

T.C.  
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HİZMET AKDI SERBESTİSİ VE SINIRLANDIRILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÖZGÜR BAŞYİĞİT

125456

125456

ANABİLİM DALI : ÖZEL HUKUK  
PROGRAMI : ÖZEL HUKUK

TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. ZEHRA GÖNÜL BALKIR

KOCAELİ, 2002

T.C.  
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HİZMET AKDI SERBESTİSİ VE SINIRLANDIRILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

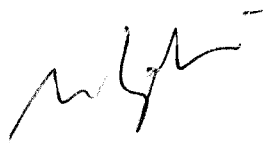
Tezi Hazırlayan: ÖZGÜR BAŞYİĞİT

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Tarih ve No: 30.05.2002, 2002/7

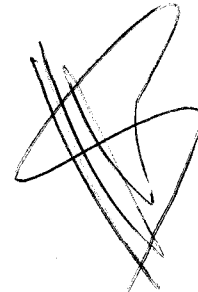
Prof. Dr. Algun Çifter



Doç. Dr. Mehmet Bahtiyar



Doç. Dr. Z. Gönül Balkır



KOCAELİ, 2002

## ÖZET

Hizmet akdi kavramı iş hukukunun temel kavramlarından birini oluşturmaktadır. Zira işçi ile işveren arasındaki ilişkilerin somutlaştığı temel alan hizmet akdidir. Bununla birlikte iş hukukunun yaşayan niteliği hizmet akdi konusunda da önemli değişiklikleri zorunlu kılmaktadır. Bu durum karşımıza serbesti yani özgürlük kavramını çıkarmaktadır. Bu özgürlük son derece önemlidir.

Hizmet akdi iş hukukundaki değişiklikleri yansıtmak zorundadır. Bununla birlikte bu alanda taraflar içinde geniş bir özgürlük alanı çizilmiştir. Gerek hizmet akdinin yapılması anlamında gerekse son verilmesi anlamında bu özgürlük mevcuttur.

Russo'nun öğretisinde belirtildiği üzere hiçbir özgürlük sınırsız olmadığı gibi hizmet akdi serbestisi de sınırsız değildir. Gerek bizzat kanunlarca gerekse hukukun temel ilkelerince çizilmiş sınırlamalar vardır. Hukukumuz hizmet akdi serbestisini korumak ve söz konusu sınırlamalara uyulmasını sağlamak anlamında ceza-i yaptırımlar da kabul etmiş bulunmaktadır. Bu hükümler hizmet akdi serbestisini sınırlayan hükümler olarak değil; onu koruyan hükümler olarak değerlendirilmelidir. Ancak söz konusu sınırlamalar yalnızca iş hukukundan kaynaklanan sınırlamalar olmayıp, genel hukuk dalı görünümündeki borçlar hukukundan kaynaklanan sınırlamalar da bulunmaktadır.

Bu çerçevede bir değerlendirme yapılırken unutulmamalıdır ki hizmet akdi serbestisi ekonominin temeli olan iş yaşamı açısından son derece önemli bir konudur. Taraflara bu anlamda sağlanan özgürlük tek başına liberal bir yaklaşım olmayıp aynı zamanda tarafları koruyucu düzenlemelerle de desteklenmektedir. Böylece hizmet akdi serbestisi diğer bir deyişle özgürlüğü gerek ekonomik yaşam gerekse genel özgürlük kavramı açısından son derece önemlidir. Her ne kadar bu özgürlük temel hak ve özgürlükler arasında sayılmasa da temel hak ve özgürlüklerin ekonomik ve sosyal haklara dayandığı düşünüldüğünde hizmet akdi özgürlüğünün önemi daha da iyi anlaşılabilir. Bu niteliğiyle hizmet akdi serbestisi vazgeçilmez bir özgürlüktür.

## SUMMARY

Work contract is the main area where employee and employer relations are materialised. Nonetheless, living nature of labour law necessitates important changes in work contract. So, this brings upon us the notion of freedom to choose, namely, the liberty. This liberty is important.

Work contract has to reflect the changes in labour law. However, a wide space of freedom is allocated for the parties in this area.

As any freedom is not unrestricted, liberty of work contract is not, either. There are some restrictions which have been put by the basic principals of law. Our law has accepted some criminal sanctions to protect the liberty of work contract and to be obeyed the restrictions. These commands should not be evaluated as the commands restricting the liberty of work contract, where as, these should be evaluated as the commands protecting it. Restrictions which are in question are the restrictions arised from labour law.

It should not be forgotten that while evaluating in this frame the liberty of work contract is so vital subject about work life which is basic of economi. Freedom which is supplied to the supporters is not only a liberal approach but also is supported by protecting arrangements. The liberty of work contract is so important for economic life and for conception of general freedom. Even this freedom is not seen between basic right and freedoms if you think it depends on economic and social rights, the importance of the liberty of work contracts freedom is better understood.

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .....	I
KISALTMALAR .....	VI
GİRİŞ .....	VII

### Birinci Bölüm

#### AKİT SERBESTİSİ VE SINIRLANDIRILMASI

I-Akit Serbestisi Kavramı .....	1
A-Akit Serbestisinin Görünümleri .....	5
1-Akit Yapıp Yapmama Serbestisi .....	5
2-Akde Son Verme Serbestisi .....	5
3-Akdin İçeriğini Belirleme Serbestisi .....	5
4-Akdin Tipini Belirleme Özgürlüğü .....	5
B-Akit Serbestisinin Sınırlandırılması .....	6
1-Akit Serbestisinin Olumlu Müdahalelerle Sınırlanması .....	7
a)Akit Yapma Zorunluluğu .....	7
b)Edimlerde Değer Sınırlamaları .....	9
c)Akitleri Kamu Organlarının İznine Bağlı Kılmak .....	9
2-Akit Serbestisinin Olumsuz Biçimde Sınırlanması .....	9
a)Değiştirilemeyen Kurallar ve Yedek Hukuk Kuralları .....	10
b)Ahlaka Aykırılık .....	14
c)İmkansızlık .....	15
3-Yargısal Revizyon .....	16

<b>C-Şekil Serbestisi .....</b>	<b>20</b>
<b>1-Şekil Kavramı .....</b>	<b>20</b>
a)Şeklin Yararları .....	21
b)Şeklin Sakıncaları .....	22
<b>2-Şeklin Çeşitleri .....</b>	<b>23</b>
a)Amaçları Bakımından .....	23
aa)Sıhhat Şekli .....	23
bb)İspat Şekli .....	23
cc)Sıhhat Şekli ile İspat Şekli Arasındaki Farklılıklar .....	24
b)Kaynakları Bakımından .....	25
aa)Kanuni Şekil .....	25
bb)İradi Şekil .....	25
c)Yapılış Tarzına Göre .....	26
aa)Adi Yazılı Şekil .....	26
bb)Resmi Şekil .....	28
<b>3-Şekil Kurallarına Aykırılığın Hukuki Sonuçları .....</b>	<b>29</b>
a)Kesin Hükümsüzlük .....	29
b)Tahvil .....	31

## İkinci Bölüm

### HİZMET AKDİ SERBESTİSİ VE SINIRLANDIRILMASI

I-Hizmet Akdi Serbestisi .....	32
II-Hizmet Akdi Serbestisine Yönelik Sınırlamalar .....	38
A-Çalıştırma Yasağı .....	38
1-Küçük İşçi Çalıştırma Yasağı .....	38
2-Kadın İşçi Çalıştırma Yasağı .....	42
3-Yabancı İşçi Çalıştırma Yasağı .....	44
B-Çalıştırma Yükümü .....	46
1-Sakat Çalıştırma Yükümü .....	47
2-Sakatlığı Sona Eren İşçiyi Çalıştırma Yükümü .....	53
a)Koşulları .....	53
aa)İşçinin Sakatlanmış Olması .....	53
bb)İşçinin Sakatlanması Yüzünden İşyerinden Ayrılmış Olması .....	54
cc)İşçinin Sakatlığının Ortadan Kalkması .....	54
dd)İşyerinde Boş Yer Bulunması .....	55
ee)İşçinin İşe Alınmasını İstemesi .....	55
b)Hükümleri .....	55
3-Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümü .....	57
4-Askeri veya Yasal Bir Ödevden Dönen İşçiyi Çalıştırma Yükümü .....	60
5-Görevi Biten İşçi Kuruluşu Yöneticisini Çalıştırma Yükümü .....	62
6-İyileşen Gazeteciyi Çalıştırma Yükümü .....	66

<b>7-İşten Çıkarılmış İşçileri Yeniden Çalıştırma Yükümü .....</b>	<b>68</b>
<b>a)Koşulları .....</b>	<b>71</b>
<b>aa)İş K. M.24 ve III'deki Sebeplerden Biriyle İşten Çıkarma veya Çıkma .....</b>	<b>71</b>
<b>bb)Ayrılış Nedenlerinin Ortadan Kalkması .....</b>	<b>72</b>
<b>cc)Yeniden İşçi Alma Gereksiniminin Doğması .....</b>	<b>72</b>
<b>dd)İşçinin Başvurması .....</b>	<b>73</b>
<b>b)Hükümleri .....</b>	<b>74</b>
<b>8-Terörle Mücadele Kanunu'na göre İstihdam Yükümlülüğü .....</b>	<b>75</b>
<b>9-Haksız Ayrım Yasağı .....</b>	<b>75</b>
<b>C-Hizmet Akdinin İçeriğini Belirleme Serbestisinin Sınırlanması .....</b>	<b>76</b>
<b>1-Borçlar Hukuku Sözleşmelerine İlişkin Genel Sınırlamalar .....</b>	<b>76</b>
<b>a)İmkansızlık .....</b>	<b>77</b>
<b>b)Hukuka Aykırılık .....</b>	<b>78</b>
<b>c)Ahlaka Aykırılık .....</b>	<b>79</b>
<b>2-Ortak Düzene İlişkin Genel Sınırlamalar .....</b>	<b>81</b>
<b>a)Tip Hizmet Akdi .....</b>	<b>81</b>
<b>b)Toplu İş Sözleşmesinin Düzenleyici Hükümleri .....</b>	<b>82</b>
<b>aa)Toplu İş Sözleşmesinin Hizmet Akdi ile Olan İlişkileri .....</b>	<b>83</b>
<b>bb)Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Hizmet Akdine Doğrudan Doğruya ve Emredici Etkisi .....</b>	<b>84</b>
<b>cc)Hizmet Akdinin İşçi Yararına Olan Hükümlerinin Geçerliliği .....</b>	<b>85</b>
<b>dd)İşçilere Toplu İş Sözleşmesinin Üzerinde Haklar Sağlanması .....</b>	<b>86</b>
<b>ee)Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi .....</b>	<b>87</b>



D-Şekil Serbestisi ve Sınırları .....	88
1-Hizmet Akdinde Şekil Serbestisi .....	88
2-Hizmet Akdinde Yazılı Biçim Zorunluluğu .....	92
a)İş Kanunu'na Bağlı Hizmet Akitleri .....	92
aa)Belirli Süresi Bir yıl veya Daha Uzun Süreli Hizmet Akitleri .....	92
bb)Takım Sözleşmesi .....	93
b)İş Kanunu'na Bağlı Olmayan Hizmet Sözleşmeleri .....	93
aa)Deniz İş Kanunu'nda .....	94
bb)Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun .....	95
cc)Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda .....	95
3-Sözleşme Uyarınca Yazılı Yapılması Gereken Hizmet Akitleri .....	96
4-Yazılı Yapılması Zorunlu Olmayan Hizmet Akitleri .....	96
a)Süresi belirsiz veya Süresi Bir Yıldan Az Sürekli Hizmet Akitleri .....	96
b)Süreksiz Hizmet Akitleri .....	97
5-Yazılı Yapılacak Hizmet Akdinin Kapsamı .....	98
6-Yazılı Şekil Koşulunun Hukuki Niteliği .....	100
a)Yasal Şekil Koşulunun Hukuki Niteliği .....	100
b)İradi Şekil Koşulunun Hukuki Niteliği .....	104
SONUÇ .....	105
KAYNAKÇA .....	107

## KISALTMALAR

<b>Any</b>	:Anayasa
<b>BK</b>	:Borçlar Kanunu
<b>E</b>	:Esas
<b>HUMK</b>	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İK</b>	:İş Kanunu
<b>K</b>	:Karar
<b>m</b>	:Madde
<b>MK</b>	:Medeni Kanun
<b>S</b>	:Sayı
<b>s</b>	:Sayfa
<b>Sen K</b>	:Sendikalar Kanunu
<b>TİSGLK</b>	:Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu
<b>YCD</b>	:Yargıtay Ceza Dairesi
<b>YHD</b>	:Yargıtay Hukuk Dairesi
<b>YHGK</b>	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YİBK</b>	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>YKD</b>	:Yargıtay Kararları Dergisi
<b>v.b.</b>	:Ve Benzeri

## **GİRİŞ:**

Hiç kuşku yoktur ki temel anlamıyla hak ve özgürlükler her toplumun başta gelen gereksinimlerinden biri olmuştur. Dolayısıyla bu hak ve özgürlük gereksinimi kendisini gerek talep gerekse altyapı anlamıyla hukuk alanında gerçekleştirilme zorunluluğu içerisinde ortaya koymuştur.

Genel anlamıyla hukuk alanında hak ve özgürlük bağlamında asıl olan serbestidir; sınırlama ise istisnadır. Bu çerçevede belirtilmesi gereken en önemli husus hiç kuşkusuz gerek hukuk alanında gerekse pratik yaşamda serbestinin belki de daha geniş anlamıyla özgürlüğün başta gelen kural olduğudur.

Dolayısıyla daha dar bir planda düşündüğümüzde toplum içerisinde sürekli bir ekonomik yaşam döngüsü içerisinde yaşayan bireylerin içinde buldukları bu sistematığın en önemli ögesini hiç kuşkusuz iş yaşamı, bunun temelini ise sözleşme sistemi oluşturmaktadır.

Günlük iş yaşamında bireylerin başta gelen ihtiyaçları ve bu iş yaşamının en temel biçimini sözleşmeler oluşturmaktadır. Bireyler her anlamıyla bu yöndeki bütün iradelerini sözleşmelerle ortaya koymaktadır. İşte bu noktada hukuk düzeni bireylere daha kolay ve daha güvenli hukuki ilişkilere girmeleri açısından geniş bir sözleşmeler dizgesi sunmuştur. Modern çağın başta gelen ihtiyacı elbette ki hızlı ama bir o kadarda güvenli bir iş yaşamıdır. İşte hukuk düzeni bu hız ihtiyacını geniş sözleşmeler dizgesi ile karşılamış ve bu anlamda en geniş şekliyle sözleşme özgürlüğü imgesini kabul etmiştir. Güven anlamındaysa kural olarak benimsenen sözleşme özgürlüğü kavramına bazı sınırlamalar getirilerek hem taraflar için bir güvence mekanizması oluşturulmuş bununla da yetinilmeyip zayıf durumda kalması muhtemel tarafı her şekliyle koruma altına alacak önemli düzenlemeler

öngörülmüştür. Bu anlamıyla hukuk düzeni üzerine düşen görevi fazlasıyla yerine getirmektedir.

Bu çerçevede bu çalışmada sözleşme serbestisi kavramı ve bu kavrama getirilen çok çeşitli sınırlamalar öncelik hizmet sözleşmesine verilmek suretiyle belli bir ayrıntı sistematığı içerisinde incelenmiştir.

Birinci bölümde temel anlamıyla özellikle Borçlar Hukuku çerçevesinde sözleşme serbestisi ve bu serbestiye yönelik olarak getirilen temel bazı sınırlamalar verilmiştir.

İkinci bölümde ise bu çalışmanın asıl ve temel konusu olan hizmet akdi serbestisi ve buna getirilen sınırlamalar en geniş şekliyle ve belli bir sistematik dahilinde ele alınmıştır. Çalışmanın bu kısmı konunun temelini oluşturmakta olup birinci bölüme nazaran daha ayrıntılı bir biçimde incelenmesi zorunluluk oluşturmuştur.

Sonuç kısmıysa gerek konunun bir özeti gerekse içerikte dikkati çeken bazı konuların tekrar gözden geçirilmesi ve önerilerden oluşan bir bölüm olarak sunulmuştur.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AKİT SERBESTİSİ ve SINIRLANDIRILMASI

#### I-Akit Serbestisi Kavramı

Hukuk düzeni bireylere istedikleri biçimde hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hakkını tanımıştır. Bireylere tanınan bu hakka kısaca ‘irade özerkliği’ adı verilmektedir.

Anayasanın 48. maddesi de ‘‘Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir’’ diyerek akit serbestisini güvence altına almış ve Gerekçe’de kanunun bu hürriyetleri ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabileceği belirtilmiştir.<sup>1</sup>

Akit serbestisi genellikle iki anlamda kullanılmaktadır: Biri akit yapmak serbestisi; fertler herhangi bir akdi yapıp yapmamak ve akdi dilediği kimseyle yapmakta serbesttir; diğeri ise tarafların yapacakları akdin muhtevasını diledikleri gibi düzenleme serbestisidir.<sup>2</sup>

Bunun yanında akit serbestisi, akit yapıp yapmama serbestisinin ötesinde ferdin dilediği kimseyle akit yapması, şekil serbestisi ve akdi sona erdirmeye serbestisini de kapsamaktadır.

Yukarıda ifade edilen serbesti kavramları esas olarak hukuk düzeninin başta gelen amaçlarından olan taraf iradelerine üstünlük vermek ve bu iradelerin en sağlıklı biçimde sosyal yaşama yansması ilkesi açısından vazgeçilmez bir nitelik arz

---

<sup>1</sup> Çelik N., *İş Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2000, s.91.

<sup>2</sup> Ekonomi M., *Ferdi İş Hukuku*, C.1, Yenilenmiş 3.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, Gümüşsuyu 1984, s.94.

etmektedir. Sözleşme özgürlüğü, hukuk alanında, irade özgürlüğünün en önemli kaynağını teşkil eder.<sup>3</sup>

Sonuç olarak akit serbestisini akit yapma serbestisi, akdin muhtevasını düzenleme serbestisi ve şekil serbestisi başlıkları altında toplamak mümkündür.

Türk hukukunda genel ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri akit serbestisi prensibi ile bunun hudutlarını tayin etmiş bulunmaktadır.<sup>4</sup> Nitekim, "yaşam için zorunlu mal ve hizmetleri satma", "savaş ekonomisinin gereksinmesi" ve "sözleşmeyi yapmaktan kaçınmanın ahlaka aykırı düşmesi" gibi durumlarda, artık sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur.<sup>5</sup>

Sözleşmenin konusunu belirleme serbestisinin de "hukuka aykırılık", "ahlaka aykırılık" ve "imkansızlık" gibi sınırları vardır. Bunun gibi, "genel işlem kayıtları" da anılan serbestiyi sınırlar.<sup>6</sup> Buna göre taraflar kamu düzenine, yasanın emredici kurallarına, ahlak ve kişilik haklarına aykırı olmamak koşuluyla hür iradeleriyle diledikleri şekilde sözleşme yapmakta serbestirler.<sup>7</sup>

Sözleşme özgürlüğü geniş bir kavramdır. Yargıtay bir kararında sözleşme özgürlüğüne ilişkin geniş açıklamalar ortaya koymuştur: " Genel olarak kişiler özel hukuk anlamında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Borçlar Kanunu'nda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır (Anayasa m.40). O halde sözleşme serbestliği prensibine göre

<sup>3</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 363.

<sup>4</sup> Saymen F.H., **Türk İş Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s.463; Y.H.G.K. 17.6.1987, E.1986/13/734, K. 1987/517, Y.K.D. , 1988, S.9, s.1191.

<sup>5</sup> Tunçomağ K./Centel T., **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basımevi, 2.Bası, İstanbul 1999, s.781.

<sup>6</sup> Tunçomağ K., **Türk Borçlar Hukuku I**, C.1, İstanbul 1976, s.248 v.d.

<sup>7</sup> Y.3.H.D., T.22.3.1996, E.1995/14823, K.1996/3463, Y.K.D. , 1996, S.5, s.710.

kişiler; kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkını haizdir. Bu serbestinin nedenini, devamlı olarak değişen ve gelişen toplumun, gerek sosyal ve gerekse ekonomik ihtiyaçlarının zorlamasında ve buna karşılık (kanunları yaparken kendisine gerekli malzemeyi genellikle geçmişteki tecrübe, ilmi ve kazai içtihadlardan alan) yasa koyucunun bu nitelikteki hayati ihtiyaçları önceden derpiş edip; uzun bir geleneğin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını düzenleyememesinde aramak lazımdır. Hiç kuşku yoktur ki, bu kural tek taraflı irade beyanlarında da geçerli olan bir kuraldır. Diğer bir söyleyişle, tek taraflı bir irade beyanı ile borç altına giren kişinin, bu irade beyanının geçerli olup olmayacağı yine bu kurallarla (B.K. 19-20) çözümlenecektir.<sup>8</sup>

Hukuk düzeninin bireylere, kendi hukuki ilişkilerini kendi iradeleriyle kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak özgürlüğünü tanınması doğaldır. Kural olarak bir kişi dilediği akdi yapmakta serbest olduğu gibi istemediği bir akdi yapmaya da mecbur değildir.<sup>9</sup> Sözleşme özgürlüğü ve irade özgürlüğü kavramları birbirinden ayrılamaz.

Akdin tarafları akdin konusunu diledikleri gibi tayin edebilirler. Bir akit tipine uyma zorunluluğu yoktur. İsterlerse kanunda düzenlenen bir akdin hükümlerini tamamen benimseyebilecekleri gibi, hatta sadece akit konusunda anlaştıklarını beyan edip kanuna yollama yapmakla yetinebilecekleri gibi, kanunda

---

<sup>8</sup> Y.4.H.D. , 26.10.1978, E. 1977/13113, K. 1978/12134, Y.K.D. , 1979, Sayı 5, s. 634-635.

<sup>9</sup> Oğuzman K. , Öz T. , **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2000, s.19.

öngörülen bazı akitleri birleştirerek veya karıştırarak da bir akit yapabilirler. Hatta kanunda öngörülmemiş yeni bir akit yapmaları da mümkündür.<sup>10</sup>

Bu çerçevede tarafların sözleşme yaparken şekil yönünden serbest olmalarına ilişkin şekil serbestisi de sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü esas itibarıyla sözleşmelere ilişkin şekil konusu da belirli sınırlamalar ve belirli zorunluluklar hariç tutulursa tümüyle tarafların iradelerine dolayısıyla serbestlik alanlarına bırakılmış bir husustur. Dolayısıyla şekil serbestisi olarak ifade edebileceğimiz bu konu da sözleşme serbestisinin doğal bir uzantısı olarak değerlendirilecektir.

Görüldüğü gibi sözleşme serbestisi gerek teoride normlar hiyerarşisinde gerekse pratikte yargı kararlarıyla korunan değil, amaçlanan bir prensip halini almıştır. Bunun başta gelen sebebi bizim hukuk sistemimiz de dahil olmak üzere hukuk sistemlerinin tümünün taraf iradelerine verdiği önemdir. Zira kişisel ilişkilerin yansımından oluşan hukuk sınırlayıcı değil koruyucu bir sistem içinde hareket eder ve bu çerçevede tarafların iradelerine sınır koymayı değil bu iradelerin güvenli bir yapı içerisinde sağlam şekilde yansımalarını amaçlar.

Bu açıdan değerlendirildiğinde sözleşme serbestisi hukukun vazgeçilmez prensipleri arasında önemli bir yere sahiptir. Bu niteliğiyle korunması gerekli bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

<sup>10</sup> Oğuzman, s. 19.



## **A-Akit Serbestisinin Görünümleri**

### **1-Akit Yapıp Yapmama Serbestisi**

Kural olarak hiç kimse, isteği dışında, bir sözleşme ilişkisine girmeye mecbur değildir. Hiç kimse, bir sözleşmenin kurulması için bir öneride bulunmaya zorlanamayacağı gibi, kendisine yöneltilen bir öneriyi kabule de mecbur değildir.<sup>11</sup> Yani kişiler sözleşme yapıp yapmamakta tümüyle serbestirler.

### **2-Akte Son Verme Serbestisi**

Sözleşenler ayrıca vücuda getirdikleri sözleşmeyi, tümüyle ya da bir bölümüyle ortadan kaldırma özgürlüğüne de sahiptirler.<sup>12</sup>

### **3-Akdin İçeriğini Belirleme Serbestisi**

Bu özgürlüğe dayanarak sözleşenler, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde bir sözleşmenin içeriğini diledikleri biçimde belirleyebilirler.

### **4-Sözleşmenin Tipini Belirleme Serbestisi**

Bu kavramların ötesinde tarafların sözleşmenin tipini serbestçe belirleme özgürlüğü de akit serbestisi prensibinin oldukça önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Aile hukuku ve eşya hukuku alanındaki sözleşmelerin sayıları ve tipleri belli (numarus clausus) olduğu halde; borçlar hukuku alanında tip özgürlüğü ilkesi egemendir. Kişiler, B.K.'nda öngörülen sözleşmelerden (örneğin satım, kira,

---

<sup>11</sup> Özsunay E. , **Borçlar Hukuku I** , 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983, s.52.

<sup>12</sup> Yavuz C., **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş. , İstanbul 1997, s.14.

bağışlama v.b. sözleşmeler gibi) (=tipik sözleşmeler) başka, kanun tarafından hiç düzenlenmemiş, yeni sözleşme tipleri de vücuda getirebilirler (tipik olmayan sözleşmeler ya da adsız sözleşmeler).<sup>13</sup>

### **B-Akit Serbestisinin Sınırlandırılması**

Kural olarak bir kimse bir başkasıyla sözleşme yapıp yapmamakta serbesttir. Fakat bu serbestinin de istisnaları vardır ki bu hallerde bir sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olur. Kanun sözleşme özgürlüğünü ya olumlu (müsbet), ya da olumsuz (menfi) bir tavır takınarak sınırlar.

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin olumlu sınırlamalar; bazı sözleşmelerin yapılmasının zorunlu sayılması, edimlerin kıymetinin bazı kayıtlara tabi tutulması, kimi sözleşmelerin kamu organlarının iznine bağlı kılınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Olumsuz sınırlamalar ise sözleşmelerin hükümsüz sayılması ve yasaklanması olarak ikiye ayrılmaktadır.

---

<sup>13</sup> Özsunay, s.53.

## 1-Akit Serbestisinin Olumlu Müdahalelerle Sınırlanması

Sözleşme özgürlüğünün – kanun koyucu tarafından – olumlu müdahalelerle sınırlanması, bazı durumlarda bir kimsenin sözleşme yapmakla yükümlü olması ve taraflar arasında kurulmuş sözleşmenin içeriğinin onların katkısı olmaksızın değiştirilebilmesini anlatır.<sup>14</sup>

### a)Akit Yapma Zorunluluğu

Kural olarak, hiç kimse istemediği bir sözleşmeyi yapmak zorunda bırakılamaz. Fakat halk için önemli bazı ihtiyaçların karşılanmasını hedef tutan sözleşmeleri yapmak bazı özel kurallarla zorunlu kılınmıştır.

