut olayın ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin renk körlüğü şoför olarak işe alınacak biri için esaslı nitelik arz edecekken, sekreter olarak işe alınacak biri için esaslı nitelik taşımayacaktır. İş hukukunda esaslı yanılma durumunun sözleşmenin feshi sebebini mi

²³⁹³ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 4 ve 6.

²³⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.571.

²³⁹⁵ Yarg. 9. H.D., 17.06.2013, E. 2011/9178, K.2013/18674, <https://legalbank.net/>

yaratacağı yoksa Türk Borçlar Kanunu uyarınca düzenlenen iptal hükümlerinin mi uygulanacağı hususundaki görüşümüzü aşağıda ifade edeceğimizi şimdiden belirtelim²³⁹⁶.

Sadece performans eksikliği sözleşmeyi iptal hakkı veren esaslı yanılma olarak kabul edilemez²³⁹⁷. Alman Federal İş Mahkemesi verdiği kararında çalışanın performansındaki geçici nitelikteki bir düşüşün sözleşmeyi iptal hakkı vermeyeceğini ifade ettikten sonra, eğer performans düşüklüğü kişinin sağlık problemi nedeniyle (işçinin sık sık epilepsi nöbeti geçirmesi gibi) süreklilik arz ediyorsa ve işin ifasını önemli ölçüde engelliyorsa iş hayatı açısından esaslı nitelik arz eden bir durumdan bahsedilebileceğini belirtmiştir²³⁹⁸.

Öğretide iş sözleşmesinin kurulmasında yanılmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması sebebi ile yanılan tarafın sözleşmeyi iptal hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir²³⁹⁹. Buna karşılık *Türe*'ye göre²⁴⁰⁰, esaslı noktalarda aldatmanın haklı nedenle fesih hakkı veren bir hâl olarak düzenlendiği İş Kanunu'nda yanılmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması sebebi ile iptal hakkı verdiğinin kabulü isabetli değildir. Yazar, iş sözleşmesinin kurulmasında temel yanılmasına ilişkin kanunda boşluk olduğunu düşünerek bu boşluğun aldatmanın hüküm ve sonuçlarından hareketle doldurulması gerektiğini savunmaktadır. Gerçekten de İş K. m.24/II, a ve 25/II, a hükümleri aldatmaya iş hukuku açısından bir sonuç bağlamışsa da iş hukukunda esaslı yanılmaya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce de esaslı yanılma hâlinde iş kanunda boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve bu durum da şartları varsa taraflara haklı nedenle fesih imkânı vermelidir.

İş Kanunu'nun "*Derhâl fesih hakkının kullanılma süresi*" kenar başlıklı 26. maddesine göre; 24 ve 25. maddelerde gösterilen ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâllere dayanarak işçi veya işveren taraflarına tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve herhâlde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. İşçinin olayda maddi çıkar sağlaması durumu ise istisna tutularak bu durumda bir yıllık sürenin uygulanmayacağı da ifade edilmiştir. Bu durumda taraflardan biri sözleşmenin esaslı noktalardan biri için gerekli şartlar

²³⁹⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, B.

²³⁹⁷ PREIS/TEMMING, Rn.941.

²³⁹⁸ BAG 28.03.1974 – 2AZR 92/73 – AP Nr. 3 zu §119 BGB <https://beck-online.beck.de/> PREIS/TEMMING, Rn.942; KAMANABROU, Rn.786. Ayrıca bkz. BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, s.722.

²³⁹⁹ CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.266 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.352; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.528 vd. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOC AK Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt II, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s.276; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş ilişkileri I, s.424.

²⁴⁰⁰ TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.398 vd.

veya vasıflar kendisinde bulunmadığı hâlde varmışçasına diğerini aldatır, gerçeğe uygun olmayan bilgiler verirse diğer taraf altı işgünlük süre içinde sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Buna karşılık *esaslı yanılma* durumunda iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkının bulunmadığını, sözleşmenin iptal edilebileceğini savunduğumuzda TBK m.39 hükmü uygulanacaktır. Bunun sonucunda da yanılma sebebiyle sözleşme yapan taraf, yanılmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkına sahip olacaktır. Bu sürenin oldukça uzun olduğu açıktır. Daha sonra ifade edeceğimiz üzere²⁴⁰¹ iş sözleşmeleri bakımından dürüstlük kuralı gereği mâkul sayılabilecek bir süre içinde sözleşmenin iptal hakkının kullanılması gerektiğini kabul etmekteyiz. Kanaatimizce karşı taraftan kaynaklanan, karşı tarafın kasten sebebiyet verdiği bir durum olan aldatmada bile altı işgünlük gibi kısa bir sürede sözleşmenin haklı nedenle fesih hakkının tanınip, esaslı yanılma durumunda böylesine uzun bir sürenin varlığını kabul (bu süre bizim kanaatimize göre iki hafta olmakla beraber bu bir öneri olmaktan ileri gidememektedir) bizce isabetli olmayacaktır. Bu nedenle esaslı yanılma durumu da taraflara haklı nedenle fesih hakkı veren bir hâl olarak kabul edilmelidir.

Aldatma hâlinde iş sözleşmesi taraflarından birinin diğerini sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla söz yahut davranışları ile kasten sürüklediği yanılığ sonucu ya da zaten var olan yanlış bir kanaati güçlendirerek onun devamını sağlaması suretiyle yapılmaktadır. Aldatma sadece olumlu eylemle gerçekleşmez (işveren tarafından sorulan bir soruya yanlış cevap vermek gibi), adayın açıklama yapma yükümlülüğünde olduğu durumlarda susması da aldatmaya sebep olabilir. Aday işverenin kendisine yönelttiği kabul edilebilir sorulara doğru cevap vermekle yükümlüdür. Bu noktada işçinin cevap verip vermeme yönünde bir irade özgürlüğü korunmayacaktır²⁴⁰². Aldatma sebebi ile sözleşmenin iptal edilebilmesi için, aldatmaya uğrayan tarafın aldatma olmasaydı sözleşmeyi hiç yahut mevcut içerikle imzalamayacak olması da gerekmektedir (nedensellik bağı)²⁴⁰³. Yine önemle vurgulamak gerekir ki, aldatmadan bahsedebilmek için, adayın taklit ettiği durumun yahut gizlediği gerçeğin, işverenin bir iş ilişkisi kurma kararı bakımından önemli olabileceğini biliyor yahut bilmesi gerekiyor olması şartı aranmaktadır²⁴⁰⁴.

²⁴⁰¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, C.

²⁴⁰² **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.104. Ayrıca bkz. BGA 07.07.2011 – 2 AZR 396/10 (Vorinstanz: LAG Hessen, Teilurt. v. 24.03.2010 – 6/7 Sa 1373/09), NZA 2012, Heft 1, s.34; BAG 06.09.2012 – 2 AZR 270/11 (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.03.2011 – 15 Sa 64/10), NZA 2013, Heft 19, s.1087.

²⁴⁰³ **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.104.

²⁴⁰⁴ **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.104.

Aldatmanın iş hukuku açısından doğuracağı sonuçlar işverenin soru sorma hakkının sınırları ve içeriği ile de bağlantılı bir konudur²⁴⁰⁵. Bu nedenle aldatma eylemi bağlamında işverenin soru sorma ve işçinin bu sorulara doğru cevap verme yükümlülüğü arasındaki ilişkiye değinmek yararlı olacaktır. Bilindiği gibi uygulamada işverenler en iyi performansla çalışacak işçileri seçebilmek için çoğunlukla adaylara, işe başvuru esnasında sundukları belgelerde bulunmayan, oradaki bilgilerin ötesinde bazı sorular sormaktadırlar. İş hukuku açısından işverenin soru sorma hakkının yanında işçinin de verdiği cevaplar bakımından Anayasa ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı bulunmakta ve bu nedenle işverenin sınırsız bir soru sorma hakkından bahsedilememektedir. Buradaki sınır işverenin soru sormadaki menfaati ile işçinin cevap vermemedeki menfaatinin karşılaştırılması ve kimin çıkarının öncelikli olduğuna karar verilmesi ile belirlenmelidir²⁴⁰⁶. Bu noktada en önemli belirleyici unsur temel hak ve özgürlüklere ilişkin değerlendirmelerdir. Bunun yanı sıra Alman Hukuku'nda kısaca AGG olarak anılan Genel Eşit İşlem Kanunu'nun "Ayrımcılık Yasağı" kenar başlıklı 7. madde hükmünün de dikkate alınması gerekir²⁴⁰⁷. Gerçekten de iş başvurusu esnasında adaya yöneltilen bazı sorular ayrımcılık teşkil etmektedir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.3/2 hükmü uyarınca, *"Bu kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır"*. Adayın kural olarak bu tarz ayrımcılık oluşturacak sorulara doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Adayın kendisine yönetilen kabul edilebilir bir soruyu yanlış cevaplaması ve işverenin de bu sebeple hataya düşmesi hâlinde irade sakatlığı sebebi ile kurulmuş olan sözleşmenin sona erdirilmesi hakkı gündeme gelebilir. Fakat varılan bu sonuç, kabul edilebilir olmayan sorulara yönelik verilen cevaplar bakımından geçerli değildir²⁴⁰⁸. Bu bağlamda aday hamile olup olmadığına ilişkin bir soruya kural olarak yanlış cevap verme hakkına sahiptir. Zira daha önce

²⁴⁰⁵ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, IV, B, 2.

²⁴⁰⁶ KAMANABROU, Rn.714.

²⁴⁰⁷ KAMANABROU, Rn.714. Veri korumaya ilişkin olarak Alman Veri Koruma Kanunu (*Bundesdatenschutzgesetz: BDSG*) hükümleri de dikkate alınmalıdır. Söz konusu Kanun'un m.26/1 hükmüne göre; çalışanın kişisel verileri, iş ilişkisini kurmaya yönelik karar için yahut iş ilişkisinin kurulmasından sonra ise uygulanması veya sona erdirilmesi için, gerekli olması hâlinde, iş ilişkisinin amaçları için toplanabilir, işlenebilir yahut kullanılabilir.

²⁴⁰⁸ KAMANABROU, Rn.788; PREIS/TEMMING, Rn.940.

de vurguladığımız üzere²⁴⁰⁹ hamilelik durumu geçici nitelik arz eden bir durumdur ve bu geçicilik sebebiyle de iş ilişkilerinde varsayılan uzun vadeli denge bozulmayacaktır²⁴¹⁰.

Alman Hukuku'nda verilen bir örnekle aldatma durumunun var olup olmadığını ve aldatmanın varlığı hâlinde iş sözleşmesine uygulanacak hukuki sonuçları şu şekilde açıklayabiliriz²⁴¹¹: (K) ile, (B) adlı bir sigorta şirketinde aktüer olarak çalışmak üzere bir iş sözleşmesi imzalanmıştır. İş başvuru görüşmesinden sonra (K), söz konusu şirkette aktüer olarak çalışacak tüm adaylar gibi online matematik testine tâbi tutulmuştur. Test sonucu oldukça olumlu çıkan (K), 1 Nisan'da işe alınmıştır. Fakat (K), beklenenin aksine çok düşük performansla çalışmaktadır. 5 Temmuz'da hastalanan (K), bir süre işe gidememiş ve tesadüfen 12 Temmuz günü online testi aslında (K) tarafından değil, bir üniversitede araştırma görevlisi olan (U) tarafından çözülmüş olduğu farkedilmiştir. 27 Temmuz günü (K)'ya yönetim kurulu tarafından, aldatma yoluyla sözleşmenin imzalandığı belirterek söz konusu sözleşmenin iptal edildiği ihbar edilmiştir. (B), işçi (K)'ya 5 Temmuz'dan itibaren olmak üzere ücret ödemeyi reddetmiş, (K) ise bu duruma itiraz etmiştir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere aldatma; gerçekleri gizleyerek, çarpıtarak yahut olmayan bir durumu varmış gibi göstererek karşı tarafın yanlış bir algıya sebep olmasına, var olan yanlış algısını sürdürmesine yahut pekiştirmesine neden olmak suretiyle gerçekleşir²⁴¹². Söz konusu olayda, adayın matematik testine verdiği cevaplar ve testin sonucu, aktüer olarak işe alınacak kişi bakımından temel bir gerekliliktir, hatta bu mesleğin olmazsa olmazıdır. (K), online testi hiçbir yardım almadan çözdüğünü ifade ederek işvereni hukuka aykırı biçimde aldatmıştır. İşveren (B)'nin, aldatmayı bilse idi aday ile iş sözleşmesi imzalamayacak olduğu da âşikardır. Yani olayda aldatma, hukuka aykırılık, nedensellik bağı, kötüniyet faktörlerinin hepsi mevcuttur. Alman Hukuku'nda her ne kadar iş sözleşmeleri bakımından kural ileriye etkili geçersizlik olsa da bu örnekte, geçersizliğin geriye etkili olarak (hastalık sebebi ile işçinin çalışmadığı günleri de kapsayacak şekilde) uygulanabileceği ifade edilmiştir²⁴¹³. Zira işvereni

²⁴⁰⁹ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, IV, B, 2, g.

²⁴¹⁰ BAG 06.02.2003 – 2 AZR 621/01, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 104. Band, 2004, s.304 vd.

²⁴¹¹ JUNKER, Arbeitsrecht, s.106.

²⁴¹² BAG 05.10.1995 – 2 AZR 923/94, (Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 09.05.1994 – 13 Sa 128/93), NZA Heft 7, 1996, 371; BAG 20.03.2014 – 2 AZR 1071/12 (Vorinstanz: LAG Köln, Urt. v. 10.10.2012- 5 Sa 389/12), NZA, Heft 20, 2014, s.1133.

²⁴¹³ JUNKER, Arbeitsrecht, s.104.

aldatan işçinin bu durumda zaten bir çalışması söz konusu olmadığı için işçiyi avantajlı duruma getirip korumak hukuka ve adalete uygun olmayacaktır.

Yukarıda sözü edilen olayın Türk Hukuku açısından İş Kanunu m.25/II, (a) hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki; aldatma durumunda üzerinde durulması gereken konu İş Kanunu'nun aldatmaya sonuç bağladığı hükümlerdir. Zira İş Kanunun "*İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı*" kenar başlıklı m.24/II, (a) hükmü uyarınca; işverenin iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltması haklı nedenle derhâl fesih sebebidir. Benzer yönde düzenleme Kanun'un m.25/II, (a) hükmünde ifade edilmiştir. İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar ve şartlar kendisinde bulunmadığı hâlde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması, ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâl olarak belirtilmiş ve haklı nedenle derhâl fesih sebebi sayılmıştır. Daha sonra açıklayacağımız²⁴¹⁴ ve bizim de katıldığımız görüş uyarınca²⁴¹⁵, İş Kanunu'nun sözünü ettiğimiz hükümleri Borçlar Kanunu'nun irade sakatlığını düzenleyen hükümlerine göre özel nitelik arz etmektedir. Bu nedenle, işçinin yahut işverenin sözleşmenin esaslı noktaları konusunda karşı tarafı yanıltması durumunda sözleşmenin derhâl feshini düzenleyen söz konusu madde hükümleri uygulanacak, iptale ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır²⁴¹⁶.

Alman Hukuku'nda iş sözleşmelerinin iptali bakımından Alman Medeni Kanun'unda düzenlenen genel hükümler geçerlidir. İptal hakkının kullanılması her şeyden evvel esaslı yanıltma yahut hile yoluyla karşı tarafın aldatılması hâllerinde söz konusu olur²⁴¹⁷. Bir iş sözleşmesinin iptal hakkının doğabilmesi için öncelikle iptal nedenlerinden birinin bulunması, yasal süre içinde iptal hakkına yönelik beyanın açıklanması ve özellikle §144/1 BGB hükmünde belirtilen iradesi sakatlanan kişinin sözleşmeye devam etmek istediğine ilişkin onayının²⁴¹⁸

²⁴¹⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, B.

²⁴¹⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.115; SÜMER, İş Hukuku, s.62; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri I, s.246; SEÇER, s.1444; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.572.

²⁴¹⁶ BAKIRCI, s.427. Öğretide iş sözleşmesi yapıldığı sırada taraflardan birinin iradesinin yanıltma, aldatma yahut korkutma gibi sebeplerle sakatlanması durumunda, taraflardan birinin sözleşmenin iptalini isteyebileceği hakkında bkz. DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s.93.

²⁴¹⁷ REICHHOLD, §7, Rn.47.

²⁴¹⁸ Onay beyanı ile birlikte sözleşme geçerli bir sözleşme olarak devam etmektedir. §144/2 BGB hükmünde, onay beyanının, onaylanacak sözleşme şekil şartına tâbi olsa bile, herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı ifade edilmiştir.

bulunmamış olması gerekir²⁴¹⁹. Daha evvel de belirtmiş olduğumuz üzere, sözleşmenin iptal edilebilmesi için yanılmanın esaslı nitelik taşıması gerekmektedir. Bu da aslında işçinin sözleşmede öngörülen edimi yerine getirmesini kesin olarak engelleyecek sakatlık yahut hastalığı bulunması durumunda olduğu gibi nadir hâllerde karşımıza çıkacaktır²⁴²⁰.

İfade edelim ki, işveren hataya düştüğünü yahut işçi tarafından kendisinin aldatıldığını sözleşmenin imzalanmasından bir süre sonra öğrenmiş olabilir. Alman Hukuku'nda ifade edildiği üzere²⁴²¹, iptal hakkı için şartlar mevcut olsa da saklanan durumun istihdam ilişkisi üzerinde hiçbir etkisi olmaması hâlinde iptal hakkının kullanılması mümkün olmaz. Çünkü iş ilişkisi yıllardır itirazsız yürütülüyorsa, dürüstlük kuralı gereği (§242 BGB) iptal hakkının kaybedilmiş olur.

Korkutma hâlinde ise iş sözleşmesi karşı tarafın yahut üçüncü bir kişinin korkutması, tehdidi ile imzalanmaktadır. İş sözleşmesini korkutma yoluyla imzalayan kişinin esasen sözleşmeyi özgür iradesi ile imzalaması söz konusu değildir. Bu bağlamda daha önce de ifade ettiğimiz üzere²⁴²² işverenin işlemiş olduğu suçun ihbar edileceği tehdidi ile yahut miras hukukundan kaynaklı yetkinin kullanılacağı tehdidi ile bir iş sözleşmesi imzalanmış ise korkutma sebebi ile irade sakatlığı söz konusu olacaktır. Benzer şekilde kendisine sarkıntılık yapan işvereni şikâyet tehdidi ile çok yüksek bir ücret üzerinden tarafların anlaşması ve iş sözleşmesinin bu şartla kurulması durumunda da korkutma söz konusu olacaktır²⁴²³.

Kanun'da kısmi geçersizlik yaptırımı düzenlenmiş olmasına karşın kısmi iptal yaptırımının düzenlenmemiş olması öğretide eleştirilmekte, TBK m.27/II hükmünün iptale de uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²⁴²⁴.

Yine ifade edelim ki, TBK m.39/2 hükmüne göre, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan

²⁴¹⁹ **JUNKER**, Arbeitsrecht, s.104; **PREIS/TEMMING**, Rn.937; **KRAUSE**, s.148 vd.

²⁴²⁰ **KRAUSE**, s.149.

²⁴²¹ BAG v. 18.09.1987 – 7 AZR 507/86, (Vorinstanz: LAG Frankfurt, Urt. v. 07.08.1986 – 12 Sa 361/86) NZA Heft 20/1988, s.731; BAG, v. 28.05.1998 – 2 AZR 549/97, (Vorinstanz: LAG Hamburg, Urt. v. 27.05.1997 – 2 Sa 3/97) NZA Heft 19/1998, s.1053. Ayrıca bkz. **PREIS/TEMMING**, Rn.935. İş sözleşmesinin ifasına başlanmış ve belirli bir zaman geçtikten sonra artık iptal nedenine dayanmanın önemini yitirdiği durumlarda bu hakkın kullanılmaması gerektiği yönünde bkz. **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.95. Yazar, işçinin soru kağıdını gerçeğe aykırı doldurmak suretiyle işvereni aldatması durumunda, işçi darda bulunması sebebi ile böyle davranmış ve uzun süreden beri işverinde güven verici olarak çalışmış olması durumunda, bunun iptal nedeni olarak görülemeyeceğini ifade etmektedir, aynı eser, s.95. Ayrıca bkz. **NIKISCH**, I, §23 IV, Rn.4, s.225; **HUECK/NIPPERDEY**, §32 IV, s.194 dn. 49.

²⁴²² Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, IV, C.

²⁴²³ **TUTAR**, s.109.

²⁴²⁴ **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.95. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **NOMER**, s.69.

kaldırmayacaktır. Bu nedenle iş sözleşmesi örneğin korkutma sebebi ile iptal edilmemiş ise korkutulan tarafın tazminat talep hakkı yine de saklı olacaktır.

İptal hakkının kullanılmasına imkân veren bir diğer durum ise aşırı yararlanma hâlidir. İş sözleşmesinin bir tarafının, zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanmak suretiyle imzalanması ve tarafların edimleri arasında da açık bir orantısızlık bulunması durumunda aşırı yararlanma gündeme gelecektir. İş sözleşmesi imzalanırken işverene nazaran güçsüz durumda olan işçi bakımından aşırı yararlanma hâliyle karşılaşmak mümkündür²⁴²⁵. Zira sözleşme imzalandığında zayıf durumda olan işçinin sömürülerek sözleşmenin imzalanması ve edimler arasında bâriz bir farklılığın bulunması ihtimâline rastlamak olasıdır.

§138 BGB hükmünün ilk fıkrasında ahlâka aykırı olan sözleşmelerin geçersizliğinden bahsettikten sonra maddenin ikinci fıkrasında kişinin zor durumu, deneyimsizliği, muhakeme eksikliği yahut önemli ölçüde irade zayıflığının sömürülmesi ile maddi menfaat elde edilerek yapılmış yasal işlemlerin de geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle aşırı yararlanma (gabin) durumuna Alman Hukuku'nun bağlamış olduğu yaptırım Türk Hukuku'nun aksine kesin geçersizliktir. İş hukukunda karşılaşılan "*Lohnwucher (ücret tefeciliği)*" olarak adlandırılan ve işçinin zor durumundan, deneyimsizliğinden, muhakeme eksikliğinden yahut ciddi irade zayıflığından yararlanılarak kurulan bir sözleşmede işçinin yaptığı iş ile aldığı ücret arasında bâriz bir uyumsuzluğun olması durumu da aşırı yararlanma müessesine örnek olarak verilmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde konuyu ayrıntılı olarak ele aldığımızdan dolayı burada ilgili bölüme atıfla yetinmekteyiz²⁴²⁶.