Kamu hukuku kuralları uyarınca kamu hizmeti görmekte olan kamu idareleri veya müesseseleri veya bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyaz yolu ile bu hizmetleri yürüten işletmeler (Devlet Demiryolları, Türkiye Denizcilik İşletmeleri, P.T.T., Belediye, Otobüs ve Su İşletmeleri, Türkiye Elektrik Kurumu, v.s.) şartlarına uygun şekilde müracaat eden her şahısla sözleşme yapmakla yükümlüdürler.<sup>15</sup>

Yargıtayımız da konuya ilişkin şöyle bir hükme varmıştır: “ ... İdarenin objektif şartlarla ilan ettiği hizmetlerin yapılması için kendine düşeni yerine getiren kişi, bu hizmetlerden yeterince yararlanma hakkını haizdir. Belirli bir bedel karşılığında ve bazı şartlar altında yararlanılan hizmetlerin genellikle vasfı olmayıp, akdi bir niteliği vardır... Kişilerin belirli şartlara uymak... ve bir bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler “iltihaki sözleşmeler”dir. İltihaki sözleşmeler, bir kamu hizmet ifa edip hukuken veya eylemli olarak ... tekel durumu

---

<sup>14</sup> Tekinay, s. 364.

<sup>15</sup> Eren F. ,*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1,Gözden Geçirilmiş 4.Baskı,Ankara 1991,s. 373.

arzeden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, hava gazı ya da P.T.T., su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder. Bu sözleşmelerin ayırıcı tarafı, halkın bunları kabul yahut red edebilmesindedir. Teşebbüsün, yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti gereğince icap, genel ve devamlı bir nitelik taşır, herkes her zaman böyle bir icabı kabul edebilir. Bu itibarla teşebbüs icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişi ile (eğer o kişi gerekli şartları haiz ise) sözleşme yapmaktan kaçınmaz...’’<sup>16</sup> Ancak Yargıtay teknik olanakların bulunmaması halinde kuruluşun hizmet vermektan kaçınabileceğini hükme bağlamıştır.<sup>17</sup>

Aksine davranış halinde yani gerekli şartları haiz bir kişinin başvurusuna rağmen teknik olanaklar da yeterli olduğu halde kamu kuruluşu hizmet vermektan kaçınırsa kamu hukuku kurallarına göre şikayet veya dava yoluna başvurulabilir.<sup>18</sup>

Bazen, B.K. m. 41/III'den de sözleşme yapma mecburiyeti doğabilir. Örneğin, yaşam için zorunlu mal ve hizmetleri piyasaya süren ve fiili tekel durumunda bulunan teşebbüslerin sözleşme yapma mecburiyeti B.K. m. 41/III'ye dayandırılmaktadır. Burada piyasaya egemen teşebbüslerin ve fiili tekellerin, halka sunulan mal ve hizmetler bakımından, sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur.

Buna karşılık, halka açık yerlerin (sinema, tiyatro, kahvehane, plaj v.b.) gelen müşteri ya da seyirciler ile sözleşme mecburiyeti, gene yapmış oldukları öneriden ileri gelir. Bunların, kanundan türeyen bir sözleşme yapma mecburiyeti söz konusu değildir. Çünkü kapılarını kapayarak sözleşme yapmaktan kaçınmaları mümkündür.

<sup>16</sup> Y. 4. H. D. , 20.3.1980, E. 1980/1671, K. 1980/3675, Tekinay, s. 365; Y.4.H.D. 16.6.1975, E.1975/3743, K. 1975/7667, Y.K.D. ,1976, S.6, s.817.

<sup>17</sup> Y. 4. H. D. , 6.12.1974, E. 1973/6285, K. 1974/16590, Y.K.D. , 1976, Sayı 5, s. 633-637 ; Y. H. G. K. , 13.5.1977, E. 1976/4-1976, K. 1977/480, Y.K.D. ,1978, Sayı 8, s. 56-57.

<sup>18</sup> Y. İ. B. K. , 5.4.1944, 4/12, Y.İ.B.K. II, s. 313.

### **b)Edimlerde Değer Sınırlamaları**

Kanun koyucunun sözleşme özgürlüğüne müdahalelerinin bir kısmı olağanüstü zamanlarda daha da artan edimlerin kıymet itibariyle sınırlarını tayin etmek suretiyle olur. Belediyelere narh koymak, mahkemelere gayrimenkul kiralalarını tespit etmek gibi yetkilerin verilmesi, sözleşme özgürlüğüne konan bu yöndeki sınırlamaların misallerini teşkil eder.

### **c)Akitleri Kamu Organlarının İznine Bağlı Kılmak**

Bazı sözleşmelerin geçerli olarak yapılabilmesi için resmi makamlardan izin almak gerekir. Mesela dış ticaret rejimini düzenleyen mevzuat, ithalat, ihracat ve döviz alım satımı gibi bazı işlemler için durum böyledir. Keza Maden Kanunu'nun 39 uncu maddesine göre, maden arama ruhsatnamesinin devrine ilişkin sözleşmeler Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının iznine bağlıdır. Ne var ki, izne tabi işlemlerin, ileride yapılması hakkındaki sözleşme yapma vaadlerini batıl saymak mümkün değildir. Böyle bir vaad gerekli izin alındığı takdirde asıl sözleşmeyi yapma yükümünü doğurur.<sup>19</sup>

## **2-Akit Serbestisinin Olumsuz Biçimde Sınırlanması**

Sözleşme yapma özgürlüğünün olumsuz biçimde sınırlanması bazı sözleşmeleri hükümsüz saymak veya yasaklamakla gerçekleştirilir.

B.K. m.19/2 sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarını gösterir. Buna göre:  
 “ Kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.”

---

<sup>19</sup> Tekinay, s. 368.

Bu çerçevede kanunda ifadesini bulduğu üzere kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, adaba ve kişilik haklarına aykırı olmadığı surette taraflar arasında vukubulmuş sözleşmeler geçerli olup; bu düzenlemelere aykırılık halinde söz konusu sözleşmeler geçersiz olacaktır. Böylece bu kavramlar sözleşme serbestisinin sınırları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Örnek İsviçre B. K.'na daha uygun bir çeviri şöyle olmalıydı: “ Kanunda yazılı hükümlere uymayan anlaşmalar ancak kanun değiştirilemez nitelikte bir hüküm koymamış veya sözü edilen uymama, kamu düzenine, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı düşmemiş bulunduğu takdirde caizdir. ”<sup>20</sup>

#### a)Değiştirilemeyen Kurallar ve Yedek Hukuk Kuralları

aa) Hukuk düzeni sözleşme yapma özgürlüğünü sınırsız bırakmamış hem kendi yapısında sevkettiği bazı kurallarla, hem de özel yasalarda mevcut hükümlerle sınırlamıştır.<sup>21</sup>Kanunun belli konulara ilişkin kuralları, kendilerine aykırı düşen anlaşmaları önlemek amacını güder. İşte belli bir konuya ilişkin bulunan ve tarafların iradeleriyle değiştirilmesi mümkün olmayan kurallara emredici hukuk kuralları denir.<sup>22</sup>Bir hükmün emredici niteliği yani aksine anlaşma yapılamayacağı veya aksine yapılan anlaşmanın muteber olmayacağı kanunda açıkça ifade edilmiş olabilir. Emredici normlar, herkese hitap eden herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır.<sup>23</sup>

Örneğin taraflar kanunun emrettiği sıhhat şekillerine uymadan sözleşme yapmayı kararlaştıramazlar (B.K. m. 11/II). Borçlunun, ağır bir kusurla alacaklıya vereceği zarardan sorumlu tutulamayacağı hakkında önceden sözleşme yapılamaz

<sup>20</sup> Tekinay, s. 370.

<sup>21</sup> Y.4.H.D., 5.2.1980, E.1979/101104, K. 1980/1334, Y.K.D. , 1981, S.4, s.425.

<sup>22</sup> Tekinay, s. 370.

<sup>23</sup> Y.4.H.D., 3.6.1985, E.1985/2315, K. 1985/5606, Y.K.D. ,1985, S.10, s.1460.

(B.K.m 99/I). Borçlu, ileride gerçekleşecek zamanaşımı def'ini ileri sürmek hakkından feragat edemez (B.K. m.139/1).

Fakat çok kere bir hükmün emredici hukuk kaidesi olup olmadığı, ifadesinden anlaşılmaz. Hükmün niteliğini tayin için, dayandığı esasın ve hükmün konulmasındaki amacın araştırılması gerekir.<sup>24</sup> Nitekim yargıtay da bu doğrultuda karar vermiştir.<sup>25</sup>

Buna göre kamu düzenini yani toplumun menfaatini koruma amacı güden hükümler amaçları itibariyle emredici hukuk kaidesi niteliği taşırlar (M.K. m.97) .

Toplumun ahlaki esaslarını korumak amacı güden hükümler de amaçları icabı emredici hukuk kaidesi niteliği taşırlar (B.K. m.65) .

Fertlerin şahsiyetini korumak amacı güden hükümler de emredicidir (M.K.m.23) .

Ekonomik, sosyal veya fiziki durumları yüzünden zayıf olanları koruma amacı güden hükümler de emredicidir.

Taraflar sözü edilen emredici kuralları değiştiremezler. Bu kurallara aykırılık hükümsüzlüğe yol açar. Hatta emredici kuraldan kaçınmak için kanuna karşı hileye başvurulması halinde de aynı müeyyide uygulanır.<sup>26</sup>

**bb)**Ortada somut bir emredici hüküm bulunmasa dahi, yapılan bir akit kamu düzenini ihlale yönelikse, bu sebeple hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşır.

---

<sup>24</sup> Oğuzman, s. 72.

<sup>25</sup> Y.13.H.D., 1.7.1991, E.1991/4193, K.1991/7374, Y.K.D. ,1991, S.9, s. 1361.

<sup>26</sup> Oğuzman, s. 72.

Kamu düzeni, göreceli bir kavramdır; kesin bir tanımını yapabilmek zordur. Genel olarak, kamu düzeni ile, belli bir ülkede, belli bir zaman diliminde, toplumun ve devletin çıkarlarını çok yakından ilgilendiren ve tüm hukuk kurallarının oluşturduğu düzen anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kamu düzeni ile toplumun ve devletin çıkarlarının korunması amaçlanır.

Başka bir anlatımla, uygulanmalarında toplumun kesin çıkarlarının bulunduğu tüm hukuk kurallarından oluşan düzene, kamu düzeni denir.<sup>27</sup>

Bu kuralların zamanla muhtevası değişebilir. Mesela Türk Parasını Koruma Mevzuatının yabancı döviz bulundurulmasını yasakladığı dönemde, bu konuda kamu düzeni, sınırlayıcı bir yönde iken, kısıtlamalar kaldırılınca kamu düzeni, serbestlik yönüne dönüşmüştür.<sup>28</sup>

Her ne kadar kamu düzenine aykırı sözleşmelerin hükümsüz olacağı esas olsa da doktrinde bir kanun hükmüne aykırı düşmediği halde sözleşmenin kamu düzenine aykırı sayılarak hükümsüz kılınabilmesinin tehlikeli bir belirsizliğe yol açacağı gerekçesiyle, kanundaki bir düzenlemeye aykırı düşmeyen bir hususun kamu düzenine aykırı olduğunun da ileri sürülemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür.<sup>29</sup>

cc) Bir akdin konusu şahsiyete aykırı ise akde bu sebeple hükümsüzlük müeyyidesi uygulanır. Bu nedenle, kişinin karar verme özgürlüğünün hukuki muamelelerle önceden sınırlandırılmasına izin verilmediği gibi, kişiyi hak ve fiil ehliyetinden yoksun kılan işlemler de yasaktır. Yargıtayın görüşü de bu doğrultudadır.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Özsunay, s. 56.

<sup>28</sup> Oğuzman, s. 73.

<sup>29</sup> Hatemi H. , Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK m.65 Kuralı, İstanbul 1976, s. 42 v.d.

<sup>30</sup> Y.4.H.D., 20.3.1978, E.1997/3137, K.1978/3803, Y.K.D. ,1979, S.1, s.31.



Bundan dolayı, kişiyi her yönden sınırlayan ve ekonomik varlığını tehlikeye düşüren sözleşmeler (=boğazlama sözleşmeleri) hükümsüzdür.<sup>31</sup>

**dd)**Hukukumuzda emredici hukuk kurallarının yanında bir de yedek hukuk kuralları vardır. Bunlar tarafların sözleşmede boş bıraktıkları yerleri dolduran tamamlayıcı ve tarafların irade beyanlarına yorum getiren yorumlayıcı hukuk kuralları olarak ikiye ayrılırlar.

Yedek hukuk kurallarının sözleşmelere müdahalesi, emredici hukuk kuralları kadar sert ve kesin olmamakla beraber, sözleşmedeki boşlukları tamamlamak veya iradelere belli bir anlam vermek gibi oldukça önemli bir tarzda vuku bulmaktadır.<sup>32</sup>

**ee)**Doğrudan sözleşme konusunu hedef almayan, ancak belli borç ilişkilerinin kurulmasını yasaklayan hukuk kuralları da vardır. Örneğin T.T.K. m. 329 bir anonim şirketi kendi hisse senetlerini almaktan menetmiştir. Bu tür yasaklamalar da sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlamaktadır.

**ff)**Herhangi bir somut hükümde ifade edilmiş olmasa dahi konusu toplumda yerleşmiş ahlaki kurallara, diğer bir ifade ile genel ahlaka (adaba) aykırı akitler de hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşır.<sup>33</sup> Tabii söz konusu olan, bir şahsın ahlak anlayışı değil topluma mal olmuş ahlak kurallarıdır.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Özsunay, s. 56.

<sup>32</sup> Tekinay, s.372.

<sup>33</sup> Oğuzman, s. 73.

<sup>34</sup> Hatemi, s. 83.

**b) Ahlaka Aykırılık**

Ahlaka aykırılık çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

a) Bir kimseyi belli bir davranışta bulunmaya zorlama. Örneğin, bir kimsenin din ya da parti değiştirmesi amacıyla yapılan sözleşmeler.

b) Kişisel özgürlüğün ya da ekonomik varlığın aşırı derecede sınırlandırılması. Örneğin süresiz hizmet sözleşmeleri ya da yaşamı tehlikeye sokan edimler içeren sözleşmeler.

c) Ahlaka aykırılık sözleşmenin içeriğinden de çıkabilir. Mesela, bir randevu evi işletmek için yapılan şirket akdi, hiçbir emredici hukuk kaidesine aykırı değildir. Zira böyle bir şirket kurulamayacağına dair bir hüküm yoktur. Fakat söz konusu şirket akdinin yapılması ile güdülen amaç ahlaka aykırıdır ve bu sebeple akit hükümsüzlük müeyyidesine tabi olur.<sup>35</sup> Dolayısıyla yazılı bir hukuk kuralına aykırı olmamasına rağmen böylesi bir düzenleme başka bir deyişle bu amaçla yapılmış bir sözleşme toplumca genel kabul görmüş ahlak kurallarına aykırı olduğu için geçerli olmayacak ve hüküm ifade etmeyecektir. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır.<sup>36</sup>

Ancak, ahlaka aykırı bir amaç sebebiyle akdin hükümsüz olması için:

aa) Söz konusu amacın her iki akit tarafından da güdülmesi; hiç değilse bir tarafın güttüğü amacın diğer tarafça bilinmesi.

---

<sup>35</sup> Acemoğlu K. , *Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri*, İstanbul 1971, s.63.

<sup>36</sup> Y.13.H.D. , 13.12.1976, 2884/8294, Y.K.D. , 1977/8, s.1118.

**bb)**Karşı tarafın ahlaka aykırı amacı bilmesinin yanında bu amacın gerçekleştirilmesini teşvik etmesi veya bu sayede normalin üstünde bir çıkar sağlaması aranmalıdır.<sup>37</sup>

Ahlaka aykırılığın takdiri yargıca aittir. Yargıç ahlaka aykırılığı kendi özel ahlak anlayışına göre değil, dürüst yurttaşların genel ahlak anlayışına göre takdir etmeye çalışmalıdır.<sup>38</sup>

Kanunun özel olarak düzenlemek suretiyle izin verdiği sözleşmelerin ahlaka aykırılığından söz edilemez. Örnek olarak, boşanmanın maddi sonuçlarına ilişkin anlaşmayı M.K. m.134/3 uyarınca hakimin onamasından sonra, bu anlaşmanın maddi çıkar karşılığı boşanmaya razı olmayı içerdiğinden ahlaka aykırılık veya kişilik haklarına aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu ileri sürülemeyecektir.<sup>39</sup>

### **c)İmkansızlık**

Sözleşme yapıldığı esnada akdin konusunu teşkil eden edimlerden biri objektif olarak imkansız ise, akit hükümsüzdür.<sup>40</sup> Bu imkansızlık fiili bir imkansızlık olabileceği gibi hukuki bir imkansızlık dahi olabilir.

Ancak önemli olan nokta imkansızlığın ne zaman mevcut bulunduğuudur. İşaret edelim ki, akdin muteberliğine etki yapan imkansızlık, akdin yapıldığı anda mevcut olan imkansızlıktır.<sup>41</sup> Akit yapılırken imkansız olan edimin sonradan şartların değişmesi ile mümkün hale gelmesi, akde muteberlik sağlamaz.

<sup>37</sup> Oğuzman, s. 74.

<sup>38</sup> Özsunay, s.57.

<sup>39</sup> Oğuzman,s.75.

<sup>40</sup> Y.15.H.D., 13.4.1977, E.1937/350, K.1977/870, Y.K.D. , 1978, S.9, s.1521; Y.15.H.D. 25.5.1981, E.1981/825, K.1981/1234, Y.K.D. ,1982, S.3, s.388.

<sup>41</sup> Dural M., Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976 , s.79.

Akit yapılırken mevcut olan imkansızlığın akdin muteberliğine tesir edebilmesi için bunun objektif bir imkansızlık olması gerekir.<sup>42</sup>

Sözleşmedeki edim, aynı edimi üstlenecek hiçbir borçlu tarafından yerine getirilmeyecek ise, objektif imkansızlıktan söz edilir.<sup>43</sup>

Buna mukabil edimin objektif olarak imkansız olduğunu bilmesine rağmen karşı tarafa bunu söylemeyip akit yapan kimse, bu davranışı yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulabilir (culpa in contrahendo).<sup>44</sup>

### 3-Yargısal Revizyon

Bir sözleşme ilişkisi içinde hakimin müdahalesi üç şekilde söz konusu olabilir:

a)Sözleşmenin yargısal yoldan tamamlanması, sözleşmedeki boşlukların yargıç tarafından doldurulması anlamına gelir. Böyle bir yardım, B.K.' muzda sözleşmenin ikinci derece noktaları bakımından, öngörülmektedir.

b)Sözleşmenin yargısal yoldan düzeltilmesinde ise B.K.'muzda bazı hükümler mevcuttur. Örneğin, sözleşmede aşırı bir cezai şart (m. 161) veya aşırı bir tellallık ücreti söz konusuysa (m. 409) hakim, takdir yetkisine dayanarak bunu adil bir miktara indirebilir.

c)Yargıcın sözleşmelere müdahalesi, sonradan koşulların değişmesi üzerine de söz konusu olabilir. Örneğin, koşulların değişmesi ile, sözleşmenin yerine getirilmesi taraflardan biri için katlanılmaz bir duruma dönüşürse, yargıçtan sözleşmeye

---

<sup>42</sup> Oğuzman, s.76.

<sup>43</sup> Özsunay, s.58.

<sup>44</sup> Eren, s.403.

müdahale etmesi istenebilir. Zira böyle bir durumun meydana gelmesinden zarar gören ve sözleşmeye devamı katlanılmaz bir hal alan taraf için sözleşmenin sürdürülmesi ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi ekonomik bir yıkıma yol açabilir. Hukuk sisteminin böylesi durumlara karşı bir mekanizma oluşturması bir zorunluluktur. Bu çerçevede yargıcın sözleşmeye müdahalesi kavramı oluşturulmuş ve bu çerçevede spesifik kurallara yer verilmiştir.

Bu çerçevede değişen koşullar sonrasında sözleşmeyi ifası kendisine önemli ölçüde zarar getirecek kişilerin yapmış oldukları sözleşmelere hukukun müdahalesi sağlanarak bu durumdan doğacak zararların asgariye indirilmesi amaçlanmıştır.<sup>45</sup>

Bu konuya ilişkin hukukumuzda esas alınan düzenleme Borçlar Kanunu m.365/2'de istisna akti için getirilen düzenlemedir. Söz konusu hükme göre " Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller için yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse, hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyid veya mukaveleyi fesheder." İstisna akti için getirilen bu düzenleme gereğince eğer önceden tahmin olunamayan yahut tahmin olunması mümkün olup da taraflarca dikkate alınmayan bir durum meydana gelir ve bunun sonucu olarak taraflardan birinin edimini yerine getirmesi imkansız hale gelir yada son derece güçleşirse hakim söz konusu bedeli indirebileceği gibi bunun yerine sözleşmeyi fesih yoluna da gidebilecektir. Bununla birlikte istisna akti için getirilen bu düzenlemenin başta hizmet akti olmak üzere diğer iş görme akitlerine de uygulanmasının mümkün olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur.

---

<sup>45</sup> Y.3.H.D., 27.3.2000, E.2000/2648, K.2000/2640, Y.K.D. , 2000, S.8, s.1191.

Bir görüşe göre B.K. 365/2'nin kıyas yolu ile diğer sözleşmelere uygulanmasına bir engele yoktur. Aksine, diğer sözleşmelerdeki borçlunun, istisna sözleşmesinden daha kötü bir muamele görmesi için bir neden bulunmamaktadır.<sup>46</sup>

Ancak bu görüş eleştirilmiştir. Öncelikle, B.K. 365/2'nin kıyasen uygulanabilmesi için bu hükümde, değişen durumlar da, diğer sözleşmelere uygulanacak genel bir fikrin bulunup bulunmadığı sorununa ışık tutan bir kural yoktur.<sup>47</sup> Ayrıca, kanun bu hükmü sadece istisna akti için öngördüğüne göre pacta sunt servanda (ahde vefa) prensibinden yalnızca bu sözleşme için ayrılmayı öngören bir istisna getirmiştir. Zira, istisna sözleşmesinde, bu prensipten ayrılmayı haklı gösteren akdın uzun süreli olması ve beklenmeyen değişikliklerin daha kolay ortaya çıkabilmesi gibi durumlar vardır.<sup>48</sup>

Bununla birlikte söz konusu düzenleme açısından bu hükmün sadece istisna akti için getirilmesi ve diğer sözleşmelerde ortaya çıkan benzer durumlar sonrasında mağdur düşenlerin bu düzenlemeden faydalanamaması M.K. m.2'deki dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır. Bugün İsviçre ve Türkiye'de çoğunlukla kabul edilen ve bizce de doğru olan bu görüşe göre, önceden görülemeyen sebeplerle sözleşmedeki şartların ve dengenin aşırı bir şekilde bozulması durumunda, sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi veya feshi M.K. m.2/1'deki dürüstlük kuralına dayandırılabilir.<sup>49</sup> Gerçekten sözleşmeye bağlılık prensibinin sınırı, daha üstün bir prensip olan dürüstlük prensibidir.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Thilo E., (Çev. Saymen F. Hakkı), İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Nazari Analizi 1935-1936, İstanbul 1938, s.56.

<sup>47</sup> Dural, s.49, Saymen, F.H., **Borçlar Hukuku Dersleri**, C.1, Umumi Hükümler, İstanbul 1950, s.62.

<sup>48</sup> Dural, s.50.

<sup>49</sup> İmre Z., **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Bası, İstanbul 1976, s.280; Saymen, **Borçlar Hukuku** ..., s.62; Oğuzman K., **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet " İş " Akdinin Feshi**, İstanbul 1955, s.347.

<sup>50</sup> Erman H., **İstisna Akdinde Beklenmeyen Haller**, İstanbul 1979, s.55.

Borçlunun sözleşme gereğince yüklendiği borçları ifa etmesinin hal ve vaziyetin sonradan değişmesi ile, onun için ağır zararları doğuracak olması halinde, ondan buna rağmen sözleşmeyi ifa etmesini istemek, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Böyle bir durumda hakim sözleşmeyi yeni şartlara uydurur veya fesheder.<sup>51</sup> Bu nedenle, beklenilmeyen ve önceden görülmeyen nedenlerden ötürü sözleşme dengesinin aşırı bozulması durumunda, sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi M..K. 2/1 deki dürüstlük kuralı uyarınca yapılmak gerekir.<sup>52</sup>

“Clausula rebus sic stantibus” ya da “ emprevizyon” adı verilen teori aracılığıyla yargıcın sözleşmeye müdahalesinin söz konusu olması şu koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır:

**aa)**Borç henüz ifa edilmemiş,

**bb)**Yeni bir durum ortaya çıkmış,

**cc)**Bu yeni durum taraflardan birinin fiilinden kaynaklanmamış,

**dd)**Bu yeni durum önceden kestirilemez nitelikte,

**ee)**Yeni durum taraflardan biri için sözleşmeyle bağlı kalmayı tahammül edilemez hale getirmiş olmalıdır.<sup>53</sup>

Bu koşulların gerçekleşmesi halinde, işlem temelini çöktüğü kabul edilecek ve yargıç sözleşmenin mahiyetini, değişen hal ve şartları ve tarafların menfaatlerini gözönünde tutarak hakkaniyete uygun bulunduğu değişiklikleri yapabilecektir. Böylece

<sup>51</sup> Erman, s.55 ve DROIN, J., *Les Effets de la Depreciation Monetaire sur les Rapports Juridiques Contractuels en Droit Civil Suisse*, in TAHC., T. XXIII, 1971, İstanbul 1973, s.562.

<sup>52</sup> Erman, s.56.

<sup>53</sup> Y.13.H.D., 12.2.1981, E.1981/147, K.1981/932, Y.K.D. ,1982, Sayı 11, S.1561.

sözleşmeye devamı kaçınılmaz bir hal alan ve bu suretle ekonomik bir yıkımla karşı karşıya olan taraf nisbeten korunmuş olacaktır. Bu suretle her iki tarafında menfaatleri gözönünde tutularak tarafların zarar görmesi azami ölçüden önlenmiş olacaktır.

Bu şekilde yalnız bu durumdan zarar gören birey değil, aynı zamanda bundan doğması muhtemel zararlar bakımından toplumun da zarar görmesi önemli ölçüde engellenmiş olacaktır.