B. İrade Sakatlığının İş Sözleşmesi Bakımından Sonuçları: İptal Hakkı ile Fesih Hakkı Yarışan Hak Mıdır?

İptal ve fesih kavramları birbirinden farklı anlama sahiptir²⁴²⁷. İptal hakkı, kişinin iradesini oluşturma ve gerçekleştirme özgürlüğü ile ilgiliyken, fesih ise usulüne uygun olarak kurulmuş

²⁴²⁵ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.176; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, 46.

²⁴²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, VI, A.

²⁴²⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. PICKER Eduard, "*Die Anfechtung von Arbeitsverträgen*", Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), Carl Heymanns Verlag, 12. Jahrgang, 1981, s.151 vd. Olağanüstü fesihte iş sözleşmesinin devamının karşı taraf için çekilmezliği söz konusu iken geçersizlik sebebiyle sözleşmenin sona ermesinde böyle bir durum söz konusu değildir. Aynı eser s.153.

bir iş ilişkisinin varlığının korunup korunmayacağı ile ilgilidir²⁴²⁸. Fesih hakkı ileriye etkili hüküm ve sonuç doğururken, iptal kural olarak geçmişe etkili sonuç doğurmaktadır²⁴²⁹.

Önemle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi henüz imzalanmadan evvel de taraflar arasında edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi bulunduğundan, sadece iş sözleşmesi imzalandıktan sonra değil, sözleşme görüşmeleri esnasında da taraflar ahlâk ve iyiniyet kurallarına uygun hareket etme yükümlülüğü altındadırlar (*culpa in contrahendo*)²⁴³⁰. Bu sorumluluk, kökenini TMK m.2/1 anlamında güven ilişkisinde yani dürüstlük kuralında bulmaktadır²⁴³¹. *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğması için tarafların arasında sözleşme görüşmelerinin başlamış olması gerekmekte olup sözleşmenin kurulamaması yahut kurulduktan sonra geçersiz olmasının söz konusu sorumluluk bakımından bir ehemmiyeti bulunmamaktadır²⁴³².

İş Kanunu m.24/II, (a) uyarınca; işverenin iş sözleşmesinin yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar ve şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltması hâli işçi açısından haklı nedenle fesih sebebi sayıldığı gibi, m.25/II, (a) uyarınca da, yine iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı hâlde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması durumu işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebidir. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshini düzenleyen sözünü ettiğimiz madde metninden de anlaşıldığı üzere iptal sebepleri kimi zaman fesih sebepleri ile örtüşmektedir. Bu noktada üzerinde durulması gereken konu, hak sahibi açısından iptal ve fesih haklarının yarışan hak olup olmadığıdır. Zira esaslı noktalar hakkında karşı tarafı yanıltarak iş sözleşmesinin imzalanması hâlinde hem haklı nedenle fesih hem de irade sakatlığına dayanarak iş sözleşmesinin iptali meselesi gündeme gelebilecektir. Bu konuda öğretide bir görüş söz konusu hakların yarışan haklar olduğunu savunmaktadır²⁴³³. Bizim de katıldığımız diğer bir

²⁴²⁸ KAMANABROU, Rn.781.

²⁴²⁹ STAUDINGER/LATZEL, §611a, Rn.646.

²⁴³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.695; ODAMAN, Yanıltma, s.1.

²⁴³¹ ULUSAN, *Culpa in Contrahendo*, s.15 vd.

²⁴³² YÜREKLİ, *Culpa in Contrahendo*, s.560. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. ULUSAN, *Culpa in Contrahendo*, s.14 vd. Yazar *culpa in contrahendo* terimini şu şekilde tanımlamaktadır: “*Gereğinde genel ve objektif, gereğinde özel ve sübjektif bir biçimde beliren ve taraflar arasında oluşan toplumsal bağlantı sonucunda doğan, kökenini dürüstlük kuralında bulan genel özen yükümünün yarattığı karşılıklı güven ilişkisinin ihlâlî*”, aynı eser, s.16 vd.

²⁴³³ OĞUZMAN M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s.46 ve s.56. Oğuzman, her iki yolun da kullanılabileceğini kabul etmekle beraber, genellikle iptal yerine feshi tercih etmenin, tarafların menfaatine daha uygun olacağını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. ERTÜRK, Temel Haklar, s.141; TUTAR, s.109. Yazar feshin de iptalin de ileriye etkili hüküm ve sonuç

görüş uyarınca²⁴³⁴ ise iş hukukunda haklı nedenle feshe ilişkin düzenleme getiren hükümler Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşımakta olup bu durumda yarışan haklardan bahsedilemez. Fakat belirtelim ki, İş Kanunu’na tâbi olmayan işçiler bakımından aldatma haklı nedenle fesih hakkı değil, iptal hakkı verecektir²⁴³⁵.

Yargıtay²⁴³⁶ işçinin diplomasının sahte olduğunun ortaya çıkması üzerine verdiği kararda şu ifadeleri kullanmıştır: “Somut olayda, davacının davalı işyerinde forklift operatörü olarak çalışmak üzere başvuru yaparken, sahte lise diploması ibraz ettiği, işverenin de davacının gerekli şartları taşıdığı inancı ile davacıyı işe aldığı anlaşılmaktadır. Davacının gerekli vasıfları taşımadığı hâlde işverenin güvenini kötüye kullanarak, vasıfları uygun olmayan işe tâlip olduğu ve işe alındığı, ancak sonuçta işçinin yaptığı hilenin ortaya çıktığının anlaşılmasına göre, işverence davacının iş akdine son verilmesi haklıdır. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”.

Yine Yargıtay’a yansımış ve davacının feshin geçersizliğini talep ettiği başka bir karar da ise Yüksek Mahkeme “Somut uyuşmazlıkta, davalı işyeri kamu kuruluşu niteliğinde olup işe alım ilanında başvuru şartı olarak açıkça “....b) başvuru tarihine göre son 2 yılda KPDS sınavında İngilizce dilinden en az 70 puan almış olmak veya buna denk kabul edilen uluslararası geçerliliği bulunan belgeye (TOEFL) sahip olmak” ve “.....c) başvuru tarihi itibarıyla kamu kesimi, özel kesim veya yurtdışındaki bir kurum ya da kuruluştaki en az 5 yıl fiilen başarılı olarak çalışmış olmak..... “şartlarının arandığı, davacının işe başvururken sunduğu TOEFL belgesinin başvuru tarihine göre 4 yıl önce alınmış olduğu ve 5 yıllık iş tecrübesi olmadığı halde yanıltıcı beyanda bulunarak iş başvuru formunda 6 yıl 11 ay hizmet süresinin bulunduğunu bildirdiği ve işe giriş şartlarını taşımadığı halde davacının işe alındığı, bu durumun 2015 yılı Sayıştay denetiminden sonra yapılan incelemeyle ortaya çıktığı,

doğurması sebebiyle iki kavram arasında fark kalmayacağını, işverenin hilesine dayanarak iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatı alma hakkı doğacağını, hile nedeniyle iş sözleşmesinin iptalinin de feshinin de istenebileceğini belirtmektedir. SAYMEN, İş Hukuku, s.572; ODAMAN, Yanıltma, s.11 vd. İsviçre Hukuku’nda bu hakların birbirinin alternatifi olduğu yönünde BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.41; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxis Kommentar, Art.320, s.1467

²⁴³⁴CANIKLIOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.266; SÜZEK, İş Hukuku, s.352; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.572; UŞAN/ERDOĞAN, s.113; TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.385; EKONOMİ, İş Hukuku, s.182; GÜVEN/AYDIN, s.171; TÜRE, İşçinin Hilesi, s.237; EYRENCİ, Personel Seçimi, s.248; EKONOMİ Münir, İş Hukuku Cilt I, Ferdî İş Hukuku, 2. Baskı, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1980, s.182; SELİÇİ, s.57 vd.; AVCI, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.1421. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.945.

²⁴³⁵ TÜRE, İş Sözleşmesinin Kurulması, s.393.

²⁴³⁶ Yarg. 9. H.D., 31.03.2015, E.2014/1023, K.2015/12516, <https://legalbank.net/>

davacının iş akdinin iş başvurusu sırasında işe alım şartlarını yerine getirmediği gerekçesiyle davalı işverence feshedildiği, işe giriş şartlarını taşımadığını kendisi de bilen davacının davalı işvereni yanıltıcı yazılı beyanda bulunduğunun açıkça anlaşılması karşısında davalı işverenin bu sebeple gerçekleştirdiği feshin 4857 Sayılı Kanun'un 25 /2-a. maddesi gereğince haklı nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” şeklinde karar vermiştir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen aldatma hükümleri ile İş Kanunu’nda hüküm altına alınmış olan aldatma hükümlerinin birbirlerinden farklı hukuki sonuçlar doğuran kavramlar olduğudur. Her şeyden önce aldatma sebebi ile iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkını kullanma süresi ile aldatma sebebi ile sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi konusunda uyulacak süre birbirinden farklıdır. İş Kanunu m.26 hükmü uyarınca aldatılan taraf karşı tarafın aldatmasını öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten sonra ve herhâlde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra fesih yetkisini kullanamaz. TBK m.39 hükmüne göre ise, aldatma sebebiyle sözleşmeyi yapan taraf aldatmayı öğrendiği andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez ise sözleşmeyi onamış sayılacaktır.

Buna ek olarak, bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkının kullanılması ile sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkmış olacaktır. Buna karşılık, aldatma sebebi ile sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi iptal hakkının kullanılması ile mümkündür. Her ne kadar iş sözleşmelerinin kendine has özelliği sebebi ile geçersizlik hükümleri kural olarak ileriye etkili sonuç doğursa da yani sözleşmenin iptali durumunda da sözleşme o ana kadar tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracak olsa da fesih ve iptal edilebilirlik kavramı birbirinden farklı kavramlardır.

Alman Hukuku’nda da iptal hakkının en çok uygulandığı durum, işçinin hile ile işvereni aldatması hâlidir²⁴³⁷. Alman Hukuku’nda sözleşmeyi olağanüstü fesih (*außerordentlich Kündigung*) hakkının bulunması, sözleşmeyi iptal hakkını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir²⁴³⁸. Bu durum iki yasal kurum arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. İptal, iş

²⁴³⁷ JUNKER, Arbeitsrecht, s.104.

²⁴³⁸ PREIS/TEMMING, Rn.930; HOPT/ROTH, HGB §59, Rn.120; KRAUSE, s.148; NK-GA/MESTWERDT, §611 BGB, Rn.426. Konuya ilişkin karar ve tartışmalar için ayrıca bkz. PICKER, s.161 vd. BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, s.719 vd. Kararda sözleşmeyi aldatma sebebiyle iptal edilme hakkının bulunmasının fesih hakkını ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. BAG 28.03.1974 – 2AZR 92/73 – AP Nr. 3 zu §119 BGB, <https://beck-online.beck.de/> İsviçre Hukuku açısından aynı yönde bkz. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.41.

sözleşmesinin imzalanmasından önce yahut o sırada var olan bir nedeni gerektirirken, fesih ise sonradan tabir-i caizse "hasta yahut anlamsız" hâle gelen bir iş ilişkisini ortadan kaldırmaya hizmet eder²⁴³⁹. Alman Federal İş Mahkemesi'ne yansımış işçinin işvereni aldatmasının tartışıldığı bir olayda²⁴⁴⁰ mahkeme, eğer iptal sebebi iptalin açıklanması anında iş ilişkisinin devamını çekilmez hâle getirecek etkiye sahip ise fesih hakkı ile iptal hakkının birlikte kullanılabileceğini ifade etmiştir. Fakat önemle belirtelim ki, Alman Hukuku'nda yukarıda sözünü ettiğimiz Türk İş Kanunu m.24 ve m.25 hükümlerine benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine ifade edelim ki, kanaatimizce Alman Hukuku'nun aksine Türk Hukuku'nda İş Kanunu'nda konuya ilişkin özel hüküm bulunması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun aldatma sebebi ile iptale ilişkin hükümleri yerine İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.

Aldatmanın ve korkutmanın iş sözleşmesine etkisi bakımından üzerinde durmak istediğimiz bir diğer konu bazen üçüncü bir kişinin aldatması yahut korkutması sonucunda da sözleşmenin yapılabileceğidir. TBK m.36/2 hükmü uyarınca; üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması hâlinde sözleşme ile bağlı olmayacaktır. İş hukukunda bu duruma örnek olarak önceki işveren tarafından verilen referans mektupları gösterilebilir. Referans mektupları bakımından karşı tarafın aldatmayı bilmesi ve bilebilecek durumda olması unsurları genellikle bulunmadığından söz konusu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır²⁴⁴¹. Bu durum kapalı zarf içinde işçinin haberi olmaksızın verilen referans mektuplarında gündeme gelebilir. Aynı şekilde rakip firmanın eski işvereni yeni işverene zarar vermek maksadıyla işçide olmayan özellikleri içeren bir referans mektubu verdiğinde somut olaya göre işçinin bilebilecek durumda olduğundan bahsedilemeyebilir. Bununla beraber işçi eski işvereni ile anlaşp gerçekte sahip olmadığı niteliklerin referans mektubunda yazılmasında rol oynarsa bu durumda kanımızca sözleşmenin sona erdirilme imkânı bulunmalıdır. Öğretide bir görüşe göre İş Kanunu'nda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaması sebebi ile üçüncü kişinin aldatması haklı nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilemez²⁴⁴². İş Kanunu'nda üçüncü kişinin aldatması başlığı özel olarak düzenlenmediği için bu durumda Türk Borçlar Kanunu'ndaki

²⁴³⁹ PREIS/TEMMING, Rn.930. Ayrıca bkz. BAG v. 28.03.1974 – 2 AZR 92/73, DB 1974, 933.

²⁴⁴⁰ BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 721. Söz konusu olayda 23 Ocak 1990 tarihli fesih yazısında işçinin iş sözleşmesi 31 Ocak 1990 tarihi itibarıyla feshedilmiş, aynı zamanda işçiye sözleşmesinin aldatma sebebi ile iptal edildiğini belirten başka bir mektup daha gönderilmiştir. İptal hakkının olağüstü fesih hakkının yerine geçmeyeceği, aksine işverenin bir seçim hakkı bulunduğu belirtilmiştir.

²⁴⁴¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art.320, Rn.38.

²⁴⁴² ODAMAN, Yanıltma, s.4.

hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki görüşe katılmadığımızı ifade edelim. TBK ilgili hükmü uyarınca üçüncü kişinin aldatmasının sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için sözleşmenin tarafının söz konusu hileyi bilmesi yahut bilebilecek durumda olması aranmaktadır²⁴⁴³. Bu bağlamda konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekirse; işçi üçüncü kişinin aldatmasını biliyor ise, bu duruma işçi sebebiyet vermiş, üçüncü kişiyi bu hususta teşvik etmiş ise bu durum aynı zamanda işçinin de aldatması sayılmalı ve sözleşme haklı nedenle feshedilebilmelidir. Diğer bir ihtimâl ise işçi üçüncü kişinin işvereni kendi özellikleri hakkında aldatması hususunda teşvik etmemekle beraber üçüncü kişinin aldatmasını biliyor olmasına rağmen bu duruma ses çıkarmıyorsa bu durumda da işçinin pasif aldatması söz konusu olacak ve yine sözünü ettiğimiz İş K. m.24/II, (a) hükmüne dayanılarak sözleşme işverence haklı nedenle feshedilebilecektir²⁴⁴⁴. Sözünü ettiğimiz bu ihtimâllerde üçüncü kişinin aldatması söz konusu ise de işçi aktif yahut pasif olarak aldatmaya iştirak etmektedir. Bu durum kanaatimizce işverene haklı nedenle fesih hakkı vermelidir.

Öğretide üçüncü kişinin aldatmasının sözleşme yapıldığı sırada karşı tarafça bilinmesi yahut bilinebilecek olması durumunda üçüncü kişinin aldatmasının karşı tarafın aldatması sayılacağı ifade edilmektedir.²⁴⁴⁵ Zira bu durumda taraf, lehine yapılan hileyi ve karşı tarafın bu hile nedeniyle sözleşme yapmak istediğini bilmesine rağmen susarak esasen bu hileye ortak olmaktadır. Buna karşılık işçi üçüncü kişinin aldatmasını bilmiyor ama bilebilecek durumda da olabilir. Bu durumda yine TBK ilgili hükmünde ifade ettiğimiz gibi işverenin sözleşme ile bağlı kalmama hakkı bulunmalıdır. Fakat, işçi üçüncü kişinin aldatmasını biliyor yahut bilebilecek durumda değil ise taraflar sözleşme ile bağlı kalacaklardır. Ayrıca ekleyelim ki İş Kanunu m. 28/2 hükmüne göre; çalışma belgesinin vaktinde verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veyahut işçiyi işe alan yeni işverenin eski işverenden tazminat isteyebilme hakkı bulunmaktadır.

TBK m.37/1 hükmüne göre; *“Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir”*. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, *“Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa,*

²⁴⁴³ Sözünü ettiğimiz hükümlerin bulunmaması sebebiyle aldatma hükümlerine dayanılamamasına rağmen bir tarafın aldatma sonucu düştüğü yanlışla esaslı yanlışla ise, yanlışla hükümlerine dayanılması mümkündür. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.1, s.118; **EREN**, s.450; **ERCOŞKUN ŞENOL** Kübra, *“Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S.4, 2013, s.83, dn.9.

²⁴⁴⁴ İşçinin üçüncü kişinin hilesine katkısı yahut hileyi bilmesine rağmen susması durumunda bunun işvereni için haklı nedenle fesih sebebi olabileceği yönünde ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU/ŞENOL**, C.II, s.320.

²⁴⁴⁵ **EREN**, s.450; **ERCOŞKUN ŞENOL**, *Hile*, s.83.

diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür". Daha önce de açıkladığımız üzere²⁴⁴⁶, aldatmadan farklı olarak üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen korkutma hâlinde karşı tarafın sözleşmenin kurulması esnasında korkutmayı bilip-bilebilecek durumda olmasının herhangi bir önemi olmaksızın işlemin iptal edilebilmesi mümkündür²⁴⁴⁷. Bu nedenle örneğin (A) isimli işçiyi üst düzey bir konumda ya da mâli açıdan söz sahibi olunabilecek bir pozisyonda işe almadığı takdirde yakınlarından birinin öldürüleceği yönünde üçüncü bir kişinin korkutması sonucunda işverenin sözleşme imzalaması ihtimâlinde, işçi ister korkutmayı bilsin ister bilmesin işverenin sözleşmeyi iptal hakkı bulunmaktadır.

Tarafların korkutmayı bilip bilmemesi sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen tarafın hakkaniyet gerektirdiği takdirde diğer tarafa ödemekle yükümlü olacağı tazminat açısından önemli olacaktır. Bu nedenle biraz evvel verdiğimiz örnek açısından işçinin korkutmayı bilip bilmemesi ise şu noktada önem arz edecektir: Eğer işçi korkutmayı bilmiyorsa veya bilebilecek durumda da değilse işveren sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorsa, hakkaniyet gerektiriyorsa işçiye tazminat ödemekle yükümlü kalacaktır. İş sözleşmeleri açısından da çok büyük olasılıkla hakkaniyet gereği söz konusu tazminata hükmedilmesi gerekecektir. Bu tazminat ile "sözleşme adaleti" gereği, üçüncü kişinin korkutması sebebiyle sözleşmenin yapıldığını bilecek durumda olmayan işçinin sözleşmeye güvenden doğan menfî zararının giderilmesine imkânı tanınmış olacaktır²⁴⁴⁸. İşveren de korkutana işçiye ödediği tutarı rücu edebilmelidir.

C. İş Sözleşmesinin İptali İçin Öngörülen Süre

İrade sakatlığı sebebi ile iş sözleşmesinin iptali söz konusu olduğunda bu hakkı kullanmak için Kanun'un belirlediği bir süre sınırı vardır. Bu süre içinde hakkın kullanılmaması hâlinde sözleşme geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Türk Borçlar Kanunu'na göre, yanıltma ve aldatma durumunda gerçeğin öğrenildiği, korkutma hâlinde ise tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde iptal hakkının kullanılması gerekecektir (m.39). İptal hakkının kullanılmadığı yahut sözleşmenin iptal edilmeyeceğinin açıkça bildirildiği durumlarda sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilmektedir²⁴⁴⁹.

²⁴⁴⁶ Bu konuda açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, II, B, 4, d.

²⁴⁴⁷ NÖMER, s.104; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.119; EREN, s.456; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.479; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.451; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.323; HUGUENIN, OR, Rn.551.

²⁴⁴⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.102.

²⁴⁴⁹ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.176; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.47.

İş sözleşmeleri açısından iptal durumunda tıpkı kesin geçersizlikte olduğu gibi geçmişe değil, ileriye yönelik bir etki söz konusudur²⁴⁵⁰. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, sözleşmenin tabir-i caizse ölü doğmuş olduğu kesin geçersizlik hâllerinde ileriye etkili geçersizliğin kabulü karşısında iptal durumunda da aynı kuralın benimsenmesi evleviyetle mümkündür²⁴⁵¹. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından TBK m.34 hükmünde ifadesini bulan ve yanılanın, yanıldığını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyeceğine ilişkin kural doğrultusunda da iptal durumunun ileriye etkili bir sonuç yaratacağı sonucuna varılabileceği ifade edilmiştir²⁴⁵². Dürüstlük kuralına aykırılık yahut hakkın kötüye kullanımı söz konusu ise yanılma sebebi ile sözleşmenin iptali istenemeyecektir.