## C-Şekil Serbestisi

### 1-Şekil Kavramı

İrade beyanı yani arzunun dışa açıklanması çeşitli şekillerde yapılabilir. Bu dışa vurum sözlü, yazıyla yapılabileceği gibi başka bir davranışla da yapılabilir. Bir sözleşme sözlü olarak da yapılabilir.<sup>54</sup> Bu bakımdan mutlak anlamıyla her türlü irade beyanı bir şekil içinde ortaya çıkar.<sup>55</sup> O halde genel anlamda bir iradenin açıklanması için kullanılan araca şekil denir. Oysa, dar ve teknik anlamda "şekil" kavramı ile, sadece kanun tarafından ya da hukuki muamele ile, bir irade açıklaması için öngörülmüş bulunan, belirli bir dış kalıp anlaşılır.

Dikkat edilirse şeklin niteliği konusunda belirli bir zorunluluk söz konusu değildir. Bu konu tümüyle tarafların iradelerine bırakılmış bir husustur. Ancak burada önemli olan taraflara şekil konusunda tanınan serbesti, diğer bir deyişle özerklidir. Dolayısıyla bu konu yani şekle ilişkin serbesti de sözleşme serbestisinin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilebilir. Burada önemli olan taraflara şeklin

---

<sup>54</sup> Y.12.H.D., 20.9.1976, E.1976/7386, K.1976/9205, Y.K.D. , 1977, S.5, s.687.

<sup>55</sup> Oğuzman, **Borçlar Hukuku** ..., s.113.



niteliği konusunda tanınan serbestiden çok sözleşmelerin şekle bağlanması ve bu konuda mevcut düzenlemelere uyulması açısından tanınan serbestidir.

Dolayısıyla gerek bu konuda taraflara tanınan serbesti açısından gerekse bu serbestiye hukuk düzeni bağlamında getirilen sınırlamalar açısından şekil serbestisi sözleşme serbestisi kavramı içerisinde değerlendirilmekte ve bu niteliğiyle konunun en önemli kısımları arasında yer almaktadır.

Bu niteliğiyle şekil kavramının hukuk düzeni içerisinde bazı olumlu yanları yanında olumsuz sonuçları da bulunmaktadır:

#### **a)Şeklin Yararları**

Hukuki muamelelerin belli bir şekle bağlanması aşağıdaki yararları sağlar:

**a)Şekil taraflardan birini veya her ikisini korumak için öngörölmüş olabilir. Şekle uyma zorunluluğu akit yapacak olan kimseyi düşünmeye sevk eder.<sup>56</sup>**

**b)Hukuki muamelelere açıklık ve kesinlik kazandırır.**

**c)Hukuki muamelelerin ve özellikle sözleşmelerin ispatlanmasını kolaylaştırır.**

**d)Şekil, resmi sicillerin sağlam temele dayanmasını sağlamak için öngörölmüş olabilir.**

**e)Şekil, taraflar ve üçüncü şahıslar bakımından hukuki emniyet sağlamak için öngörölmüş olabilir.**

---

<sup>56</sup> Oğuzman, **Borçlar Hukuku ...**, s.115.

**b)Şeklin Sakıncaları**

Hukuki işlemlerin belirli şekil kurallarına bağlanması çeşitli sakıncalar da doğurur:

a)Şekil zorunluluğu kabul edilirse, her şeyden önce, buna uymayan, belki de bundan habersiz olan ilgililerin irade açıklamaları etkisiz kalacaktır.<sup>57</sup>

b)İkinci olarak, para ve zaman kaybına neden olur.

c)Üçüncü olarak da, biçim koşullarına aykırılık, hukuki muamelenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracağından, özellikle kendisini muamele ile bağlı sayan dürüst taraf bakımından sakıncalar ortaya koyar.

d)Şeklin vakit alan ve ilgilileri rahatsız eden bir şey olduğu şüphesizdir. Bir sözleşmeyi gerçekten yapmak isteyenlerin, sırf şekilden yıldıkları için bazen bundan vazgeçmelerine veya sözleşmeyi geciktirmelerine oldukça sık rastlanır. Bu yönüyle şekil iş hayatında, iktisadi kıymetlerin değiş-tokuş edilmelerindeki hızı kesen bir etken teşkil etmektedir. Bu durum hiç kuşkusuz günümüzün hızlı hareket eden ekonomik yapısı içerisinde şeklin olumsuz bir etmen olarak kabul edilmesine yol açacaktır.

---

<sup>57</sup> Tekinay, s.100.

## 2-Şeklin Çeşitleri

### a)Amaçları Bakımından

#### aa)Sihhat Şekli

Maddi hukukun emrettiği bir şekil kuralına taraflar uymadıkları takdirde yapılan sözleşme esas itibariyle batıldır. Bir hukuki muamele, öngörülen biçimde yapılmadığı takdirde geçerli sayılmayacaksa, geçerlik biçimi söz konusudur. Nitekim B.K. m. 11/II'de bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: "Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz". İşte Borçlar Kanunu'nun bu hükmünde söz konusu olan şekil kavramı sihhat şekli olarak tanımlanır.

Sihhat şekline örnek olarak Ticaret Kanunu m. 583'de öngörülen şekil şartı, M. K. m. 53'de derneklere ilişkin getirilmiş bulunan yazılı şekil şartı; M. K. m. 478'de vasiyetname için getirilmiş bulunan şekil şartları, M. K. m. 123'de evlenmenin resmi memur önünde yapılmasına ilişkin getirilmiş bulunan şekil şartı verilebilir. Bu örneklerin artırılması mümkündür.

#### bb)İspat şekli

Hukuk düzeni bir hukuki muamelenin kanıtlanmasını kolaylaştırmak için belirli biçimler öngörmüş bulunuyorsa, ispat şeklinden söz edilir. Bunun bir sonucu olarak senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı yapılacak def'in yazılı olması gerekir.<sup>58</sup> İspat şekline örnek olarak H.U.M.K. m. 288'de yer alan bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri kırk

---

<sup>58</sup> Y.8.H.D., 28.1.1976, E.1975/3649, K. 1976/570, Y.K.D. ,1977, S.7, s.940.

milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması hükmü verilebilir. Burada söz konusu olan miktar sınırlaması enflasyonist yapı nedeniyle sürekli olarak yenilenmekte ve yükseltilmektedir. Önceleri yirmi bin lira olan rakam bugün kırk milyon liraya kadar yükseltilmiş olmasına rağmen bu miktar bile günün ihtiyaçlarına cevap vermekten son derece uzaktır.

### **cc)Sihhat Şekli ile İspat Şekli Arasındaki Farklılıklar**

**aaa)**Sihhat şekline uyulmadan yapılan bir hukuki işlem batıl olduğu halde; ispat şekline uyulmadan yapılan bir hukuki işlem hüküm ifade edecektir.

**bbb)**Borçlunun ikrarı veya kendisine mahkemede yöneltilen yeminden kaçınması halinde ispat şartı olan yazılı delile artık ihtiyaç kalmaz ve dava alacaklının (davacının) lehinde sonuçlanır. Oysa şekil, sıhhat şartı olduğu takdirde, bu şekle riayet edilmeden yapılan işlem davalı tarafından mahkemede ikrar edilse bile yargıç davayı reddetmek zorundadır. Zira, sıhhat şekli gerçekleştirilmeden yapılan, sonuç olarak da batıl bulunan bir hukuki işlem, davalı tarafından ikrar edilmiştir diye hüküm kazanamaz.<sup>59</sup>

**ccc)**Diğer taraftan sıhhat şekline ilişkin kurallar, emredici hukuk kurallarıdır. Taraflar bunların aksini kararlaştıramazlar. Oysa, taraflar ispat şekline bağlı tutulan bir işlemin, serbestçe, yani bu şekle bağlı kalmadan ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler. Kısaca ispat şekline ait kuralların anlaşma ile etkisiz bırakılmaları mümkündür.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Tekinay, 101-102.

<sup>60</sup> Postacıoğlu İ. E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul 1975, s.593-596.

## **b)Kaynakları Bakımından**

### **aa)Kanuni Şekil**

Bir hukuki işlemin ve özellikle bir sözleşmenin geçerli olabilmesine ilişkin biçim, kanun tarafından öngörüldüğü takdirde buna kanuni şekil denir. Örneğin, alacağın devrinde ve kefillik sözleşmesinde, B.K.' muz yazılı biçimi öngörmektedir (BK m.163, 484).

### **bb)İradi Şekil**

Taraflar, kanunen bir şekle tabi tutulmamış bir akdin şekle tabi olarak yapılması hususunda anlaşmışlar ise, kararlaştırdıkları şekil gerçekleşmedikçe akitle bağlanmış olmazlar (B.K. m. 16/1).<sup>61</sup> Bu şekilde kanunen değil tarafların iradesince öngörülmüş şekle ilişkin düzenlemeler de tıpkı kanuni düzenlemeler gibi bağlayıcılık kazanacaktır. Bu da iradi şeklin önemli ve öngörülmesi durumunda uyulması zorunlu bir düzenleme halini almasını sağlayacaktır.

Taraflarca kararlaştırılan iradi biçim, geçerlik biçimi olabileceği gibi (B.K. m. 16/1), bir tanıt (ispat) biçimi de olabilir.<sup>62</sup> Şekil anlaşmasında herhangi bir açıklama yapılmış bulunmamasına rağmen, öngörülen şeklin bir sıhhat şekli olmadığını ileri süren taraf, bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

Taraflar, kanunen şekle tabi olmayan bir akdi şekle tabi tutmak hususunda anlaşabilecekleri gibi, kanunen şekle tabi bir akdin şekil şartlarını ağırlaştırmaları da mümkündür. Mesela, kanunen adi yazılı şekle tabi olan alacağın temlikinin veya kefaletin resmi şekilde yapılmasını taraflar kararlaştırabilirler.<sup>63</sup> Bu durumda resmi

<sup>61</sup> Esener T., **Borçlar Hukuku**, C.1, Ankara 1969, s.177.

<sup>62</sup> Özsunay, s.73.

<sup>63</sup> Oğuzman, **Borçlar Hukuku** ..., s.126.

şekle uyulmazsa akit geçerli olmaz; fakat tarafların ispat kolaylığı için resmi şekil kararlaştırdıkları ispatlanırsa, kanuni şekle uyulması akdin muteberliği için yeterli olur.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça anlaşma gereği şekle tabi bir akitte değişiklik yapılması için aynı şekle uyulma zorunluluğu olmayacağı gibi; bu durum şekil anlaşması içinde geçerlidir.

### c)Yapılış Tarzına Göre

#### aa)Adi Yazılı Şekil

Akdi oluşturan irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanda bulunan tarafından imzalanması adi yazılı şekli gerçekleştirir.<sup>64</sup> Borçlar Kanunumuzda alacağın temliki (B.K. m. 163), şuf'a sözleşmesi (B.K. m. 213/2), bağışlama vaadi (B.K. m. 238/2), kefalet (B.K. m. 484) ve daha pek çok sözleşme için adi yazılı şekil öngörülmüş bulunmaktadır. Adi yazılı şekil, iki öğeden oluşur: Metin ve imza.

Metin açısından yazının üzerine yazıldığı maddenin ve yazının ne tarzda ve ne ile yazıldığına herhangi bir önemi yoktur. Metin taraflardan biri tarafından yazılabileceği gibi bir üçüncü kişi tarafından da yazılabilir. Metnin tümünün aynı kağıt veya başka bir madde üzerinde bulunması gerekmez. Ancak, birden fazla metin arasında imzaların bunların tümünü kapsadığını gösteren bir bağlantı bulunmalıdır.<sup>65</sup>

Şekil şartı yerine geldikten sonra metnin kısmen veya tamamen telef olması geçerliliği etkilemez. Önemli olan bu hususun ispat edilebilmesidir.

<sup>64</sup> Tunçomağ K., **Türk Borçlar Hukuku**, I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

<sup>65</sup> Eren, s.338-339.

İmza ise özelliği olan bir konudur. İmza, yazılı bir irade açıklamasının kendisine ait olduğunu ifade etmek amacıyla, bir kimsenin ismi için kullandığı özel biçimdeki çizgi ve harflerden oluşan bir işarettir. Borçlar Kanunu m. 14/1'e göre imzanın kişinin el yazısı olması gerekir. İmza herhangi bir zorlama olmaması şartı ile bir başkasının yardımı ile bile atılsa geçerlidir. Bununla birlikte imzanın sahte olduğu iddia edilir ve imzanın kime ait olduğu saptanmak istenirse bu husus bilirkişiler tarafından tespit edilir.

Okuma yazma bilmeyenler veya bedeni bir engeli yüzünden elle imza atamayanlar tasdik edilmiş bir el işareti kullanabilecekleri gibi tasdik ettirilmiş bir mühür veya sol elin baş parmağını kullanmak yöntemlerinden de yararlanabilirler. Körlerce atılan imzalar tasdik ettirilmedikçe ve imza atıkları metnin içeriğini bildikleri sabit olmadıkça bu imzalar kendilerini bağlamaz.

Yazılı şekle tabi bir akitte, yazılı metinde o akitle borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerekir. Şayet tek tarafa borç yükleyen bir akit söz konusu ise, sadece o tarafın beyanının yazılı metinde yer alması ve metni onun imzalaması şarttır. İki tarafa borç yükleyen bir akit söz konusu ise her iki tarafın beyanının da yazılı metinde yer alması ve metni ikisinin de imzalaması gereklidir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 13/1 maddesi " Tahriri olması icabeden akitlerde, borç deruhte edenlerin imzaları bulunmak lazımdır" hükmünü getirmiş bulunmaktadır.

Dolayısıyla şekil şartı açısından imzanın önemi son derece büyüktür. Bu sebeple sonradan ihtilaflara sebebiyet verilmemesi açısından sözleşmenin her iki tarafın da imzalarını taşıması son derece önemlidir.

Nitekim Yargıtayımız bir kararında bağışlama yükleniminde, yalnızca bir tarafın borç altına girmesinden bahisle bağışlayanın açıklamasını ve imzasını şekil şartının yerine getirilmesi açısından yeterli bulmuş bağışlananın kabulünün bir biçime girmesi gerekmediğini öngörmüştür.<sup>66</sup>

Atılacak imzanın, yapılan irade beyanını kapsamaması gerekir. Boş bir kağıda atılan imzanın (açığa imza, beyaza imza), sonradan üzerinin doldurulması halinde yazılı şeklin gerçekleşmiş sayılıp sayılmayacağı tartışma konusudur.<sup>67</sup> Kanaatimizce de doğru çözüm metnin, imza sahibinin iradesi doğrultusunda doldurulduğu veya güven teorisine göre iradesinin bu yönde olduğuna inanılarak doldurulduğu takdirde artık şekle aykırılıktan söz edilememesidir.

#### **bb)Resmi Şekil**

Resmi şekil, akdi oluşturan irade beyanlarının kanunda belirtilen usule göre resmi memur tarafından düzenlenen vesikada açıklanması ile gerçekleştirilir.

Borçlar Kanunu sıhhati resmi şekle tabi akitlerde bu husustaki resmi senetleri düzenlemeye hangi makamın yetkili olacağını ve senetlerin düzenlenmesinde uyulacak usul kurallarını belirtmemiştir. Ancak, Noterlik Kanunu m. 60 gereğince herhangi bir kanunda farklı bir makam öngörülmedikçe resmi şekle tabi işlemleri noterler düzenleyecektir.

Yetkili olduğu konularda noterlerin ancak re'sen düzenleme şekline uyarak düzenledikleri noter senetleri (Noterlik Kanunu m.84 v.d.), sıhhat şartı olan resmi

---

<sup>66</sup> Y. 13. H.D., T. 17.5.1982, E. 3118, K. 3560, Karahasan M. R., **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, İstanbul 1992, s.146.

<sup>67</sup> Kocayusufpaşaoğlu N., **Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul 1968, s.33.



şekli gerçekleştirir. Noterlerin sadece imza tasdiki yaptıkları senetler (Noterlik K. m.90 v.d.) sıhhat şartı olan resmi şekli gerçekleştirmezler.<sup>68</sup>

### 3-Şekil Kurallarına Aykırılığın Sonuçları

#### a) Kesin Hükümsüzlük

Yasada öngörülen biçim kurallarına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersiz sayılır ve bu sözleşmenin yerine getirilmesi ona geçerlilik kazandırmaz.<sup>69</sup> İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtayımızca kabul edildiği üzere bu hükümsüzlük kesin hükümsüzlüktür.<sup>70</sup> Bu hükümsüzlük zamanın geçmesi ile veya icazetle ortadan kalkmaz, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen nazara alınması gerekir.<sup>71</sup>

Doktrinde yeni bir eğilim, bu hükümsüzlüğün kesin hükümsüzlük olmayıp kendine özgü bir hükümsüzlük olduğu, bu hükümsüzlüğü hakim in re'sen dikkate almaması gerektiği ve hükümsüzlüğün sonradan düzelebileceği görüşünü ortaya koymuştur.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Oğuzman K., **Medeni Hukuk Dersleri**, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 6. Bası , İstanbul 1990, s.120.

<sup>69</sup> Y.13.H.D., 13.3.1980, E.1980/1267, K.1980/1669, **Y.K.D.** , 1981, S.2, s.202.

<sup>70</sup> Oğuzman K., **Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali**, İ.B.D. 1955, Sayı 6, s.249.

<sup>71</sup> Yarg. İçt. Bir. K. 30.9.1988, 2/2, **Y.K.D.** , 1989, s.153.

<sup>72</sup> Eren, s.359; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.1/1, 4. Bası, İstanbul 1989, s.233-234.

Ancak doktrinde baskın şekilde savunulan görüŖe göre Ŗekle aykırı sözleşmeler kendiliğinden geçersiz sayılmalı ve hakim bu hususu görevinden dolayı gözönüne alabilmelidir. Aksi görüŖ benimsenirse, Ŗekle aykırılık bir tür iptal edilebilirlik haline dönüşür. Borçlar Kanunu'nda ise sadece hata, hile, ikrah ve gabine bu sonuç bağlanmıştır. Bunlara Ŗekle aykırılık eklenemez. Öte yandan, Borçlar Hukuku sistemimizde butlan ve iptal edilebilirlik dışında üçüncü bir hükümsüzlük türü düzenlenmemiştir ve bir takım yorumlarla sistemden ayrılmaya gerek yoktur.<sup>73</sup>

Ŗekle aykırılığa ilişkin kesin hükümsüzlük yaptırımının bazı istisnaları vardır:

- a) Ŗekil kurallarına aykırı yapılan ölüme bağlı işlemler, kendiliğinden hükümsüz olmayıp, açılacak bir iptal davası ile hükümsüz kılınabilirler (M.K. m. 500).
- b) Ŗekil kurallarına aykırı olarak vücuda getirilmiş bir sözleşmede, hükümsüzlüğün öne sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa, öngörülen şekilde yapılmamasına karşı, sözleşme sağlık ve geçerlik kazanabilir.
- c) Borç üstlenen tarafın karşı tarafı aldatarak, belli bir biçimde yapılması gereken bir sözleşmeyi, söz konusu biçime uyulmaksızın vücuda getirmeye inandırması durumunda da, sonradan hükümsüzlüğü ileri sürmek M.K. m. 2'de öngörülen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

---

<sup>73</sup> Oğuzman, *Borçlar Hukuku...*,s.122.

**b)Tahvil**

Şekle uyulmaması sebebiyle hükümsüz olan akitte, başka bir akde ilişkin şekle uyulmuş ise ve eğer tarafların, yaptıkları akdin hükümsüzlüğünü bilmiş olsalardı şekline uyulan diğer akdi yapacakları kabul edilebiliyorsa ve bu akit için aranan muteberlik şartları tamamsa, şekil noksanı sebebiyle hükümsüz akdin şekline uyulan akde tahvili ve böylece hüküm doğurması kabul edilmektedir.<sup>74</sup> Örneğin gayrimenkul satış sözleşmelerinin tapu memurları tarafından resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu işlemi noterlerin yapması mümkün değildir. Noterlere gayrimenkul satış sözleşmesini değil, sadece satım vaadini, kapsayan bir sözleşmeyi senede bağlamak yetkisi verilmiştir (Noterlik Kanunu m. 60 ve 89). Dolayısıyla taraflar noter önünde gayrimenkul satım vaadi yerine satım sözleşmesi yapmak isterlerse bu şekle aykırılık teşkil eder. İşte buradaki şekle aykırılığı düzeltmek için, noterin düzenlediği satım sözleşmesini satım vaadi sözleşmesi gibi telakki etmek, diğer söyleyişle, noterlerin yapamayacağı bir sözleşmeyi, noterin yapabileceği bir sözleşmeye çevirerek geçerli saymak mümkün görülebilmektedir.<sup>75</sup>

Bu suretle kuşku yoktur ki taraf iradelerine en uygun çözüm bulunmuş olacak ve taraf iradelerine üstünlük tanınması şeklindeki hukuk ilkesi gerçekleştirilecektir. Çünkü unutulmamalıdır ki hukukun en önemli ve başta gelen ilkesi taraf iradelerini en uygun ve sağlıklı biçimde yansıtmaktır. Böylesi bir çözümün benimsenmesiyle hukukun bu en temel ilkesine de işlerlik kazandırılmış olacaktır.

---

<sup>74</sup> Kaneti S., *Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi*, İstanbul 1972, s.1.

## İKİNCİ BÖLÜM

### HİZMET AKDİ SERBESTİSİ VE SINIRLANDIRILMASI

#### I-Hizmet Akdi Serbestisi

Bütün özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi hizmet akdi için de, sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu anlamda, "hizmet akdi serbestisi" genel nitelikli "sözleşme serbestisi"nin iş hukukundaki görünümüdür.<sup>76</sup> Ancak, hizmet akitleri alanında gerek Borçlar Kanununun gerekse diğer özel nitelikli iş kanunlarının emredici hükümleriyle akit serbestisinin geniş ölçüde sınırlandığı görülmektedir<sup>77</sup>

Bu çerçevede hizmet akdinin yapılıp yapılmaması, esas itibariyle tarafların iradelerine bağlı olup, işveren çalıştıracığı işçiyi seçmekte işçi de emrinde çalışmak üzere dilediği işverenle anlaşmakta serbesttir.<sup>78</sup> Yani işverenin belirli bir işçiyle, işçinin de belirli bir işverenle akit yapması yönünde bir zorunluluk söz konusu değildir. Buna göre, hizmet sözleşmesinin yapılıp yapılmaması veya istenilen kişiyle yapılması, temel olarak tarafların iradelerine bağlıdır.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Tekinay S., *Eşya Hukuku*, 5.Bası, İstanbul 1989, s.688.

<sup>76</sup> Centel T., *İş Hukuku*, C.1, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1992, s.98.

<sup>77</sup> Yavuz, s.421.

<sup>78</sup> Ekonomi, s.94.

<sup>79</sup> Centel, s.99.

Diğer yandan, hizmet akdinin yanları, yapacakları sözleşmenin içeriği ile biçimini de serbestçe belirleme yetkisine sahiptir. Bu bakımdan, işçi ile işveren; yapacakları hizmet sözleşmesinin konusunu kural olarak diledikleri gibi düzenleyebilir ve bu sözleşmeyi istedikleri biçimde gerçekleştirebilirler.<sup>80</sup>

Sonuç olarak bir tanımlama getirmek gerekirse hizmet akdi özgürlüğü, işçi ve işverenlerin, hizmet sözleşmesi yapıp yapmama, diledikleri ile yapma, içeriğini belirleme, yaptıkları sözleşmeden cayma serbesti ve seçeneklerini ifade eder.<sup>81</sup>

Söz konusu özgürlük hukukumuzda Borçlar Kanunu m. 319'da ifadesini bulmuştur.

BK'nun 319 uncu maddesindeki "hizmet mukavelesinin şartları kanuna, ahlaka (adaba) mugayir olmamak üzere, istenildiği gibi tayin olunabilir" hükmü B.K.'nin 19 ve 20. maddelerdeki akit yapma serbestisi ile ilgili prensibin kısmen tekrarından ibarettir.<sup>82</sup>

Nitekim Yargıtay 1962 tarihli bir kararında "İş akdinin esasları, diğer akitlerde olduğu gibi B.K.'nin 19 uncu maddesinde belirtildiği üzere, kanunun çizdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin olunabilir" prensibini ortaya koymuştur.<sup>83</sup>

Ancak B.K. madde 319 yanlış yorumlara yol açabilecek mahiyettedir. Öncelikle bütün akitler B.K. madde 19'daki sınırlar içinde muteber olacaklarından, bu prensibin hizmet akdi için ayrıca tekrarlanmasına gerek yoktur. Bunun ötesinde maddede kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırılığa değinilmemektedir.

<sup>80</sup> Centel, s.100.

<sup>81</sup> Mollamahmutoğlu H., **Hizmet Sözleşmesi**, 72 Yayıncılık, Ankara 1995, s.88.

<sup>82</sup> Reisoğlu S., **Hizmet Akdi**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s.134.

<sup>83</sup> Y.H.G.K. T.7.11.1962, E. 4/78, K. 78, Reisoğlu, s.134.

Bu durumda B.K. m.319 B.K. m.19'a göre özel hüküm mahiyetinde olduğundan kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı bir hizmet akdinin muteber olacağı gibi bir sonuca varılabilecektir. Bu nedenle B.K. m.319'da akit serbestisinin hizmet akdi için bir kez daha tekrarlanmasının ne derece doğru olduğu tartışmalıdır.<sup>84</sup>

Hizmet akdi anlamında esas olan sözleşme özgürlüğüdür. Ancak bu özgürlük mutlak değildir.

Genel olarak, sözleşme özgürlüğü, liberal fikirlerin gerilemesi ve sosyalist, müdahaleci doktrinlerin etkisi sonucunda bir takım kamu düzeni kuralları ile sınırlandırıldığı gibi hizmet sözleşmesi söz konusu olduğunda daha yoğun sınırlamalara tabi tutulmuştur.<sup>85</sup> Bunun nedeni tarihi gelişimin de gösterdiği gibi, İş Hukukunun bir bakıma işçilerin korunması hukuku olmasıdır. Ancak bundan İş Hukukunun münhasıran işçilerin menfaatlerini koruyan bir "sınıf hukuku" olduğu anlamı çıkarılmamalıdır.<sup>86</sup>

Gerçekten, iş hukukunun sosyal karakteri ve işçiyi koruyucu yönü, sözleşme özgürlüğünün bu hukuk dalına yansımaları açısından farklı bir durum yaratmaktadır.<sup>87</sup> Tarihi bir perspektiften bakıldığında sosyal ve ekonomik zaruretler (işçilerin sosyal ve ekonomik durumu, tam istihdam kaygısı v.s.) bu özgürlüğün yasal müdahale ile önemli sınırlamalara tabi tutulmasına yol açmıştır.<sup>88</sup> İşçinin, işveren karşısında güçsüzlüğünün olabildiğince giderilmesi bugün doğrudan doğruya modern devletin özellikle sosyal hukuk devletinin üstlendiği başlıca görevleri arasındadır. Bu nedenle devlete düşen görevler anayasalarda açıkça yer almaya ve buna bağlı olarak kanunlarda ve kanunun cevaz verdiği çerçevede sözleşmelerle, toplu iş

---

<sup>84</sup> Reisoğlu, s.134 v.d.

<sup>85</sup> Mollamahmutoğlu, s.88.

<sup>86</sup> Ekonomi, s.15.

<sup>87</sup> Güven E./Aydın U., *İş Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 1998, s.44.

<sup>88</sup> Mollamahmutoğlu, s.89.



almakta; dolayısıyla işveren yönünden hizmet akdi yapma ve hizmet akdinin içeriğini belirleme serbestisi önemli ölçüde sınırlanmaktadır.<sup>92</sup>

Söz konusu sınırlamalar hizmet sözleşmesinin bütününe yönelik olup bazı hallerde akdin muhtevasına müdahalenin ötesine çıkıp işvereni işçi ile hizmet akdi yapmaya dahi zorlamaktadır.

Bu özgürlük yasal sınırların dışında ve ayrıca toplu iş sözleşmeleri, genel iş koşulları ve işyeri uygulamalarıyla da sınırlanmıştır. Bu üç işlemle genel ve soyut nitelikte kurallar konulduğu için, söz konusu işlemler, zorunlu olarak hizmet sözleşmelerinin konularını da sınırlar.<sup>93</sup>

Nitekim Alman hukuk sisteminde de işçi ve işveren arasındaki hizmet akdi, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın serbestçe yapılabilir. Ancak hizmet akdinin in'ikadındaki serbestinin, akdin muhtevası yönünden de bulunduğu söylenemez. Bir hizmet akdinin muhtevası, işçiyi koruyucu emredici kanun hükümlerine, yürürlükteki toplu iş sözleşmesine ve tespit edilmiş asgari ücret ve iş şartlarına, işletme sözleşmesine aykırı olamayacak, işçi aleyhinde hizmet akdindeki hükümlerin yerini diğer emredici kurallar alacaktır.<sup>94</sup>

Bunlara karşılık yine de iş hukuku açısından sözleşme özgürlüğünün belli ölçülerde bulunmadığı da söylenemez. Nitekim hizmet akdinin yapılıp yapılmaması

<sup>92</sup> Yargıtay bazı kararlarında nispi ve mutlak emredici hüküm ayrımı yapmadan, mutlak emredici olanları ifade etmek üzere "emredici- buyurucu kelimelerini kullanmaktadır. B.k.z. Y.9.H.D., 24.4.1982, E.1982/3025, K.1982/4158, **İşveren D.**, C.XXI, S.4, s.17-18; Y.9.H.D., T.9.7.1982, E.1982/5902, K.1982/6661, **İ.H.U.**, İş. K. 14 (No: 26); Y.9.H.D. T. 18.6.1982, E.1982/5181, K.1983/6651, **İ.H.U.**, İş K. 14 (No:28); Y. 9.H.D., T. 8.9.1983, E. 1983/4278, K.1983/6651, **Tütis D.**, C.7, S.6, s. 1920; Y.9.H.D., T. 27.1.1984, E.1983/10347, K.1984/591, **İşveren D.**,C. XXII, S.10, s.17.

<sup>93</sup> Ekonomi M., **Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluğu ve Hükümleri**, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul 1969, s.37-39.

<sup>94</sup> Reisoğlu S., **Alman İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ankara 1973, s.61.



tarafların iradelerine bağlıdır. Öte yandan işveren çalıştıracığı işçiyi, işçi de hizmet akdi yapacağı işvereni seçmekte serbesttir.<sup>95</sup>

Bu bakımdan işçi ile işveren yapacakları hizmet akdinin konusunu, kural olarak diledikleri gibi düzenleyebilir ve bu sözleşmeyi istedikleri biçimde gerçekleştirebilirler. Oysa yoğun bir Türk işçi potansiyelinin bulunması dolayısıyla değinilmesi zorunlu olan Alman Hukukunda durum farklıdır. Uygulamada, endüstri işçilerinin yaptıkları iş akitlerinin büyük çoğunluğu, özel bir muhtevadan mahrum bulunmaktadır. Zira, bu işçiler ya o işyerindeki bir toplu iş sözleşmesi ile - sendikalı olduklarından - doğrudan doğruya bağlıdırlar veya işveren sendikasız işçiyi toplu iş sözleşmesi hükümlerine atıf yaparak işe almıştır. Her iki halde de, hizmet akdinin muhtevasını toplu iş sözleşmesi hükümleri tayin etmektedir.<sup>96</sup>

Dolayısıyla hukukumuzda sözleşme özgürlüğü belli sınırlamalara tabi olsa da belirli bir tarzda ortaya konmuş bulunmaktadır. Bu özgürlüğün çeşitli sınırlamalara tabi olması ve kapsam olarak da daraltılmış bulunması hiçbir biçimde hukukumuzda böylesi bir serbestinin bulunmadığı anlamına gelmez.

Sonuç olarak sözleşmeyi yapıp yapmamakta, sözleşmenin biçimini ve konusunu belirlemekte belli sınırlamaları dikkate almazsak tarafların tümüyle serbest olmaları genel anlamıyla bu özgürlüğün de anahatlarını ifade eden kelimeler olmaktadır.

---

<sup>95</sup> Güven/Aydın, s.45.

<sup>96</sup> Reisoğlu, *Alman İş Hukuku*..., s.61.

O halde hukukumuzda genelde sözleşme serbestisi özelde ise hizmet akdi serbestisi kabul edilmiş olup bu serbestiye getirilen sınırlamalar konunun başka bir boyutunu oluşturmaktadır. Bu noktada önemli olan her ne kadar hukuk sistemimiz belli sınırlamalar öngörmüş olsa da geniş anlamıyla hizmet akdi serbestisini başka bir deyişle sözleşme özgürlüğünü öngörmüş olmasıdır. Temel bir deyimle taraflara sözleşmenin içeriğinden sözleşmenin karşı tarafını seçmeye kadar geniş bir özgürlük yelpazesi sunan hukuk sistemi bu anlamda da özgürlüğü esas diğer bir anlatımla asıl sınırlamayı ise istisna kılmıştır.

Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar da haklı gerekçelere sahip olup; özgürlüğü korumayı amaçlamaktadır. Bu niteliğiyle bu sınırlamalar sözleşme özgürlüğü ilkesinin gerçekleşmesi için zorunluluk arz etmekte; bu niteliğiyle de vazgeçilmez bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

## **II-Hizmet Akdi Serbestisine Yönelik Sınırlamalar**

### **A-Çalıştırma Yasası**

#### **1-Küçük İşçi Çalıştırma Yasası**

Yaş, esas itibariyle, medeni haklardan istifade ehliyeti bakımından bir engel oluşturmaz; fakat iş akdi bakımından kanun bu hususta sadece bedeni kabiliyet ve fikri teamül gibi unsurları değil; aynı zamanda genel sağlık ve ahlak noktalarını da gözönünde bulundurarak sosyal ve doğal gerekliliklere uygun bir tarzda küçüklerin iş akdi yapma hakkından istifade ehliyetini sınırlamıştır.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Saymen, *Türk İş ...*, s.458.

Kanun, küçük yaştaki işçilerin sağlığını, öğrenim durumlarını ve ahlakını korumak için bazı hükümler koymuş bulunmaktadır.<sup>98</sup> Bu nedenle iş mevzuatımızda en az çalışma yaşı çerçevesinde hizmet sözleşmesi serbestisine sınırlama getiren bir mekanizma oluşturulmuş bulunmaktadır. Ancak en az çalışma yaşı bakımından mevzuatımız sektörler arasında bir birliğe sahip değildir.

İş Kanununun uygulandığı işlerde en az çalışma yaşı kural olarak 15'tir. Bununla birlikte istisnaen 13 yaşını doldurmuş çocuklar hafif işlerde çalıştırılabilirler. Bunun için de, "hafif iş" sayılacak işlerin, "çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul veya mesleki eğitim ve mesleğe yöneltme programlarına devamlarına yahut öğrenimden faydalanma kabiliyetlerine zarar vermeyecek" nitelikte olması gerekir (İ.K. m. 67/1).<sup>99</sup>

Şu halde madde hükmü 15 yaşından küçük çocuklar yönünden nisbi; 13 yaşından küçük çocuklar için ise mutlak anlamda bir hizmet akdi yapma yasağı getirmektedir.<sup>100</sup>

Bunun gibi İ. K. m. 68 , "maden ocakları ile kablo döşemesi ve kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek"lerin çalıştırılmamasını öngörmüştür. İ. K. m. 78/1'de 16 yaşını doldurmamış çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmasını yasaklamıştır. 16-18 yaş arasındaki çocuk işçilerin hangi ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri ise "Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü"nde gösterilmiştir.

İş Kanunundan kaynaklanan bu temel sınırlamaların dışında iç hukuka aktarılan bazı uluslararası sözleşmeler de en az çalışma yaşı açısından bazı düzenlemelere yer vermiştir. 123 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi yer altı

<sup>98</sup> Çelik, s.89.

<sup>99</sup> Centel s.99.

<sup>100</sup> Güven/Aydın, s.45.

madenleri açısından en az çalışma yaşını 16 olarak kabul etmiş<sup>101</sup> ; 15 sayılı Sözleşme de 18 yaşından küçüklerin, gemilerde trimci veya ateşçi olarak çalıştırılmamasını öngörmüştür.<sup>102</sup>

Deniz İş Kanunu'nda en az çalışma yaşına ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak deniz işlerinde en az çalışma yaşını saptayan 58 sayılı sözleşmeye göre, gemilerdeki işlerde, 15 yaşından küçük çocuklar çalıştırılmaz.<sup>103</sup>

Öte yandan Umumi Hıfzısıhha Kanunu<sup>104</sup> m.173/1'e göre en az çalışma yaşı 12 yaştır. Ancak, bu hükmün, günümüzde sanayi ve maden işlerine uygulanması düşünülemez.<sup>105</sup> Çünkü sanayi ve maden işlerine uygulanacak hüküm İ.K. m.67 hükmüdür. Dolayısıyla Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun ilgili hükmü özel yasa ile bertaraf edilmiş bir hüküm (lex specialis derogat lex generalis) olarak görmek ve uygulamamak yerinde olur.<sup>106</sup>

İ.K. m.67'nin 1983 yılında değiştirilip en az çalışma yaşını düzenler biçime getirilmesinden önceki dönemde ise; karşıt kavram kanıtına (argumentum a contrario) başvurularak sanayi ve maden işlerinin dışında kalan tüm işlerde, 12 yaşından küçükleri çalıştırma yasağının geçerli bulunmayacağı ileri sürülmüş ve bu görüşe karşıt olarak da, 12 yaşından küçükleri koruma amacını taşıyan Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 173/1'in mutlak nitelikte bir yasak koyduğu belirtilmiştir.<sup>107</sup>

<sup>101</sup> Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında 123 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi-R.G. T.2.10.1991, No:21009.

<sup>102</sup> Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaş Haddinin Tespitine Dair 15 Sayılı Sözleşme-R.G. T. 2.6.1959, No:10220.

<sup>103</sup> Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tesbiti Hakkında 58 Sayılı Sözleşme (1936 tadili)-R.G. T. 2.6.1959, No:10220.

<sup>104</sup> R.G. 6.5.1930, s.1485.

<sup>105</sup> Centel, s.100.

<sup>106</sup> Güven/Aydın, s.45.

<sup>107</sup> Centel T., Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, s.136-137.

Bu çerçevede; deniz işi sayılmayan ve İ.K.'nun uygulanmadığı işlerde halen en az çalışma yaşının 12 yaş olduğunu savunmak mümkündür.<sup>108</sup>

Diğer yandan, belirli yerler ile işler için öngörülmuş belirli çalıştırma yasakları da, belli yaştan küçük işçi çalıştırma yasağı kapsamında görülmelidir. Bu anlamda Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu m.12, 21 yaşından küçüklerin gazino, bar, kafeşantan ve bunlara benzer içki kullanılan yerlerle banyo, hamam ve plajlarda çalıştırılmasını yasaklamıştır.

Bununla birlikte tüm bu sınırlamalar değerlendirilirken küçüklerin yasağın muhatabı değil yasakla korunması güdülen sujeler oldukları, muhatabın işveren olduğu, ilgili hükümlerde "çalıştırılmaları yasaktır" (İK m. 67/1, 68, 69/1, 79) ve "çalıştırılmaz" (78/1) gibi ifadelerden, yasaklara aykırılık halinde yaptırımların (İ.K. m.100. m.106) yalnızca işverenler için söz konusu olmasından açıkça anlaşılmaktadır.<sup>109</sup>

Bununla birlikte tüm bu yasaklara aykırı olarak kişinin çalıştırılmış olması durumunda ne tür sonuçlar doğacaktır? Öncelikle bu durum yasağa aykırı olarak çalışan kişinin işçi sayılmasına engel değildir.

Bu ilişkinin hukuken geçersiz sayılacağı kuşkusuzdur. Ancak kanuni yasağa aykırı olarak çalışan küçüğün o zamana kadar yapmış olduğu çalışmalara hukuki sonuç bağlanacaktır. Zira İş Hukukunda iş ilişkisinin niteliği ve işçinin korunması ilkesi yönünden kanuni yasaklara aykırı olsa da kurulmuş iş ilişkilerine hukuki sonuçlar bağlanması genellikle kabul edilmektedir.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> Kocaoğlu M.,Çocuk ve Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması", **Türk Kamu Sen 1**, 4 (Haziran 1988), s.15.

<sup>109</sup> Mollamahmutoğlu, s.89.

<sup>110</sup> Narmanlıoğlu Ü., **İş Hukuku 1**, 2.Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi,İstanbul 1994, s.146.

Nitekim bu durumda işçinin işçiliğın sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İ.K. ve İşçi Sigortaları Kanunlarının kabul edilış gagesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gagesine aykırı olacağına Yargıtay 1958 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda hükmetmiş bulunmaktadır.<sup>111</sup>

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihte verdiği bir kararında 58 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı bir sonuca vararak şu mülahazalara yer vermiştir:” 1966 doğumlu olan davacı işyerinde çalışmaya başladığını iddia ettiği 1975 yılında 9 yaşındadır. 1975 yılından 13 yaşını doldurduğu 1979 yılına kadar ki çalışması 1475 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında kaldığı için bu dönemin kıdem tazminatının hesabında gözönünde tutulması mümkün değildir. Bu durumda sadece 1979-1985 yılları arasındaki sürenin dikkate alınmasıyla yetinilmelidir.”<sup>112</sup>

Karar doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Nitekim 58 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na aykırı olarak verilen bu sonucun İş Hukukunun yerleşik esaslarına ve yürürlüğüne aykırılığı ortadadır<sup>113</sup>. Zira bu karar işçinin korunması gagesine tümüyle aykırılık teşkil etmektedir.

## 2-Kadın İşçi Çalıştırma Yasağı

İş mevzuatımızda yer alan pek çok hükümle çocuk ve kadınların yaşları, cinsiyetleri, sağlık durumları ve genel ahlak itibariyle belirli bazı işlerde çalıştırılmaları yasaklanmıştır.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> Y.18.6.1958, S.20/9, Uygur T., İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Olguç Matbaası, Ankara 1980, s.21.

<sup>112</sup> Y.H.G.K., 3.4.1991, E.991/9, K.991/168, İşveren C. XXIX, Haziran 1991, S.9, s.21-22.

<sup>113</sup> Akyığıt E., Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine, Çimento İşveren, Eylül 1992, s.10 v.d.

<sup>114</sup> Geniş bilgi için b.k.z. Altan Ö.Z., Kadın İşçiler ve Türkiye'de Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması, Eskişehir 1980.

Her ne kadar İş Kanunu ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu kadınların çalıştırılması için bir takım kayıtlar vazetmişlerse de bunlar medeni haklardan istifade ehliyeti ile alakalı değildir. Bu itibarla kadın (evli olsun veya olmasın) iş akdi yapma hakkından istifade ehliyetini mutlak olarak haizdir.<sup>115</sup>

Kadın işçilere ilişkin çalıştırma yasaklarından en önemlisi kadın işçilerin maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer ve su altında yapılan işlerde çalıştırılmasının yasaklanmasıdır.<sup>116</sup> Esasen, daha önce onaylanıp iç hukuka aktarılan 45 Sayılı Sözleşme'de "kadın cinsinden hiçbir şahıs, yaşı ne olursa olsun maden ocaklarında yer altı işlerinde çalıştırılmaz" (m.2) hükmüyle benzeri bir düzenlemeyi öngörmüştür.<sup>117</sup>

Diğer yandan, İş K. 78/2, kadınların çalıştırılabilecekleri ağır ve tehlikeli işlerin, tüzükte gösterilmesini öngörmüştür.<sup>118</sup> Bu işler "Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü"nde belirtilmiştir.

18 yaşını doldurmamış olan kadınların gece çalışmaları esas itibariyle yasaktır.<sup>119</sup> Ancak, işin özelliği gereği kadınların çalışmaları ilgili tüzük çerçevesinde mümkündür (İş K. M.78/2, ayrıca bkz. "Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük").<sup>120</sup>

Yine kadın işçilerin açısından da çalışma zamanı ve çalışma yerleri açısından bir takım bazı düzenlemeler de İş Kanunu ve diğer bazı tüzüklerde yer almaktadır.<sup>121</sup>

<sup>115</sup> Saymen, Türk İş .... s.459.

<sup>116</sup> Güven/Aydın, s.46.

<sup>117</sup> Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 Numaralı Mukavele- R.G. 23.6.1937, No:3638.

<sup>118</sup> Centel, İş Hukuku ...., s.101.

<sup>119</sup> Ünsal N., İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bastı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s.143.

<sup>120</sup> Işıklı A., İş Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 1994, s.45.

<sup>121</sup> Güven/Aydın, s.46.

### 3-Yabancı İşçi Çalıştırma Yasası

Hizmet akdi yapma serbestisi yabancı işçiler bakımından da sınırlandırılmıştır.<sup>122</sup> Anayasa, yabancı kişilerin ülkemizde çalışma şartlarının, çalışma hak ve hürriyetlerinin kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir.<sup>123</sup> Bu ilkeye uygun olarak düzenlenmiş bir çok kanunlar bazı işlerin her halde Türk vatandaşları tarafından yapılacağını, yabancı uyruklu kimselerin bazı işleri yapamayacaklarını açıkça düzenlemiş bulunmaktadırlar.<sup>124</sup>

Türkiye’de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında 2007 sayılı Kanun, 1.maddede belirtilen işlerin yalnız Türk vatandaşları tarafından yapılacağını ve yabancılara yasak olduğunu, ayrıca Türk vatandaşlarına tahsis edilmemiş işlerin yabancılar tarafından yapılmasının da yasaklanabileceğini (m.3) hükme bağlamıştır.<sup>125</sup>

Ancak söz konusu sınırlamalar, daha sonra kabul edilen ‘‘Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’’, ‘‘Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu’’, ‘‘Petrol Kanunu’’, ‘‘Turizmi Teşvik Kanunu’’ ve ‘‘Serbest Bölgeler Kanunu’’ gibi yasalarla, önemli oranda hafifletilmiş ve yabancının kendi uzman, ustabaşı ve diğer yetişkin personelini Türkiye’de belirli süre çalıştırabilmelerine izin verilmiştir.

Ayrıca 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu Özel Kuruluş ve İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun Türk asıllı yabancı ülke vatandaşlarının Türkiye’de çalışmalarını kolaylaştırıcı hükümler getirmiştir. Gerçekten söz konusu yasa; Türk soylu yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri için İçişleri Bakanlığı

<sup>122</sup> Güven/Aydın, s.46

<sup>123</sup> A.Y.m.46: Temel hak ve hürriyetler yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

<sup>124</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku* ..., s.150.

<sup>125</sup> Çelik, s.91.



tarafından süreli izin verilmesine (m.3) ve bu izin süresince de, iş yasalarının öngördüğü Türk vatandaşı olma koşulundan istisna edilmelerine (m.7/1) olanak tanımaktadır.<sup>126</sup>

Türk vatandaşlarına tahsis edilen işler dışındaki işlerde bir yabancıнын hizmet akdiyle çalışmasına yasal bir engel yoktur. Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi bir kararında Türk vatandaşlarına tahsis edilmiş işler dışında çalışan yabancı uyrukluların hizmet akitlerinin geçerli olduğunu ve bu akde dayanarak talepte bulunabileceklerini saptamış bulunmaktadır.<sup>127</sup>

Yabancı uyrukluların Türkiye’de yabancılara yasaklanmış bir işte çalıştırılması durumunda, yapılmış hizmet sözleşmesi batıldır. Başka bir söyleyişle kendisine yasaklanmış bir iş dolayısıyla yabancı uyruklu kimsenin yaptığı hizmet akdi hükümsüzdür.<sup>128</sup>

Hatta burada ulusal çıkarları korumak için getirilmiş bir yasak söz konusu olduğu için, yabancı kendisine yasak olan işte, işverenin onayıyla çalışmış olsa dahi, bundan geçerli bir hizmet ilişkisi (fiili hizmet ilişkisi) doğmaz.<sup>129</sup>

Böyle bir kanuna aykırılığın baştan beri hükümsüz olacağı tabiidir.<sup>130</sup> Kamu düzeniyle ilgili bulunan kesin bir yasağın söz konusu olacağı böyle bir durumda çalışan kimsenin hizmet akdine dayanarak herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir.<sup>131</sup>

<sup>126</sup> Özden B., Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışması veya Çalıştırılabilmesi, *Çimento İşveren V*, 3(Mayıs 1991), s.16 v.d.

<sup>127</sup> Y.9.H.D., T.9.4.1945, S. 2940/3326. Uygur, s.23.

<sup>128</sup> Y.4.H.D., 11.8.1958, E.7336, K.5560, Orhaner B. S., *Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları*, Ankara 1969, s.364,365.

<sup>129</sup> Tunçomağ/Centel, s.76.

<sup>130</sup> Narmanlıoğlu, s.151.

<sup>131</sup> Y.4.H.D., 11.9.1958, E.7336, K.5560. Uygur, s.22.

Buna göre, yasağa rağmen çalışan ve çalıştırılan yabancı; işçi sayılamaz ve giderek, işçilik haklarına dayanamaz; ancak haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kurallarının yardımıyla bazı talepler ileri sürebilir.<sup>132</sup>

## B-Çalıştırma Yükümü

Borçlar Hukukunun genel bir prensibine göre fertler akid yapmakta tamamen serbesttirler; yani hiç kimse bir akid inşası için diğerine icapta bulunmağa mecbur tutulamayacağı gibi, kendisine yapılan icapları da kabule mecbur değildir; hakkın kötüye kullanılması ve iyiniyet kuralları ile kanunda yazılı bazı özel haller bu serbestiyi az çok sınırlarsa da, prensip daima geçerlidir.<sup>133</sup> İş Hukukunda da durum aynı merkezdedir: Hiçbir işveren belirli bir işçi ile akid yapmağa mecbur olmadığı gibi işçilerde herhangi bir işverenle akid yapmağa mecbur değildir.<sup>134</sup>

Sözleşme serbestisi gereği bir kimse serbest iradesi dışında akit yapmaya zorlanamaz. Ancak yine birtakım sosyal amaçlar ve İş Hukukunun gerekleri dolayısıyla bu serbesti, özellikle işveren açısından bazı durumlarda bir zorunluluk halini almıştır.<sup>135</sup>

Hizmet Sözleşmesi yapma yükümlülükleri, kanunen muayyen hallerde işverenlerin genellikle ceza tehdidi altında hizmet sözleşmesi yapma zorunda bırakılmalarıdır. Bu tür bir yükümlülük işçiler yönünden söz konusu olmaz. Zira Any. M.18/1 gereğince "hiç kimse zorla çalıştırılmaz". Dolayısıyla bu yükümlülük sadece işveren açısından öngörülmüş tek taraflı hüküm ifade eden bir düzenlemedir.

<sup>132</sup> Tunçomağ/Centel, s.76.

<sup>133</sup> Saymen F.H., *Borçlar Hukuku* ..., s.60.

<sup>134</sup> Saymen, *Türk İş* ..., s.468.

<sup>135</sup> Mollamahmutoğlu, s.90.

## 1-Sakat Çalıştırma Yükümü

İş Kanunu işverenleri elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde yüzde üç oranında sakat kimseyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun bir işte çalıştırmakla yükümlü tutar.

Sakat istihdamına ilişkin düzenleme daha önce 50 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler için % 2 olarak kabul edilmişken; 572 sayılı K.H.K. ile 1. 1. 1999 tarihinden itibaren % 3'e çıkarılmıştır.<sup>136</sup> Bu düzenleme ile sakat bireylerin üretime katılma potansiyellerinde bir artış sağlanmak istenmiştir. Her ne kadar oransal bazda olumlu bir artış gibi gözükse de söz konusu düzenlemenin mevcut diğer eksiklikler giderilmeksizin ne derece faydalı olacağı tartışmalıdır. Zira mevcut sanayi işleyişinde çoğu sakat bireye uygun yeterli iş bulunmadığı halde işverenleri böylesi bir zorunluluğu tabi tutmak yerinde değildir. Örneğin bu zorunluluk anlamında genelde revaçta olan işçiler gürültülü ortamlarda rahat çalışabilmeleri açısından sağır işçiler olduğu halde diğer sakat işçilere ve bunun ötesinde çalışma gücünün % 80'inden fazlasından mahrum olmasına rağmen insani sebeplerle kendisine çalışabilir raporu verilen kimi sakat bireylere uygun iş yaratılmasının ne derece güç olduğu ortadadır. Söz konusu düzenlemenin ülke gerçeklerine uygun bir şekilde düzenlenmesi ve uygulanması için etkin önlemlerin alınması, özellikle kanuna karşı hile teşkil eden durumların ortadan kaldırılması oransal bazdaki artıştan çok daha olumlu sonuçlar doğuracaktır. Tek başına böyle bir artış işvereni işçiye göre iş ayarlamaya zorlamakta, hem de % 3'lük oranın yüksekliği nedeniyle söz konusu hükmün uygulanmasında kaçışa neden olmaktadır.

---

<sup>136</sup> Sakat istihdamının yüzde iki oranından yüzde üçe çıkarılmasına ilişkin 572 Sayılı KHK'deki (R.G. Haziran 1997, 23011 Mükerrer) oranın 1.1.2001 tarihinde yürürlüğe girmesini öngören hüküm 1.1.1999 olarak değiştirilmiştir.