Öğretide ifasına başlanmış iş ilişkileri bakımından bir yıllık sürenin uygulanmasının doğru olmayacağı, iptal hakkının "münasip bir sürede" kullanılması gerektiği ve karşı tarafın, iptal hakkı sahibinin davranışlarından bu hakkı kullanmayıp iş ilişkisine devam etmek istediği anlamını çıkarabileceği durumlarda, sözleşmenin iptali yoluna gidilememesi gerektiği ifade edilmiştir²⁴⁵³. Gerçekten kanaatimizce de somut olaya göre taraflar arasında sözleşmenin devam ettiği yönünde bir güvenin oluştuğu ve iptal hakkını kullanmanın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek nitelikte olması hâlinde bu hakkı kullanma yetkisinin düştüğü kabul edilmelidir. İş sözleşmeleri gibi taraflar arasında güven ilişkisinin büyük öneme sahip olduğu sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından hakkaniyete uygun bir düşünme süresi sonrasında iptal yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı kullanılmamışsa artık sözleşmenin iptali istenememeli, dürüstlük kuralı gereği mâkul sayılabilecek bir süre içinde örneğin korkutmanın etkisinin ortada kalkmasından itibaren iki haftalık süre içinde sözleşme iptal edilmezse geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır.

²⁴⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.444; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s.93; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.572; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.115; SÜMER, İş Hukuku, s.62; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri I, s.247; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.95; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.176; OKUMUŞ, s.172; SARI, s.1037; SELİÇİ, s.45; SEÇER, s.1443; SÜZEK, İş Hukuku, s.352; BSK OR I-SCHWENZER, Art.25, Rn.6; BK-SCHMIDLIN, Art.31 OR, Rn.105; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.942; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.331; HUGUENIN, OR, Rn.585; WALTERMANN, §9, Rn.173.

²⁴⁵¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.297; SÜZEK, İş Hukuku, s.352; SEÇER, s.1443 vd.; AVCI, İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, s.1420 vd.; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.51; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.942; BK-SCHMIDLIN, Art.31 OR, Rn.105; BSK OR I-SCHWENZER, Art.25, Rn.6; BK-KRAMER, Art.19-20 OR, Rn.313; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn.39.25; KELLER/SCHÖBİ, Band I, s.278; HUGUENIN, OR, Rn.585.

²⁴⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.445; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.944.

²⁴⁵³ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.95; TAŞMAN, s.298; NIKISCH, I, §23, IV/5, s.226. Bir yıllık sürenin gerek aşırı yararlanma gerekse irade bozukluğu hâlleri bakımından uzun bir süre olduğu, hakkaniyete uygun bir düşünme süresinin geçmesiyle birlikte veya örneğin bir aylık gibi kısa bir süre içinde haklarının kullanılmasına yönelik bir düzenlemenin daha isabetli olacağı yönünde ayrıca bkz. ACABEY, s.121.

Ekleyelim ki, aşırı yararlanma durumunda sözleşmenin iptal edilebilmesi için Kanun'da hak düşümü süreleri öngörülmüştür. Buna göre bir iş sözleşmesinin işçi tarafından aşırı yararlanma sebebi ile iptal edilebilmesi için, işçinin düşüncesizlik ya da deneyimsizliğini öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, zor durumda kalma durumu söz konusu ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve herhâlde iş sözleşmesinin kurulmasından itibaren beş yıl içinde iptal hakkını kullanması gerekmektedir. §138/2 BGB hükmü uyarınca, Alman Hukuku'nda aşırı yararlanma müessesinin ahlâka aykırılık başlığı altında incelendiğini ve aşırı yararlanma hâlinde uygulanacak yaptırımın kesin geçersizlik olacağını tekrar belirtelim. Yine ifade edelim ki, yukarıda bahsettiğimiz görüş gibi kanaatimizce aşırı yararlanma durumunda da düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak iki haftalık gibi bir süre içinde sözleşme iptal edilmezse geçerli olarak devam etmelidir. Zira bizce Kanun'da belirtilen süreler iş sözleşmesi açısından oldukça uzun olabilmektedir.

TBK m. 28/1 hükmünde zarar görene iki seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre zarar gören durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini talep edecek yahut sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilecektir. Kanımızca iş sözleşmeleri gibi sürekli edim içeren sözleşmeler bakımından bu iki haktan ikisi de aynı anda istenebilmelidir. Buna göre zarar gören ifa ettiği edimlerin dengelenmesi yoluna gidip aynı zamanda sözleşmenin de iptali yoluna başvurarak sözleşmenin ileriye etkili olarak geçersiz sayılmasını talep edebilecektir. Zarar görenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi yönündeki talebi sözleşme ile bağlı olacağı anlamına gelmeyecektir. Edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi bakımından ise emsal ücret araştırması yapılması gerekecektir. Tekrar vurgulamak gerekir ki, TBK m.27/2 hükmünde öngörülen düzenleme ileri sürülerek işçinin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi talebinden sonra işveren, bu durumu bilse idi akdettikleri sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir²⁴⁵⁴.

Alman Hukuku'nda iş hukuku açısından iptal beyanının süresi bakımından özellik arz eden bir durum bulunmamaktadır. Bu hakkı kullanan beyan sahibinin "iptal" terimini kullanmasına gerek olmasa da irade sakatlığı sebebi ile sözleşme ile bağlı kalınmayacağı açıkça anlaşılmalıdır²⁴⁵⁵. İptal hakkını kullanma süresi yanılma durumunda §121 BGB hükmüne göre,

²⁴⁵⁴ SARI, s.1038; ACABEY, s.119; KALKAN, s.154.

²⁴⁵⁵ KAMANABROU, Rn.782.

aldatma veya korkutma durumunda ise, §124 BGB hükmüne göre belirlenir. §121 BGB hükmüne göre yanılma sebebi ile iptal hakkı gecikme olmaksızın kullanılmalıdır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin verdiği kararda itiraz hakkına sahip kişi, nedenini öğrendikten sonra en geç iki hafta içinde bu hakkını kullanırsa hak, "derhâl" kullanmış sayılır²⁴⁵⁶. Mahkeme bahsi geçen kararda haklı nedenle derhâl feshi düzenleyen §626 BGB hükmüne atıfta bulunmuştur. Söz konusu madde hükmüne göre, haklı nedenle derhal fesih için iki haftalık süre öngörülmüştür²⁴⁵⁷. Fakat bu kararla sözleşmeyi iptal hakkına sahip olan tarafın bunu her zaman iki haftalık bir süre içinde kullanabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira §121 BGB hükmü iptal hakkının gecikme olmaksızın kullanılması gerektiğini belirttiğinden, iki haftalık süre dolmadan da bu hakkın kaybedilmesi söz konusu olabilir²⁴⁵⁸. Mahkeme konuya ilişkin verdiği başka bir kararda bir aylık bekleme süresinin ise her durumda çok uzun sayılacağını hüküm altına almıştır²⁴⁵⁹. §124/1 BGB hükmü kesin bir zaman sınırı içerdiği için, §626/2 BGB hükmünde düzenlenen hak düşümü süresi, korkutma ve aldatma durumunda uygulama alanı bulmayacaktır²⁴⁶⁰. Bu bağlamda korkutma hâlinde korkutmanın son bulduğu, aldatma durumunda ise aldatılmanın fark edildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmenin iptali istenebilecektir.

D. İptalin İleriye Etkisi

Sürekli borç ilişkilerinin temelinde ani edimli sözleşmelere kıyasla yoğun bir güven ilişkisi bulunmakta ve bu bağlamda tarafların hem sözleşme ilişkisine devam edileceği hem de üstlendikleri edimlerin varlığını koruyacağına dair güveni bulunmaktadır²⁴⁶¹. Bu nedenledir ki, Türk Borçlar Kanunu'nda iptalin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere etkisini düzenleyen özel bir hüküm olmamakla birlikte öğretide isabetle iş sözleşmesinin kesin geçersizliğinde olduğu gibi iptalin etkisinin de ileriye yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁶².

²⁴⁵⁶ BAG 14.12.1979 – 7 AZR 38/78 – AP Nr. 4 zu § 119 BGB, STAUDINGER / **RICHARDI/FISCHINGER**, §611a, Rn.676. BAG v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90, NZA, Heft 18, 1991, 721. Ayrıca bkz. **PREIS/TEMMING**, Rn.947.

²⁴⁵⁷ Ayrıca bkz. HOPT/**ROTH**, HGB §59, Rn.120

²⁴⁵⁸ **KAMANABROU**, Rn. 783; STAUDINGER / **RICHARDI/FISCHINGER**, §611a, Rn.676.

²⁴⁵⁹ BAG 20.03.2014 – 2 AZR 1071/12, NZA 2014, Heft 20, s.1131.

²⁴⁶⁰ **PREIS/TEMMING**, Rn.960.

²⁴⁶¹ **ÖZER**, s.268.

²⁴⁶² Sürekli edimli sözleşmelerin, ifasına başlandıktan sonra sadece ileriye etkili olarak iptal edilmesinin, bu ilişkinin yapısına daha uygun olduğu yönünde bkz. **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.297; **CANIKLIOĞLU**, Hastalık ve Sakatlık, s.267; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.444; **NOMER**, s.122; **ÖZER**, s.268 vd.; **EREN**, s.465; **ÖZKARACA**, İşyeri Devri, s.173; **KANIŞLI**, s.576 vd.; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.90. Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. **BROX/WALKER**, §18, Rn.50; **JUNKER**, Fälle zum Arbeitsrecht, s.49; **BROX/RÜTHERS/HENSSLER**, Rn.201; **NK-GA/MESTWERDT**, §611 BGB, Rn.439; **PICKER**, s.51 vd.; İsviçre Hukuku'nda aynı yönde bkz. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Band I, Rn.942; **BK-SCHMIDLIN**, Art.31 OR, Rn.105; **BSK OR I-**

“Yanılmada dürüstlük kuralı” kenar başlıklı TBK m.34/1 hükmüne göre; yanılan, yanıldığını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyecektir. Benzer şekilde İsviçre Hukuku’nda Art.25/1 OR hükmünde yanılma iddiasının dürüstlük kuralına aykırı ise kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu hükme dayanarak öğretide de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından iptalin geçmişe etkili sonuç doğurmasının çoğunlukla dürüstlük kuralına aykırı olacağı ve söz konusu hükmün amaca uygun yorum metodu (*teleologischer Reduktion*: teleolojik redüksiyon) ile yorumlanması ve iptalin ileriye etkili sonuç doğurmasının kabulünün gerektiği ifade edilmiştir²⁴⁶³.

Alman Hukuku’nda iptalin iş sözleşmesine etkisi konusu incelenirken yargı kararları ve öğretinin baskın görüşü ile sakat bir iş ilişkisinde sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanarak iadenin yaratacağı zorluklar §142 BGB hükmünün amaca göre yorumlanması yoluyla çözümlenmektedir²⁴⁶⁴. İşçi ve işveren taraflarının çıkarlarının tatmin edici bir şekilde dengelenmesi ancak bu şekilde sağlanacaktır. Söz konusu hüküm uyarınca irade sakatlığı durumunda sözleşme, iptal beyanında bulunulana kadar geçerli kabul edilecek, ancak iptal beyanında bulunulduktan sonra geçmişe etkili olarak geçersiz sayılacaktır. Fakat hükmün lafzı iş hukukunun kendine özgü değerleri ile örtüşmemektedir. Bu durumda hâlihazırda ifa edilmiş edimler söz konusu ise geçmişe etkili bir geçersizlik durumu meydana gelmeyecektir. Taraflar aralarında bir sözleşme imzalamışlar ve söz konusu sözleşmeyi taraflardan biri iptal etmiş ise §142/I BGB hükmünün lafzının aksine, iş görme edimi hâlihazırda ifa edilmişse geçmişe etkili bir geçersizlik durumu ortaya çıkmamalıdır.

Belirtelim ki, öğretide aldatma veya korkutma durumunda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin ileriye etkili mi yoksa geriye etkili mi sona ereceğine, mağdur olan (aldatmaya ya da korkutma maruz kalan) tarafın karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁶⁵. Karşı tarafı aldatan ya da korkutan tarafın bundan dolayı bir çıkar sağlamaması gerektiği, aksi düşüncede

SCHWENZER, Art. 25, Rn.6; BK-KRAMER, Art. 19-20 OR, Rn.313; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 39.25; KELLER/SCHÖBI, Band I, s.278; HUGUENIN, OR, Rn.585. Sadece sürekli edimli sözleşmelerin değil, sürekli bir edim içermeseler dâhi ifasına çok önceden başlanmış uzun süreli sözleşmelerin de ileriye etkili olarak geçersiz olması gerektiği görüşünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn.945, s.191.

²⁴⁶³BSK OR I-SCHWENZER, Art.25, Rn.6. Ayrıca bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I, Rn. 944; BK-SCHMIDLIN, Art.31 OR, Rn.108; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 39.25. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 444 vd.; EREN, s.465; BROX/WALKER, §18, Rn.37.

²⁴⁶⁴ Öğretideki diğer görüş ise m.812 vd. hükümlerinde kanun boşluğu bulunduğunu ifade etmektedir. Bu boşluk hâkimin hukuk yaratması yoluyla (*im Wege der Rechtsfortbildung*) doldurulmalıdır. Konuya ilişkin olarak bkz. SZECH, s.304.

²⁴⁶⁵ BK-SCHMIDLIN, Art.31 OR, Rn.106. Ayrıca bkz. ÖZER, s.273.

kötünîyetli aldatan yahut korkutan tarafın kendisi için ifa edilmiş olan hizmet ve bunun sonucunda elde ettiği kâr ile ödüllendirilmiş olacağı belirtilmiştir²⁴⁶⁶.

Prensip olarak iş hukukunda iptalin geriye dönük (ex tunc) etkisi, ancak henüz ifa edilmemiş iş sözleşmeleri bakımından söz konusu olacaktır. Eğer hizmet ifa edilmeye başlanmış ise, iş sözleşmesinin askıya alınma durumu söz konusu değil ise, geçersizlik ileriye dönük (ex nunc) etkiye sahiptir²⁴⁶⁷. Somut olayın özelliğine göre ise kimi durumda iptalin ileriye etkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin işçi işvereni ölümle tehdit ederek işe alınmış ve sözleşme daha sonra işverence korkutma sebebi ile sona erdirilmişse iptalin ileriye etkisi söz konusu olmayacaktır²⁴⁶⁸. Zira sözleşmenin iptaline kendisi sebep olan işçinin somut olayda korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır.

Alman öğretisinde, mevcut bir istihdam ilişkisinin varlığı hâlinde iptalin ileriye dönük (ex nunc) etkisine ilişkin bir istisna olarak iptali istenilen iş sözleşmesinin iptalden önce taraflardan biri tarafından askıya alınmış olması durumu olduğu ifade edilmiştir. Bu hâlde, iptal, iş ilişkisinin askıya alındığı tarihe kadar geriye dönük bir etkiye (ex tunc) sahip olabilir²⁴⁶⁹. Bu durumu Alman öğretisinde verilen bir örnekle şu şekilde açıklayabiliriz²⁴⁷⁰: (A), (B)'yi nakliyecisi olarak işe almıştır. (B) iş görüşmesi esnasında kalp hastası olduğunu ve ağır yükleri kaldıramayacağını işveren (A)'ya bildirmemiştir. (B) aralıklı ve sık sık rapor aldığı için birkaç ay sonra kalp hastası olduğu ortaya çıkmıştır²⁴⁷¹. Durumu öğrenen (A) hâlen işyerinde çalışmakta olan (B)'nin hile yoluyla kendisini aldattığını belirterek iş sözleşmesinin iptalini ve o ana kadar ödenen ücretlerin iadesini talep etmiştir. (B)'nin hastalığı sebebi ile ağır yükleri kaldıramıyor olması, nakliyecilik mesleğinin icra edilmesini engellemektedir. İşveren (A), (B)'nin iş görüşmeleri sırasında söz konusu hizmetin ifası için belirleyici bir öneme sahip olan

²⁴⁶⁶ BK-SCHMIDLIN, Art.31 OR, Rn.106.

²⁴⁶⁷ PREIS/TEMMING, Rn.968. Ayrıca bkz. ÖZER, s.269; SCHAUB/KOCH, Arbeitsrecht von A-Z, s.376.

²⁴⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.192, dn.513. Yazarlar bu durumda işçinin almış olduğu tüm ücretleri sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade etmesi gerektiğini, işverenin de işçinin ediminden yarar sağlamış ise söz konusu işi başka bir işçiye hangi ücretle yaptırabilecek idiyse bunu ödemeyi borçlandığını ifade etmektedirler. Ayrıca başka bir çözüm olarak bu durumda dâhi iptalin ileriye etkisinin kabul edilip işverenin TBK m.39/2 hükmündeki tazminat talebi ile aradaki farkı isteyebileceğini belirtmektedirler.

²⁴⁶⁹ BAG, Urt. v. 03.12.1998 – 2 AZR 754/97 (Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 30.10.1997 – 11 Sa 132/97), NZA 1999, Heft 11, s.584; BAG 16.09.1982 – 2 AZR 228/80 (Frankfurt), NJW 1984, Heft 8, s.446. KRAUSE, s.151; SCHAUB/KOCH, Arbeitsrecht von A-Z, s.376; PREIS/TEMMING, Rn.967 vd.

²⁴⁷⁰ Örnek için bkz.: KAMANABROU, Rn.799-780. Taşıma görevi için işe alınan işçinin bel ağrısının bulunmasının temel hatası olarak kabul edilebilecek iken, safra kesesinden hastalığı olan bir işçi bakımından ise söz konusu iş için bu hastalığının temel hatası olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. CANİKLİOĞLU, Hastalık ve Sakatlık, s.265.

²⁴⁷¹ Nakliye işçisinin bel fitiği rahatsızlığı olması yönünde benzer bir örnek için bkz. TAŞKENT, *Anfechtung*, s.62. Buna karşılık işin görülmesiyle doğrudan ilgisi olmayan kronik hastalıklar örneğin mide rahatsızlığı bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Zira bu hastalığın sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirilmesi açısından bir önemi bulunmamaktadır.

bu durumu gizli tutarak açıklama yapma yükümlülüğünü²⁴⁷² (*Offenbarungspflicht*) ihlâl ettiğini belirtmiştir. Bu durum da (A)'nın işçinin yetenekleri konusunda iş hayatı açısından esaslı kabul edilebilecek nitelikte bir hataya düşmesine sebep olmuştur. İptal için gerekli şartlar (iptal beyanı, nedensellik bağı ve aldatma niyeti) gerçekleşmiştir. Bu durumda iş sözleşmesi iptal edilene kadar geçerli bir sözleşme gibi varlığını koruyacak, iptalle birlikte ise ileriye etkili olarak geçersiz olacaktır. Sözleşme iptal edilene kadar geçerliliğini koruyacağı için yani geçersizlik ileriye etkili olarak gerçekleşeceği için çalışmış olduğu döneme ilişkin ücret iadesi işverenden talep edilemez. Aynı örnekte iş sözleşmesinin iptalinden önceki iki hafta boyunca işçinin hastalığı sebebi ile çalışmadığı ve raporlu olduğu varsayımında ise, iş ilişkisi iptalden önce askıya alınmış olacaktır. Bu durumda iptal kararı, iş sözleşmesinin askıya alındığı dönem de dâhil olmak üzere, yani işçinin mevcut iş göremezliğini kapsayacak şekilde geçmişe etkili olarak uygulanacaktır. Bu hâlde işveren (A), söz konusu iki haftalık süreye ilişkin ücreti ödemekten kaçınabilecektir. Olaya ilişkin kanaatimizi belirtmek gerekirse, adayın kendisine soru sorulmasa dâhi işin ifası ve diğer taraf için önemli sayılabilecek hususlar söz konusu ise yahut söz konusu koşullar işçinin iş sözleşmesinde öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmesini imkânsız kılıyor ise adayın açıklama yapma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁴⁷³. Somut olayda kalp rahatsızlığı olan bir kimsenin ağır yükleri kaldıramayağı gerçeği karşısında mevcut hastalığının söz konusu işin ifasını imkânsız kılacağı aşîkârdır. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Hukukun en temel ilkesi olan dürüstlük kuralına uygun davranma ilkesi, hukukun her alanında uygulama alanı bulan bir ilkedir.

Türk Hukuku açısından olayda akla gelebilecek bir diğer mesele işverenin iş sağlığı ve güvenliği alanında alması gereken önlemler ve bu bağlamda Kanun'da işveren için öngörülen yükümlülüklerdir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre işveren işe girişlerinde çalışanların sağlık muayenelerini yaptırmakla yükümlüdür (m.15). Söz konusu olayda işverenin işe girişte sağlık kontrolü yaptıрма yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, adayın işin niteliğine ilişkin böylesi önem arz eden bir konu hakkında susma hakkı olduğunu göstermemelidir. Olayda kişi kalp hastası olduğunu ve söz konusu iş için uygun olmadığını bile bile iş başvurusunda bulunmuş ve hastalığına ilişkin bir bilgilendirme yapmamıştır. Kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez. İşveren açısından ise sözünü ettiğimiz yükümlülüğünü yerine getirmemesi işveren aleyhine idari para cezasını gündeme getirecektir

²⁴⁷² Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, IV, B, 3.

²⁴⁷³ **KAMANABROU**, Rn.731; **PREIS/TEMMING**, Rn.773; **JUNKER**, §3, Rn.150; **SZECH**, s.286.

(6331 s. K. m.26). Olayda Türk Hukuku açısından değerlendirmemiz gereken bir diğer husus ise işçinin işvereni aldatmış olmasının haklı nedenle fesih sebebi olarak mı görüleceği yoksa bu durumun iş sözleşmesinin iptal nedeni mi olduğudur. Kanaatimizce daha önce de ifade ettiğimiz gibi²⁴⁷⁴ Türk İş Hukuku'ndaki açık hüküm gereği bu durumda sözleşme işverence haklı nedenle feshedilebilecek, Türk Borçlar Kanunu'ndaki aldatma ve bunun sonucunda sözleşmenin iptaline ilişkin genel düzenleme uygulama alanı bulmayacaktır. Söz konusu olay bakımından bir geçersizlik değil fesih sebebi söz konusu olduğu için geçersizliğin ileri etkisi yahut askı dönemi bakımından geriye yürümesi tartışmasının yapılmasının Türk Hukuku bakımından bir gereği bulunmadığı düşüncesindeyiz.

V.İş Sözleşmesinde Noksanlığın Hukuki Sonuçları

Daha önce ifade ettiğimiz üzere noksanlık hâlinde sözleşme esasen kurulmuş olmakla beraber, hüküm ve sonuçlarını noksan unsurun tamamlanması ile doğuracaktır. Noksanlık yahut askıda geçersizlik olarak ifade edilen geçersizlik türünde, hukuki işlemin tamamlayıcı unsurlarının eksikliği söz konusudur²⁴⁷⁵. İşlemdeki eksikliğin tamamlanıp tamamlanmayacağı belli olmadığı dönem için ise bu işlem askıda geçersiz (*schwebende Unwirksamkeit*) olarak kabul edilir²⁴⁷⁶.

Örnek vermek gerekirse sınırlı ehliyetsiz kişilerin yapmış oldukları iş sözleşmeleri, yasal temsilcinin icazetine kadar noksan bir sözleşme olacaktır²⁴⁷⁷. Yasal temsilcinin icazetine kadar askıda geçersiz kabul edilen söz konusu sözleşme, yasal temsilci onay verdiği andan sonra geçerli bir sözleşme gibi baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Yasal temsilcinin icazet vermemesi hâlinde ise sözleşme geçersiz sayılmakla birlikte söz konusu geçersizlik ileriye etkili olacaktır²⁴⁷⁸. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere iş sözleşmesinin kurulması bakımından belirli bir yaştan arandığı hâllerde söz konusu yaştan altında olmasına rağmen işçinin iş sözleşmesi yapması ve fakat daha sonradan kişinin kanunun aradığı yaş sınırına ulaşmış

²⁴⁷⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, IV, B.

²⁴⁷⁵ ANTALYA/TOPUZ, s.221; HELVACI/ERLÜLE, s.40; ESENER/DEMİR, s.249; OĞUZMAN/BARLAS, s.233; ESENER/GÜNDOĞDU, s.241; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.595; ATASOY, s.190; DURAL/SARI, s.229.

²⁴⁷⁶ ERMAN, Medeni Hukuk, s.82; EREN, s.376; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.595; OĞUZMAN/BARLAS, s.233.

²⁴⁷⁷ TAŞMAN, s.300; SEÇER, s.1444; EREN, s.376; OĞUZMAN/BARLAS, s.233 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.596; ATASOY, s.190; DURAL/SARI, s.230; BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s.21; ERCOŞKUN ŞENOL, s.190; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik, s.10; TUTAR, s.109.

²⁴⁷⁸ TAŞMAN, s.301; SEÇER, s.1444.

olması hâlinde yasal temsilcinin icazetine gerek kalmaksızın eksiklik kendiliğinden tamamlanmış olacaktır²⁴⁷⁹.

Bu noktada üzerinde durulması gereken başka bir husus da şudur: Türk Medeni Kanunu'nun m.339/3 hükmü uyarınca; anne ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır ve önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde bulundurur.²⁴⁸⁰ Ayrıca m.450 hükmünde vesayet altındaki kişinin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması durumunda, vasinin önemli işlerde karar vermeden evvel olanak ölçüsünde, vesayet altındaki kişinin görüşlerini almakla yükümlü olacağı ifade edilmiştir. Kanun yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin görüşünü almamasının yaptırımını ise düzenlememiştir. Kanaatimizce bu durumda uygulanması gereken yaptırım noksanlıktır. İşçi mâkul bir sürede görüşünün alınmaması sebebi ile sözleşmeyi ileriye etkili olarak geçersiz kılabilirmeli yahut çalışmaya devam etmekle beraber sözleşmenin devamını da sağlayabilmelidir. Fakat işçi edimini dürüstlük kuralına göre uzun sayılacak bir süre için yerine getirmişse sözleşmesinin askıda geçersizliğine dayanamamalıdır. Ayrıca bize göre Kanun'da görüş alınmamasının yaptırımının açıkça belirtilmesi de isabetli olacaktır.

Öte yandan konu hakkında Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin de dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Anılan madde uyarınca; *"Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanır"*. Öğretide, bizce de isabetli olarak, TMK'da belirtilen "olabildiğince" ibaresinin, çocuğun görüşünün alınmasını öngörülemez derecede sınırlaması sebebi ile Çocuk Hakları Sözleşmesi ile uyumsuzluğu ifade edilmekte ve eleştirilmektedir²⁴⁸¹. Konumuzla ilişkili olarak, iş sözleşmeleri gibi şahsen ifanın gerektiği ve işçinin kişiliğini yakından ilgilendiren sözleşmeler bakımından yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsiz kişiler adına bizzat işlem yapması hâlinde küçük veya kısıtlının görüşünü de alması gerektiği aşikârdır. Çocuğun görüşü alınırken açık ve anlaşılır bir dil kullanmaya da özen gösterilmeli²⁴⁸² ve karar alma sürecine katılma olabildiğince değil bize göre mutlaka sağlanmalıdır²⁴⁸³.

²⁴⁷⁹TAŞMAN, s.301; ÖZKARACA/ÜNAL, 399; URHANOĞLU CENGİZ, *Çocuk ve Gençler*, s.223; BAKIRCI, s.424; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.569; DİNÇ, s.143; AKYİĞİT, Şerh, C.2, s.2039; VISCHER/MÜLLER, §9, Rn.63; HWK/TILLMANN, JArbSchG §5, Rn.2.

²⁴⁸⁰ Bu konuda açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b.

²⁴⁸¹ TUĞ LEVENT, s.129.

²⁴⁸² TUĞ LEVENT, s.128.

²⁴⁸³ ZİYAN, *Çocuğun Temsili*, s.139; TUĞ LEVENT, s.128.

Eğer bir iş sözleşmesi geciktirici bir şarta bağlı olarak kurulmuşsa bu durumda şartın gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesinin de değerlendirilmesi ve sözleşmenin akibetinin buna göre belirlenmesi gerekir. Geciktirici şarta bağlı sözleşmeler de eksik sözleşme olarak nitelendirildiği için iş sözleşmesinin örneğin ihracat bağlantısının gerçekleşmesi şartına bağlanmış olması durumunda yine eksik sözleşmeden bahsedilecektir²⁴⁸⁴. İfade edelim ki askıda geçersizlik tarafların anlaşmasına bağlı olarak meydana gelmiş ise şarta bağlı sözleşmeler karşımıza çıkar ve geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde askıda geçersizlik durumu söz konusu iken, bozucu şarta bağlı sözleşmeler bakımından ise askıda hüküm doğurma söz konusudur²⁴⁸⁵.

Son olarak ifade edelim ki, bir kimsenin gerekli yetkiye sahip olmamasına rağmen başkası adına hukuki işlem yapması durumunda yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁴⁸⁶. Yetkisiz temsilin söz konusu olabileceği birkaç ihtimâl vardır: Temsilciye hiçbir zaman yetki verilmemiş olabilir, temsilciye yetki verilmesine rağmen, temsilci söz konusu yetkinin sınırlarını aşmış olabilir yahut verilen temsil yetkisi sonradan geri alınmış ya da sona ermiş olabilir²⁴⁸⁷. Kendisine iş sözleşmesi yapma yetkisi tanınmış işveren vekilleri de işvereni temsilen iş sözleşmesi yapabilir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken ve açıklığa kavuşturulması gereken bir husus da şudur: Bilindiği üzere iş sözleşmesi yapma yetkisi kendisine verilmeyen bir işveren vekilinin buna rağmen bu sözleşmeyi yapması durumunda işverenin yetkisiz temsile sonradan onay vermesi hâlinde işlem geçerli olacaktır. TBK m.46 buna imkân tanımaktadır. Zira hükme göre, *“Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar”*. Buna göre onay verilip verilmeyeceği henüz belli olmayan dönem bakımından işlemin geçerliliği askıdadır²⁴⁸⁸. Dolayısıyla burada askıda geçersizlik durumu söz konusudur²⁴⁸⁹. Yetkisiz işleme onay verme açık yahut örtülü olarak yapılabilir (TBK m.47/I).

İşverenin yetkisiz temsile icazet vermediğini belirterek yapılan iş sözleşmesinin geçersizliğini talep edip edemeyeceği konumuz açısından daha önemlidir. Bazen yetkisiz

²⁴⁸⁴ TAŞMAN, s.300.

²⁴⁸⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.597.

²⁴⁸⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.199; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.254.

²⁴⁸⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.199; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.254.

²⁴⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s.254.

²⁴⁸⁹ EREN, s.513; HELVACI Serap/KARASU Bülent, *“Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”*, MÜHF HAD, C.24, S.1, 2018, s.201.

temsilci ile yapılan iş sözleşmesine istinaden işçinin senelerdir o işyerinde çalışmış olması da mümkündür ve böyle bir durumda sözleşmenin akibetinin belirlenmesi daha da büyük önem taşır. Yargıtay'a yansımış bir olayda²⁴⁹⁰ tanker şoförü, muavinin köye gitmesi nedeniyle işverene haber vermeden bir başkasını muavin olarak işe almış ve bir trafik kazası sonucu muavin yaralanmıştır. Yargıtay, işveren vekilinin iş sözleşmesi kurma yetkisinin "işyerinin yönetimi" kavramı içinde düşünülmesi gerektiğini ifade ederek o bölgedeki teamüle göre bir tanker şoförünün işveren vekili sıfatı ile davacıyı muavin olarak almasının olağan olup olmadığının araştırılıp ona göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

İfade edelim ki, yetkisiz yapılan işlem kural olarak temsil olunanı bağlamasa da tarafların menfaatlerinin korunması düşüncesi ile bu kurala birtakım istisnaların getirilmesi mümkündür²⁴⁹¹. Zira yetkisiz temsil, temsil üçgeninde çıkarların sert bir biçimde çatıştığı alandır²⁴⁹². Temsilcinin sınırlarını aşarak sözleşme yaptığı durumda dâhi somut olayın özelliklerine göre güven teorisi esas alınarak temsil edileni söz konusu hukuki işlemle bağli kılmak mümkün olabilmektedir²⁴⁹³. Kanaatimizce işçiyi işe alma yetkisi bulunmayan işveren vekili, işçi ile yaptığı görüşmeler sonucunda kendisini işe aldığı takdirde işçide belirli bir kanaatin doğumuna yol açan söz konusu hukuki görünüşe güven korunmalı ve sözleşme geçerli sayılmalıdır. Ayrıca işçinin edimini ifa etmesi ve karşılığında ücretinin ödenmesi, adına bordro düzenlenmesi işverenin söz konusu işleme zımnen icazet verdiği anlamına da gelmelidir. Aksi hâlde belki de uzun bir süre işçinin hizmetinden yararlanan işveren bir süre sonra yetkisiz temsilci tarafından yapılan işleme onay vermediğini belirtecek ve iş sözleşmesi geçersiz sayılıp işçi mağdur duruma düşmüş olacaktır. Öğretide de yetkisiz temsilin, temsil olunan kişinin söz konusu hukuki işlemle bağlanmama menfaati karşısında üçüncü kişinin dış görünüşe güveninin yani iyiniyetinin korunması gereğinin en duyarlı noktaya çıktığı alan olduğu ifade edilmektedir²⁴⁹⁴.

²⁴⁹⁰ YHGK, 04.10.1989, E.10-397, K.458, Karar için bkz. **OKUR** Ali Rıza, "Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, MESS Yayını, İstanbul, 1989, s.207 vd. Ayrıca bkz. **BASBUĞ** Aydın, "İşveren Vekilinin İşvereni Dolaylı Temsili ve İş Hukuku Açısından Sonuçları", Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.14. Yazar, taraflar iradi olarak sınırlamadıkça işveren vekilinin somut olaya göre işveren hesabına iş sözleşmesi kurmasının her zaman mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Özel bir durum, ayırık ve açık bir düzenleme ile aksi öngörülmediği takdirde işyerinde işi sevk ve idare eden işveren vekillerinin iş sözleşmesi yapma yetkisinin bulunmadığını kabul etmenin zor olduğu yönünde bkz. **NARMANLIOĞLU**, 1986 Yılı Karar Değerlendirme, s.7.

²⁴⁹¹ **HELVACI/KARASU**, s.198.

²⁴⁹² **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.412.

²⁴⁹³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.199.

²⁴⁹⁴ **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s.412.

SONUÇ

Sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen sözleşme serbestisi ilkesi iş hukuku alanında da geçerlidir. Taraflar kural olarak iş sözleşmesi kurup kurmama, sözleşmenin tarafını seçme, şeklini serbestçe belirleme hakkına sahiptirler. Bir sözleşmenin özgürce kurulduğundan bahsedebilmek için taraflar arasında düzgün bir iletişimden ziyade güç dengesi de önem arz etmektedir. Bu da taraflar arasında ekonomik olarak denkliğin yanı sıra müzakereler esnasında silahların eşitliği ile sağlanmaktadır. İş sözleşmeleri bakımından ise böyle bir eşitlikten bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle iş hukuku taraflar arasındaki hassas dengeyi gözetmekle birlikte, bu hukuk dalının işçiyi koruyucu yapısı sebebiyle birçok emredici hükümle donatılmıştır.

İş hukukunda işçiyi koruyucu düzenlemeler taraflar arasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırını da çizmekte, özellikle getirilen nispi emredici nitelikteki hükümler işverenin sözleşme özgürlüğüne müdahale teşkil etmektedir. Bunun gerekli olduğu da kabul edilmelidir. Zira kendi hâline bırakılan bir sözleşme özgürlüğü, işçiler için uygun olmayan sözleşme koşulları karşısında onları yeteri kadar korumayı garanti edemeyecektir.

Ayrımcılık yasakları da sözleşmenin tarafını seçme konusundaki özgürlüğe getirilen önemli bir sınırlamayı oluşturur. İşe başvuran adaylar arasında yapılan farklı işlem (örneğin söz konusu iş için kadın adayların tercih edilmesi), işin doğası yahut ifası bakımından belirleyici ve önemli bir gereklilik ise -amacın meşru, gerekliliğin de mâkul olması şartıyla- mümkündür. Ancak farklı işlem yapılmasını haklı gösteren söz konusu niteliğin, yapılacak faaliyet bakımından ikincil nitelikte olması da gerekmektedir.

Her sözleşmede olduğu gibi iş sözleşmesi de bazı geçerlilik koşullarına sahiptir. İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasındaki genel kanun-özel kanun ilişkisi sebebiyle, İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hâllerde, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri iş hukukunun kendine özgü yapısı ve işçiyi koruyuculuğu dikkate alınarak iş hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. İş sözleşmelerinin geçersizliği konusunda İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığı için Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine başvurulacaktır.

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmesinin de geçerli olarak kurulabilmesi için ilk koşul tarafların sözleşme yapma konusunda ehil olmalarıdır. Tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetli kişiler iş sözleşmesini kendileri yapabilecek iken sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcilerinin rızası ile iş sözleşmesi kurabileceklerdir. Türk Medeni Kanunu m.339/3 hükmünde anne ve

babanın olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanıyacağı ve önemli konularda olabildiğince çocuğun görüşünün alınması gerektiği ifade edilmiştir. İş sözleşmeleri bakımından da aynı kural geçerli sayılmalı ve şahsen ifanın gerektiği ve işçinin kişiliğini yakından ilgilendiren iş sözleşmeleri bakımından yasal temsilci, ayırt etme gücüne sahip küçük adına iş sözleşmesi imzalamadan evvel onun görüşünü almakla yükümlü olmalıdır. Türk Medeni Kanunu bu düzenlemeyi getirmekle beraber hükme aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımı açıkça öngörmemektedir. Kanaatimizce Kanun'da görüş alınmamasının yaptırımı açıkça düzenlenmeli ve bu durumda askıda geçersizlik yaptırımı öngörülmelidir. Bize göre çocuk ya da genç işçi görüşünün alınmaması sebebi ile sözleşmeyi ileriye etkili olarak geçersiz kılabilmeli yahut çalışmaya devam etmekle beraber sözleşmenin devamını da sağlayabilmelidir. Ayrıca edimini dürüstlük kuralına göre mâkul sayılabilecek uzun bir süre için ifa etmişse artık çocuk ya da genç işçi sözleşmenin askıda geçersizliğini de ileri sürememelidir.

Çocuk ve genç işçilerle yapılacak sözleşmelerle ilgili olarak bize göre Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile öngörülen yazılılık şartı da eleştiriye açık bir durum oluşturmaktadır. Gerçekten Yönetmelik bu konuda işçinin tam ehliyetsiz yahut sınırlı ehliyetsiz olup olmadığı konusunu değerlendirmeye tâbi tutmadan çocuk yahut genç işçilerle yapılacak sözleşmelerin yasal temsilcisi ile yapılması gerektiğini belirtmiştir. Halbuki İş Kanunu'nda bu yönde sınırlayıcı bir hüküm olmadığı gibi Borçlar Kanunu'nda sınırlı ehliyetsizler ile yapılacak sözleşmelerin yasal temsilcilerinin izni yahut onaması ile sonuç doğurabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu konuda önemli olan yasal temsilcinin izni ya da onayının olmasıdır. Kaldı ki, İş Kanunu m.71'de on dört yaşını doldurmamış çocuklara ilişkin yapılacak sözleşmeler bakımından yazılılık şartı getirilmesi de bu konuda on dört yaşından büyük işçiler için yazılılık şartının aranmadığını göstermektedir.

Tarafların ehliyetine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu da tam ehliyetsizlerle iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağıdır. Öğretide ayırt etme gücü bulunmayanların yaptıkları iş sözleşmelerinin geçersiz olduğu, işçinin işini bizzat yerine getirmekle yükümlü oluşu karşısında kanuni temsilcilerinin izni ile dâhi bu kişilerin geçerli bir iş sözleşmesi kuramayacakları ifade edilmektedir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından temsille bağdaşmazlık söz konusudur, fakat bize göre şahsî edim içeren bir borcun yasal temsilcinin kendisi adına imzaladığı bir sözleşme kapsamında tam ehliyetsiz tarafından yerine getirilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Şahsî edim, bizzat borçlunun kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken edimdir, bu bağlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı hak kavramı ile farklı

bir anlam taşımaktadır. Yerine getirdiği iş ruhen ve bedenen kendisine zarar vermeyecek, tam ehliyetsizin psikolojik gelişimi, rehabilitasyonu, hayata adaptasyonu için faydalı olacak nitelikte ise tam ehliyetsiz kişilerin iş hayatına dâhili onların menfaatine de hizmet edecek ve çalışmak onlar bakımından da bir sosyalleşme aracı olacaktır. Kaldı ki, TMK m.449’da yasal temsilcinin çocuğu temsilen yapamayacağı işler sayılmış olup bunlar arasında iş sözleşmesi yer almamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce yasal temsilcilerin onlar adına imzaladığı sözleşmeye rağmen, tam ehliyetsiz kişilerin işçi olamayacağını kabul etmek ve söz konusu sözleşmeyi geçersiz saymak bu kişileri iş hayatından dışlamak anlamına gelecektir. Somut olaya göre velâyet/vesayetin kötüye kullanılması gibi bir durum var ise velâyet ya da vesayetin kaldırılması da gündeme gelebilecektir.

Bu noktada asıl önemli olan sözleşmeler ise İş Kanunu m.71 hükmü uyarınca hangi yaşta olursa olsun on dört yaşını doldurmamış çocukların reklam, sanat, kültür faaliyetlerinde çalıştırılmalarına imkân tanınmasıdır. Uygulamada da sıklıkla görüldüğü üzere çok küçük yaştaki çocukların, hatta bebeklerin bir diğer deyişle tam ehliyetsizlerin iş sözleşmesi ile çalıştırılması mümkün olabilmektedir. Kanaatimizce bu sözleşmeler geçerlidir. Ancak bize göre reklam, sanat, kültür faaliyetlerinde çok küçük yaşlarda çalıştırılan çocuk işçilerin sayısını da dikkate aldığımızda çocuğun üstün menfaati ilkesi gereği çocuk tarafından elde edilen kazancın en azından belirli bir yüzdesinin kayyım tarafından çocuk adına açılacak bir hesaba yatırılması yönünde kanuni bir düzenleme öngörülmeli hatta çocuk ve genç çalışanlar bakımından özel olarak yasal düzenleme yapılmalıdır. Ayrıca çocuk için sakınca doğurabilecek tüm işlemler ve bu bağlamda iş sözleşmeleri bakımından yasal bir düzenleme ile kayyım atama zorunluluğu öngörülmelidir. Çocuk ve genç çalışanlara ilişkin yeni bir kanun çıkarılana kadar ise söz konusu düzenlemeler İş Kanunu’nda yer almalıdır.

Türk Borçlar Kanunu m.27 uyarınca, sözleşmelerin geçerli olarak kurulabilmesi için ayrıca sözleşmenin içeriğinin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı ve konusunun da imkânsız olmaması gerekir. Şüphesiz bir özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmesi bakımından da aynı sınırlamalar geçerlidir. Bununla beraber iş hukukunun dikkate alınması gereken kendine özgü yönleri bulunmaktadır. Bu bağlamda da iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama, bundan da önce iş sözleşmesinin varlığını koruma öncelikle gözetilmelidir.

İş Kanunu’nda iş sözleşmelerinin geçersizlikle sonuçlanacağı hâller ve geçersiz iş sözleşmelerinin doğuracağı hukuki sonuçlara ilişkin özel düzenlemelerin bulunmaması bu

konuda belirsizliklere yol açmakta, öğretide de görüş ayrılıklarına sebebiyet vermektedir. Zira borçlar hukuku düzenlemelerinin iş hukukunun kendine özgü doğasına her durumda uygun olmaması geçersizlik yaptırımı konusunda da kendini göstermektedir. İş hukukunun kendine özgü ve özel gerekleri, borçlar hukukundaki sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin esasların olduğu gibi bu alanda benimsenmesine elverişli değildir. Kesin geçersizlik yaptırımının TBK m.27/1 hükmünün ihlâl edildiği her durumda uygulanmaması esasen sözleşme özgürlüğü ilkesinin şekli bir ilkedan ibaret kalmasını engelleyecektir. Zira hukukun amacı sözleşmeyi geçersiz kılmaktan ziyade sözleşmedeki eksikliklerin giderilmesini sağlamaktır. Klâsik medeni hukuk sözleşmelerinden farklı olarak iş hukukunda korunması gereken zayıf bir taraf olduğu gerçeğini de unutmamak gerekmektedir.