Bunun ötesinde kota sistemi adı verilen işverenleri belirli bir oranda işçi çalıştırma yükümlülüğüne sokan bu sistemin belirli bazı olumsuzlukları da söz konusudur. Nitekim kota rejiminde iş için uygun olmayan kimselerin işe yerleştirilmesi söz konusu olabilir. Yine toplum içinde kota uygulaması neticesi, sakat kişilerin yeteneklerinden ötürü değil de, dezavantajları nedeniyle istihdam ilişkisi içerisinde yer aldıkları yönünde bir kanaat de oluşabilir.<sup>137</sup>

Kota sistemi sakatların işyerinde istihdamını sağlarken ondan düşük statüdeki işlerde düşük ücretle kural-altı çalışmalarını engellemektedir. Bu nedenle, sakatların istihdamıyla ilgilenen birçok kişi kota sisteminin istihdamda anti-ayrımcı kanunlarla desteklenmesi gerektiği görüşündedir.<sup>138</sup>

Bunun ötesinde Deniz İş Kanunu'da İş Kanunu'ndaki sakat çalıştırma yükümüne ilişkin esasların gemi adamları içinde geçerli olmasını kabul eder.

Bütün bu hükümlerin amacı; toplumda sakatları işe alma yoluyla, bunlara sosyal devlet ilkesinin gereği olan<sup>139</sup> insan onuruna yaraşır yaşam olanaklarının yaratılmasıdır. Sonra, tüm ülke işgücünden yararlanma düşüncesi, sakatlarında işe alınmalarını zorunlu kılar.<sup>140</sup> Sakatların verimli olabilecekleri işlerde çalıştırılması suretiyle, hem iş gücü değerlendirilmekte ve hem de bunların haysiyet kırıcı bir yaşantıya itilmeleri önlenmektedir.<sup>141</sup> Bununla birlikte sakatlığın değişken ve sürekli tabiatından kaynaklanan durumu nedeniyle rekabet ortamında fırsat eşitliği sağlanırken, ilave yardımlara da ihtiyaç vardır. Bu da olumlu eylemlerle hem sakat

<sup>137</sup> Povall, Margery/ Smith, Brenda, *Equal Opportunities and Disability Management at Work*, Edited by Michael Floyd/ Klaus, North, *People With Disabilities. Improving Civil Service Employment Opportunities in Britain and Germany*, London 1991, s.71.

<sup>138</sup> Waddington, Lisa, *Disability, Employment and European Community*, Tilburg 1995, s.237, 238.

<sup>139</sup> Seçkin H., *Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu*, *Y.H.D. I*, 1(Ocak 1978), s.62.

<sup>140</sup> Altan Ö.Z., *Sakatlar ve Türkiye'de Çalışma Sorunları*, Eskişehir 1976, s.228.

<sup>141</sup> *Ekonomi, Ferdi İş ...*, s.102.

istihdam eden işverenlerin desteklenmesi hem de çalışan sakatlara yönelik koruyucu düzenlemelerle olur.<sup>142</sup>

İşverenin bu konudaki yükümlülüğü işyerinde çalışan işçi sayısına göre belirli bir ölçüye bağlanmış; bunun yanında söz konusu yükümlülük belirli nitelikteki sakatlar için kabul edilmiştir.

İlk olarak, işverenin akit yapmak zorunda bulunduğu sakat kimselerin sayısı kanunen belirlenmiştir. Buna göre bir işverenin sakat çalıştırma zorunluluğuna tabi olması için 50 veya daha fazla işçi çalıştırması gerekir.<sup>143</sup> Çalıştırılacak sakat sayısının tespitinde bu kanuna tabi işyerlerinde “çalışan işçi sayısı”<sup>144</sup> dikkate alınır. Yüzde üçlük oranın hesaplanmasında yarıya kadar olan kesirler dikkate alınmaz. Yarım ve daha fazla olanlar tama çıkarılır. Sakat işçi sayısının belirlenmesinde daimi işçi sayısı yerine 572 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile çalışan işçi sayısı esasının getirilmiş olması karşısında, hesaplamada, sürekli işlerde belirli ve belirsiz süreli, tam ve kısmi süreli hizmet akdiyle çalışan, mevsimlik işçilerde dahil olmak üzere bütün işçilerin gözönüne alınması gerekmektedir.<sup>145</sup> Bu düzenleme ile sakat işçilere ayrılan kadroların yüksek tutulması amaçlanmıştır. Ancak bu konu hukuki açıdan tartışmalara yol açacak niteliktedir. Zira bir işyerinde çalışan işçi sayısı ile daimi işçi sayısı arasında önemli farklılıklar bulunabilir. Bunun ötesinde çeşitli sebeplerle işyerine gerek kısmi süreli hizmet akdiyle, gerekse mevsimlik olarak çalıştırılmak üzere çok sayıda işçi alınmış olabilir. Bunun sonucu olarak işyerinde belli bir dönem içinde önemli oranda işçi giriş çıkışı oluşabilir. Dolayısıyla çalışan işçi sayısı kavramı doğrudan doğruya o işyerinin gerçeklerini yansıtmayabilir.

<sup>142</sup> Gould Reija, *Unemployment and Disability, Some Sociological Aspects of Elimination From The Labour Market, Social Security, Unemployment And Premature Retirement International Social Security Association, Geneva 1989, s.65.*

<sup>143</sup> Balkır, s. 112.

<sup>144</sup> Çelik, s.92.

<sup>145</sup> Uşan M.F., *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, Ankara 1999, s. 220-221.

Bu çerçevede sürekli değişiklik gösteren çalışan işçi sayısına göre bir düzenleme yapılması hem işverene ağır bir yük getirebilecek hem de işyeri gerçeklerine tümüyle aykırı bir durum oluşturabilecektir. Çalışan işçi sayısı kavramı yerine eski hükümlüler için geçerli olan daimi işçi sayısı esasının getirilmesi daha yerinde gözükmemektedir.

Aynı il hududları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenlerin çalıştırmakla yükümlü olduğu sakat sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.<sup>146</sup>

İkinci olarak sakat çalıştırma yükümünün yerine getirilmesi, sakat olarak kabul edilen kişiler bakımından söz konusudur. Ancak İş Kanunu kimlerin sakat sayılacağını göstermemiş ve bunu çıkarılacak tüzüğe bırakmıştır. Söz konusu düzenlemeye dayanılarak çıkarılan Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük'de; kendi uygulaması bakımından "bedensel özürleri yüzünden, çalışma güçlerinin en az % 40'ından, en çok % 70'inden sürekli olarak mahrum bulunanlarla % 70'inin üstünde mahrum buldukları halde bir işte verimli şekilde çalışabilecekleri sağlık kurulu raporuyla belgelenenleri sakat olarak kabul etmiştir.<sup>147</sup> Bu tanımda da açıklandığı üzere sakatlığın saptanması yönünden önemli unsurlardan biri çalışma gücünün belirli bir oranda yitirilmiş olmasıdır.<sup>148</sup>

Sakatlığın doğuştan veya sonradan meydana gelmesinin yani sakatlığın doğum anının; ve ayrıca sakatlığın doğum nedenlerinin bu düzenleme açısından bir önemi olmayıp bu hususların farklılığı düzenleme açısından değişik bir uygulamaya yol açmaz. Bunun yanında sakatın belirli bir yaşta olması da gerekmez. Sakatların istihdamı hakkında tüzükten önce yürürlükte bulunan sakatların istihdamı hakkında yönetmelikte sakat işçi kapsamında olmak için ayrıca sakat işçinin belli bir yaşta

---

<sup>146</sup> Elbir H.K., *İş Hukuku*, Yenilenmiş 9. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1987, s.68.

<sup>147</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.102.

<sup>148</sup> Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.102.

bulunması şartı da aranmaktaydı. Eski yönetmelikte sakatın 18-55 yaş arasında olması şartı yeni çıkarılan tüzükte yer almamıştır.<sup>149</sup>

Ancak zihnen hasta olmakla beraber, çalışabileceği sağlık kurulu raporuyla saptananların işe alınma hakkından faydalanabilecekleri de kabul edilmiş bulunmaktadır.<sup>150</sup>

Bunun ötesinde işyerinin işçisi iken sakatlanmış olanlara öncelik tanınır. Özürleri nedeniyle sağlık kurulu raporunda çalışamayacakları belirtilmiş olanlar ise anılan tüzük hükümlerinden yararlanamaz.<sup>151</sup>

Diğer yandan, sakatın çalıştırılacağı işin, ‘meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun bir iş’ olması gerekir. Bu nedenle, sakat çalıştırma yükümünün yerine getirilmiş sayılması için, sakata işverence herhangi bir işin önerilmesi yeterli olmayıp; ayrıca önerilen işin, belirtilen niteliklere uygun bulunması zorunludur.<sup>152</sup> Zira özellikle pratikte kimi işverenlerin sakatlara yapmaları mümkün olmayacak işler vererek onların bu işi kabul etmemeleri üzerine durumu tespit edip sakat çalıştırma yükümünden kaçınmaya çalıştıkları dikkati çekmektedir.

Sakatlar, kural olarak işyerinde geçerli olan çalışma sürelerine tabidirler. Bununla birlikte, sakatların özellikleri nedeniyle çalışma süreleri açısından esnek çalışmanın<sup>153</sup> da söz konusu olması mümkündür.

<sup>149</sup> Balkır, s.116.

<sup>150</sup> Ekonomi, **Ferdi İş** ..., s.103.

<sup>151</sup> Tunçomağ/Centel, s.79.

<sup>152</sup> Centel, **İş Hukuku**, s.103.

<sup>153</sup> Cordova Efran (Çev. Murat Güven), Tam-Gün İstihdamından Atipik İstihdama= Endüstri İlişkilerinin Gelişiminde Önemli Bir Değişiklik mi?, **İ.H.D.**, C.3, S.3, Temmuz-Eylül 1993, s.359 v.d.; Allenspach, Heinz, Fleible, Working House, I.L.O., Geneva 1978, s.1. v.d., Maric, D. **Adapting Working Hours to Modern Needs**, The Time Factor in The New Approach to Working Conditions, I.L.O., Geneva 1980, s.25 v.d.

Bunun ötesinde Yargıtay kanunun emredici hükmü karşısında, sakat çalıştırma yükümlülüğünden kadro açığının bulunmaması nedeniyle kaçınılamayacağına hükmetmiştir.<sup>154</sup>

Bunun dışında geçici işlerde sakat çalıştırılarak, kısa bir süre sonra, işin hitamında bu kişilerin işine son verilmesi sakatların mesleğe ve topluma kazandırılması yönündeki yasanın amacına ters düşer.<sup>155</sup> Sakatların çalıştırılabilecekleri işler ilgili tüzükte gösterilmiştir.

İşveren çalıştırmak zorunda olduğu sakat kimseleri İş ve İşçi Bulma Kurumu aracılığı ile sağlar.<sup>156</sup> Ancak, ilgili tüzük hükümlerine göre, sakat veya eski hükümlüyü Kuruma başvurmadan sağlayıp çalıştıran işveren, durumu en geç bir ay içinde Kuruma bildirir ve gider karşılığını da öderse sakat çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. İşveren, Kurumca kendisine gönderilen sakatlar arasından tercih yapabilir.

İşverenin sakat işçi çalıştırma yükümlülüğüne uymaması halinde hukuki bir yaptırım söz konusu olmayıp, sadece para cezası hükmüne yer verilmiştir. Para cezası açısından ise bu yükümlülüğe aykırı davranan işveren veya vekiline çalıştırmadığı her sakat ve her ay için 293 milyon lira, şeklinde bir cezai düzenleme getirilmiştir. Bu para cezası her takvim yılı başından geçerli olmak üzere bir önceki yılda uygulanan ceza tutarının, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "yeniden değerlendirme oranı"nda artırılarak uygulanır.

<sup>154</sup> Y.9.C.D. 5.5.1983. E.1983/1297, K.1993/2168, Tekstil İşv.D., Ağustos 1995, Kararlar Eki.

<sup>155</sup> Y.9.H.D., 28.6.1989-1978/3363, www.yargitay.gov.tr.

<sup>156</sup> Elbir, s.69.



## 2-Sakatlığı Sona Eren İşçiyi Çalıştırma Yükümü

Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerine alınmalarını istedikleri takdirde işveren bunları boş yer varsa derhal, yoksa yer boşaldığında “ o andaki şartlarla” eski işlerine ya da eski işlerine uygun diğer bir işe sair isteklilere tercih ederek almaya mecburdur.<sup>157</sup>

Genelde maluliyet, “bir şahsın harici bir tesir neticesiyle veya bir kaza veya hastalık sonucunda faaliyet kudretini tamamiyle veya kısmen kaybetmesini” ifade etmektedir.<sup>158</sup>

### a)Koşulları

#### aa)İşçinin Sakatlanmış Olması

Aynı işyerine alma yükümünün söz konusu olabilmesi için yerine getirilmesi gereken ilk koşul, işçinin sakatlanmış bulunması yüzünden işyerinden ayrılmak zorunda kalmasıdır.<sup>159</sup>

Bu konuda sakatlığın; iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda ortaya çıkması aranmadığı gibi, Sosyal Sigortalar Kanunu m.53 anlamında bir sakatlık olması da gerekmez.<sup>160</sup> Dolayısıyla sakatlığın meydana gelme sebebi ve bu sebebin işyerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı bu yükümlülük açısından ayrı bir unsur değildir. Bu niteliğiyle önemli olan işgücü kaybının önüne geçilmesidir.

<sup>157</sup> Tekil F., *İş Hukuku*, Fatih Gençlik Matbaası İşletmesi, İstanbul 1981, s.132.

<sup>158</sup> Narmanlıoğlu, s.160.

<sup>159</sup> Tunçomağ/Centel, s.85.

<sup>160</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.103.

Nitekim, işçinin, sözgelimi trafik kazası veya herhangi bir hastalık yüzünden sakatlanması durumlarında da, söz konusu yükümlüğün uygulanması gerekir.<sup>161</sup>

### **bb) İşçinin Sakatlanması Yüzünden İşyerinden Ayrılmış Olması**

İşçi sakatlandığı için işten ayrılmış olmalıdır. İşverenin sakatlanan işçiyi işten çıkarması da; sakatlanan işçinin kendi isteğiyle ayrılması da, aynı hükme tabidir. Dolayısıyla bu düzenleme açısından her iki durum arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır.

### **cc) İşçinin Sakatlığının Ortadan Kalkması**

Sakatlığın sona ermesi konusunda ise, öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, sakatlığı sona eren işçiyi çalıştırma yükümlüğünün uygulanması için işçinin çalışma gücünü tamamen kazanmış olması gerekir.<sup>162</sup> Diğer bir görüşe göre ise kısmen iyileşme yeterlidir.<sup>163</sup>

Kısmen iyileşme görüşü daha yerinde görünmektedir. Çünkü İş Kanunumuzun 25. maddesi açısından önemli olan nokta işçinin işyeriyle ilişkisinin kesilmesine yol açan sakatlık durumudur. Bu bakımdan, çalışma gücünün tamamen kazanılmış bulunmasına karşın, işyerinde çalışmaya olanak tanıyan kısmi iyileşme durumlarında da, sakatlanmış işçiyi çalıştırma yükümlüğü söz konusu olmalıdır.

---

<sup>161</sup> Tunçomağ/Centel, s.85.

<sup>162</sup> Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.104.

<sup>163</sup> Çenberci M., *İş Kanunu Şerhi*, Ankara 1984, s.454.

Aksi takdirde çalışma gücü kaybı % 1 ile % 39 arasında değişen, yani ilgili tüzüğün sakat olarak kabul etmediği kişiler, ne sakat çalıştırma ve ne de sakatlığı sona eren işçiyi çalıştırma yükümünden yararlanamayacaktır.<sup>164</sup>

#### **dd)İşyerinde Boş Yer Bulunması**

İşe alınma zorunluluğu için aranan diğer bir koşul da, işyerinde boş yerin bulunmasıdır. Ayrıca sakatlığı sona eren işçiyi çalıştırma yükümünün yerine getirilmiş sayılması için; boşalıp da işçiyeye gördürülecek olan işin, herhangi bir iş değil; ancak işçinin eski işi veya buna uygun bir iş olması gerekir.<sup>165</sup>

#### **ee)İşçinin İşe Alınmasını İstemesi**

Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için sakatlanarak işyerinden ayrılmak zorunda kalmış işçinin, eski işine alınmasını istemesi gerekir. Nitekim işçi böyle bir istekte bulunmamışsa, işverenin işe alma yükümünden de söz edilemeyecektir.<sup>166</sup>

#### **b)Hükümleri**

Söz konusu koşulların gerçekleşmesi üzerine işveren işçiyi o andaki koşullarla işe almak zorundadır. Başvuru anında boş yer yoksa yer boşaldığında işçiyi işe alması gerekecektir. Boşalan yere iyileşen sakat işçiyle birlikte başkaları da başvurmuşsa, o zaman işveren sakat işçisini diğerlerine tercih etmek ve onu işe almakla yükümlüdür.

<sup>164</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.104.

<sup>165</sup> Tunçomağ K., *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 1989, s.94.

<sup>166</sup> Tunçomağ/Centel, s.85.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre burada ‘yeni bir iş ilişkisi’ söz konusudur ve ‘o andaki şartlar’la işe almadan kasıt mümkün olduğu ölçüde işçinin kazanılmış haklarının gözetilmesi ve aynı zamanda işyeri zorunluluklarının dikkate alınması gereğidir.<sup>167</sup>

Yargıtay’a göre ‘Maluliyeti sebebiyle işyerinden ayrılan işçinin maluliyeti tamamen ortadan kalktıktan sonra yeniden işe alınması ile kurulan iş ilişkisi yeni bir iş ilişkisidir. İşveren işçiyi o andaki şartlarla işe almakla yükümlüdür. Bu sözler mümkün olduğu ölçüde işçinin kazanılmış haklarının dikkate alınmasını öngörmektedir. İşçi, işyeri zorunlulukları sebebiyle daha düşük ücretli bir işe alındığı takdirde ileride işçinin kazanılmış haklarına uygun ve işyeri zorunlulukları ile bağdaşır iş açıldığında işverenin 25/5 maddeden doğan yükümlülüğünün kabulü gerekir.’<sup>168</sup>

Nitekim işçi, işyeri zorunlulukları nedeni ile daha düşük ücretli bir işe alındığı takdirde ileride işçinin kazanılmış haklarına uygun ve işyeri zorunlulukları ile bağdaşır iş açıldığında işverenin İş Kanunu 25/5’den doğan yükümlülüğü sona ermiş sayılmaz, aksine devam eder.<sup>169</sup>

Kanımızca bu hükme aykırılığın yaptırımını da sadece, idari para cezası ödemektir. Hükme uymayan işveren için hukuki sorumluluk söz konusu değildir.

Yaptırım konusundaki bu eksiklik söz konusu düzenlemeye gölge düşürmektedir. Bu niteliğiyle düzenlemenin uygulanması açısından olumlu sonuçlar azalmakta, bu durum işçilerin haklarının korunması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>167</sup> Tekil, s.132

<sup>168</sup> Y.H.G.K., 1.3.1978, E.76/9-3594, K.78/189, İ.H.U. , 1979/III, İş K.25, No:1, s.1.

<sup>169</sup> Tekil, s.132.

Dolayısıyla cezai yaptırımın da ötesinde konuya getirilecek hukuki yaptırım tarzındaki bir çözümleme hükmün uygulanması açısından olumlu olacaktır.

### 3-Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümü

İş Kanunu elli veya daha çok sayıda işçi çalıştıran işvereni, %3 oranında eski hükümlüyü mesleklerine uygun bir işte çalıştırmakla yükümlü tutar.<sup>170</sup> Bu anlamda Deniz İş Kanunu m.13'de İş Kanunu'ndaki eski hükümlü çalıştırma yükümüne ilişkin düzenlemenin gemi adamları içinde geçerli olmasını kabul eder.

Eski hükümlü çalıştırma yükümünü düzenleyen bu hükümlerin izlediği amaç, ekonomik ve sosyal nedenler yüzünden işe alınmaları son derece sınırlı olan söz konusu kişilere insanca yaşama olanağını yaratmaktır.<sup>171</sup>

Eski hükümlü olarak kabul edilecek kişileri, İş Kanunu m.25 göstermemiş ve bunu belirlemeyi, çıkarılacak tüzüğe bırakmıştır.<sup>172</sup> Nihayet, Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük bakımından eski hükümlü deyimini de, altı aydan daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezadan veya devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giymiş ve cezasını infaz kurumlarında tamamlamış veya cezası tecil edilmiş yahut şartlı salıverme yoluyla tahliye edilmiş olanlar ile özel yasalarında belirtilen koşullardan dolayı istihdam edilmeleri olanağı olmayanları ve ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı bulunanları içermektedir.<sup>173</sup>

Çalıştırılacak eski hükümlü sayısının tespitinde daimi işçi sayısı temel alınır. Yargıtay'a göre "daimi işçi" deyimiyile süresi belirsiz hizmet akdi ile çalışanlar

<sup>170</sup> Daha önce %2 olan oran 572 s. Kanun Hükmünde Kararname ile %3'e çıkarılmış ve düzenlemenin 24.10.1998 tarihinden itibaren geçerli olması kabul edilmiştir.

<sup>171</sup> Altan Ö.Z., *Eski Hükümlülerin Çalıştırılmasında Genel İlkeler ve Türkiye Uygulaması*, Eskişehir İTİA Yayınları 218/142'den Ayrı Basım, s.18-20.

<sup>172</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.105.

<sup>173</sup> Tunçomağ/Centel, s.80.

kastedilmektedir.<sup>174</sup> Bu noktada eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu açısından sakat çalıştırma yükümlülüğünün aksine çalışan işçi sayısı esasının yerine daimi işçi sayısı esasının getirilmiş olması daha yerindedir. Zira çalışan işçi sayısında sürekli olarak bazı değişikliklerin meydana gelebilmesi, bunun ötesinde belirli dönemler itibariyle çalışan işçi sayısı ile daimi işçi sayısı arasında önemli farklılıkların oluşabilmesi, çalışan işçi sayısından öte daimi işçi sayısı kavramının o işyerinin gerçeklerine daha uygun düştüğünü göstermektedir. Bunun ötesinde çalışan işçi sayısı ile daimi işçi sayısı arasında oluşması muhtemel bir farklılık işvereni duruma göre çalıştırması gerekenden daha fazla bir eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuyla karşı karşıya bırakabilecektir. Bu durum ise gerek işyeri barışı gerekse verim açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Bu açıdan daimi işçi sayısının esas alınması yerinde görünmektedir. Bununla birlikte hukuki anlamda oluşan ikiliğin giderilmesi açısından yalnız eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu için değil aynı zaman da sakat çalıştırma zorunluluğu açısından da daimi işçi sayısının esas alınması yerinde görünmektedir.

Bunun ötesinde kısa süre devam eden kampanya döneminde çalıştırılan ve dönem sonunda işten ayrılacak olan geçici mevsimlik işçiler "daimi işçi" olarak kabul edilemez.<sup>175</sup>

Buradaki işçi deyiminden maksat, İş Kanunu anlamında işçi olmaktır. Ancak işçi sayısı hesaplanırken işyerinde çalışsın çalışmasın –örneğin izinli ya da hasta olması dolayısıyla işyerinde bulunmayan işçiler gibi- işyeri kadrosunda bulunan bütün işçiler gözönünde bulundurulacaktır.<sup>176</sup>

<sup>174</sup> Y.9.C.D., 20.12.1989, E.1989/3777, K.1989/4939, TÜHİS, Şubat 1990, s.16-17;

Y.9.C.D., 12.4.1990, E.990/966, K.990/1759, Tekstil İşv D., Temmuz 1990, s.13-15.

<sup>175</sup> Y.9.H.D., 28.6.1989, E.1978, K.3363, Tekstil İşv D., Nisan-Mayıs 1990, s.16-17;

Y.9.H.D., 12.11.1996, E.1996/5436, K.1996/6488, Tekstil İşv.D., Temmuz 1997, s.13-14.

<sup>176</sup> Narmanlıoğlu, s.159.

%3'lük oranın hesaplanmasında yarım kadar olan kesirler dikkate alınmaz; yarım ve fazla olanlar tama iblağ edilir.

Aynı il hudutları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenlerin çalıştırmakla yükümlü olduğu sakat sayısının, toplam işçi sayısına göre hesaplanacağına ilişkin hükme eski hükümlülere ilişkin düzenlemelerde yer verilmemiştir.

İşveren çalıştırmak zorunda olduğu eski hükümlüleri, İş ve İşçi Bulma Kurumu aracılığıyla sağlar. Ancak, Kurumun aracılığı olmaksızın eski hükümlü bir kişiyi işe alacak işveren de; durumu en geç bir ay içinde Kuruma bildirmek, tescil ettirmek ve gider karşılığını ödemek koşuluyla, eski hükümlü çalıştırma yükümünü yerine getirmiş sayılır.<sup>177</sup>

Bu yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için; işverenin eski hükümlüyü işe alması yeterli olmayıp, işin onun mesleğine uygun olması zorunludur. Eski hükümlülerin çalıştırılabilecekleri işler, ilgili tüzükte gösterilmiştir.

Bu yükümlülüğe aykırı davranan işveren her eski hükümlü ve her ay için 293 milyon lira para cezasına çarptırılır. Bu ceza tıpkı, sakat çalıştırma yükümünde olduğu gibi her takvim yılı başından geçerli olmak üzere bir önceki yıl uygulanan ceza tutarının o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "yeniden değerlendirme oranı"nda artırılarak uygulanır. Ancak herhangi bir hukuki yaptırım söz konusu değildir. Gerek sakat çalıştırma gerekse eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne aykırılık halinde öngörülmüş bulunan bu ceza idari para cezası niteliğindedir.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Centel, İş Hukuku, s.105.

#### 4-Askeri veya Yasal Bir Ödevden Dönen İşçiyi Çalıştırma Yükümü

İş Kanunu m.27/4'e göre, herhangi bir askeri veya kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilerden bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için başvurular boş yerlere öncelikle işe alınmak zorundadırlar.<sup>179</sup>

İşçi, yasal bir ödevi yerine getirmek için, işyerinden ayrılmış olabilir. Söz konusu yasal ödev; muvazzaf askerlik dışında silah altın alınma, geçici süreli askerlik olabileceği gibi; herhangi bir yasadan kaynaklanan çalışma ödevi de olabilir.<sup>180</sup>

Askerlik vatandaşların topluma karşı en temel ödevlerinden biridir. Bunun yanında gene kamu yararına olarak fertlere bazı kanuni ödevler, örneğin çalışma ödevi yüklenebilir. Kısa veya uzun bir süre için olsun böyle bir ödevde tabi tutulan işçinin işyerinden ayrılması, ödevin bitiminden sonra başka geçim kaynağını sağlayan bir iş bulması ve mesleki faaliyetini devam ettirmesi yönünden önem kazanmaktadır.<sup>181</sup>

Böyle bir yasal ödev yüzünden işyerinden ayrılmak zorunda kalanlara, eski işlerine dönmelerini kolaylaştırıcı bir hüküm koyma zorunluluğunun olduğu açıktır.<sup>182</sup>

Kanundaki "askerlik ödevi" deyimini ihtiyat askerliği olduğu kadar muvazzaf askerliği de kapsayacak şekilde kullanılmıştır.<sup>183</sup> İş Kanunu'nun üzerinde

<sup>178</sup> Y.9.C.D., T.29.2.1996, E.1996/684, K.1996/1044, Y.K.D. 1996, S.5, s.834.