Özellikle bir yasak hükmü ile karşılaşıldığında bu hükmün ihlâli her zaman değil, aksine sınırlı durumlarda sözleşmenin geçersizliğine neden olmalıdır. Sözleşmenin emredici kurala aykırı olup olmadığı ile bu aykırılığın geçersizlik sonucunu doğurup doğurmayacağı soruları özdeş değildir. Geçersizlik yaptırımının uygulanması açısından kanunda yaptırımın açıkça öngörülmediği hâllerde gerek Türk gerekse Alman ve İsviçre öğretisi ve yargı kararlarında belirtildiği gibi hükmün anlam ve amacından yola çıkmak iş hukukunun kendine özgü yapısı gereği ayrıca önemlidir. Normun koruma amacı bir taraftan sözleşmeye uygulanacak yaptırıma etki ederken diğer taraftan da geçersizliğe sözleşen taraflardan ikisinin mi yoksa tek tarafın mı dayanabileceğini de belirlemektedir. Bir yasağın anlam ve amacı, engellenmek istenen sonucun öneminden kaynaklandığı için geçersizlik sonucu, normun amacına uygun olmalıdır.

Kanunla getirilen ve yasaklama içeren bir normun amacı sözleşmenin zayıf tarafını korumaksa ve yasak ihlâl edildiği zaman zayıf taraf geçersizlik yaptırımı sonucunda dezavantajlı duruma düşecekse hukuki işleme klâsik anlamda geçersizlik yaptırımını uygulamak doğru bir çözüm olmayacaktır. Alman Hukuku'nda da konu, sözleşme yapma yasakları (*Abschlussverbot*) ve çalıştırma yasakları (*Beschäftigungsverbot*) olmak üzere iki ayrı başlık altında değerlendirilmektedir. Buna göre emredici hüküm sözleşmenin kurulmasını yani çalışmanın temelini oluşturan anlaşmanın yapılmasını yasaklıyorsa buna aykırılık sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık getirilen yasak sadece istihdama yönelik ise bu durumda kural olarak geçersizlik yaptırımı uygulanmayacaktır. İstihdama yönelik yasak hükmüne aykırılık hâlinde geçersizlik yaptırımının uygulanması normun koruma amacından uzaklaşmak anlamına gelecektir. İşçiyi korumak adına getirilen hükme aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımın işçiyi dezavantajlı duruma düşürmesi iş hukukunun işçiyi koruma özelliğine uymayacağı gibi mantığa da aykırı olacaktır. Hükme kamu düzenini, genel ahlâkı

veya kişilik hakkını koruma amacı atfedilebiliyorsa ve sözleşmenin ayakta kalması hüküm ile korunmak istenen değerleri ihlâl edecekse bu durumda kesin geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. İfade edelim ki, iş hukukunda sıklıkla kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır, zira sözleşmenin bir kısmının geçersizliğinin kabul edilmesi ile sözleşme varlığı korunmakta, emredici hükümle korunması amaçlanan işçi, koruyucu normdan daha fazla zarar görmemiş olmaktadır. Geçersizliğe neden olan normun koruduğu amaç ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında sözleşen taraflardan birinin geçersiz sayılan kısım olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı yönündeki farazi iradesi ise bu açıdan dikkate alınmayacaktır.

Borçlar hukuku genel teorisine göre bir sözleşme geçersizse o sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılır. Ancak borçlar hukuku anlamında geçersizliğin geçmişe etkili olması kuralını iş hukukunda aynen uygulamak geçersiz iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçinin yaptığı işin karşılığını tam olarak alamamasına sebep olacak ve tasfiye sorunları yaratacaktır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'na özel hüküm getirilmiş ve iş sözleşmeleri açısından geçersizliğin ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağı belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü ile getirilen geçersiz iş sözleşmelerinin akîbetine ilişkin hüküm, konuya ilişkin olarak İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle İş Kanunu'na tâbi işçiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Maddede yer alan "geçersizliği sonradan anlaşılan" ibaresi tartışmaya açık ve belirsizlikleri beraberinde getiren bir düzenlemedir. Konuya ilişkin düzenleme İsviçre Medeni Kanunu m.320/2 hükmünde ifadesini bulmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nun söz konusu hükmü kanunlaştırılırken hukuka aykırı bir iş ilişkisinin geçmişe etkili olarak nasıl geçerli sayılabileceği ve geçerli bir iş ilişkisinin varlığına bakılmaksızın, işçinin ücret talebinin sadece sebepsiz zenginleşme talebi yerine başka hangi yolla talep edilebileceğine yönelik iki soru üzerinde yoğunlaşmıştır. TBK gerekçesinde İsviçre Hukuku düzenlemesinin aksine "*işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan "iyiniyetle işgörme" koşuluna Tasarıda yer verilmediği*" ifade edilmiştir. Gerekçeye dikkat edildiğinde Türk kanun koyucunun İsviçre Hukuku'nda öngörülenden daha fazla işçiyi koruyucu düzenleme getirmeyi amaçladığı anlaşılmakta fakat hükmün lafzını esas aldığımızda ise aksi yönde bir sonuç çıkmaktadır. Zira hüküm lafzı esas alınarak yorumlandığında işçi sözleşmenin geçersizliği sebebini iş sözleşmesi imzalandığı an biliyor ise geçersizliğin ileriye etkisinden faydalanamayacaktır. Esasen "geçersizliği sonradan anlaşılan" ifadesi ile kimin bu durumu sonradan anlayacağı taraflardan her ikisi bakımından da sonradan anlaşılma şartının aranıp aranmayacağı hususu da belirsizdir. Hükmü lafzı esas alarak yorumlamak, kişinin kendi kusuruna dayanamayacağını ileri sürerek

sözleşmenin geçersizliğinin baştan bilinmesi durumunda iş sözleşmesini baştan itibaren geçersiz saymak işvereni ödüllendirip işçinin sömürülmesi anlamına gelecek ve hükümle öngörülen amaç karşılanmayacaktır. Bu durum sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerin yapısına da uygun düşmeyecektir. İşçiye korumaktan uzak bir yaklaşımda bulunmak ve normla getirilmek istenen amaçtan sapmak yerine hüküm işçinin sosyal olarak korunması fikri odağa alınarak yorumlanmalıdır. Kanaatimizce bir iş sözleşmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde sözleşmenin diğer tarafına zarar verme niyeti taşımayacak şekilde imzalanmışsa geçersizliğin "sonradan anlaşılması" şartı aranmaksızın iş ilişkisinin ortadan kaldırıldığı ana kadar sözleşme geçerli kabul edilip geçersizlik yaptırımı ileriye etkili olarak uygulanmalıdır. Bu durumda işçinin işini fiilen ifa ettiği söz konusu dönem sanki geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi değerlendirilmelidir.

İfade edelim ki, kamu düzeninin yahut genel ahlâkın ağır ihlâli durumlarında zaten dürüstlük ve iyiniyet tartışması yapılamayacağı ve tarafların da korunmaya değer bir menfaati bulunmayacağı için geçersizlik baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Zira bütünün menfaati kişinin özel menfaatinden daha önemlidir.

İş sözleşmesinin geçersizliğinin kural olarak ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurması sebebiyle geçersiz iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçi çalıştığı süre için ücret ve şartları bulunması hâlinde diğer işçilik alacaklarına hak kazanacaktır. Zira sözleşmenin geçersizliğinin anlaşıldığı zamana kadarki yapılan çalışmalar İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu açısından geçerli bir iş sözleşmesine dayanarak yapılmış sayılacaktır. Geçersizliğin ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurması sebebiyle taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemeleri görevli olacaktır.

İş sözleşmesinin geçersizliği konusunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı meselesi de önem arz etmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu m.14 hükmünde işçinin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hâller sayılmıştır. Bu nedenler arasında iş sözleşmesinin geçersizlik yaptırımı ile sona ermesi hâli yer almamaktadır. Kıdem tazminatının öngörülme amacı bakımından işverene ait işyerinde belirli bir süre çalışmış olan işçinin işini kaybetmesi hâlinde yıpranması, işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak yahut işini kaybetmesi sebebiyle hakkaniyet gereği kendisine ödenen para, işyerine bağlılığın ödüllendirilmesi gibi birçok farklı görüş ortaya atılmıştır. Medeni Kanun m.1 hükmünde kanunun sözüyle ve özüyle değiştiği tüm konularda uygulanacağı ifade edilmiştir. "Öz" ise amacın belirlenmesini gerekli kılar. Toplumsal amaca ulaşabilmek için kabul edilmiş bir araç

olan hukuk normlarına ilişkin yorum yapılırken hukukçunun amacı hukuk kurallarını toplumsal amaçlarına (ratio legis) en uygun şekilde yorumlamaktır. İstisna getiren hükümlerin bile amaca göre yorumlanarak genişletilebilmesi özellikle zayıf tarafın korunması bakımından mümkün olabilmelidir. Kanımızca iş sözleşmesinin ileriye etkili geçersizliğinin kabul edildiği bir durumda, geçersizliğin bir fesih olmadığı ileri sürülerek işçinin kıdem tazminatı alamayacağını savunmak hükmün anlam ve amacına aykırı olacaktır. Bu bağlamda örneğin asgari çalıştırma yaşının ihlâli sebebi ile iş sözleşmesi geçersiz sayılan küçüğe kıdem tazminatı ödenmemesi ancak işveren lehine bir durum yaratacak ve işverenler açısından geçersiz iş sözleşmesi kurmak avantajlı bir sonuç doğuracaktır. İş sözleşmesinin kamu düzenini açıkça ihlâl ettiği durumlar bakımından sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz kabul edileceğinden işçinin kıdem tazminat talep hakkı da bulunmamalıdır.

İş sözleşmesinin geçersizliği durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı konusuna da değinmek gerekir. Kanaatimizce iş sözleşmesi henüz fiilen uygulanmamışsa işçinin işveren için tehdit oluşturabilecek bilgi ve becerileri edinmesi mümkün olmadığından iş sözleşmesinin geçersizliği rekabet yasağının da geçersizliği sonucunu doğurmalıdır. Fakat iş ilişkisi hâlihazırda fiilen ifa edilmiş ise rekabet yasağı hükmünün ilke olarak yürürlükte kaldığı kabul edilmelidir. Zira bu durumda işçi, işveren açısından önem arz eden bilgi ve becerileri öğrenmiş durumdadır. Bu bağlamda bizim de ileriye etkili kesin geçersizlik sebebi olarak kabul ettiğimiz yabancılara yasak bir işte bir yabancıнын çalışması ve bunun neticesinde sözleşmenin geçersiz olduğu durumda eğer ki işçi ile bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılmış ise bu sözleşme geçerliliğini korumalıdır. İşçi örneğin Türk vatandaşlığını kazanması yahut yeni bir kanuni düzenleme ile söz konusu işin yasak kapsamından çıkartılması sebebiyle rekabet yasağını ihlâl eden faaliyeti başka bir işyerinde yerine getirdiğinde rekabet yasağının geçersizliğini ileri sürememelidir. Kanaatimizce bu durum iş sözleşmesinin ileriye etkili geçersizliğinin işvereni koruyucu yönüne bir örnektir. Fakat ifade edelim ki, iş ilişkisi işçinin önemli bilgi ve beceri kazanımının söz konusu olamayacağı kadar kısa sürmüş ise konuya şüphe ile yaklaşmak gerekecektir.

İş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğuracak bir başka hâl irade sakatlığı durumlarıdır. İş sözleşmesinin sağlıklı bir şekilde kurulabilmesi için taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı şarttır. İş sözleşmeleri bakımından irade sakatlığı hâllerinden biri olan aldatma kimi zaman olumlu bir davranışla gerçekleşebileceği gibi kimi zaman da olumsuz bir davranışla yani kaçınma, susma yoluyla gerçekleşebilir. Özellikle iş sözleşmeleri gibi taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisinin mevcut olduğu sözleşmeler açısından

aydınlatma yükümlülüğü önem arz etmektedir. Başvuru sahibinin söz konusu iş için nitelik ve beceri olarak tamamen eksik olduğunun farkında olması hâlinde, mevcut koşulların başvuru sahibinin sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünü imkânsız kılması yahut iş için belirleyici niteliğe sahip olması ve geçici olmaması, başvuranın üçüncü kişileri yahut çalışma arkadaşlarını tehlikeye atacak kalıcı bir hastalığının bulunması hâllerinde işverenin dürüstlük kuralı gereği bilgi edinme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Aksi hâlde işçi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla işvereni aldatmış olacak ve bu durum da iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebilmesi sonucunu doğuracaktır.

Kabul edilebilir nitelikte olmayan sorulara karşı adayın yalan söyleme hakkı (*Recht zur Lüge*) bulunmaktadır. Bu hakkın adayların iş başvurularını tehlikeye atmadan özel hayatlarına müdahaleye karşı kendilerini savunmanın tek yolu olduğu, işçinin bu tutumuna karşı işverenin itiraz etme hakkının mümkün olmamasının dogmatik temelinin işçiye tanınan yalan söyleme hakkının tabir-i caizse bir meşru müdafaa olarak görülebileceği kabul edilmelidir. Zira işçi soruları doğru yanıtlarsa yahut yanıtlamayı reddederse işi alamama tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu hakka dayanarak gerçeği gizleyen işçinin iş sözleşmesi yalan beyana dayanılarak feshedilemeyeceği gibi sözleşmenin geçersizliği de ileri sürülemeyecektir. Soru sorma bir veri toplama faaliyeti olduğundan sorulacak soruların amaçla bağlantılı, orantılı ve dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı büyük önem taşımaktadır. İşverenin soru sorma hakkı bakımından korunmaya değer menfaati o kadar önemli olmalıdır ki, işçinin kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin korunmasına yönelik menfaatinin önüne geçsin. İşverenin rekabete yönelik çıkarları bu noktada önem arz etmeyecektir. Soru sorma hakkının sınırının belirlenmesinde işyerinin ve yapılacak işin niteliği belirleyici olacaktır. Kanaatimizce bu noktada iş sözleşmesinin süresi de büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda kural olarak adaya iş başvurusunda hamile olup olmadığı sorulamayacaksa da, taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesi sebebiyle işçi örneğin analık izninin sözleşme ile işin ifası için kararlaştırılan süreye denk gelmesinden kaynaklı olarak istihdam ilişkisi boyunca çalışamayacak durumda olacaksa yahut iş ilişkisinin büyük bir kısmında çalışması mümkün değil ise ve bu durum sözleşmenin kurulduğu sırada işçi tarafından da biliniyor ise olaya farklı yaklaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bizce hamilelikten dolayı işçinin çalışamaması durumu ile iş ilişkisinin zamansal boyutu arasında bir ilişki kurmak gerekmektedir. Zira işvereni kesinlikle yahut büyük olasılıkla hiçbir zaman uygulanmayacak bir iş sözleşmesini yapmaya zorlamak, yapılan sözleşmenin de anlamsız hâle gelmesine sebep olacağı gibi sözleşme özgürlüğüne de önemli ölçüde müdahale teşkil edecektir. Kanaatimizce istihdam süresinin yüzde ellisinden daha

yüksek bir sürede çalışma gerçekleştiremeyecekse önemli ölçüde çalışmama durumunun varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverenin sözleşmenin yerine getirilmesindeki menfaatinin başvuranın kısa bir süreliğine de olsa iş piyasasında yer edinme konusundaki olası menfaatine üstün geldiği kabul edilmelidir. Fakat hamilelik durumu sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkmış ise bu durum ne doğrudan bir fesih sebebi ne de geçersizlik sebebi olacaktır. Bu noktada ifade edelim ki, kanaatimizce kadın işçilere yönelik Alman Hukuku'nda olduğu gibi özel kanun çıkartılarak daha kapsamlı düzenlemelerle kadın işçilerin korunması sağlanmalı, hamilelik sebebi ile çalışması yasak bir işte çalışan kadın işçinin sözleşmesi ancak feshin son çare olması ilkesine uyularak feshedilebilmeli, işçiye teklif edilecek "mâkul iş" değerlendirilirken somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır.

İrade sakatlığı konusunda değinilmesi gereken bir diğer mesele İş Kanunu'nda düzenlenen haklı nedenle fesih hakkı ile Türk Borçlar Kanunu'nun irade sakatlığına bağlanan sonuç olan iptal hakkının yarışan haklar olup olmadığıdır. İş K. m.24/II, (a) ve 25/II, (a) hükümleri aldatmaya iş hukuku açısından bir sonuç bağlamıştır. Buna göre sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstererek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek ya da sözler söylemek suretiyle karşı tarafın yanıltılması haklı nedenle fesih sebebidir. Kanımızca iş hukukunda haklı nedenle feshe ilişkin düzenleme getiren hükümler Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre özel hüküm niteliği taşımakta olup bu durumda yarışan haklardan bahsedilemez. Ayrıca ifade edelim ki, kimi zaman üçüncü kişinin aldatması söz konusu olabilir. TBK m.36/2 hükmü uyarınca; üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması hâlinde sözleşme ile bağlı olmayacaktır. İş Kanunu'nda üçüncü kişinin aldatması düzenlenmediği gerekçesi ile bu durumda taraflara haklı nedenle fesih imkânının tanınamayacağı yönündeki görüş kanaatimizce kabul edilemez. İşçi üçüncü kişinin aldatmasına sebebiyet vermiş, üçüncü kişiyi bu hususta teşvik etmiş ise bu durum aynı zamanda işçinin de aldatması sayılmalı ve sözleşme yine haklı nedenle feshedilebilmelidir. Diğer bir ihtimâlde işçi üçüncü kişinin işvereni kendi özellikleri hakkında aldatması hususunda teşvik etmemekle beraber üçüncü kişinin aldatmasını biliyor olmasına rağmen bu duruma ses çıkarmıyorsa bu hâlde işçinin pasif aldatması söz konusu olacak ve yine sözünü ettiğimiz İş K. m.24/II, (a) hükmüne dayanılarak sözleşme işverence haklı nedenle feshedilebilecektir. Zira bu durumda işçi susarak esasen bu hileye ortak olmaktadır. Bu noktada ifade edelim ki, işçi üçüncü kişinin aldatmasını bilmiyor ama bilebilecek durumda da olabilir. Bu durumda TBK ilgili hükmünde ifade ettiğimiz gibi işverenin sözleşme ile bağlı kalmama

hakkı bulunmalıdır. Üçüncü kişinin aldatmasından farklı olarak üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen korkutma hâlinde karşı tarafın sözleşmenin kurulması esnasında korkutmayı bilmesi-bilebilecek durumda olmasının herhangi bir önem arz etmeksizin sözleşme iptal edilebilecektir. Tarafların korkutmayı bilip bilmemesi sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen tarafın hakkaniyet gerektiriyorsa diğer tarafa ödemekle yükümlü olacağı tazminat açısından önemli olacaktır.

İrade sakatlığı sebebi ile iş sözleşmesinin iptali söz konusu olduğunda bu hakkı kullanmak için Türk Borçlar Kanunu'nun öngördüğü bir süre sınırı vardır (m.39). Buna göre, yanıltma ve aldatma durumunda gerçeğin öğrenildiği, korkutma hâlinde ise tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde iptal hakkının kullanılması gerekecektir. Kanaatimizce somut olaya göre taraflar arasında sözleşmenin devam ettiği yönünde bir güvenin oluştuğu kabul edilebiliyor ise iptal hakkını kullanmanın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek nitelikte olması hâlinde bu hakkı kullanma yetkisinin düştüğü kabul edilmelidir. Bizce dürüstlük kuralı gereği mâkul sayılabilecek süre korkutmanın etkisinin ortada kalkmasından itibaren iki haftadır. Kanımızca sürekli edim içeren sözleşmeler bakımından iptal hakkını kullanma süresinin tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren iki hafta olarak belirleneceği ve iptal yaptırımının ileriye etkili hüküm ve sonuç doğuracağı yönünde bir düzenleme yapılmalıdır.

İş Kanunu'nda esaslı noktalarda aldatmaya ilişkin özel bir düzenleme (İş K. m.24/II, (a) ve 25/II, (a)) bulunmasına rağmen esaslı yanıltmaya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda tarafların fesih hakkının bulunup bulunmadığı da irade sakatlığına ilişkin cevaplanması gereken bir diğer sorudur. Kanaatimizce esaslı yanıltma hâlinde iş kanunda boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve somut olaya göre tarafların haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Karşı taraftan kaynaklanan, karşı tarafın kasten sebebiyet verdiği aldatma durumunda altı işgünlük gibi kısa bir sürede iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkının bulunmasına karşılık esaslı yanıltma durumunda daha uzun süre (kanımızca bu süre iki hafta olmakla birlikte bu süre bir öneri niteliğindedir) geçse dâhi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının tanınması bizce kabul edilmemelidir. Bu nedenle esaslı yanıltma durumunun da taraflara, tıpkı esaslı noktalarda aldatılmada olduğu gibi, altı işgünlük süre içinde haklı nedenle sözleşmeyi feshetme hakkını verdiği kabul edilmelidir.

Aşırı yararlanma (gabin) hâli sözleşmenin iptaline sebep olabilecek bir başka durumdur. İş sözleşmesinin işçinin zor durumda kalma hâli, deneyimsizliği, düşüncesizliği istismar edilerek yapılması ve edimler arasında aşırı orantısızlık bulunması durumunda aşırı yararlanma

gündeme gelebilecektir. Aşırı yararlanma hâlinde zarar görenin sözleşmeyi iptal ya da edimler arasındaki açık orantısızlığın giderilmesi olmak üzere iki seçimlik hakkı bulursa da kanımızca iş sözleşmesi gibi sürekli borç içeren sözleşmeler bakımından bu hakların aynı anda talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Bu bağlamda zarar gören iptal anına kadarki süreçte ifa edilmiş edimler bakımından edimlerin dengelenmesi yoluna gidebilmeli ve aşırı yararlanma niteliğindeki hükümlerin de geçersizliğini talep edebilmelidir.

Geçersizlik hâllerinden bir diğeri de noksanlıktır. Askıda geçersizlik olarak ifade edilen noksanlık hâlinde sözleşme esasen kurulmuş olmakla beraber, hukuki işlemin tamamlayıcı unsurlarının eksikliği söz konusudur. İşçinin iş sözleşmesi imzalama yetkisi bulunmayan bir işveren vekili ile sözleşme imzalaması durumunda söz konusu sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülüp sürülemeyeceği de tartışmaya açık bir konudur. Zira yetkisiz temsil hükümlerine göre yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlem temsil olunanı kural olarak bağlamayacak, ancak temsil olunan daha sonra işleme onay verirse hukuki işlem, yapıldığı tarihten itibaren geçerli olacaktır. İşlem, temsil olunan tarafından icazet verilinceye kadarki sürede ise askıda geçersiz olacaktır. Bizce işçiyi işe alma yetkisi bulunmayan işveren vekili bu durumdan habersiz olan işçi ile iş sözleşmesi imzaladığında, işçinin edimini ifa etmesi, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemesi, işçi adına bordro düzenlenmesi işverenin söz konusu işleme zımnen icazet verdiği sonucunu doğurmalıdır. Söz konusu sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre güven teorisinin haklı gösterebileceği istisnai hâller bakımından yetkisiz temsilci tarafından yapılan hukuki işlemlerin, temsil olunan için bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir.

Son olarak ifade edelim ki, çalışmamızda iş sözleşmesinin geçersizliği konusunu incelerken yokluk kavramını geçersizlik kavramından ayrı olarak ele almayı tercih etmekteyiz. Zira yokluk yaptırımı geçersizlik yaptırımından farklı olarak sözleşmenin kurucu koşullarının bulunmaması sebebi ile o sözleşmenin hiç meydana gelmemiş olduğunu ifade etmektedir. Tarafların iş sözleşmesi yapma konusunda irade beyanlarının bulunmadığı hâlde sözleşme kurulmamış sayılacak ve yokluk yaptırımı uygulanacaksa da kanımızca somut olayda muvazaa söz konusu ise tarafların iş sözleşmesi yapma iradesi bulunmasa da uygulanacak yaptırım kesin geçersizlik yaptırımı olmalıdır. Kişinin salt sigortalı gösterilmesi amacıyla iş sözleşmesinin imzalanması ve herhangi bir hizmetin ifasının söz konusu olmayacağı hususunda tarafların anlaşması (sahte sigortalılık) durumunda basit muvazaa gündeme gelmeli ve bu durumda yokluk sebebiyle sözleşmenin kurulmamış olduğundan değil muvazaa sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren

geçersiz olduğundan bahsedilmelidir. Bu durumda TBK m.394/3 hükmünde ifade edilen ileriye etkili geçersizliğe ilişkin düzenleme uygulama alanı bulmayacaktır.



KAYNAKÇA

ABEGG Andreas: Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2004, s.165-175 (Inhaltsnormen).

ACABEY Beşir: "Aşırı Yararlanma", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.111-121.

AKBULUT Pakize Ezgi: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Amaca Uygun Sınırlama).

AKBULUT Pakize Ezgi: "Anlamsız -Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı (13.1.2011 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararının Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi)", SDÜHFD, C.8, s.2, 2018, s.177-214 (İmkânsızlık).

AKÇAAL Mehmet: "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Y.2014, S.1, s.49-69.

AKDENİZ Ayşe Ledün: İş İlişkilerinde İmkânsızlık, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

AKDENİZ Ayşe Ledün: "Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İÜHFM, C.77, S.2, 2019, s.555-574 (Gece Çalışması).

AKI Erol: "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, İstanbul, 2000, s.11-43. (Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi).

AKIN Pelin: "Kamu Düzeni Kavramı ve İş Hukukundaki Yansımaları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.11, S.43, 2014, s.57-96.

AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 28. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

AKKURT Sinan Sami: *"Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış"*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, C.4, Haziran 2014, s.99-131.

AKKUŞ TOPALOĞLU Pelin: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

AKTAY Ahmet Nizamettin/**ÖZDEMİR ERTÜRK** Olgu: Toplu İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

AKYİĞİT Ercan: Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları: 85, İstanbul, 1990 (Kesin Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik).

AKYİĞİT Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Yan İş (Ek İş) Problemi ile Yıllık Ücretli İzinde, Grev/Lokavt Esnasında ve İşverenin İşini Kabulde Temerrüdü Hâlinde Başka İşde Çalışma, Ankara, 1995 (Başka İşte Çalışma).

AKYİĞİT Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1-31, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (Şerh, C.1).

AKYİĞİT Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Madde 1-31, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (Şerh, C.2).

AKYİĞİT Ercan: Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2010 (Kıdem Tazminatı).

AKYİĞİT Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2022 (İş Hukuku).

AKYİĞİT Ercan: Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Toplu İş Hukuku).

AKYÜZ Emine: *"Türk Medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması"*, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C.12, S.1-4, 1979, s.153-175.

AKYÜZ Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2018.

ALBAYRAK Süleyman: *"Çocuğun Serbest Malları"*, SÜHFD, C.26, S.2, 2018, s.443-471.

ALBAYRAK ZİNCİROĞLU Canan: “İş Sözleşmesinin Geçersizliği”, TAAD, Y.5, S.9, Ekim 2019, s.711-743.

ALP Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005 (Sözleşmenin Değiştirilmesi).

ALP Mustafa: “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.2, 2004, s.33-59 (Çalışma İzni).

ALPAGUT Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, Ankara, 2012, s.1-81(Karar Değerlendirme 2010).

ALPAGUT Gülsevil, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.31, 2011, s.913-959 (Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri).

ALPAGUT Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, 2016, s.3-79 (2014 Değerlendirme).

ALPAGUT Gülsevil: “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler”, Nuri Çelik’e Armağan, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1493-1544 (Yararlılık İlkesi ve Esneklik).

ALPAGUT Gülsevil: “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri”, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Ed. Doğan Yenisey Kübra, Ergüneş Emrağ Seda, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Onikilevha Yayınları, Mayıs 2021, s.87-124 (Dijitalleşen Çalışma Yaşamı).

ALTOP Atilla: “Hakkaniyet Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, Ocak, 2007, s.7-16 (Hakkaniyet Sorumluluğu).

ALTOP Atilla: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2007, s.254-260 (Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi).

ALTOP Atilla: “*Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler*”, İzmir Barosu Dergisi, S.2, Mayıs, 2012, s.11-21 (Seminer).

ALTOP Atilla: “*Genel İşlem Koşulları*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen: Doç. Dr. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.27-44 (Genel İşlem Koşulları).

ALTOP Atilla: “*Sözleşmenin -Hükümlerinin- Yorumlanmasında Başvurulan Yorum Araçları ve İlkeleri*”, Fasikül Hukuk Dergisi, Ed. Bahri Öztürk, C.11, S.111, Şubat, 2019, s.629-635 (Yorum Araçları ve İlkeleri).

ALTUNKAYA Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ANNUß Georg/**FISHINGER** Philipp S./**OETKER** Hartmut/**PREIS** Ulrich/**RICHARDI** Reinhard: Staudinger, Praxis Edition, Arbeitsrecht Kommentar, Sellier- de Gruyter, Berlin, 2012. (STAUDINGER/Bölüm Yazarı)

ANTALYA Gökhan: “*Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği*”, Yargıtay Dergisi, C.13, 1987, s.288-304 (Hizmet Akdi).

ANTALYA Gökhan/**TOPUZ** Murat: Medeni Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2024.

ANTALYA Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019.

ARICI Kadir: Türk İş Hukuku-I, Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022 (Ferdi İş İlişkileri).

ARICI Kadir: Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022 (Toplu İş Hukuku).

ARIKAN Mustafa: “*6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları*”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011),

Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.69-74.

ARPACI Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

ARSLAN Ramazan/**YILMAZ** Ejder/**TAŞPINAR** **AYVAZ** Sema/**HANAĞASI** Emel: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, 2023.

ARSLAN DURMUŞ Seda: "İş İlişkisinde Kıdemin Başlangıcı", Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.5, Haziran 2016, s.49-70 (Kıdemin Başlangıcı).

ARSLAN DURMUŞ Seda: İş Hukukunda Kıdem Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Kıdem Kavramı).

ARSLAN ERTÜRK Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Sadakat Borcu).

ARSLAN ERTÜRK Arzu: "Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.111-121 (Genel Hizmet Sözleşmesinin Esasları).

ARSLAN ERTÜRK Arzu: "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", MÜHF HAD, C.23, S.1, 2017, s.345-369 (Kadın İşçiler).

ARSLAN ERTÜRK Arzu: İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Şekil).

ARSLAN Zühtü: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı, Y.2002, C.18, S.1, s.139-154.

ASLAN Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, BK m.21, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

ATAAY Aytekin: Şahıslar Hukuku, Giriş-Hakikî Şahıslar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969 (Şahıslar Hukuku).

ATAAY Aytekin: Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler, Genel Kavramlar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980 (Medeni Hukukun Genel Teorisi).

ATALI Murat/**ERMENEK** İbrahim/ **ERDOĞAN** Ersin: Medenî Usûl Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

ATAMER Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 1999 (Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması).

ATAMER Yeşim: “*Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.291-331 (GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar).

ATAMER Yeşim: “*Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m.6 ve TTK m.55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak*”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.7-79 (Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi).

ATAMULU İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ATASOY Kemal: Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ATEŞ Derya: “*Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralı*”, TBB Dergisi, S.72, 2007, s.75-93.

ATEŞ Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007 (Ahlâka Aykırılık).

ATEŞ Derya: “*Sözleşmelerde Genel Ahlâk Kurallarının Belirlenmesi*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.8, S.32, 2017, s.247-268 (Ahlâk Kuralları).

AVCI Özgür: “*İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010/28, s.1397-1424 (İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü).

AVCI Özgür: *“İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S.1, Haziran 2021, s.642-657 (Korkutma).

AYAN Hasan Alparslan: *İş Hukukunda Yabancıların Çalıştırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

AYBAY Aydın/ **AYBAY** Rona/**PEHLİVAN** Ali: *Hukuka Giriş*, DER Yayıncılık, 24. Baskı, İstanbul, 2021.

AYDOĞDU Murat: *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.2, 2011, s.1-50 (Konu Bakımından Uygulama).

AYDOĞDU Murat: *Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014 (GİK ve Denetim).

AYKAÇ Hande Bahar: *“Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.116, 2010, s.335-386.

BAKIRCI Kadriye: *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

BAŞARI Orhan: *Gerekçeli-Notlu Türk İş Hukuku Mevzuatı*, Güven Yayınevi, İstanbul, 1967.

BAŞBUĞ Aydın: *“İşveren Vekilinin İşvereni Dolaylı Temsili ve İş Hukuku Açısından Sonuçları”*, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.2-21.

BAŞBUĞ Aydın/**BODUR** Mehtap Yücel: *İş Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

BAŞPINAR Veysel: *Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998 (Kısmi Butlan).

BAŞTERZİ Süleyman: *“İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”*, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.3-131 (Karar Değerlendirme).

BAŞTERZİ Süleyman: *“Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s.175-198 (Avukatla Bağıtlanan Sözleşme).

BAYCIK Gaye: *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011 (Yenilik Doğuran Haklar).

BAYCIK Gaye: *“Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C.20, S.1, 2014, s.223-262 (Güvenceli Esneklik).

BAYCIK Gaye: *Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015 (İşçinin Hukuki Sorumluluğu).

BAYCIK Gaye: *“Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”*, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, Seminer, Ankara, 01-02 Aralık 2017, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.7-355 (Karar Değerlendirme 2016).

BAYCIK Gaye/ **CİVAN** Orhan Ersun/ **TOLU YILMAZ** Hazal/ **BOSNA** Berrin: *“Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”*, GSÜHFD, C.20, S.1, Haziran 2021, s.713-801.

BAYGIN Cem: *Soybağı Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

BEATER Axel: *“Der Gesetzesbegriff von §134 BGB- zur Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verfassungs- und Satzungsnormen, allgemeine Rechtsgrundsätze und Gesetzesumgehungen”*, Archiv für die civilistische Praxis, 197. Band, Mohr Siebeck, 1997, s.505-528.

BECKMANN Roland Michael: *Nichtigkeit und Personenschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

BELLİCAN Cüneyt: *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008 (Manevi Haklar).

BELLİCAN Cüneyt: *“Küçüğün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu”*, Fasikül Hukuk Dergisi, S.5, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.34-39 (Sorumluluk).

BENECKE Martina: *Arbeitsvertrag und Scheingeschäft*, RdA, 2016.

BOECKEN Winfried/ **DUWELL** Franz Josef/ **DILLER** Martin/ **HANAU** Hans (Hrsg.): Nomos Kommentar, *Gesamtes Arbeitsrecht*, Band 2, 2016 (NK-GA/Bölüm Yazarı).

BOECKEN Winfried/ **DUWELL** Franz Josef/ **DILLER** Martin/**HANAU** Hans (Hrsg.): Nomos Kommentar, *Gesamtes Arbeitsrecht*, Band 3, 2016 (NK-GA/Bölüm Yazarı).

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz: *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Belirli Süreli İş Sözleşmesi).

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz: *"Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C.15, 481-545. (Çocuk ve Genç İşçi).

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz/**GEMİCİ FİLİZ** Beste: *"Türk Hukukunda Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi"*, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan C.I, İKÜHFD Özel Sayı, C.15, S.I, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.593-619.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz: *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanması Alanı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018 (Toplu İş Sözleşmesi).

BOZKURT Tamer: *"Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş" Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle "Sözleşme Hürriyeti" Açısından Durum"*, ABD, Kış 2008, Y.66, S.1, s.134-142.

BROSE Wiebke/ **WETH** Stefan/ **VOLK** Annette: *Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*, C.H. Beck, 9. Auflage, 2020.

BROX Hans/**RÜTHERS** Bernd/**HENSSLER** Martin: *Arbeitsrecht*, Verlag W. Kohlhammer, 20. Überarbeitete Auflage, 2020.

BROX Hans/**WALKER** Wolf-Dietrich: *Allgemeiner Teil des BGB*, Verlag Franz Vahlen, 45. neue bearbeitete Auflage, 2021.

BRUNNER Christiane/ **BUHLER** Jean-Michel/**WAEBER** Jean-Bernard/**BRUCHEZ** Christian: Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht (gemäss Obligationenrecht), Helbing & Lichtenhann, 3. Aktualisierte und ergänzte Auflage, Basel, 2005.

BUCHER Eugen: *“Für mehr Aktionendenken”*, AcP, 186. Bd., 1986, s.1-73 (Für mehr Aktionendenken).

BUCHER Eugen: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abteilung, Die natürlichen Personen, Zweiter Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Verlag Staempfli + Cie AG, Bern 1993 (BK/BUCHER).

BUCHER Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2. Auflage, Zurich, 1998 (BUCHER, OR).

BUCHER Eugen/**AEBI-MÜLLER** Regina E. (Hrsg.): Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art.11-19d ZGB, Rechts-und Handlungsfähigkeit, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, 2017 (BK-BUCHER/AEBI MÜLLER).

BUZ Vedat: *“Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması İsviçre Federal Mahkemesi’nin 26.06.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd.) Üzerinde Düşünceler”*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C. XIX, Sayı 4, Aralık 1998, s.51-82.

BYDLINSKI Peter/**IBLER** Alexandra: *“Die Wirkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels”*, Juristische Blätter, Heft 1, Band 138, 2016, s.2-20.

BYDLINSKI Peter: Bürgerliches Recht Band I, Verlag Österreich, 9. Auflage, 2021.

CANBOLAT Talat: İşçi Buluşları, Beta Yayınları, 2007.

CANBOLAT Talat: *“Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”* Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.13, 2007, s.187-220 (Bazı İş Sözleşmesi Türleri).

CANİKLİOĞLU Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002 (Hastalık ve Sakatlık).

CANİKLİOĞLU Nurşen/**CANBOLAT** Talat: “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.221-277.

CANİKLİOĞLU Nurşen: “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren, Haziran 2005, s.6-13 (Çalışma Süresinin Günlere Bölünmesi).

CANİKLİOĞLU Nurşen: “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası tarafından düzenlenen “III. Yılında İş Yasası ” semineri yayını, İstanbul, 2005, s.149-199 (Çalışma Süreleri).

CANİKLİOĞLU Nurşen: Sosyal Hukukun Bir Görevi Olarak Ayrımcılıktan Kaçınma ve Mağduriyetin Giderilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006 (Ayrımcılıktan Kaçınma).

CANİKLİOĞLU Nurşen: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, TİSK tarafından düzenlenen “Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu” Semineri, İstanbul 20-21 Eylül 2011, s.78-109 (Hizmet Sözleşmesinin Genel Bir Değerlendirmesi). (<https://www.tisk.org.tr/dokuman/calisma-hayati-acisindan-yeni-borclar-kanunu-ve-ticaret-kanunu-semineri.pdf>)

CANİKLİOĞLU Nurşen: “İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı”, Nuri Çelik’e Armağan, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1144-1174 (Yıllık Ücretli İzin).

CANİKLİOĞLU Nurşen: “Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, 10. Yılında İş Kanunu Seminer, 15 Kasım 2013, s.74-119, <https://docplayer.biz.tr/3373950-10-yilinda-is-kanunu-semineri.html> (Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi).

CANİKLİOĞLU Nurşen: “İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu

Sempozyumu" 26-27 Nisan 2013, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk FakülteYayını, Temmuz 2016, 159-200 (Belirli Süreli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi).

CANİKLİOĞLU Nurşen: *"Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların -Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Ocak-Şubat 2016, s.43-78 (Atipik İstihdam).

CANİKLİOĞLU Nurşen: *"4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları"*, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu, 7 Mart 2019, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Online Erişime Açık Bildiri Kitabı, 1 Mart 2020, s.35-91 (Kadınların Hakları).

CANİKLİOĞLU Nurşen, *"İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı"*, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.185-368 (Değerlendirme 2017).

CENTEL Tankut: *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 3041, Hukuk Fakültesi No:667, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 (Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği).

CENTEL Tankut: *"Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları"*, Sosyal Siyaset Konferansları, 1984, s.215-237 (Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları).

CİN Mustafa: *"Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi"*, Kamu-İş, C.8, S.1/2005, s.19-38.

CİVAN Orhan Ersun: *Genel İş Koşulları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015 (Genel İş Koşulları).

CİVAN Orhan Ersun: *"Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (1), 2016, s.781-824 (Değişiklik Kayıtları).

CİVAN Orhan Ersun: *"Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Kısmi Geçersizlik"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara, 2017, s.213-248 (Kısmi Geçersizlik).

CİVAN Orhan Ersun: *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Yan Yükümlülükler).

ÇAKIRCA Seda İrem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ÇAVUŞOĞLU Aslı: Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ÇELİK A. Hakim/**BİNGÖL** Ozan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, Ekin Basım Dağıtım, 2016.

ÇELİK Nuri/**CANIKLIOĞLU** Nurşen/**CANBOLAT** Talat/**ÖZKARACA** Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, Yenilenmiş 36. Bası, İstanbul, 2023.

ÇELİKEL Aysel/**ERDEM** B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul, 2017.

ÇELİKEL Aysel/**ÖZTEKİN GELGEL** Günseli: Yabancılar Hukuku, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 27. Baskı, İstanbul, 2022.

ÇELİKTAŞ Demet: “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1987, s.593-641.

ÇENBERCİ Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976 (İş Kanunu Şerhi).

ÇİFTÇİ Osman: “İş Hukuku Sözleşmelerinde Şekle Uymamanın Hüküm ve Sonuçları”, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2020, 8 (1), s.259-264.

ÇİL Şahin: İş Kanunu Şerhi, Madde 1-19, 1. Cilt, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007 (Şerh, C.I).

ÇİL Şahin: İş Kanunu Şerhi, Madde 40-122, 3. Cilt, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007 (Şerh, C.III).

DÄUBLER Wolfgang: “Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht”, NZA Heft 24/2001, s.1329-1337.

DÄUBLER Wolfgang/**DEINERT** Olaf/**WALSER** Manfred: AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, Verlag Franz Vahlen München, 5. Auflage, 2021.

DÄUBLER Wolfgang/**HJORT** Jens Peter/**SCHUBERT** Michael/**WOLMERATH** Martin (Hrsg.): Nomos Kommentar, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, Nomos Verlagsgesellschaft, 5. Auflage, 2022. (HK-ArbR/Bölüm Yazarı).

DAĞDELEN Ahmet Hakan: “*Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s.637-652.

DEINERT Olaf: “*Illegale Ausländerbeschäftigung*”, NZA 2/2018, s.71-77.

DEMİR Ender: “*Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar IV, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, Oniki levha Yayıncılık, Kasım 2020, s.221-245.

DEMİR Fevzi: Sorularla Bireysel İş Hukuku, 1. Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınlar:98, Mart 2006 (Bireysel İş Hukuku).

DEMİR Fevzi: Sorularla Toplu İş Hukuku, İkinci Cilt, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2006 (Toplu İş Hukuku).

DEMİR Fevzi: “*Çalışma Hayatında Çocukların Korunması*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı 2012), s.547-577 (Çocukların Korunması).

DEMİRCİOĞLU Murat/**CENTEL** Tankut/**KAPLAN** Hasan Ali: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yirminci Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

DEMİRBİLEK Tamer: “*Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek için Öngörülen Koşullar*”, TBB Dergisi, 2014 (115), s.431-448.

DEMİRSATAN Barış: “*İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S.2, Aralık, 2020, s.1220-1241.

DILLER Martin: “*Nachvertragliche Wettbewerbsverbote und AGB-Recht*”, NZA, Heft 5, 2005, s.250-254.

DİNÇ İstemi Ceysu: İş Sözleşmesi ile Çalışan Çocukların Hukuki Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

DOĞAN Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016 (Bağımlılık Unsuru).

DOĞAN Sevil: İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırlarının Korunması, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Rekabet Yasağı).

DOĞAN Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2017 (Yabancılar Hukuku).

DOĞAN Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2020 (Milletlerarası Özel Hukuk).

DOĞAN YENİSEY Kübra: *“İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”*, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.1175-1198 (*Denetim*).

DOĞAN YENİSEY Kübra: *“İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”*, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.33-82. (Emredici Doğa).

DOĞAN YENİSEY Kübra: *“Sosyal Kamu Düzeni: İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası”*, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, III. Sempozyum, Kocaeli Üniversitesi/Kocaeli Barosu, 2011, s.11-31 (Sosyal Kamu Düzeni).

DOĞAN YENİSEY Kübra: *“Hizmet Sözleşmesi”*, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen: Doç. Dr. Murat İnceoğlu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.297-336 (Hizmet Sözleşmesi).

DOĞAN YENİSEY Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, (Emredici Yapı).

DOĞAN YENİSEY Kübra: *“İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”*, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik

Hukuku Derneği-Türkiye metal Sanayicileri Sendikası (MESS), İstanbul, 2015, s.9-149, (Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).

DOĞAN YENİSEY Kübra: “Sözleşme İle Getirilen Yan İş Yasağı ve Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.365-387 (Yan İş Yasağı).

DORNBUSCH Gregor/**KRUMBİEGEL** Markus/**LÖWISCH** Manfred (Hrsg.): AR, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 10. Auflage, Luchterhand Verlag 2021.

DURAL Mustafa: “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.7, S.1, Haziran 1973, s.11-58 (İmkânsızlık).