<sup>179</sup> Ünsal, s.148.

<sup>180</sup> Tunçomağ/Centel, s.86.

<sup>181</sup> Ekonomi, **Ferdi İş** ..., s.101.

<sup>182</sup> Tunçomağ/Centel, s.86.

<sup>183</sup> Saymen, **Türk İş** ..., s.469.



durduğumuz hükmünde sözü edilen ‘‘kanuni ödev’’ ise, sivil savunma hizmeti gibi bir kamu görevi olabilir.<sup>184</sup>

Muvazzaf askerlik dışında silah altına alınma (geçici askerlik) veya herhangi bir yasadan doğan çalışma ödevini ifa için işyerinden ayrılanların, o işyeriyle yapmış buldukları hizmet sözleşmesi hemen sona ermez.

Söz konusu sözleşme, işyerinde en az bir yıl kıdemi olan işçi için daha iki ay (ve daha çok kıdemliler için de en çok 90 gün) sonunda feshedilmiş sayılır.<sup>185</sup>

Bu konu çerçevesinde işverenin hizmet akdi yapmakla yükümlü tutulabilmesi için bazı koşullar aranmaktadır:

Birinci koşul işçinin herhangi bir askeri veya diğer bir kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılmış olmasıdır. Bu ödevler sebebiyle hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından feshedilmesi veya kanunen feshedilmiş sayılması, keza sona eren hizmet akdinin belirli veya belirsiz süreli olması tekrar işe almaya ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmaz.<sup>186</sup>

İkinci koşul ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işçinin eski işverene başvurmasıdır. Bu anlamda, iki ay içinde eski işyerine başvurmayan işçi, işe alınmayı isteme hakkını yitirir.<sup>187</sup> İşçinin müracaatı icap niteliğini taşır ve işveren bu icabı boş yer bulunması halinde kabul etmek zorundadır.<sup>188</sup>

Üçüncü koşul işyerlerinde boş yerlerin bulunmasıdır. İşverenin de, eski işyerine dönmek için başvuran işçiyi eski işinde veya eski işine uygun bir işte

<sup>184</sup> Narmanlıoğlu, s.164.

<sup>185</sup> Tunçomağ/Centel, s.86.

<sup>186</sup> Ekonomi, *Ferdi İş* ..., s.101.

<sup>187</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.105.

<sup>188</sup> Ünsal, s.149.

çalıştırması gerekir.<sup>189</sup> İşçinin başvurduğu anda bu nitelikte boş bir iş bulunmadığında ise; işveren, İş Kanunu m.27/4'deki çalıştırma yükümünden kurtulmaz.<sup>190</sup> Boş yerden amaç işçinin eski işi veya benzeri bir iştir.<sup>191</sup>

Askerden terhis olduktan sonra işe alınmasını isteyen işçi, eski işine uygun bir boş yerin bulunması halinde işi isteme tarihinden itibaren değil, işe alınma tarihinden itibaren ücrete hak kazanır.<sup>192</sup> Çünkü icaba karşı kabul iradesi ancak o zaman verilmiş olmakta ve hizmet sözleşmesi tamam olabilmektedir.(B.K.1)<sup>193</sup>

### 5-Görevi Biten İşçi Kuruluşu Yöneticisini Çalıştırma Yükümü

İşçi kuruluşlarında yöneticilik görevi alarak işlerinden ayrılan işçilerin işsiz kalmak endişesine düşmemelerini, yönetici oldukları kuruluşlarda rahat görev yapabilmelerini sağlamak için kendilerine bir güvence getirilmesi gerekli görülmüş; Sendikalar Kanununun 29. maddesi, işçi sendikası ve konfederasyonlarının yönetim kurullarında veya başkanlığında görev alan ve kendi isteği ile çalıştıkları işyerlerinden ayrılan işçilerin, görevlerinin sona ermesi halinde – diğer isteklilere tercihan, yani bunlara öncelik tanıyarak- işveren tarafından o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir işe alınacaklarını düzenlemiştir.

İşçi kuruluşlarının yönetim kurullarında veya başkanlığında görev alması dolayısıyla kendi isteğiyle işinden ayrılan işçinin bu görevinin seçime girmemek, seçilmemek veya çekilmek suretiyle son bulması üzerine, işe alınmasını üç ay içinde istemesi halinde, işveren bu işçiyi talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde, o

<sup>189</sup> Esener T., *İş Hukuku*, Ankara 1978, s.149.

<sup>190</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.106.

<sup>191</sup> Ünsal, s.149.

<sup>192</sup> Y.9.H.D., 22.12.1973, E.11342, K.33375, İ.H.U. 1975, İş K.27, No:1, s.1.

<sup>193</sup> Tekil, s.132.

andaki koşullarla eski işine veyahut eski işine uygun diğer bir işe diğer isteklilere öncelik vererek almak zorundadır.<sup>194</sup>

İşverenin işe almak zorunda bulunduğu kişiler işçi kuruluşlarının her kademesinde çalışanlar olmayıp, sadece işçi sendikası veya konfederasyonlarının yönetim kurulu üyeleri ve başkanları ile işçi sendika şubelerinin yönetim kurulu üye ve başkanlarıdır.<sup>195</sup>

Şu halde, kanunun tasrih ettiği organlar dışında, örneğin disiplin kurulunda ya da denetleme kurulunda görev alıp işlerinden ayrılanlar bu kanuni imkandan yararlanamazlar.<sup>196</sup> Dolayısıyla bu kişilerin işe alınmaları yönünde bir zorunluluk ve buna bağlı bir yaptırım söz konusu değildir.<sup>197</sup>

Öte yandan, kanunda açıkça tasrih edilen bu kişiler seçime girmemek, girip de yeniden seçilememek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle görevden ayrılmaları halinde kanunun kendilerine tanıdığı haktan yararlanabileceklerine göre işverenin sözleşme yapmak zorunluluğu da bu çerçevede söz konusu olabilecektir.<sup>198</sup>

Bununla beraber, yukarıda başka bir vesileyle belirttiğimiz gibi, yönetim kurulundaki veya başkanlıktaki görevlerinden dolayı mahkum olanların bu hükümden yararlanmaları söz konusu olamayacağından işverenin bu durumdaki sendika yöneticilerini işe almak yükümü bulunmayacaktır.<sup>199</sup>

<sup>194</sup> Çelik, s.94.

<sup>195</sup> Narmanlıoğlu, s.165.

<sup>196</sup> Erkul İ., *Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri*, Türk İş Hukuku, C.II, Eskişehir 1984, s.133.

<sup>197</sup> Doktrinde savunulan bir görüşe göre denetleme kurulu üyeleri de söz konusu teminattan faydalanabilirler. Tunçomağ, *İş Hukuku*, s.298; Şahlanan, *Sendikalar Hukuku*, Banksis Yayınları, İstanbul 1995, s.147.

<sup>198</sup> Narmanlıoğlu Ü., *Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisinin Yeniden İşe Alınması Şartları*, İşe Alınmanın Sonuçları, İ.H.U., Sen K.29, No:1.

<sup>199</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.165-166.

Ancak, işçi bu haklarını işçi kuruluşundaki görevinin bitiminden itibaren üç ay zarfında kullanabilir.<sup>200</sup> Bu sürenin geçirilmiş olması halinde işverenin işçi kuruluşu yöneticileriyle sözleşme yapmak yükümlülüğü ortadan kalkar.<sup>201</sup> Bu süre geçtikten sonra diğer şartlar gerçekleşse bile işçi sendika yöneticiliği güvencesinden yararlanamaz.<sup>202</sup>

Buna karşılık, işveren de; istek tarihinden itibaren en geç bir ay içinde, kendisine başvuran işçiyi (görevi sona eren yöneticiyi) işe almak üzere gereken ortamı hazırlayacak ve o anda boş yerin bulunmayışı, kendisini çalıştırma yükümünden uzak tutamayacaktır.<sup>203</sup>

Yargıtay işverenin işe alma yükümlülüğünü oldukça sınırlı yorumlamaktadır. Kanunda, boş yer varsa derhal yoksa boşaldığında bir ay içinde, işe almak zorunlu tutulmuş bulunduğu halde, Yüksek Mahkemece “ işverenin yükümü boş yer olması halinde işçiyi eski işine ya da eski işine uygun bir iş yoksa, başka bir deyişle bu kadrolar tamamıyla doluyorsa işverenin işe alma mecburiyetinden” söz edilemeyeceğine karar verilmiştir.<sup>204</sup>

Sendikalar Kanunu bu şekilde işe alınan eski sendika yöneticisi işçilerin kıdem hakları ile ücretinin saklı bulunduğunu da açıkça belirtmiş bulunmaktadır. Bu noktada söz konusu düzenleme açısından işverenin işçiyi o andaki koşullarla işe almasından ne amaçlandığı tartışmalara neden olmuştur. Doktrinde bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre işçi kuruluşlarında yöneticilik görevi alarak kendi isteği ile işyerinden ayrılan işçinin eski işine dönmesi sırasında işyerinde çalışan emsalinin ulaştığı ücret seviyesinin gözönüne alınması zorunluluğu yoktur.<sup>205</sup>

<sup>200</sup> Işıklı, s.46.

<sup>201</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.166.

<sup>202</sup> Sümer H. H., *Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi*, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2. Beta Basımevi, İstanbul 2001, s.1655.

<sup>203</sup> Şahlanan F., s.251.

<sup>204</sup> Y.9.H.D., 22.9.1981, E.7370, K.10691, İ.H.U., Sen K.20, No:15.

<sup>205</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.167.

Dolayısıyla günün koşullarının gerektirdiği ücret seviyesi esas alınacaktır. Yani bu görüşe göre o andaki koşullardan maksat günün koşullarıdır. Diğer bir görüşe göre ise işçi işten ayrılmayıp çalışmış olsaydı hangi ücret seviyesine ulaşacak idiye bu ücretin esas alınması gereklidir.<sup>206</sup> Bu görüşe göre işçi işten ayrı kaldığı dönemler çalışmış gibi kabul edilecek ve işine döndüğü zaman alacağı ücret bu çerçevede hesaplanacaktır. Yani o andaki koşullardan maksat çalışmış olsaydı alacak olduğu ücrettir.

Yargıtaya göre işçiye çalışmış olsaydı alacağı ücret ne ise bu ücretin verileceği şeklinde bir zorunluluk söz konusu olamaz. Yargıtay aynı kıdemle yeni bir işçi alınmak istenildiğinde o günkü koşullara göre hangi ücret miktarı verilecekse, işçi teşekkülü yöneticisine de bu ücretin sağlanması gerektiğine karar vermiştir. Bu çerçevede Yargıtay o andaki koşullar kavramını günün koşulları olarak kabul etmiştir. Ancak bu noktada bir değişiklik yaparak günün koşullarına göre ödenecek ücretin işçinin eski ücretinden düşük olamayacağına karar vermiştir. Böylece sendika yöneticisine yönelik bir ücret güvencesi oluşturulmuştur.<sup>207</sup> Aynı kıdemle yeni bir işçi alınmak istenildiğinde, o günkü şartlara göre hangi ücret miktarı uygulanacaksa, işçi teşekkülü yöneticisine de o ücret sağlanmalıdır.

Sendika yöneticiliği sona eren işçiyi işe alma zorunluluğunu yerine getirmeyen işveren aleyhine herhangi bir tazminata hükmedilemeyeceği gibi, mahkemece işe alma zorunluluğunu içeren bir karar verilmesi mümkün değildir.<sup>208</sup> Dolayısıyla bu hükme aykırılığın herhangi bir yaptırımını yok görünmektedir.

Yargıtay ise bu konuda çelişkili kararlar vermiştir. 86 tarihli bir kararında kanunen zorunlu olmasına rağmen eski işçisini yeniden işe almayan işverenin hukuki

<sup>206</sup> Çelik, s.94.

<sup>207</sup> Y.9.H.D., 31.1.1983, E.82/1377, K.83/414, *Tekstil-İşveren*, Ağustos 1983, S.66, s.20-21.

<sup>208</sup> Güven/Aydın, s.48.

sorumluluğunun bulunduğuna açıkça işaret etmiş ve bu durumun “işe alınmama halinde, fesihle ilgili hakları isteme sonucunu” doğuracağını belirtmiştir.<sup>209</sup>

87 tarihli bir başka kararında ise “Yasa koyucu bir hususu güvence altına alma amacını güdüyorsa, o güvencenin tam anlamıyla işlenmesini sağlayacak düzenlemeyi de getirmek istediğini gözeterek yasa hükümlerinin yorumu gerekir” ve “işçinin yasal sürede işe alınmaması halinde, işveren için cezai yaptırımın yanı sıra hukuki yaptırımın da geçerli olacağını” kabul etmenin doğru olacağı vurgulanmış; sendika yöneticiliği sona eren işçiye hukuki yaptırımın parasal gereklerine” hükmedilmiştir.<sup>210</sup>

Nihayet Yargıtay “ sendika yöneticiliği görevinin sona ermesi ve işçinin işe alınmasını istemesi halinde işverenin işçiyi eski işe alma zorunluluğu olsa da, buna uymama halinde mahkemece işe alınmasına karara verileceğine dair hüküm yoktur” sonucuna varmıştır.<sup>211</sup>

Bu konuda cezai bir yaptırım da mevcuttur. İşverenin Sen. K. md.29’da düzenlenen bu yükümüne aykırı davranması halinde Sen. K. m. 59/bent 2’de cezai yaptırım öngörülmüştür.<sup>212</sup>

## 6-İyileşen Gazeteciyi Çalıştırma Yükümü

Türk İş Hukukunda sadece gazeteciler, hastalanma nedeniyle işten çıkarılmaya karşı korunmuştur. Söz konusu koruma, ilkin, görev yapamayacak derecede hastalanma durumunda dahi gazetecinin hizmet sözleşmesinin feshinin altı ay süreyle yasaklanmasında kendini gösterir (Basın İş K. m.12/1).<sup>213</sup>

<sup>209</sup> Y.9.H.D., 10.2.1986, E.1343, K.1346, Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.166.

<sup>210</sup> Y.H.G.K., 14.10.1987, E.987/9-313, K.987/728, *Tekstil-İşveren*, Nisan 1988, S.121, s.20.

<sup>211</sup> Y.9.H.D., 8.3.1993, E.1993/3445, K.1993/3622, *Çimento-İşveren*, Mayıs 1993, s.26.

<sup>212</sup> Yarsuvat D., *Çalışma Ceza Hukuku*, İstanbul 1978, s.204 v.d.

<sup>213</sup> Tunçomağ/Centel, s.87.

Gazetecinin hastalığı halinde kanun önce, hizmet akdinin belirli bir süre içinde feshedilemeyeceğini belirterek işverenin fesih hakkını sınırlamıştır.<sup>214</sup> Basın İş Kanunu gereğince gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle hizmet akdi feshedilemez. Gazetecinin uğradığı hastalığın altı aydan fazla sürmesi halinde ise hizmet akdinin feshi yoluna gidilebilir.<sup>215</sup> Ancak hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi yoluna gidilebilir.<sup>216</sup>

Bu şekilde hukukumuzda sadece gazeteciler için belli oranda da olsa ve belli koşullar dahilinde de olsa bir koruma sistemi oluşturulmuş bulunmaktadır.

Bununla birlikte bu düzenlemenin sadece gazeteciler için öngörülmüş olması ve diğer işçiler için böylesi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması eşitlik ilkesine aykırı bir görünüm oluşturmaktadır.

Anılan korumanın ikinci yanı ise, hastalanma yüzünden işten çıkarılmış gazetecinin iyileştiği takdirde tekrar işe alınması zorunluluğunda görülür.<sup>217</sup>

Ancak bunun belli koşulları vardır.

Birincisi gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle vazife göremeyecek duruma düşmesi ve bu yüzden işten ayrılmasıdır.

İkincisi gazetecinin bir yıl içinde iyileşmesidir (Buradaki bir yıllık süre, gazetecinin hizmet sözleşmesinin feshinin hüküm doğurduğu andan itibaren hesaplanacaktır<sup>218</sup>).

---

<sup>214</sup> Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.106.

<sup>215</sup> Güven/Aydın, s.48.

<sup>216</sup> Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.107.

<sup>217</sup> Tunçomağ/Centel, s.87.

<sup>218</sup> Tunçomağ/Centel, s.87.

Üçüncüsü işyerinde boş yer bulunmasıdır.

Dördüncüsü ise hastalığı geçip iyileşen gazetecinin işverene başvurmasıdır.

Söz konusu koşullar gerçekleştiğinde işveren iyileşen gazeteciyi eski işine almak zorundadır. Başvuranlar birden çok bile olsa, işveren hastalığı nedeniyle işine son verdiği gazeteciyi öncelikle işe almak zorundadır.

Diğer yandan, gazeteci işverenden sadece eski işine değil, eski işine benzer bir işe alınmasını da isteyebilir.<sup>219</sup>

Bu düzenlemeyle gazeteciler için diğer kanunlarda bulunmayan son derece önemli bir güvence sağlanmış olmaktadır. Ancak eşitlik ilkesi gereğince bu düzenlemeye diğer iş mevzuatında da yer verilmesi kuşkusuz doğru bir yaklaşım olacaktır.

## 7-İşten Çıkarılmış İşçileri Yeniden Çalıştırma Yükümü

Yeniden işe alma yükümü kanunen belirli hallerde işverenlerin, eski işçileriyle hizmet sözleşmesi yapmaları, onları tekrar işe alma zorunluluğunu ifade eder.<sup>220</sup>

Kural olarak bir işverenin daha önce buyruğunda çalıştırdığı işçisi ya da işçileriyle sözleşme yapmak, onları tekrar işe almak zorunluluğu yoktur.<sup>221</sup> Buna karşın İş Kanunu belirli sebeplerle işten çıkmış veya çıkarılmış işçilerin tekrar işe alınmalarını zorunlu kılmıştır.

<sup>219</sup> Tunçomağ/Centel, s.87.

<sup>220</sup> Mollamahmutoğlu, s.90.

<sup>221</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.161.



İş Kanununun 24 üncü maddesinin uygulanması sadece birden çok işçinin işten çıkarılması değil, ister toplu ister münferiden olsun kanunda belirlenen çıkma ya da çıkarılma durumlarıyla sınırlı olarak söz konusu olabilir.<sup>222</sup>

İş K. m. 24'de 1975 tarihli ve 1927 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, "toplu işçi çıkarma" müessesesi kaldırılmış ve onun yerine, bazı nedenlerle işten çıkmış veya çıkarılmış işçileri bir anlamda "tekrar işe alma zorunluluğu" konmuştur.<sup>223</sup> 1927 sayılı Kanun'un gerekçesine göre "İçinde bulunduğumuz çağın koşulları ve Anayasamızın sosyal ve ekonomik görüşleri hiçbir işverene kanunla düzenlenmiş durumlar dışında işçiyi işinden çıkarma hakkı tanımamaktadır. İşçi zorunlu haller nedeniyle, işten çıkmak durumunda kaldığı işyerine gerektiğinde bir zorlukla karşılaşmadan dönebileceğine inanmalıdır. İşçinin bu inancı işverene karşı iyi duygular beslemesine yol açacak ve neticede sosyal barışa bir adım atılacaktır."<sup>224</sup> Bununla birlikte söz konusu amacın bugün ne oranda gerçekleştiği tartışmalıdır. Zira işverenler genelde bir kez hizmet akitlerine son verdikleri bir işçi ile tekrar çalışmak istememektedir. Böylesi bir zorunluluğun işyeri barışını tehdit edebileceği düşünülmektedir. Bunun ötesinde söz konusu işçilere yönelik özellikle sadakat borcu açısından da bir güven sorunu oluşmaktadır. Aynı zamanda söz konusu düzenlemenin yaptırım sistemi açısından son derece zayıf olması da hükmün işlerliğine gölge düşürmektedir. Düzenlemeye aykırılık halinde sadece düşük miktartlı bir idari para cezasının öngörülmesi hükmün hukuki yaptırım sisteminden ve işçiye yönelik tazminat niteliğindeki yaptırım sisteminden mahrum olması düzenlemeye aykırılıkların oluşmasında bir başka etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun ötesinde işverenlerin kanuna karşı hile teşkil eden davranışlarıyla hükme aykırılıklar yaratmalarının da önüne geçilememiştir. Bununla birlikte ulusal anlamdaki yoğun işgücü arzı da işverenlerin çok rahatlıkla yeni işçi

<sup>222</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.161.

<sup>223</sup> Tunçomağ/Centel, s.83.

<sup>224</sup> Bütçe Plan Komisyon Raporu, .M.M.T.D., Sayı:8366, s.1013.

bulabilmelerini sağlamaktadır. Bu sebeplerden dolayı yukarıda belirtilmiş olan amaçlar yeterince gerçekleşmemiştir.

Oysa ki Türkiye'nin onayladığı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi gereğince bu konuda mevcut bazı yükümlülükler söz konusudur.<sup>225</sup> Bu sözleşmeye göre işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez. Bunun ötesinde sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma; işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak; işvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak; ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya siyasal köken; doğum izni esnasında işe gelmeme durumları sözleşmeye son verilmesi açısından haklı ve geçerli bir neden teşkil etmez. Bunların yanında işverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez. Gene bu sözleşmeye göre hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır. Bu merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale ve/ veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değilse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır. Bu çerçevede hizmet ilişkisine son verilecek bir işçi, ciddi bir hizmet kusuru yani işverenin kendisini bildirim süresi zarfında çalıştırmaya devam etmesini istemenin

---

<sup>225</sup> Bu sözleşmenin onaylanması 9. 6. 1994 tarihli ve 3999 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun'la (R.G. 18.6.1994, No:21964) ve uygulanması da, 10. 8. 1994 tarihli ve 94/5971 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla (R.G. 12.10.1994, No:22079) kabul edilmiştir.

makul sayılmayacağı türden bir hizmet kusuru atfedilmedikçe, makul bir bildirim süresine veya onun yerine bir tazminata hak kazanacaktır.

Söz konusu sözleşme her ne kadar işçinin işine iadesi açısından önemli güvenceler getiriyor olsa da ulusal anlamda uygulanırlık düzeyi yeterli olamamaktadır. Öncelikle mevcut mevzuatımızda işyeri sendika temsilcisi hariç işçinin işine iadesi açısından bir prosedür söz konusu değildir. Bunun ötesinde sözleşmeye göre işçinin iadesinin söz konusu olmadığı durumları telafi açısından öngörülmuş bir düzenleme olarak ise karşımıza kıdem tazminatı çıkmaktadır. Kıdem tazminatı uygulamasıyla işine son verilen işçi açısından maddi anlamda bir güvence mekanizması oluşturulmuş bulunmaktadır. Bu çerçevede işvereni çalışmak istemediği bir işçi ile çalışmak zorunda bırakmak olumsuz sonuçlar doğurabileceği gibi kıdem tazminatının yanında ve hatta üzerinde bir maddi yükümlülük de doğrudan doğruya işverene oldukça ağır bir yükümlülük getirecektir. Dolayısıyla bu konu oldukça tartışmalı bir hal almıştır.

#### **a)Koşulları**

##### **aa)İş K. m.24/1 ve III'deki Sebeplerden Biriyle İşten Çıkarma veya Çıkma**

Söz konusu nedenlerden en önemlisi ve en sık uygulananı, işverenin İş K. m/13'e uyarak işine son vermesidir.

Buna göre, işverenin usulüne uygun olarak işçisinin hizmet sözleşmesinin feshini ihbar ettiği haller kadar, usulsüz feshi ihbar ettiği veya feshi ihbar hakkını kötüye kullandığı durumlar da, İş K. m.24'ün kapsamına girer.<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> Tunçomağ/Centel, s.83.

Bunun yanında İş K. m. 24'ün uygulandığı haller şunlardır:

1-İşçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa tutulması (İş K.m17/b.1 f.6).

2-İşyerinde işçiyi bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı sebebin ortaya çıkması (İş K.m17/b.3).

3-Çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler (İş K. m16/b.3).

4-Bir işyerinin aynı şartlarla işletilmesi veya işletmeye başlanması yahut mevsim ya da kampanya nedeniyle yeniden çalışmaya geçmesi halleri.

#### **bb)Ayrılış Nedenlerinin Ortadan Kalkması**

Tekrar işe almanın ikinci koşulu İş K. m. 17/b.1 f.6 b.3 uyarınca işten çıkarılan işçiler hakkında, işten çıkarma tarihinden itibaren 6 ay içinde işten çıkarmayı gerektiren nedenlerin ortadan kalkmış olmasıdır. Ancak işveren işçisini İş K. m.13 uyarınca işten çıkarmışsa bunun bir nedene dayanması veya söz konusu nedenin açıklanması gerekmez. Bu yüzden hizmet sözleşmesinin feshinin ihbarı halinde, bu ikinci koşul genellikle gerçekleşmiş sayılabilir.<sup>227</sup>

#### **cc)Yeniden İşçi Alma Gereksiniminin Doğması**

İşverenin belirtilen fesih hallerinde iş ilişkisinin son bulduğu (işten çıkarma veya çıkma) tarihinden itibaren altı ay içinde aynı işyerine ve aynı nitelikteki işler

---

<sup>227</sup> Tunçomağ/Centel, s.83.

için dışardan işçi almak istemesi gerekir.<sup>228</sup> Kuşkusuz burada söz konusu olan, aynı işyerindeki işten çıkarılmış veya çıkmış işçilerin yaptığı işleri gördürmek üzere yeni işçi alma gereksiniminin doğmuş olmasıdır.<sup>229</sup>

Bu süre içinde işyerine aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak isteyen işveren durumu uygun araçlarla yayınlar ve işçinin kaydettirdiği adresine noter aracılığı ile duyurur.<sup>230</sup> Ancak, mevsim ve kampanya işlerinde, işverenin durumu, noter tebligatı ile işçilere duyurma yükümü yoktur (M. 24/ 4).<sup>231</sup>

Öte yandan "işlerine son verilenlerin sayısı 10 veya daha fazla olduğu takdirde işveren yeni bir işe yerleştirilebilmeleri için bunların isimlerini ve niteliklerini çıkarma tarihinden en az bir ay önce ilgili İş ve İşçi Bulma Kurumu örgütüne bildirmek zorundadır."<sup>232</sup>

Bu zorunluluğa uymamanın cezası 1475 sayılı Kanun'da özel olarak gösterilmemiş bulunduğu cihetle anılan kanunun 107. maddesi ile tek uygulama yapılarak belirlenmesi gerekir. Bu kanunda 1475 sayılı Kanun'un 98/B maddesine dayanılarak uygulama yapılması ve cezanın çıkartılan işçi adedince çoğaltılarak tayin edilmesi mümkün bulunmamaktadır.<sup>233</sup>

#### dd) İşçinin Başvurması

Son koşul, işten çıkmış veya çıkarılmış olan işçinin kaydettirdiği adresine noter aracılığıyla tebligatın yapıldığı, adres bırakmamışsa durumun uygun araçlarla

<sup>228</sup> Ekonomi, **Ferdi İş** ..., s.92.