DURAL Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976 (Sonraki İmkânsızlık).

DURAL Mustafa/**SARI** Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

DURAL Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

DÜTZ Wilhelm/**THÜSING** Gregor: Arbeitsrecht, 26. Auflage, C.H.Beck, 2021.

EBENROTH Carsten Thomas/ **BOUJONG** Karlheinz/**JOOST** Detlev/**STROHN** Lutz: Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, C.H.Beck, 2020 (EBS/Bölüm Yazarı).

EBERTH Rolf: Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht, Eine Untersuchung der Bedeutung des § 139 BGB im Arbeitsrecht, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1967.

EKMEKÇİ Ömer: “İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.79-110.

EKMEKÇİ Ömer: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişkin Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, s.3705-3711 (Genel Hizmet Sözleşmesi).

EKMEKÇİ Ömer: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Postalara Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar”, Çimento İşveren Dergisi, C.20, 2006, s.48-55 (Gece Çalışması).

EKMEKÇİ Ömer: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, Mart 2009, s.19-28 (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı).

EKMEKÇİ Ömer/**YİĞİT** Esra: Bireysel İş Hukuku, Oniki Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2023.

EKMEKÇİ Ömer: Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2023 (Toplu İş Hukuku).

EKONOMİ Münir: “Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages”, Mängel des Arbeitsvertrages, Vergal Stämpfli & Cie AG, (Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred) Bern, 1983, s.8-53.

EKONOMİ Münir: İş Hukuku Cilt I, Ferdî İş Hukuku, 2. Baskı, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1980 (İş Hukuku).

EKONOMİ Münir: “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum, C.3, S.22, 2009, s.11-34 (Gebelik ve Doğum).

EKŞİ Nuray: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.s.116-148.

ELBİR Halid Kemal: “İş Hukukunda Yorum”, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.1, 1969, s.3-34 (Yorum).

ELBİR Nazlı: “İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.265-275.

ELÇİN Doğa: Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ENNECCERUS Ludwig/**NIPPERDEY** Hans Carls: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, Mohr Tübingen, 1959.

ERBS Georg/ **KOHLHAAS** Max: Strafrechtliche Nebengesetze, 240. EL, April 2022.

ERCOŞKUN ŞENOL Kübra: *“Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S.4, 2013, s.81-115 (Hile).

ERCOŞKUN ŞENOL Kübra: *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ERCOŞKUN ŞENOL Kübra: *“Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”*, İÜHFM, C. LXXIV, S.2, 2016, s.709-737 (İçeriği Belirleme Özgürlüğü).

EREN Fikret: *“Hukuka Aykırılık Bağlı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”*, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s.461-491.

EREN Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 24. Bası, Ankara, 2019.

ERGİN Hediye: *“Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.16, 2007, S.1357-1402 (Çalışma ve İkamet İzni).

ERGİN Hediye: *“Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi”*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.4, 2007, s.215-244 (Karar İnceleme).

ERGİN Hediye: *“Uluslararası İşgücü Kanunu ile Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, 2016, s.107-118 (Uluslararası İşgücü Kanunu).

ERGÜNEŞ EMRAĞ Seda: *Yararlılık İlkesi (Türk ve Fransız Hukuku Karşılaştırmalı)*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

ERKAN Vehbi Umut/**YÜCER** İpek: *“Ayırt Etme Gücü”*, AÜHFD, 60 (3), 2011, 485-522.

ERMAN Hasan: *“Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”*, İÜHFD, C.38, S.1-4, s.601-620.

ERMAN Hasan: *Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2023 (Medeni Hukuk).

ERTÜRK Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002 (Temel Haklar).

ERTÜRK Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2008 (Kadın Erkek Eşitliği).

ERTÜRK Şükran: “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2014, s.81-118 (Genel İş Koşulları).

ESENER Turhan: Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Mumeleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956 (Muvazaa).

ESENER Turhan: İş Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:432, 3. Bası, Ankara 1978 (İş Hukuku).

ESENER Turhan: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sisteminde Ahlakın Rolü, Hukuk Araştırmaları, Ocak-Aralık 1989, C.4, S.1-3, s. 5-12 (Ahlâk).

ESENER Turhan/**GÜNDOĞDU** Fatih: Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

ESENER Turhan/**DEMİR** Ender: Hukuka Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2018.

EYRENCİ Öner: “*Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im Türkischen Recht*”, Mängel des Arbeitsvertrages, Vergal Stämpfli & Cie AG, (Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred) Bern, 1983, s.107-129 (*Rechtsfolgen der Nichtigkeit und Anfechtung des Arbeitsvertrages im Türkischen Recht*).

EYRENCİ Öner: Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, Mozaik Yayıncılık, İstanbul, 1989 (Kısmi Süreli).

EYRENCİ Öner: “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukukî Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, s.239-262 (Personel Seçimi).

EYRENCİ Öner/**TAŞKENT** Savaş/**ULUCAN** Devrim/**BASKAN** Esra: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.

FEDERLIN Ulrich: Der kollektive Günstigkeitsvergleich, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 10. Band, 1993.

FIKENTSCHER Wolfgang/**HEINEMANN** Andreas: Schuldrecht, 12. Auflage, Walter de Gruyter GmbH, 2022.

FISCHINGER Phlipp S.: Arbeitsrecht, 2., neue bearbeitete Auflage, C.F.Müller, 2021.

FLUME Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Zweite, überarbeitete Auflage, Springer, Verlag Berlin Heidelberg New York, 1975.

FURRER Andreas/**SCHNYDER** Anton K.: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-83 OR, Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2016.

GAUCH Peter/**SCHLUEP** Walter R./**SCHMID** Jörg/**REY** Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 7. Auflage, 1998 (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band I).

GAUCH Peter/**SCHLUEP** Walter R./**SCHMID** Jörg/**REY** Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 7. Auflage, 1998 (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Band II).

GAUCH Peter/ **JÄGGI** Peter/ **HARTMANN** Stephan: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 18 OR, Auslegung, Ergaenzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Schulthess, 4. Auflage, 2014.

GEISER Thomas: *„Ausgewählte neuere Rechtsprechung zum Arbeitsrecht“*, Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 2009, s.131-141.

GEISER Thomas/ **FOUNTOULAKIS** Christiana (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Helbing& Lichtenhahn Verlag, 6. Auflage, 2018. (BSK ZGB I- Bölüm Yazarı)

GEISER Thomas/**MÜLLER** Roland/**PÄRLI** Kurt: Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2019.

GIERKE Otto: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig, Duncker und Humboldt Verlag, 1889.

GIGER Hans: Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Band 26, 1989.

GÖKÇEOĞLU BALCI Şebnem: *“Koruma mı Dışlama Mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”*, Çalışma ve Toplum, 2017/3 (54), s.1263-1298.

GÖZLER Kemal: *“3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İstigal Örneği”* Anayasa Yargısı, Y.2002, C.18, S.1, s.326-354 (Anayasa Değişikliği).

GÖZLER Kemal: Hukuka Giriş, Güncellenmiş 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022 (Hukuka Giriş).

GROSSMAN Ruprecht/**SCHNEIDER** Friedrich: Arbeitsrecht, Stollfuß Verlag, Bonn, 1995.

GUTMANN Rolf: Ausländische Arbeitnehmer, Besondere Regelungen im Arbeits- und Sozialrecht, Bund-Verlag, 2005.

GÜLVER Ender: *“İş Yargılamasında Görev”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S.2, 2014, s.103-122.

GÜMÜŞ Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

GÜNAY Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C.1, Md. 1-25, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2015.

GÜNDOĞDU Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

GÜNDÜZ Selim: *“Türkiye’de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu”*, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.22, S.1-2-3, Şubat-Mayıs-Ağustos 2009, s.1-28.

GÜNEŞ Başak/**MUTLAY** Faruk Barış: *“Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”*, Çalışma ve Toplum, C.3, S.30, 2011, s.231-288.

GÜRAL Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Ankara, 1958.

GÜRSEL İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 (Kişisel Veriler).

GÜRSEL İlke: Karar İncelemesi: *“İş Sözleşmesine Konulan Bir Hükümle Yararlılık İlkesinin Bertarafı Mümkün Müdür?”*, Çalışma ve Toplum, 2021/3, s.1917-1936 (Karar İnceleme).

GÜVEN Ercan/**AYDIN** Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2020.

GÜZEL Ali: İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No.56, İstanbul 1987.

GÜZEL Ali: “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara, 1997 (Bağımlılık Unsuru).

GÜZEL Ali: “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, GSÜ/İB, İstanbul, 1997.

GÜZEL Ali/**ERTAN** Emre: *“Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.16, 2007, s.1219-1305.

GÜZEL Ali/**ÖZKARACA** Ercüment/**UGAN** Deniz: *“Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları”*, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.475-567.

GÜZEL Ali/**OKUR** Ali Rıza/**CANIKLIOĞLU** Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

HAFIZOĞLU Ece Sıla: *“Çalışma Süreleri”*, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.2, İKÜHFD, 15 (1), 2016, s.123-164.

HATEMİ Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

HATEMİ Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, 8. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Medeni Hukuka Giriş).

HATEMİ Hüseyin: Kişiler Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

HATEMİ Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2059, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 457, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976 (Hukuka ve Ahlâka Aykırılık).

HAUCK Friedrich: “*Die Vertragsstrafe im Arbeitsrecht im Lichte der Schuldrechtsreform*”, NZA, 2006, Heft 15, s.816-819.

HAUSHEER Heinz/**WALTER** Hans Peter (Hrsg.): Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, Bern 2013 (BK-HAUSHEER/WALTER).

HAVUTÇU Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Göre Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003.

HELVACI Serap/**ERLÜLE** Fulya: Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 4. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

HELVACI Serap: Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.

HELVACI Serap/**KARASU** Bülent: “*Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu*”, MÜHF HAD, C.24, S.1, 2018, s.197-213.

HENSSLER Martin/**HERRESTHAL** Carsten/**PASCHKE** Marian (Hrsg.): beck-online.GrossKommentar HGB, Verlag C.H.Beck, https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckogk_20_bandhgb%2Fhgb%2Fcont%2Fbeckogk.hgb.p74.glc.glv.htm&pos=14&hlwords=on

HENSSLER Martin/**WILLEMSSEN** Heinz Josef/**KALB** Heinz Jürgen (Hrsg.): Arbeitsrecht Kommentar, Otto Schmidt 9. Auflage, 2020 (HWK/Bölüm Yazarı).

HEPER Hande: İş İlişkinde İşçinin Rızası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

HOFHERR Karin: Die illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und ihre arbeitsvertragsrechtlichen Folgen, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Inauguraldisertation, Freiburg, 1998.

HONSELL Heinrich/**VOGT** Nedim Peter/**WIEGAND** Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing & Lichtenhahn Basel, 6. Auflage, 2015 (BSK OR I-Bölüm Yazarı).

HOPT Klaus: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Beck'sche Kurz-Kommentare, 42. Nuebearbeitete Auflage, 2023 (HOPT/Bölüm Yazarı).

HROMADKA Wolfgang/**MASCHMANN** Frank: Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 7. Auflage, Springer- Lehrbuch, 2018.

HUECK Alfred/**NIPPERDEY** Hans Carl: Grundriß des Arbeitsrechts, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M., 4. Auflage, 1968.

HUGUENIN Claire: Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 20 OR: Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Stämpfli & Cie AG, Bern, 1984.

HUGUENIN Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulhess, 2014 (HUGUENIN OR).

HÜBNER Heinz: "Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften", Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Vandenhoeck&Ruprecht in Göttingen, 1978, s.399-410.

INAN Ali Naim: Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Rect, Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freiburg im Breisgau, 1956 (Unmöglichkeit).

INAN Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Temel Kavramlar, Hukukî Muamelelerden Doğan Borçlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:296, Ankara 1971 (Borçlar Hukuku).

İŞIKTAÇ Yasemin/**METİN** Sevtap: Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

İMRE Zahit: Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), İkinci Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

İZVEREN Adil: İş Hukuku (I, II, III), Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974.

İZVEREN Adil/**AKI** Erol: İş Hukuku, 1. Cilt, Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1999.

JUNKER Abbo: Fälle zum Arbeitsrecht, Juristische Fall-Lösungen, Verlag C.H. Beck, München, 2005 (Fälle zum Arbeitsrecht).

JUNKER Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 20. Auflage, C.H.Beck, München, 2021 (Arbeitsrecht).

KALKAN Burcu: Türk Hukukunda Gabin, Vedat Kitapçılık, 2004.

KAMANABROU Sudabeh: Arbeitsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

KANDEMİR Murat/**YARDIMCIOĞLU** Didem: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.30-31, 2014, 1-44.

KANIŞLI Erhan: İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KARABAĞ BULUT Nil: Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

KARACA Aybüke/**ERENER** Ebru: “Genel İşlem Koşullarının İş Hukukuna Etkisi”, 7. Uluslararası Balkanlarda Sosyal Bilimler Kongresi, 25-30 Ağustos 2015, s.665-676.

KARAÇÖP Eda/**YAMAKOĞLU** Efe: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.10, S.38, 2013, s.83-148.

KARAGÖZ Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

KARAHASAN Reşit Mustafa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Öğreti Yargıtay Kararları, Cilt I, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

KARAKAŞ Fatma Tülay: Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KAŞAK Fahri Erdem: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

KAYIHAN Şaban: Medeni Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KELLER Max/**SCHÖBI** Christian: Das Schweizerisches Schuldrecht Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Helbing Lichtenhahn, Dritte, vollstaendig überarbeitete und ergaenzte Auflage, Basel und Frankfurt am Main, 1988.

KIEL Heinrich/**LUNK** Stefan/**OETKER** Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, Band 1, C.H. Beck, 5. Auflage, 2021 (MHdB ArbR/Bölüm Yazarı).

KILIÇOĞLU Mustafa/**ŞENOC AK** Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2008.

KILIÇOĞLU Mustafa/**ŞENOC AK** Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt II, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2008.

KILIÇOĞLU Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara, 2018 (Borçlar Hukuku).

KILIÇOĞLU Ahmet M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre), Genişletilmiş, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018 (Fikri Haklar).

KILIÇOĞLU Ahmet M.: Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023 (Medeni Hukuk).

KIRCA Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğu Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, C.50, S.1, s.91-119.

KIRKBEŞOĞLU Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

KIRLI AYDEMİR Deniz: "Yabancı Uyruklu Kişinin Türkiye'deki Çalışmasının Belirli Süreli mi Yoksa Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi mi Olarak Değerlendirileceği & İhbar ve Kıdem

Tazminatına Hak Kazanıp Kazanmayacağı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.7, 2008, s.63-78.

KLAUSBERGER Kurt: Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht: Typologie, Wesentlichkeit und Abgrenzungen (auch zu verwandten Tatbeständen), Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: “*Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler*”, Selim Kaneti’ye Armağan, Aybay Yayınları, İstanbul, 1996, s.25-33 (Kısmi Hükümsüzlük).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ **HATEMİ** Hüseyin/ **SEROZAN** Rona/ **ARPACI** Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Hüküm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ **HATEMİ** Hüseyin/ **SEROZAN** Rona/ **ARPACI** Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 76. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (SEROZAN, İfa Engelleri).

KOLLER Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Stämpfli Verlag Bern, 3. Auflage, 2009.

KÖHLER Helmut: BGB Allgemeiner Teil, C.H.Beck, 45. Auflage, 2021.

KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ Ayşegül/**FIRAT ŞİMŞEK** Ayşe: “*Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.21, 2009, s.89-115.

KÖME AKPULAT Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KÖPRÜLÜ Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. Bası, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1984.

KÖRNER Marita: “*Zum Verstaendnis des tarifvertraglichen Günstigkeitsprinzips*”, RdA 2000, Heft 3, s.140-147.

KRAMER Ernst A./**SCHMIDLIN** Bruno: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1986 (BK-KRAMER/SCHMIDLIN).

KRAMER Ernst A.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Verlag Staempfli & Cie AG, Bern 1991 (BK-KRAMER)

KRAUSE Rüdiger: Arbeitsrecht, Nomos, 4. Auflage, Göttingen 2020.

KUNZ Markus H.: Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, 1970.

KURU Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I, Beta Yayıncılık, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001.

KURU Baki/**AYDIN** Burak: Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C.I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

KUTLU Melis: Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KÜRŞAT Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 2003.

LAKIES Thomas: Jugendarbeitsschutzgesetz, Basiskommentar zum JArbSchG, Bund Verlag, 7. Auflage, 2014.

LARENZ Karl/**WOLF** Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, C.H.Beck Verlag, München, 9. Auflage, 2004.

LE FRIANT Martine: *„Die Rechtsprechung des BAG zum Günstigkeitsprinzip aus französischer und deutscher Sicht“*, NZA 2000, Heft 2, s.81- 83.

LEINEMANN Wolfgang: Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 2. Auflage, 2000 (Kasseler Handbuch/**LEINEMANN**).

LINGEMANN Stefan: “*Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag*”, NZA, 2002, Heft 4, s.181-192.

LÖWISCH Manfred/**CASPERS** Georg/**KLUMPP** Steffen: Arbeitsrecht, Verlag Franz Vahlen, 12., neubearbeitete Auflage, 2019.

MANAV Eda: “*İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*”, TBB Dergisi, S.87, 2010, s.322-364.

MARSCHNER Andreas: “*Die Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer*”, Betriebs-Berater (BB), Heft 15, 1995, s.774-778.

MEDICUS Dieter/**LORENZ** Stephan: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, C.H. Beck, 22., neue bearbeitete Auflage, 2021.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi: İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden bir Yaklaşım, Yargıtay Dergisi, C.13, 1987, s.114-122.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/**ASTARLI** Muhittin/ **BAYSAL** Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2022.

MUTLAY Faruk Barış/**İŞİK** Melih: “*7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev*”, AÜHFD, 68 (3), 2019, s.565-634.

MUTLUAY Faruk Barış: “*4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı*”, Legal İSGHD, S.61, 2019, s.39-81.

MÜLLER Olaf/**RIELAND** Peter: Arbeitsrecht Tipps und Taktik, 3. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2006.

MÜLLER-GLÖGE Rudi/ **PREIS** Ulrich/ **SCHMIDT** Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2020 (ErfK/Bölüm Yazarı).

NARMANLIOĞLU Ünal: “*İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul 1988, s.3-37 (1986 Yılı Karar Değerlendirme).

NARMANLIOĞLU Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş ilişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014 (Ferdi İş ilişkileri I).

NEUNER Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, C.H.Beck, 2020.

NIKISCH Arthur: Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J.C. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1961.

NOMER Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Beta Yayıncılık, 21. Baskı, İstanbul, 2015 (Devletler Hususî Hukuku).

NOMER H. Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul, 2023.

NOMER Halûk Nami/AKBULUT Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

ODAMAN Serkan: “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2002, Sayı: 274, s.40-43. (Bu makaleye <https://web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/serkanodaan.htm> adresinden erişim sağlanmış olup sayfa numara aralığı 1-13 olarak belirtilmektedir) (Yanıltma).

ODAMAN Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Kamu-İş, Ankara, 2003 (Ahlak ve İyiniyet Kuralları).

ODAMAN Serkan: “İş Kanunu ve Borçlar Bakımından ‘Ahlak’ Kavramı”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C.55, S.1, Y.2005, s.877-895 (Ahlâk).

ODER Bertil Emrah: Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

OEHMANN Werner/DIETERICH Thomas (Hrsg.): Arbeitsrecht-Blattei, Entscheidungssammlung, (AR-Blattei ES, GW 1992), Ordner 4, Forkel Verlag.

OĞUZMAN M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.

OĞUZMAN M. Kemal/ BARLAS Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul, 2023 (C. I).

OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, Güncellenip Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, 2023 (C. II).

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, 20. Bası, İstanbul, 2021.

OKUMUŞ Selmani: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

OKUR Ali Rıza: *"Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi"*, Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, MESS Yayını, İstanbul, 1989, s.207 vd. s.203-244.

OLGAÇ Senaî: Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, Cilt I, Madde 1-60, Olgaç Matbaası, Ankara 1976.

ÖĞÜZ Tufan: *"Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar"*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.9, Mart 2008, s.23-26.

ÖĞÜZ Tufan: *"Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi"*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.103-110 (Geçersizlik).

ÖKTEM SONGU Sezgi: *"Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler"*, DEÜHFD, C.8, S.2, 2006, s.169-188, s.186.

ÖZ Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, Kazancı Hukuk Yayınları:87, İstanbul, 1990 (Sebepsiz Zenginleşme).

ÖZ Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 4.07.2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanunla Getirilen Dâhil, Bazı Değişiklikler İşlenmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

ÖZ Turgut: *"6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler"*, Yürürlüğe 5 Kala 6502 sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Sempozyum Yayını, Ankara, 2014, s.83-114.

ÖZÇELİK Ş. Barış: *"Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları"*, AÜHFD, 63 (3), 2014, s.569-621.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.

ÖZDEMİR Erdem: *"İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri"*, AÜHFD, C.54, S.3, 2005, s.95-120 (Mutlak Emredici Hükümler).

ÖZDEMİR Erdem: *"Yeni Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri"*, İzmir Barosu Dergisi, S.2, Mayıs, 2012, s.204-230 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi).

ÖZDEMİR Erdem: *"Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?"*, Sicil, 2015, S.33, s.45-55 (Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler).

ÖZDEMİR Hayrunnisa: *"Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Y. 2013, Sa.3, s.81-105 (Çocuk Malları).

ÖZDEMİR Hayrunnisa: *"Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m.21/II"*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y.2016, C.22, S.3, s.2349-2360 (Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar).

ÖZER Mustafa Tolga: *Medeni Hukukta Hata Kavramı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

ÖZKAN KOÇ Sema Deniz: *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

ÖZKARACA Ercüment: *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul, 2008 (İşyeri Devri).

ÖZKARACA Ercümet/ÜNAL Canan: *"Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu"*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1, Y.2014, s.355-410.

ÖZKARACA Ercüment: *"Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı"*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.39, 2018, s.90-104 (Yıllık Ücretli İzin Hakkı)

ÖZKARACA Ercüment, *"Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim"*, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Kongresi, 19-21 Nisan 2018, Ed.: Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2021, s.341-367 (Rekabet Yasağı).

ÖZKARACA Ercüment/ **ÖZKAN KOÇ** Sema Deniz: *"Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme"*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.45, 2021, s.75-105.

ÖZKARACA Ercüment: *"Yıllık Ücretli İzne Esas Hizmet Süresinin Tasfiye Edilememesi"*, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, Karar İncelemeleri 2022, (Aralık 2021-Aralık 2022), Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sedikası, İstanbul, 2023 (Hizmet Süresinin Tasfiyesi).