<sup>229</sup> Tunçomağ/Centel, s.84.

<sup>230</sup> Çelik, s.92.

<sup>231</sup> Mollamahmutoğlu, s.91.

<sup>232</sup> Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s.162.

<sup>233</sup> Y.9H.D., 2.7.1992, E.8806, K.7495, **Tekstil İşveren**, Kasım-Aralık 1992, S.170, s.47-48.

yayınlanması tarihinden itibaren 15 gün içinde başvurması gerekir. Belirtilen süre içerisinde işyerine başvurmayan işçiler ise, bu haklarını yitirirler (İş K.m24/2 c.2).<sup>234</sup>

Bu itibarla işyerine aynı nitelikteki iş için yeniden işçi alma ihtiyacı doğmadıkça veya altı aylık süre geçtikten sonra yahut da işçi kendisine yapılan bildirden itibaren 15 gün içinde başvurmadıkça işverenin eski işçileriyle sözleşme yapmak zorunluluğu yoktur.<sup>235</sup>

### **b)Hükümleri**

İşveren, işten çıkmış veya çıkarılmış işçinin yerine çıkma veya çıkarılma tarihinden itibaren altı ay içinde başka işçi alamaz. Bu süre içinde aynı nitelikteki işler için yeniden işçi almak ihtiyacı doğduğunda, bu işler için kanunda belirtilen şekilde çıkan ya da çıkarılan işçilerini yeniden işe almak zorundadır.<sup>236</sup>

İşveren aynı nitelikteki işe işten çıkardığı işçiyi alacak yerde başka bir işçiyi almışsa, bu başka işçiyle yapılan hizmet sözleşmesi geçerlidir.<sup>237</sup>

Yargıtaya göre İş Kanununun 24. maddesi hükmüne aykırı hareket hukuki değil cezai sorumluluğu getirir.<sup>238</sup> Başka bir anlatımla hükme uymayan işverenin tekrar işe almadığı işçilere bir tazminat ya da ücret ödeme borcu bulunmamaktadır.<sup>239</sup> İşveren sadece İş K. m. 98'de belirtilen idari para cezasını ödemek zorundadır.

<sup>234</sup> Centel, İş Hukuku, s.107.

<sup>235</sup> Y.9.H.D., T. 15.2.1990, 1989/10447, K.1990/1505, Y.K.D., 1990, S.10, s.1481.

<sup>236</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.162.

<sup>237</sup> Tunçomağ/Centel, s.84.

<sup>238</sup> Y.9.H.D., 18.12.1980,13019/13778; Y.9.H.D., 26.11.1980, E.1980/13844, K.1980/12214, Günay, **Şerhli İş Kanunu**, I, Ankara, 1998, s.1272-1273, No:43-44.

<sup>239</sup> Güven/Ufuk,s.47.

## 8-Terörle Mücadele Kanunu'na Göre İstihdam Yükümlülüğü

Terörle Mücadele Kanunu ek m1/b. B<sup>240</sup> terör eylemleri nedeniyle ve etkisiyle şehit olan veya çalışamayacak derecede sakat olan kamu görevlileri ile er ve erbaşların varsa eşlerinin, yoksa çocuklarından birisinin, çocukları da yoksa, kardeşlerinden birisinin veya sakat olup da çalışabilir durumda olanların istihdam edilmesi yükümünü öngörmüştür.<sup>241</sup>

Söz konusu yükümlülük elliden fazla işçi çalıştıran işverenler için ve çalıştırdıkları işçilerin %2'si oranında getirilmiş bulunan bir yükümlülüktür.

Bu hükme aykırı hareket eden işveren veya vekilleri hakkında çalıştırmadığı kişi başına her ay için o yıla ilişkin olarak tespit edilen asgari ücretin on katı para cezasına hükmolunur.<sup>242</sup>

## 9-Haksız Ayrım Yasağı

Hizmet sözleşmesinin yapılması sırasında gözönünde bulundurulacak olan eşitlik ilkesi hukuken haklı görülemeyecek her çeşit ayrımı haksız kılar. Özellikle Anayasa'da açıkça belirtilen "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep" (Ay m.10/1) gibi nedenler içinde özellikle cinsiyete ve sendikal düşünceye dayalı ayrımlar, çalışma yaşamı açısından ayrı bir önem taşır. Bunlardan hizmet sözleşmesinin kurulması sırasında cinsiyete dayalı ayrımı yasaklayıcı açık bir düzenlemeye, Türk iş mevzuatı içinde rastlanmaz.

Oysa, sözgelimi Alman hukukunda Alman M.K'na 1980 yılındaki değişiklikle eklenen m.611 a; işverenin özellikle hizmet ilişkisinin kurulması

<sup>240</sup> R.G.,16 Kasım 1995, s.2465.

<sup>241</sup> Tunçomağ/Centel, s.80

<sup>242</sup> Centel, İş Hukuku, s.107

sırasında cinsiyet ayrımı gözeterek, kadın ile erkek işçilere eşit olmayan işlem yapılmasını yasaklar.<sup>243</sup>

Bu anlamda, görülmesi cinsiyete bağlı bulunmayan işler için yapılacak duyurularda cinsiyete dayalı ayrımcılığı öngörecek anlatımlara ve ifadelere yer verilmemelidir.

Sendikal ayırım yasağı ise, Türk iş mevzuatında açıkça düzenlenmiştir. Sendikalar Kanunu, Medeni Kanunun dürüstlük kurallarının uygulanabileceği bir durumu ayrıca düzenlemeyi uygun görmüş ve işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veyahut belli bir sendikadaki üyeliği devam ettirme veya üyelikten çekilme koşullarına bağlı tutulamayacağını açıkça hükme bağlamış bulunmaktadır.<sup>244</sup>

### **C-Hizmet Akdinin İçeriğini Belirleme Serbestisinin Sınırlanması**

#### **1-Borçlar Hukuku Sözleşmelerine İlişkin Genel Sınırlamalar**

İçerik yönünden hizmet akdi özgürlüğü, iki temel sınırlamaya tabidir; hizmet sözleşmesini düzenleyen hukuk kuralları ve ahlak kuralları. Hukuk kuralları, burada başta iş mevzuatının emredici hükümleri olmak üzere toplu iş sözleşmesi hükümleri, işyeri uygulamaları, genel iş şartları gibi normatif bütün düzenlemeleri ifade eder. Taraflar hizmet sözleşmesinin içeriğini belirlerlerken öncelikle kanunun emredici hükümlerine uymak zorundadırlar.

---

<sup>243</sup> M.Löwisch, (Çev.Centel T.), "Anayasa Işığında Alman İş Hukuku Düzeni", .İ.H.D. I, 1(Ocak-Mart 1991), s.75-76.

<sup>244</sup> Çelik, s.95.



İş Hukukunda çoğu emredici kural işçi yararına koruma getiren sosyal kamu düzeni kuralı ölçeğindedir. Bu kurallara uyularak işçi çıkarına düzenlemeler getirilebilir.

Bu kuralların nitelikleri itibariyle emredici tarzda olmaları söz konusu kurallara aykırılığın kesin olarak yasaklanması ve yaptırıma bağlanması sonuçlarını doğurmaktadır. Örneğin toplu iş sözleşmesinin yenilenmesi ve bozulmasıyla ilgili yasadaki düzenleme doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmesi bakımından buyurucu niteliktedir. Bu nedenle yanların anlaşmasıyla sözleşmenin süresinden önce bozulabileceği düşüncesi benimsenemez.<sup>245</sup>

Zira emredici kurallar taraflar açısından gerek sözleşmenin tabi olduğu kurallar çerçevesinde gerekse bu sözleşmelerin içeriği anlamında aşılabilir bir sınır getirmektedir. Bu niteliğiyle bu kurallar taraflar uyma ve aykırı hareket etmeme yükümlülüğü getirmektedir.

Şu halde, hizmet sözleşmesinin içeriği belirlenirken, kamu düzenine ilişkin mutlak emredici kurallar kesin bir sınırlama getirirken, sosyal kamu düzeni kuralları sadece işçi zararına aşılabilir bir sınırlama getirmektedir.<sup>246</sup>

### a) İmkansızlık

İşçi ile işveren, hizmet sözleşmesinin içeriğini belirlemede esas olarak serbest bulunmakla birlikte, gerçekleşmesi nesnel olarak imkansız olan konular üzerinde anlaşma yapamaz.<sup>247</sup>

<sup>245</sup> Y.9.H.D., T.23.2.1981, E.1981/181-1428, K.1981/3, Y.K.D. 1981, S.9, s.1145.

<sup>246</sup> Mollamahmutoğlu, s.101.

<sup>247</sup> Akyiğit E., *Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği*, İstanbul 1990, s.32.

Akit yapıldığı sırada akdin konusunu teşkil eden edimlerden biri objektif olarak imkansız ise, akit muteber değildir. Örneğin bir işverenin bir işçi ile o işçinin ayda çalışması için yaptığı sözleşme bu niteliktedir. Bununla birlikte akdin muteberliğine etki yapan imkansızlık, akdin yapıldığı anda mevcut olan imkansızlıktır. Bu imkansızlığın farkına sonradan varılması sonucu değiştirmez. Örneğin okuma yazma bilmeyen bir işçinin bilgisayar gerektiren bir işi yapabileceğini sanarak bir sözleşme yapması ancak sonradan bilgisayar kullanmasının imkansız olduğunu anlaması durumunda aynı sonuç geçerlidir. Sözleşmenin konusu imkansız olmakla beraber, tarafların ifa zamanında mümkün hale geleceği düşüncesi ile yaptıkları akit muteberdir. Fakat akit yapılırken böyle bir husus söz konusu değilse, akit yapılırken imkansız olan edimin sonradan şartların değişmesi ile mümkün hale gelmesi akde muteberlik sağlamaz.<sup>248</sup> Akit yapılırken mevcut imkansızlığın akdin muteberliğine tesir edebilmesi için bunun objektif bir imkansızlık olması gerekir. Yani akdin konusu herkes için imkansız olmalıdır. Buna mukabil edimin objektif olarak imkansız olduğunu bilmesine rağmen karşı tarafa bunu söylemeyip akit yapan kimse, bu davranışı yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulabilir (Culpa in contrahendo).<sup>249</sup> Örneğin sağır bir işçinin sağır olduğunu söylemeyerek telefonlara bakmak üzere işe girmesi halinde işçi edimin objektif olduğunu bilmektedir ve bu durumda karşı tarafın zararını tazminle yükümlü kılınır. Ancak akit hükümsüzdür.

## **b)Hukuka Aykırılık**

Hizmet akdinin hukuka aykırılığı, genelde iş mevzuatının emredici hükümlerine aykırılık biçiminde görülür.<sup>250</sup> Çalışma koşullarına ilişkin koruyucu hükümler, tarafların hizmet sözleşmesinin içeriğini belirleme serbestisini sınırlayan kurallardır. Ancak diğer alanlardaki emredici hukuk kurallarından farklı olarak iş

<sup>248</sup> Öz M. T. , İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.165.

<sup>249</sup> Eren, s.403.

<sup>250</sup> Y.H.G.K., T.13.2.1989, E.1988/6-537, K.1989/48, Y.K.D. 1989, S.7, s.1010.

hukukuna ilişkin kurallar, bir bölümü itibariyle mutlak buyurucu ve diğer bölümü itibariyle de, nisbi buyurucu nitelikte olan kurallardır.

Bu anlamda, mutlak buyurucu nitelikteki mevzuat hükümleri, hizmet sözleşmesinin içeriğini belirlemede yanları sınırlarken, işçi lehine olarak aksi kararlaştırılabilen nispi buyurucu nitelikteki hükümler, yanlara (özellikle işçiye) tanınmış asgari güvencenin, hizmet sözleşmesinin içeriğini belirleme yoluyla genişletilmesini ve giderek hizmet sözleşmesi serbestisinin geniş bir alana yayılmasını içerir.<sup>251</sup>

Sözgelimi, yıllık ücretli izin hakkını ortadan kaldıran bir hükme hizmet sözleşmesinde yer verilemez. Çünkü İş Kanunu “yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez” (m.49/son ) hükmü ile mutlak emredici bir hüküm koymaktadır. Buna karşılık taraflar, kanunda öngörülen yıllık izin sürelerini artıran bir hükme, sözleşmede yer verebilirler. Çünkü izin sürelerini belirleyen kanun hükümleri sosyal kamu düzenine ilişkindir. Kanun, açıkça izin sürelerinin artırılabilirliğini ifade etmektedir. İzin sürelerinin artırılması, daha fazla dinlenme imkanı vereceğinden işçinin çıkarınadır.<sup>252</sup>

### c) Ahlak Aykırılık

Hizmet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, yalnız hukuka değil, genel ahlak görüşlerine de uygun olması gerekir. Ancak genel ahlak görüşlerine aykırı bulunmasına rağmen yasaklanmamış faaliyetlere ilişkin hizmet sözleşmesinin, hukuken geçerli sayılması durumunda; artık yapılan faaliyetin ahlaka aykırı oluşu, iş hukuku bakımından bir önem taşımaz.

<sup>251</sup> Centel, İş Hukuku, s.108.

<sup>252</sup> Mollamahmutoğlu, s.101.

Bir kadının üçüncü kişilerle cinsel ilişkide bulunması için işe alınması ahlaka aykırılık taşıyan bir durum gibi gözükse de burada önemli olan nokta söz konusu kadının bir genel kadın olup olmadığıdır.<sup>253</sup>

Eğer bir genel kadın söz konusu ise, artık yapılan işin yasaya ve ahlaka aykırı sayıldığı söylenemez. Nitekim Sosyal Sigortalar Kanunu ek m.13/1'den çıkan sonuç izin ve denetim altında tutmakla birlikte genelev açmaya ve işletmeye olanak tanıyan ve de genel kadınları sosyal sigorta kapsamına alan bir hukuk düzeni içinde, "fuhuş" işini yasaya ve ahlaka aykırı saymanın olanaksız olduğudur.

Ahlaka aykırı gibi gözüken bu durum yasanın izin vermesiyle birlikte ahlaka aykırı olmaktan çıkmıştır. Çünkü, hukuka uygunluk koşulunun gerçekleştiği durumlarda, artık ahlaka aykırı görülmeden sözedilemez.<sup>254</sup> Çalıştıranları ile aralarındaki sözleşmenin niteliği ve geçerliliği oldukça tartışmalı olan ve toplum dışına itilmiş bu insanları sosyal güvenliğe kavuşturmak insancıl düşüncelere dayanır.<sup>255</sup>

Buna karşılık, genel kadın sayılmayan bir kadının geneleve alınması hem hukuka hem de ahlaka aykırılık oluşturur. Çünkü genel kadın olarak çalışabilmek için, zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonunca tescil edilmek gerekir. Bu tescil çalışma izni anlamına gelir.

Genelev sahiplerinin yani bu anlamda işverenlerin, tescil edilmemiş kadınları evlerine kabul etmeleri ilgili tüzük gereğince (m.20, 22, 62) yasaktır. Böyle bir tescil olmaksızın (sözelimi randevuevinde) faaliyette bulunma ise; içinde bulunulan

<sup>253</sup> Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü m.15 " başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar"ı " genel kadın" olarak adlandırır.

<sup>254</sup> Tunçomağ K., *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, İstanbul 1990, s.102.

<sup>255</sup> Tuncay A.C., *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 9. Bası, Beta Basımevi, s.173

toplumun kurallarına uymayan bir cinsel ilişki olup, hukuka ve giderek ahlaka aykırılık oluşturur.<sup>256</sup> Dolayısıyla böylesi bir hukuki işlem ve sözleşme yapılması yasak hale gelecektir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere yalnız ahlaka aykırı olmakla kalmayıp aynı zamanda hukuka da aykırılık teşkil edecektir. Bu çerçevede söz konusu sözleşmeler hukuk düzenimiz tarafından kesin olarak yasaklanmıştır.

## 2-Ortak Düzene İlişkin Genel Sınırlamalar

### a)Tip Hizmet Akdi

İşyeri uygulamaları ve genel iş şartları da hizmet sözleşmesinin içeriğini belirleme özgürlüğünü kısıtlarlar.<sup>257</sup> İş hukukunda genel iş şartları, genel işlem şartlarına benzeyen şartlardır.

Genel iş koşulları, hizmet sözleşmelerinin içeriğini belirlemek üzere, önceden işverenin tek başına veya diğer işverenlerle birlikte hazırladığı ya da işveren sendikasının oluşturduğu, çok sayıdaki kişiyi ilgilendiren ortak kurallardır.<sup>258</sup> Bunların benimsenmesiyle oluşan aynı içerikli hizmet sözleşmesi de, uygulamada “tip hizmet akdi” adını alır.<sup>259</sup>

Genellikle işe alınma sırasında formüle edilmiş örneklerin kullanılması veya önceden hazırlanmış olup işyerinde asılı bulunan kuralların işçi tarafından kabul edilmesiyle oluşan tip hizmet sözleşmeleri ise; yanlara hizmet sözleşmesinin içeriğini serbestçe belirleme konusunda tanınan olanağı, büyük ölçüde ortadan kaldırır.<sup>260</sup> Hizmet sözleşmesinin içeriğini oluşturan şartlar işveren tarafından belirlenmekte,

<sup>256</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.109.

<sup>257</sup> Mollamahmutoğlu, s.102.

<sup>258</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.110.

<sup>259</sup> Soyer M.P., *Genel İş Koşulları*, İstanbul 1987, s.28.

<sup>260</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.110.

işçinin bu şartlar üzerinde hiçbir etkisi bulunmamakta, kendisine sunulan şartlarla sözleşmeyi yapma mecburiyetinde bırakılmaktadır.<sup>261</sup>

Ancak, sözleşmenin kurulmasından önce genel iş şartlarının herhangi bir hukuki değeri yoktur. Sözleşme ile birlikte, onun içeriğini oluşturan bağlayıcı nitelikte bir hukuk normu haline gelir.<sup>262</sup> Bu nedenle de hiyerarşik bakımdan, hizmet sözleşmelerinin üstünde normlar olarak nitelendirilemezler.<sup>263</sup>

Bunun gibi, işyerindeki iş koşullarına ilişkin belirli bir geleneği içerip, zaman içerisinde tekrarlanma yoluyla belirginleşen olağan davranışları anlatan işyeri uygulaması da; işçi ile işverenin söz konusu belirleme serbestilerini önemli ölçüde sınırlar.<sup>264</sup>

#### **b)Toplu İş Sözleşmesinin Düzenleyici Hükümleri**

Toplu iş sözleşmesi hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir.<sup>265</sup> Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir.<sup>266</sup>

<sup>261</sup>Oğuz C., **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), A.Ü.Sos.Bil.Enst., Ankara 1993, s.13-14.

<sup>262</sup>Mollamahmutoğlu, s.102.

<sup>263</sup>Soyer, s.91.

<sup>264</sup>Soyer, s.41-42.

<sup>265</sup>Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s.168.

<sup>266</sup>Çifter A., **Toplu Pazarlığın Yapısı ve Sorunları**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sos. Bil. Enst., Bursa 1987,s.10.

Görüldüğü gibi, toplu iş sözleşmeleri doğrudan doğruya hizmet sözleşmeleriyle ilgilidir. İş sözleşmesinin yapılması ve sona ermesine ilişkin hususlar yanında bu sözleşmenin muhtevası da toplu iş sözleşmesiyle düzenlenebilecektir.

Hizmet sözleşmelerini ortak (toplu) bir düzene ulaştırmak üzere yapılan toplu iş sözleşmeleri, hizmet akdinin içeriğini belirleme konusunda yanlara (işçi ile işverene) tanınan serbestiyi sınırlar.

#### **aa)Toplu İş Sözleşmesinin Hizmet Akdi ile Olan İlişkileri**

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.6/1'e göre "Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini, toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır". O halde, bunlar Anayasanın toplu sözleşme taraflarına tanıdığı yasa koyucu gibi emredici hukuk kuralları koyabilme özerkliğine uygun olarak yapılan toplu iş sözleşmesinin normatif kısmının hizmet akitlerini, kanun gibi doğrudan doğruya ve emredici (zorlayıcı) olarak etkileyeceğini ortaya koymaktadır.<sup>267</sup>

Yargıtay da, toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümlerin objektif hukuk kuralları ve maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde olduklarını kabul etmiş bulunmaktadır.<sup>268</sup>

<sup>267</sup> Çelik, s.446.

<sup>268</sup> Y.H.G.K., 21.2.1975, E.9-1040, K.227, İ.K.İ.D., Temmuz 1975, s.3634-3635; Y.9.H.D., 20.4.1987, E.1987/3816, K.1987/3991, Kamu-İş, Temmuz 1987, s.55-56.

### **bb)Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Hizmet Akdine Doğrudan Doğruya ve Emredici Etkisi**

Tarafların anlaşmasına gerek olmadan, hizmet akdi toplu iş sözleşmesinden doğrudan doğruya etkilenir.<sup>269</sup> Her ne kadar toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri emredici nitelikte de olsa kanun toplu iş sözleşmesinde aksinin belirtilebileceğini de kabul etmiş bulunmaktadır.

Kanun normatif hükümlere aykırılık halinde hizmet akdinin tamamının batıl olmayacağını yalnızca toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerin yerini toplu iş sözleşmesi hükümlerinin alacağını belirtmiştir. İşçiyi işinden etmemek gibi sosyal düşüncelerle ve sendika üyesi olan işçilerle işverenin toplu iş sözleşmeleri ile bağlanmaları sonucu, akdın tümünün batıl olması kabul edilmemektedir.<sup>270</sup>

Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin belli bazı sonuçları vardır. Bu sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

a)Toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi çerçevesinde sözleşmenin yapılması sırasında var olan hizmet akitlerinin sonradan sözleşmeye aykırı olarak değiştirilmesi artık mümkün olmaz.

b)Yine bu emredici etkinin bir sonucu olarak sözleşmeye aykırı olan yeni hizmet akitlerinin yapılması mümkün değildir.

c)Ayrıca sözleşmenin yapılması sırasında var olan akitlerin sözleşmeye aykırı hükümlerinin bulunması durumunda da bu hükümlerin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alacaktır..

<sup>269</sup> Y.9.H.D., T.20.4.1987, E.1987/3816, K.1987/3991, Y.K.D. ,1987, S.11, s.1660.

<sup>270</sup> Reisoğlu S., 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.98.



d)Ayrıca, bu etki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin emredici etkisini bertaraf etmek için hizmet akitlerine sözleşmeye karşı hile teşkil eden şartların konulması durumlarının doğumunu önlemekte ya da bunların geçersiz sayılmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>271</sup>

### cc)Hizmet Akdinin İşçi Yararına Olan Hükümlerinin Geçerliliği

Hizmet akdinde toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması durumunda hizmet akdinde yer alan işçi yararına olan hükümler geçerlidir. Yargıtaya göre de hizmet akdi ve toplu iş sözleşmesi arasında bir çelişkinin doğması halinde bunların ikisi birden uygulanamayacağından sadece işçi yararına olanın uygulanması, diğerinin uygulanmaması veya aradaki farka hükmedilmesi gerekir.<sup>272</sup>

Bu ilke sayesinde hizmet akdiyle yapılacak düzenlemeler bir ölçüde açık tutulmuş olmaktadır. Toplu iş sözleşmesinde yer alan hizmet akdine ilişkin hükümler de aynen sosyal muhtevası ağır basan mevzuat hükümleri gibi bir asgarilik öngörürler.<sup>273</sup> Bunların üstüne çıkma olanağı ise daima vardır ve akit serbestisi bakımından kural olarak bir üst sınır yoktur.<sup>274</sup>

İlkenin esası, hizmet akitleri ile işçiye sözleşme dışı hak ve menfaatlerin sağlanabilmesi düşüncesine dayanır.<sup>275</sup>

Bu ilkeyle işçinin korunması amaçlanmaktadır. Çünkü bazen hizmet akitleriyle işçiler toplu iş sözleşmesinin çok üzerinde yararlar elde edebilmektedirler. Esasen, ilkenin konulmasında ve uygulanmasında söz konusu yararların başında

<sup>271</sup> Çelik, s.440.

<sup>272</sup> Y.9.H.D., 27.12.1984, E.1984/11868, K.1984/12106, Yasa D. , Mayıs 85, s.769.

<sup>273</sup> Narmanlıoğlu, İş Hukuku , s.169.

<sup>274</sup> Soyer M.P., Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991, s.1.

<sup>275</sup> Engin M., Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul 1999, s.929.

gelen ücreti, genel iktisat ve piyasa koşullarının oluşturduğu bir düzeyin üstüne çıkarmak da olanaksızdır.<sup>276</sup>

Söz konusu ilkenin uygulanmasında hizmet akdinin ne zaman yapıldığının önemi yoktur. Şu halde, sözleşmenin var olmadığı zamanda veya eski sözleşmenin yürürlüğü sırasında yapılan hizmet akdindeki işçi yararına hükümle, yeni sözleşmeden sonra yapılan bir hizmet akdindeki işçi yararına hüküm hukuken aynı hükümde ve niteliktedir.<sup>277</sup>

#### **dd) İşçilere Toplu İş Sözleşmesinin Üstünde Haklar Sağlanması**

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.6 işverene toplu iş sözleşmesinin üstünde çalışma koşulları sağlama borcu yüklememekte sadece taraflara böyle bir olanak tanımaktadır. Bunun kullanılması hizmet akdi taraflarına bırakılmaktadır.<sup>278</sup> Ayrıca, işveren tek taraflı olarak işçilere toplu iş sözleşmesinin üstünde menfaat sağlayabilecektir.

Toplu iş sözleşmesi ile asgari çalışma koşulları düzenlenmiş olduğundan, hizmet akdinin tarafları için toplu iş sözleşmesinin üstündeki alanda tam bir akit serbestisi söz konusu olmaktadır.<sup>279</sup>

Toplu iş sözleşmesinin üstünde sağlanacak olan haklar bütün çalışma koşullarını kapsayabilecek de olsa en sık uygulama ücret konusunda karşımıza çıkmaktadır. Toplu iş sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmede saptanan ücretlerin üstünde, çalışma ve liyakata göre farklılık gösteren bir ücret sistemi

<sup>276</sup> Tolga M.V., *İş Hukuku*, 3.Bası, İstanbul 1958, s.146.

<sup>277</sup> Çelik N., *Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi*, İstanbul 1966, s.66.