ÖZKARACA Ercüment: *"Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Öngörülen Tek Taraflı Cezai Şartın Geçerliliği"*, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, Karar İncelemeleri 2022, (Aralık 2021-Aralık 2022), Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sedikası, İstanbul, 2023 (Cezai Şart).

ÖZKAYA Eraslan, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2020.

ÖZSUNAY Ergun: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979 (Gerçek Kişiler).

ÖZSUNAY Ergun: Medeni Hukuka Giriş, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986 (Medeni Hukuka Giriş).

ÖZTAN Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

ÖZTAN Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Yetkin Yayınları, 46. Baskı, Ankara, 2021 (Temel Kavramlar).

PALANDT Otto: Beck'sche Kurz-Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch, C.H. Beck, 80. Auflage, 2021 (PALANDT/Bölüm Yazarı).

PALLASCH Ulrich: *"Diskriminierungsverbot wegen Schwangerschaft bei der Einstellung"*, NZA 2007, Heft 6, s.306-310.

PEKCANITEZ Hakan/**TAŞ KORKMAZ** Hülya: Medeni Usul Hukuku, C.I, Oniki Levha Yayıncılık, 15. Bası İstanbul, 2017.

PICKER Eduard: *"Die Anfechtung von Arbeitsverträgen"*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA), Carl Heymanns Verlag, 12. Jahrgang, 1981, s.1-163.

PORTMAN Wolfgang/**WILDHABER** Isabelle: Schweizerisches Arbeitsrecht, Dike Verlag, 4. Auflage, Zurich, 2020.

PREIS Ulrich/**TEMMING** Felipe: Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Auflage, Ottoschmidt, Köln, 2020.

PRÜTTING Hanns/**WEGEN** Gerhard/**WEINREICH** Gerd (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, 2020 (PWW/Bölüm Yazarı).

PULAŞLI Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1989.

RANCKE Friedbert/ **PEPPING** Georg: Mutterschutz, Elterngeld, Elternzeit, NOMOS Kommentar, 6. Auflage, 2022.

REHBINDER Manfred: Mängel des Arbeitsvertrages, Verlag Stämpfli & Cie AG, (Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred) Bern, 1983, s.72-102 (Anfechtung).

REHBINDER Manfred: *"İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar"*, Çev. Ömer Teoman, İÜHFM, C.45, S.1-4, s.745-759 (Hukuki Sorunlar).

REHBINDER Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. neu bearbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002.

REHBINDER Manfred/ **STÖCKLI** Jean-Fritz: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Ban VI, 2. Abteilung, Stämpfli Verlag, 2010. (BK-REHBINDER/STÖCKLI).

REICHOLD Hermann: Arbeitsrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, 2019.

REİSOĞLU Seza: Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 237, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968 (Hizmet Akdi).

REİSOĞLU Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 21. Bası, İstanbul 2012.

RENDİ Nihat/**ONURSAN** Galip, Borçlar Hukuku, Dördüncü Hukuk Dairesinin Emsal Kararlarıyla, Cilt II, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.

RICHARDI Reinhard: “*Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*”, NZA, 2002, Heft 19, 1057-1064.

RIEBLE Volker/**PICKER** Christian: “*Lohnwucher*”, Zeitschrift für Arbeitsrecht, (ZfA), Carl Heymanns Verlag, 45, 2014, s.153-214.

RIEMER KAFKA Gabriela/**KRENGER** Nicole Elischa: Arbeitsrecht-Kommentierte Tafeln, Stämpfli Verlag AG Bern, 2012.

SÄCKER Franz Jürgen/ **RIXECKER** Roland/ **OETKER** Hartmut/**LIMPERG** Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil I, §§ 1-240, AllPersönlR, ProstG, AGGG, C.H. Beck, 9. Auflage, 2021 (MüKoBGB/Bölüm Yazarı).

SÄCKER Franz Jürgen/ **RIXECKER** Roland/ **OETKER** Hartmut/**LIMPERG** Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, C.H. Beck, 9. Auflage 2022 (MüKoBGB/Bölüm Yazarı).

SADRULEŞRAFİ Hüseyin A: “*Türk Soylu Yabancıların Çalışmaları*”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1999, s.295-310.

SAPANOĞLU Süleyman: Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2022.

SARI Suat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.1026-1047.

SARIBAY Gizem: "Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri", Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s.267-326.

SAYMEN Ferit H./**KÖPRÜLÜ** Bülent: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I, (Umumi Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku), Özel İktisadî ve Ticarî İlimler Yüksek Okulu Yayınevi, İstanbul, 1964.

SAYMEN Ferit: Türk İş Hukuku, İstanbul Akgün Matbaası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954 (İş Hukuku).

SCHAUB Günter (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch, Bearbeitet von Ahrendt-Koch-Linck-Rinck-Treber-Vogelsang, C.H.Beck, 19., neu bearbeitete Auflage, 2021. (SCHAUB/Bölüm Yazarı)

SCHAUB Günter/**KOCH** Ulrich: Arbeitsrecht von A-Z, 26. Auflage, dtv, 2022 (Arbeitsrecht von A-Z).

SCHMID Hans Dieter/**TRENK HINTERBERGER** Peter: Grundzüge des Arbeitsrecht, Verlag Franz Vahlen München, 2. Auflage, 1994.

SCHODEN Michael: Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, Bund Verlag, 5. Auflage, 2004.

SCHMIDLIN Bruno: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2013. (BK-SCHMIDLIN)

SCHMOECKEL Mathias/**RÜCKERT** Joachim/**ZIMMERMANN** Reinhard (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Mohr Siebeck, 2003 (HKK/Bölüm Yazarı).

SCHULZE Reiner: Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Auflage, Baden Baden, 2022 (HK-BGB/Bölüm Yazarı).

SCHWENZER Ingeborg/**FOUNTOULAKIS** Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Staempfli Verlag, 8. Auflage, Bern 2020.

SEÇER ÖZ: “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.28, 2010, s.1425-1453.

SELİÇİ Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, No: 2247, Hukuk Fakültesi, No: 505, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

SENYEN KAPLAN E. Tuncay: “İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000, s.709-722 (Kadın İşçi).

SENYEN KAPLAN E. Tuncay: “İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s.567-594 (İfa Engelleri).

SENYEN KAPLAN E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 13. Bası, Ankara, 2023 (İş Hukuku).

SEROZAN Rona: Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Sözleşmeden Dönme).

SEROZAN Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 (Medeni Hukuk).

SEVİMLİ Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006 (Özel Yaşam).

SEVİMLİ Ahmet: “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, s.84-107 (İbra ve İkale).

SEVİMLİ Ahmet: “Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas Alan Mevzuat Karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: İki Sorun Üzerine Görüşler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Ed. Tankut Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:5 İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.9-47 (İki Sorun).

SEVİMLİ Ahmet: 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Kısmi Süreli).

SEZGİN Sedat: “*Vesayet Altındaki Kişinin Vasi Rızası Gerektirmeksizin Bizzat Yapabileceği İşlemler*”, NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022 (1), s.55-86.

SOERGELTheodor: Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Verlag W. Kohlhammer, 1999 (SOERGEL/Bölüm Yazarı).

SOYER Polat: Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, İstanbul, 1987 (Genel İş Koşulları).

SOYER Polat: “*Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi -Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin İlginç Bir Kararı Üzerine Not-*” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1991, s.263-268 (İçerik Denetimi).

SOYER Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md.348-352), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994 (Rekabet Yasağı).

SOYER Polat: “*Ferdi iş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlemesi Açısından Yargıtay’ın 1997 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.11-59 (Yargıtay’ın 1997 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi).

SOYER Polat: “*Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu*”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, s.363-380 (Cezai Şart).

SOYER Polat: “*Yeni Düzenlemeleri Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.1, S.3, 2004, s.797-808 (Fazla Saatlerle Çalışma).

SOYER Polat: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler*”, Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.149-168 (Armağan).

SOYER Polat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2, Seminer- 25 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s.4-51.

SÖZER Ali Nazım: "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", Adalet Dergisi, Y.73, S.1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, Ocak Şubat 1982, s.1049-1072 (Hamilelik).

STAEHELIN Adrian: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess, 2006 (ZK-STAEHELIN).

STREIFF Ullin/**VON KAENEL** Adrian/**RUDOLPH** Roger: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Schulthess, 2012.

STOCKAR Conrad H.: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel und Stuttgart, Helbing&Lichtenhahn Verlag, 1971.

SUR Melda: İş Hukuku Toplu İş İlişkiler, Gözde Geçirilmiş 10. Baskı, Turha Kitabevi, Ankara, 2022 (Toplu İş İlişkileri).

SÜMER Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.19, Eylül, 2010, s.63-73 (Bağımlılık Unsuru).

SÜMER Halûk Hâdi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yirmialtıncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (İş Hukuku).

SÜZEK Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1985 (İş Güvenliği).

SÜZEK Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara, 1989 (Askı).

SÜZEK Sarper: "İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması", Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s.129-137 (Düzenleme Boşluklarının Doldurulması).

SÜZEK Sarper: "İş Hukukunda Yorum", İnan Kırac'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996, s.231-238 (Yorum).

SÜZEK Sarper: *“İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”*, Yiğit Okur’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, s.359-361 (Sözleşme Özgürlüğü).

SÜZEK Sarper: *“Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, MESS Yayını, İstanbul, 2000, s.67-131 (Yargıtay’ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).

SÜZEK Sarper: *“Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”*, Kamu-İş, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara, 2003, s.1-59. (Yargıtay’ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).

SÜZEK Sarper: *“Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”*, Sicil İHD, S.24, Aralık 2011, s.5-12 (Genel İş Koşulları).

SÜZEK Sarper: *“İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık”*, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2012, s.59-98 (Hukuka Aykırılık).

SÜZEK Sarper: *“Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C.20, S.1, Y.2014, s.123-141 (Geçersizlik).

SÜZEK Sarper: *“İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum”*, Sicil 34, 2015, s.9-25 (Amaca Uygun Yorum).

SÜZEK Sarper: *“Tip İş Akitlerinin ve İş Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”*, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İKÜHFD, 15 (1), 2016, s.459-472 (Tip İş Akitleri ve İş Yönetmelikleri).

SÜZEK Sarper: İş Hukuku, 23. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayınları, İstanbul, 2023 (İş Hukuku).

SZECH Marthe: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Das Fragerecht des Arbeitgebers nach den verpönten Merkmalen, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Auflage, 2012.

ŞAHLANAN Fevzi: *“İş Yargılaması”*, İÜHFD, C.42, S.1-4, 1976, s.377-421 (İş Yargılaması).

ŞAHLANAN Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1992 (Toplu İş Sözleşmesi).

ŞAHLANAN Fevzi: “Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği”, Sicil Dergisi, S.12, Aralık 2008, s.44-46 (Kıdem Tazminatı).

ŞAHLANAN Fevzi: Toplu İş Hukuku, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt, Oiki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Toplu İş Hukuku).

ŞAKAR Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

ŞANLI Cemal/**ESEN** Emre/**ATAMAN FİĞANMEŞE** İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2023.

ŞEKER Muzaffer: Yazılmamış Sayılma, (BK. m. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kısıkacında 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, Oniki Levha Yayıncılık, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Basım, İstanbul, 2019.

ŞEN Ersan/**ERYILDIZ** H. Sefa: Hukuka Giriş, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ŞEN Memet Nejat: Türk Bireysel İş Hukukunda Yabancı İşçilerin İş Sözleşmeleriyle Çalışma İzinlerinin İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2023.

TARMAN Zeynep Derya: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, AUHFD, C.59, S.3, 2010, s.521-550.

TAŞKENT Savaş: “İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Amağan II, İ.Ü Siyasal Bilimler Fakültesi, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1982, s.169-181 (İptal).

TAŞKENT Savaş: “Die Anfechtung des Arbeitsvertrages”, Mängel des Arbeitsvertrages, Vergal Stämpfli & Cie AG, (Hrsg. EKONOMİ Münir/REHBINDER Manfred) Bern, 1983, s.54-70 (Anfechtung).

TAŞKENT Savaş: *“Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, S.9, s.14-22.

TAŞKENT Savaş/KABAKÇI Mahmut: *“Rekabet Yasağı Sözleşmesi”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, s.21-46.

TAŞMAN Bilgehan: Bireysel İş Hukuku, Cilt I, İstanbul, 1998.

TAUBERT Thomas: Jugend und Arbeit, Rechte und Pflichten als Minderjaehrige(r) in der Arbeitswelt, Luchterhand, 1995 (Jugend und Arbeit).

TAUBERT Thomas: *“Änderungen im Jugendarbeitsschutzgesetz”*, BB, Heft 11, 1997, s.575-578 (JArbSchG).

TEKİL Fahiman: *“Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Ayırımı Hakkındaki Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler”*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001, s.593-600.

TEKİNAY S. Sulhi: Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

TEKİNAY S. Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TERCIER Pierre/ PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

TOPUZ Seçkin/CANBOLAT Ferhat: *“Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi”*, AÜHFD, C.57, S.3, 2008, s.673-718.

TUĞ Adnan/BAYSAL Ulaş: *“İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”*, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.II, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.1869-1880.

TUNCAY A. Can/EKMEKÇİ Ömer/GÜLVER Ender: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 22. Baskı, İstanbul, 2023.

TUNCAY A. Can/SAVAŞ KUTSAL Burcu/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz: Toplu İş Hukuku, 8.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.

TUNÇOMAĞ Kenan: *“Borçlar Kanununa ve İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü”*, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.2, 1969, s.113-131 (Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü).

TUNÇOMAĞ Kenan: *“Takım Sözleşmesi”*, İÜHFD, C.36, S.1-4, 1970, s.311-322.

TUNÇOMAĞ Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, Genel Hükümler, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1976 (Türk Borçlar Hukuku).

TUNÇOMAĞ Kenan: İş Hukuku, Cilt I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul, 1986 (İş Hukuku).

TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2018.

TUOR Peter/**SCHNYDER** Bernhard/**SCHMID** Jörg/**JUNGO** Alexandra: Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Schulthess 2015.

TURAN Gamze: *“İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları”*, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, c.21, S.5-6, Ağustos-Kasım 2008, s.31-59.

TUTAR Elce: *“Hizmet (İş) Sözleşmesinin Geçersizliğinin Türk Borçlar Kanunu ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi”*, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.146, Kasım 2018, s.102-114.

TUZCUOĞLU Tuğçe: Avrupa Birliği Normları ve 6098 S. TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

TÜRE Gökhan: *“İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.41, 2019, s.221-244 (İşçinin Hilesi).

TÜRE Gökhan: İş Sözleşmesinin Kurulması (İşçinin İşe Alınması), Lykeion Yayınları, Ankara, 2021 (İş Sözleşmesinin Kurulması).

TÜRKMEN Ahmet: *“Theodor Kipp’in Çifte Etki (Doppelwirkung) Kuramı Işığında Geçersiz Sözleşmelerin Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması Yoluyla Çözülüp Çözilemeyeceği Sorunu Üzerine Değerlendirmeler”*, MÜHF-HAD, C.18, S.2, Aralık 2022, s.1065-1084.

UÇAR Ayhan: *“4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”*, AÜHFD, C.VI, S.1-4, Y.2022, s.317-332.

UÇUM Mehmet: *“Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.6, Haziran 2007, s.38-48.

UGAN ÇATALKAYA Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ULUSAN İlhan: *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984 (Sebepsiz Zenginleşme).

ULUSAN İlhan: *“Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.1219-1289 (Genel İşlem Şartları).

ULUSAN İlhan: *Culpa in Contrahendo Üstüne*, 1982, Nostaljik Hukuk Serisi, Aristo Yayınları (Culpa in Contrahendo).

URHANOĞLU CENGİZ İftar: *“Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”*, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.4, S.19, 2008, s.187-211 (Yabancılar).

URHANOĞLU CENGİZ İftar: *“4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”*, TBB Dergisi, 2012 (98), s.203-230 (Çocuk ve Gençler).

UŞAN Fatih: *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası’nın Yayınları, 1999.

UŞAN Fatih/**ERDOĞAN** Canan: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

ÜNAL Akın: *Kelepçeleme Sözleşmeleri, Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

ÜNAL Canan: *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Yaş Ayrımcılığı).

ÜNAL Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:7, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s.261-318 (Sağlığa İlişkin Veriler).

ÜNAL Akın/**KÖROĞLU** Emre: “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019, s.523-550.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku-Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963.

VISCHER Frank/ **MÜLLER** Roland M.: Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band Obligationenrecht Besonderer Teil, Viertel Teilband, Der Arbeitsvertrag, Vierte, erweiterte Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

VON KOPPENFELS Katharina: “Vertragsstrafen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung”, NZA, 2002, Heft 11, s.598-602.

VON TUHR Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin, 1957.

VON TUHR Andreas/**PETER** Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1974.

VON STAUDINGER Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Erfüllungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Anhang zu §§305-310, (AGB-Recht 2: Ausgewählte Verträge; AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht; Internationaler Geschäftsverkehr), Sellier- de Gruyter Berlin, Neubearbeitung 2019. (STAUDINGER/Bölüm Yazarı)

VON STAUDINGER Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Erfüllungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag), Ottoschmidt- De Gruyter, Berlin, Neubearbeitung 2020. (STAUDINGER /Bölüm Yazarı)

VON STAUDINGER Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§90-124; §§ 130-133, Ottoschmidt, 2021 (STAUDINGER/Bölüm Yazarı).

VON STAUDINGER Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§134-138, ProstG (Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit), Ottoschmidt, 2021 (STAUDINGER/Bölüm Yazarı).

WALTERMANN Raimund: *“Die betriebliche Übung”*, RdA 2006, s.257-269 (*Die betriebliche Übung*).

WALTERMANN Raimund: Arbeitsrecht, Verlag Franz Vahlen, 20. Auflage, 2021.

WESTERMANN Harm Peter/**GRUNEWALD** Barbara/**MAIER-REIMER** Georg (Hrsg.): ERMAN Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAuslG und WEG, Band I, 16. neu bearbeitete Auflage, 2020 (ERMAN/Bölüm Yazarı).

WEYAND Joachim: Jugendschutzgesetz, 2. Online-Auflage, 2016 (https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata/komm/WeyKoJArbSchG_2/JArbSchG/cont/WeyKoJArbSchG.JArbSchG.p5.gII.htm)

WÖRLEN Rainer/**KOKEMOOR** Axel: Arbeitsrecht, Franz Vahlen Verlag, 13. Auflage, 2019.

YABA Tuğçe: *“Genel İş Koşullarının Denetimi”*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 16, S.1, s.129-159.

YALÇINTAŞ Didem: Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

YAMAKOĞLU Efe/**KARAÇÖP** Eda: *“İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları”*, Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD, Özel Sayı, C.20, S.1, 2014, s.479-506 (Ücretsiz İzin).

YAŞAR Mert: Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı ile İlgili Görüşler, s.12,

https://www.academia.edu/27530917/_Sanat_Kültür_ve_Reklam_Faaliyetlerinde_Çocukların_Çalıştırılma_Usul_ve_Esasları_Hakkında_Yönetmelik_Taslağı_Hakkında_Görüşler

YAYVAK İrem: Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, (Türk-Alman Hukuku Karşılaştırmalı), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014 (Art Etki).

YAYVAK NAMLI İrem: İş Hukuku'nda Cezaî Şart, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Cezaî Şart).

YELMEN Adem: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

YILDIZ Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008 (Eşit İşlem).

YILDIZ Gaye Burcu: "İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.9-45 (GİK ve Denetimi).

YILDIZ Gaye Burcu: "Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.203-231 (Güvenceli Esneklik).

YILDIZ Gaye Burcu: "Dijital Emek Platformları Üzerinden Çalışanların Hukuki Statülerinin Belirlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.46, 2021, s.28-41 (Dijital Emek).

YILDIZ Özge: "Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler", İÜHFM, C. LXXII, S.2, 2014, s.497-540.

YILMAZ TEKİN İmge Hazal: "Türk Borçlar Kanunu'na Göre İşverenin İşi Kabulden Kaçınması", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Temmuz, 2023 (2), s.466-476.

YÜCEL Özge: "Türk Hukukunda Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanımı ve Harcanması ile Korunması", Terazi Hukuk Dergisi, C.15, S.164, Nisan 2020, s.774-783 (Çocuk Malları).

YÜCER Zeynep İpek: Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkansızlık, Hüküm ve Sonuçları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

YÜREKLİ Sabahattin: “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (*Culpa in Contrahendo*)”, İÜHFD, C.72, S.2, 2014, s.541-579 (*Culpa in Contrahendo*).

YÜREKLİ Sabahattin: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi).

ZEVLİLER Aydın/**ERTAŞ** Şeref/**HAVUTÇU** Ayşe/**ACABEY** M. Beşir/**GÜRPINAR** Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2018.

ZIEGLER Antje: Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung, in der schweizerischen Lehre, Verlag Paul Haupt, 1992.

ZIMMERMAN Reinhard: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990.

ZİYAN Ayşe: “Çocukları Temsilen Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerine İlişkin Sözleşmelerin Akdedilmesi”, Ceren Damar Şenel II. Genç Bilim İnsanları Sempozyumu, 4-5 Kasım 2021, Bildiri Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.839-880 (Sempozyum).

ZİYAN Ayşe: Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Çocuğun Temsili).

ZMARZLIK Johannes/**ANZINGER** Rudolf: Jugendschutzgesetz Kommentar, Verlag Franz Vahlen München, 5. Auflage, 1998.

ZMARZLIK Johannes/**ZIPERER** Manfred/**VIETHEN** Peter/**VIEß** Gerhard: Mutterschutzgesetz Mutterschaftsleistungen, Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 9. Auflage, 2006.

ZÖLLNER Wolfgang/**LORITZ** Karl-Georg/**HERGENRÖDER** Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, C.H.Beck, 7. Auflage, 2015.

YARARLANILAN İNTERNET SAYFALARI

<https://www.swisslex.ch/de/>

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://legalbank.net/>

<https://kazanci.com.tr/>

<https://beck-online.beck.de/Home>

<https://www.turcademy.com/en>

<https://www.juracademy.de/schuldrecht-bt2/dienstvertrag.html>

<https://www.academia.edu>

<https://www.gesetze-im-internet.de>

<https://www.goc.gov.tr>

<https://www.bger.ch/de/index.htm>

<https://www.bundesarbeitsgericht.de>

<https://www.juraforum.de>

<https://www.nomos-elibrary.de>

<https://www.tisk.org.tr/>