<sup>278</sup> Çelik N., *Toplu İş Sözleşmesi*, s.72.

<sup>279</sup> Çelik, *İş Hukuku*, s.450.

uygulanabilir.<sup>280</sup> Hemen belirtelim ki, işveren akit serbestisine dayanarak toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olmayan ve dayanışma aidatı da ödemeyen sözleşmenin kapsamı içindeki işçilere sözleşmedeki parasal hakları sağlayamaz.<sup>281</sup>

### ee)Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.6'ya göre “ Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.” Yargıtayımız da bu konuda söz konusu kanun hükmünü yansıtan çok çeşitli kararlar vermiştir.<sup>282</sup>

Bu düzenleme ile sağlanan açıklık nedeniyle, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle normatif hükümlerinin emredici etkisinin son bulacağı ve bunun sonucu olarak da sadece sözleşmenin sona ermesi sırasında var olan hizmet akitlerini etkileyeceği, sonradan yapılanları ise etkilemeyeceği kabul olunmalıdır.<sup>283</sup>

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra taraflar hizmet akdinden kaynaklanan çalışma koşullarında her türlü değişikliği yapabilirler. Kanundaki, eski sözleşme hükümlerinin sözleşmenin bitiminden sonra hizmet akdi hükmü olarak devam edeceğine ilişkin düzenleme bu sonuca varmayı gerekli kılmaktadır.<sup>284</sup> Şu halde, hizmet akdi tarafları aralarında anlaşmak suretiyle hizmet akdi niteliğini kazanan eski sözleşme hükümlerini işçinin lehine veya aleyhine değiştirebilecek veya kaldıracabileceklerdir.<sup>285</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır.<sup>286</sup>

<sup>280</sup> Y.9.H.D., 5.5.1975, E. 75/1668, K. 75/28329, İ.H.U. , 1975, T.İ.S.G.L.K., 1, No:4.

<sup>281</sup> Çelik, *İş Hukuku*, s.451.

<sup>282</sup> Y.9.H.D., T.1.2.2000, E.1999/9079, K.2000/775, Y.K.D. , 2000, S.8, s.1211.

<sup>283</sup> Oğuzman M.K., *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, C.1, 4.Bası, İstanbul 1987, s.86.

<sup>284</sup> Çelik, *İş Hukuku*, s.453.

<sup>285</sup> Tuğ A., *Toplu İş Sözleşmesi*, Orman-İş Yayını, Ankara 1996, s.152.

<sup>286</sup> Y.9.H.D., T.20.5.1975, E.1975/11255, K.1975/31206, Y.K.D. , 1976, S.6, s.837; Y.9.H.D., 20.12.1984, E.984/11778, K.11829, İ.H.U. , T.İ.S.G.L.K., 6, (No:4).

Eğer toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan bazı haklar sözleşmeyle belirli bir süre veya tarihe bağlı kılınmamışsa o takdirde bunlar sözleşmenin bitiminden sonra yasal kural uyarınca hizmet akdi hükmü olarak uygulanmaya devam edecektir.<sup>287</sup> Ancak uygulanması belirli bir süre ya da tarih ile sınırlandırılmış hakların bu sınırlamayı aşacak şekilde sonraya etkili olması mümkün değildir.<sup>288</sup> Örneğin belirli bir yıla, belirli bir zamana hasredilen o dönemde uygulanan yılbaşı ikramiyesi bayram ikramiyesi ve benzeri ikramiyelere ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sözleşmenin bitiminden sonra hizmet akdi hükmü olarak sonraya etkili olacağı sonucuna varılamaz. Zira bu tür belirli dönemlere özgülenmiş hükümler süreklilik arz etmezler. Kararlaştırıldıkları dönemde uygulanmalarıyla son bulurlar. Bu şekildeki uygulanması belirli bir zamanla sınırlanan, ödenmesi belirli bir döneme özgülenen haklara ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin bu sınırlamayı aşacak şekilde toplu iş sözleşmesinin bitiminden sonrada hizmet akdi hükmü olarak uygulanacağı sonucuna varmak yerinde olmayacaktır. Aksi halde belirli bir sınırlamaya tabi tutulmuş bu düzenlemeler toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı şekilde sürekli hale getirilmiş olacaktır ki bu da taraf iradelerine ve kanun hükmünde olan toplu iş sözleşmesi düzenlemelerine aykırılık teşkil edecektir.

## **D-Şekil Serbestisi ve Sınırları**

### **1-Hizmet Akdinde Şekil Serbestisi**

Hukuki işlemlerin esasını teşkil eden irade beyanı değişik biçimlerde ve çeşitli araçlarla açıklanabilir.<sup>289</sup> İrade beyanının açıklanmasına yarayan araca şekil denir.<sup>290</sup> Başka bir deyişle şekil, kanun hükmü ile belirlenen veya taraflarca kararlaştırılan iradenin açıklanma aracıdır.<sup>291</sup> Şekil hukuken irade beyanının

<sup>287</sup> Çelik, *İş Hukuku*, s.454.

<sup>288</sup> Y.9.H.D., T.22.5.1984, E.1984/5085, K.1984/5676, Y.K.D. 1984, S.12, s.1808.

<sup>289</sup> Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.84.

<sup>290</sup> Reisoğlu, *Hizmet Akdi ...*, s.60.

<sup>291</sup> Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.84.

içeriğine karşılık olarak beyanın açığa vurulmasında kullanılan vasıtalar veya kalıplara denir.<sup>292</sup>Sözleşmelerin yapılmasında belli bir şekle uymak, sözleşmenin kapsamını tayin ve tarafları düşünmeye sevk etme ve ispat açısından kolaylık sağlamaktadır. Buna karşılık şeklin hukuki işlemi güçleştirdiği, zaman kaybına yol açtığı ve şekildeki noksanlıkların hukuki işlemin geçersizliği sonucunu doğurabileceği de bir gerçektir.<sup>293</sup>

Modern hukuk sistemleri şekil zorunluluğunu belli hukuki işlemler için kabul etmişler, ancak kural olarak şekil serbestisini benimsemişlerdir. Bu bakımdan, şekil serbestisi, şekilsizliği değil tarafların kendilerine uygun gördükleri vasıtayı seçme serbestisini yani şekil seçimindeki serbestiyi ifade eder. Tarafların seçimi, sözlü ya da yazılı şekillerden birini tercih suretiyle olur ki bu durumda belirlenen şekil iradi şekil adını alır.<sup>294</sup>

Kanun bir sözleşmenin yapılmasını herhangi bir şekle bağlı tutmamışsa ehliyetli, yetkili olan iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları – sözleşmenin muhtevasını sınırlayan hükümlere uymak kaydıyla – sözleşmenin kurulmuş sayılması için yeterlidir.<sup>295</sup>

Kanun bir akdin geçerli olarak meydana gelmesini belirli bir şekle bağlamışsa, o şekle uyulması zorunludur. Aksi halde akit geçerli olmaz. Sadece kanun yoluyla değil, fakat kanunun serbest bıraktığı ve hiçbir şekil şartı koymadığı bir akdin de belirli bir şekle tabi tutulmasını taraflar aralarında kararlaştırabilirler. Bu taktirde akit, kararlaştırılan şekle uygun olarak yapılmazsa, geçerli değildir.<sup>296</sup>

<sup>292</sup> Von Tuhr Andreas, (Çev.Cevat Edege), **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1952, s.241.

<sup>293</sup> Güven/Aydın, s.42.

<sup>294</sup> Tuğ A., **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2.Baskı, Konya 1994, s.82.

<sup>295</sup> Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s.151.

<sup>296</sup> Ekonomi, **Ferdi İş ...**, s.84.

Türk hukukunda akitler için şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir.<sup>297</sup> Borçlar Kanununun 11. maddesi “akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir” demektedir. Ayrıca Borçlar Kanununun 314. maddesi “hilafına bir hüküm bulunmadıkça, hizmet akdi, hususi bir şekle tabi değildir” hükmünü öngörmüştür.

Görülüyor ki Borçlar Kanunu, ilke olarak şekil serbestliğini öngörmüştür.

Borçlar Kanununun bu hükmü şeklin sıhhat şartını ifade eder; yani bir akid kanunen şekle tabi iken, taraflar bu akdi şekle uymayarak meydana getirmişlerse işbu akid hükümsüzdür, mutlak butlan ile batıldır.<sup>298</sup>

Buna mukabil Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre şekil bir isbat şartıdır; yani akid ancak uyumsuzluk halinde ve hakim huzurunda kanunun tayin ettiği şekilde isbat edilebilir; böyle bir vasıta önceden temin edilmemişse davayı ispat mümkün değildir. Fakat yapılan akid geçerli ve ifa edilebilir bir mahiyet taşır.<sup>299</sup>

Medeni usul hukukunda senet bir (kesin) delil, yani ispat vasıtasıdır (şeklidir). Bunu, bir hukuki işlemin geçerlik (muteberlik, yani sıhhat) şartı olan yazılı şekil (BK m.11 v.d.) ile karıştırmamak gerekir. Bir hukuki işlemin, özellikle sözleşmelerin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması şart değildir.<sup>300</sup>

---

<sup>297</sup> Ekonomi, *Ferdi İş* ..., s.85.

<sup>298</sup> Saymen, *Türk İş* ..., s.471.

<sup>299</sup> Saymen, *Türk İş* ..., s.472.

<sup>300</sup> Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., *Medeni Usul Hukuku*, Genişletilmiş 9.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.357.

Birinci halde şekil bir sıhhat şartı; ikinci halde ise bir isbat şartıdır.<sup>301</sup>

Hizmet akdi kurulması bakımından olduğu gibi şekli bakımından da kural olarak genel hükümlere bağlı bulunduğundan, Borçlar Kanunu'ndaki şekle ilişkin esasların İş Hukukunda da gözönüne alınması gerekir.

İş Hukuku açısından da şekil serbestisinin geçerli olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle belli hizmet akitlerinin dışında, herhangi bir şekle uyma zorunluluğu yoktur.

Hizmet akdi rızai akitlerdendir (contractus consensualis). Kural olarak hiçbir özel şekil gerekmez, salt karşılıklı irade beyanlarıyla kurulur. Nitekim, Borçlar Kanunumuz da, aksini öngören hüküm bulunmadıkça, hizmet akdinin özel bir şekle bağlı olmadığını vurgulamaktadır (B.K.m.314/1). Şu halde hizmet akdinde aslolan şekil serbestisidir. Bu serbesti, genel bir kuralın; B.K. m.11'de sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir kuralının hizmet akdi için tekrar edilmesinden ibarettir.<sup>302</sup> Taraflar sözleşmeyi istedikleri şekilde yazılı veya sözlü ve hatta hiçbir şekil ortaya koymadan örtülü olarak da yapabilirler.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> Saymen F.H./Elbir H.K., *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul 1966, s.141.

<sup>302</sup> Mollamahmutolu, s.83.

<sup>303</sup> Narmanhoğlu, *İş Hukuku*, s.151.

Yukarıda da belirttiğimiz hükümlerden de çıkarılacağı üzere Borçlar Kanunu hizmet akitleri için hiçbir özel şekil öngörmemiştir. Gerçi, hizmet akdinin düzenlendiği 10. bap içinde yer alan umumi mukavele ile çıraklık sözleşmesinin geçerliği yazılı şekil şartına tabi tutulmuşsa da bu sözleşmeler hukuki mahiyetleri bakımından hizmet akdinden farklıdır.<sup>304</sup> Hangi tür hizmet akitlerinin yazılı yapılmasının zorunlu olduğu hangilerinin yazılı yapılmasının zorunlu olmadığına ilişkin düzenlemeler iş mevzuatında yer almaktadır.

Bu çerçevede yazılı yapılması mevzuatımızca zorunlu kılınmış sözleşmeler dışında bir şekil zorunluluğu İş Hukuku açısından söz konusu değildir.

## **2-Hizmet Akdinde Yazılı Biçim Zorunluluğu**

İş Hukukunda ilkenin şekil serbestisi olmasına rağmen, İş Kanunları bazı hizmet akitlerinin yazılı yapılmasını öngörmektedir.<sup>305</sup>

### **a)İş Kanununa Bağlı Hizmet Akitleri**

#### **aa)Belirli Süresi Bir Yıl veya Daha Uzun Süreli Hizmet Akitleri**

İş Kanunu'nun 9/I. maddesine göre, belirli süresi bir yıl veya daha uzun süreli hizmet akitlerinin yazılı olarak yapılması zorunludur.<sup>306</sup>

<sup>304</sup> Uşan F., Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994, s.53.

<sup>305</sup> Güven/Aydın, s.42.

<sup>306</sup> Işıklı, s.47.



Şu halde İş K.'na tabi hizmet akitlerinden sadece belirli süreli olup da süresi bir yıl veya daha fazla olanların kanunun aradığı gibi yazılı şekilde yapılması şarttır.<sup>307</sup>

Uygulamada sadece belirli bazı üst düzey yöneticilerle ve vasıflı işçilerle süresi bir yıl veya daha uzun olarak sürekli hizmet akitleri yapılmaktadır. Bunların büyük bölümü de uzatılarak sürdürüldüğünden bazı hallerde süresi belirsiz hizmet akitlerine dönüşmüş olmaktadır.<sup>308</sup>

### **bb) Takım Sözleşmesi**

İş Kanunu'nda yazılı yapılması emredilen bir başka sözleşme de takım sözleşmesidir.<sup>309</sup> İş Kanunu m.10/11'e göre, " takım sözleşmesinin, süresi ne olursa olsun yazılı yapılması gerekir ".<sup>310</sup> Bunu işveren ile takım kılavuzu imzalayacaktır, zira bu akid iki tarafa borç yükleyen akidlerdendir.<sup>311</sup>

### **b) İş Kanunu'na Bağlı Olmayan Hizmet Akitleri**

1475 sayılı İş Kanunu'nda yazılı şekle sınırlı bir şekilde yer verilirken, Deniz ve Basın İş Kanunlarında yazılı şekil bu kanunların kapsamlarına giren tüm hizmet sözleşmeleri için öngörülmüştür.

<sup>307</sup> Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.85.

<sup>308</sup> Çelik, *İş Hukuku ...*, s.97-98.

<sup>309</sup> Mollamahmutoğlu, s.83.

<sup>310</sup> Tunçomağ/Centel, s.72.

<sup>311</sup> Saymen, *Türk İş ...*, s.472.

### aa)Deniz İş Kanunu'nda

Den. İş K. m.5'e göre hizmet sözleşmesi işveren veya işveren vekili ile gemi adamı arasında yazılı ve iki nüsha olarak yapılması gerekir.<sup>312</sup> Görülüyor ki, Deniz İş Kanunu herhangi bir ayırım yapmadan bütün hizmet akitlerinin yazılı şekilde yapılmasını öngörmüş bulunmaktadır.<sup>313</sup> Burada yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Yoksa sadece ispat şartı değildir.<sup>314</sup>

Yazılı akitte bulunacak hususlar şunlardır: İşverenin adı ve soyadı ile ikametgah adresi, gemi adamının adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, sicil numarası, grostonilatosu ve kaydedildiği sicil dairesi, akdin yapıldığı yer ve tarih; gemi adamının göreceği iş; gemi adamının hizmete başlayacağı tarih ve yer; hizmet akdinin belli bir süre için yapılmış olup olmadığı, belli süre için yapılmışsa süresi veya sefer üzerine ise hangi sefer olduğu; kararlaştırılan ücret esası ile miktarı; ücretin ödenme zamanı ve yeri; avans şartları; diğer iş şartları, tirimci ve ateşçilerde 15 sayılı Sözleşme'nin özeti (m.6).<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> Tekil, s.134.

<sup>313</sup> Çelik, *İş Hukuku* ..., s.98-99.

<sup>314</sup> Tekil, s.134.

<sup>315</sup> Çelik, *İş Hukuku* ..., s.99.

### **bb)Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun**

Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da da gazeteci ile işveren arasında hizmet sözleşmesinin yazılı yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmekte, sözleşmede bulunması gereken hususlar sayıldıktan başka işin türünün ve ücretinin değişmesi halinde bunun sözleşmeye aktarılmasının da zorunlu olduğu belirtilmektedir (m.4)<sup>316</sup>

Basın iş sözleşmesinde işin nevi, ücret miktarı, ve gazetecinin kıdeminin gösterilmesi şarttır.

### **cc)Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda**

Hizmet akdinin yazılı yapılmasını emreden bir başka kanun, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunudur. Bu kanuna göre, öğretim kurumlarında çalışan müdür, diğer yönetici ve öğretmenler ile kurumların kurucuları veya kurucular temsilcisi arasında hizmet sözleşmesi en az bir yıl süreli olmak kaydıyla yazılı yapılır.

Kanunda açıkça belirtilmemesine rağmen geçici özürleri yüzünden okuldan ayrılan öğretmenlerin yerine alınacak öğretmenlerle bir yıldan daha az bir süreyle yapılacak hizmet sözleşmelerinin de yazılı yapılması gerekir.

Açıktır ki, anılan düzenlemenin öngördüğü yazılı biçim, hizmet sözleşmesinin süresinin bir yıl veya daha çok oluşuna göre getirilmiş değildir. Nitekim, yazılı yapılacak sözleşmede, Özel Ö.K.K. m.32/I c.3'deki konulara ilişkin koşullar belirtilecek ve 32/III'de gösterilen kısıtlayıcı ve engelleyici hükümlere yer

---

<sup>316</sup> Mollamahmutoğlu, s.83.

verilemeyecektir. Sonra, bir yıldan daha az bir süreyle hizmet sözleşmesi yapılmasına olanak tanıyan ilgili düzenlemenin amacı da, yanları yasanın öngördüğü yazılı biçimden uzak tutmak olmayıp; eğitim hizmetinin, özel okulca kesintisiz olarak sürdürülmesini sağlamaktır.<sup>317</sup>

### **3-Sözleşme Uyarınca Yazılı Yapılması Gereken Hizmet Akitleri**

Hizmet akdinin yanları, yasa uyarınca, yazılı yapılması gerekmeyen bir hizmet akdinin yazılı yapılmasını kararlaştırabilirler. Bunun gibi, yasa uyarınca yazılı yapılması zorunlu olmayan bir hizmet sözleşmesinin yazılı yapılması, toplu iş sözleşmesiyle de öngörülebilir (T.İ.S.G.LK. m2/1).<sup>318</sup>

### **4-Yazılı Yapılması Zorunlu Olmayan Hizmet Akitleri**

#### **a)Süresi Belirsiz veya Süresi Bir Yıldan Az Sürekli Hizmet Akitleri**

Bunların yazılı olarak yapılması zorunluluğu yoktur. Bu durumda, süresi bir yıldan az olan belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri için genel kural olan şekil serbestisinin geçerli olduğu açıktır.

---

<sup>317</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.111.

<sup>318</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.111.

Uygulamada belirsiz süreli hizmet akitleri asıl olup daha çok vasıfsız işçilerle yapılmaktadır. Bir yıldan az süreli hizmet akitleri ise geçici işçi adı altında çalıştırılan işçilerle yapılmaktadır.<sup>319</sup>

Yasal zorunluluk bulunmamakla birlikte, bir yıldan az süreli hizmet akitlerinin ve büyük işyerlerindeki süresi belirsiz hizmet akitlerinin yazılı olarak yapıldığı gözlenmektedir.<sup>320</sup>

### b) Süreksiz Hizmet Akitleri

İş Kanununun 8. maddesine göre niteliği bakımından en çok 30 işgünü süren işlere süreksiz iş denir. Bu hüküm uyarınca, akdin süreksiz veya sürekli olması tarafların iradelerine değil, işin niteliğine göre dir.<sup>321</sup> Nitelik yönündense sürekli bir iş için otuz iş gününden az süreli bir akit yapılması halinde bile bu akit sürekli hizmet akdi sayılacaktır.<sup>322</sup>

Bu anlamda geçmişteki bir Yargıtay kararında da, "...Mahkemenin, davacının çalıştığı işin niteliğine değil de, davacının çalıştığı süreye bakarak süreksiz iş olduğunu kabul etmesi usul ve kanuna aykırıdır" hükmüne yer vermiştir.<sup>323</sup> Yargıtay'ın bir başka kararında da görülen işin devam etmesi gereken sürenin ölçüt olması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>324</sup>

Bu çerçevede yapılmış bulunan ve bu özellikleri taşıdığı için süreksiz iş kategorisine giren hizmet sözleşmelerinin de yazılı şekilde yapılması zorunlu değildir.

<sup>319</sup> Aydınlı İ., Çalışma Hayatında Geçici (Muvakkat) İşçilik ve İş Hukuku Düzenlemeleri Karşısındaki Durumu, TÜHİS, Şubat-Mayıs 1999, s.45.

<sup>320</sup> Çelik, İş Hukuku ..., s.98.

<sup>321</sup> Oğuzman K., Türk Borçlar Kanunu ve ..., s.6.

<sup>322</sup> Çelik, İş Hukuku ..., s.77.

<sup>323</sup> Y.9.H.D., 13.10.1969, 1969-308/9795, Uygur, s.67.

<sup>324</sup> Y.9.H.D., 26.12.1969, 10013/13100, Çenberci, s.200.

## 5-Yazılı Yapılacak Hizmet Akdinin Kapsamı

Sözleşme uyarınca yazılı yapılması aranan hizmet sözleşmesinde bulunması gerekli noktalar, yanların anlaşmasına göre belirlenir. Bunun gibi yasa uyarınca yazılı yapılması zorunlu olan hizmet sözleşmesinin taşıyacağı asgari içerik de, yasa tarafından gösterilir.<sup>325</sup>

İş Hukuku açısından şekil zorunluluğu getiren hizmet akitlerinde İş Kanununda belirtilen unsurların yer alması gerekmektedir.<sup>326</sup>

İş Kanunu yazılı olarak yapılacak sözleşmelerde şu hususların yer almasının gerekli bulunduğunu bildirmektedir: İşverenin ve işçinin (takım sözleşmesinde her işçinin ayrı ayrı) ad ve kimlikleri, yapılacak iş, işverenin adresi, süresi belirli sözleşmelerde sözleşmenin süresi, ücret (takım sözleşmesinde her işçi için ayrı ayrı), ücretin ödeme şekli ve zamanı, eğer varsa tarafların ileri sürdükleri özel şartlar, hizmet akdinin yapıldığı gün ve tarafların imzası.<sup>327</sup>

Yazılı şeklin en önemli unsuru imzadır. İş akdinde her iki taraf da borç altına girdiğine göre her ikisinin de akdi imzalamaları lazımdır.<sup>328</sup>

---

<sup>325</sup> Centel, **İş Hukuku**, s.113.

<sup>326</sup> Güven/Aydın, s.43.

<sup>327</sup> Elbir, s.69-70.

<sup>328</sup> Saymen, **Türk İş ...**, s.474.

Hizmet akdinin yazılı olarak yapılması kanunen zorunlu tutulan hallerde yazılı şekil tarafların imzalarının bulunması halinde yerine getirilmiş sayılır.<sup>329</sup>

Yazılı biçimde yapılması zorunlu olan hizmet sözleşmelerinin resmi bir makamca düzenlenmesi ya da onaylanması şart değildir.<sup>330</sup> Metnin daktilo ile yazılması, notlu olması ya da el yazısı ile yazılmış bulunması bir farklılık yaratmaz; yeter ki tarafların imzaları bulunsun.<sup>331</sup>

Basit yazılı biçimde gerçekleştirilecek hizmet sözleşmeleri, damga vergisi ile her tür resim ve harçtan bağıstır (İş K. m9/1 c.2). Ancak, yazılı yapılacak hizmet sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmesi veya onaylanması konusunda taraflar anlaşmış olabilir. Bu takdirde, gerekli noter ücretinin ödenmesi gerekir (İş K. m9/1c.3).

Diğer taraftan, hizmet akdinin yazılı yapılmaması durumunda, kararlaştırılan iş şartlarının açıkça bilinmesi ve herhangi bir ihtilaf halinde özellikle işçi açısından ispat kolaylığı sağlaması için çalışma belgesi düzenlenebilir. Yazılı sözleşme yapılmayan durumlarda, işveren, işçinin isteği üzerine, kendisine genel ve özel iş şartlarını gösteren ve imzasını taşıyan bir belge vermekle yükümlüdür. İş K. m. 9/3 gereğince bu belgeler damga vergisi ve her çeşit resimden muaftır.

---

<sup>329</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.153.

<sup>330</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.113.

<sup>331</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.153.

## 6-Yazılı Şekil Koşulunun Hukuki Niteliği

### a)Yasal Şekil Koşulunun Hukuki Niteliği

Yasa uyarınca yazılı yapılması gereken hizmet sözleşmeleri için aranan biçim koşulunun hukuki niteliği, Türk Hukukunda tartışmalıdır.<sup>332</sup>

Doktrinde çoğunluk görüşü, kanunun yazılı yapılmasını emrettiği hizmet akitleri için yazılı şeklin bir geçerlik (sıhhat) şartı olduğu yönündedir.<sup>333</sup> Bu görüşün pozitif dayanağı, Borçlar Kanununun yukarıda belirttiğimiz genel kuralıdır.<sup>334</sup> Kanunun emrettiği şeklin kapsamı ve sonuçları için başkaca bir hüküm konulmamışsa, sözleşme bu şekle uyulmadıkça geçerli olmaz (BK m.11/2).<sup>335</sup> Buna göre; kanun, belirli bir şekil öngörüyorsa (kanuni şekil) ona uyulmadıkça sözleşme (veya genel olarak hukuki işlem) geçerlik kazanamayacaktır.<sup>336</sup>

İsbat şartı olarak şekil, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir.<sup>337</sup> Şu halde kanunda açıkça yazılı yapılması emredilen hizmet sözleşmeleri yazılı yapılmaz ise geçersizdir. Bu durumda yazılı şekil şartına aykırılığın hükmü butlan olmaktadır. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesi sürekli ve kişisel bir ilişki kurduğundan butlan teorisi iş hukukunda klasik anlamıyla uygulanamaz.<sup>338</sup> Kaldı ki, yasadaki biçim koşuluna uymayan hizmet sözleşmesi, ileriye dönük (ex nunc) biçimde geçersiz

<sup>332</sup> Centel, s.112.

<sup>333</sup> Saymen, *Türk İş ...*, s.474; Tunçomağ, *İş Hukukunun ...*, s.85; Elbir, s.70; Ekonomi, *Ferdi İş ...*, s.92; Esener, *İş Hukuku*, s.150; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.148; Centel, *İş Hukuku*, s.112; Tuğ, *Türk Özel ...*, s.20; Erman E.S. , *İş Davaları ve Tatbikatı*, Ankara 1956, s.142; Sümer H.H., *İş Hukuku Uygulamaları*, Konya 1993, s.42.

<sup>334</sup> Akyiğit, *Teori ve Uygulama ...*, s.18.

<sup>335</sup> Mollamahmutoğlu, s.84.

<sup>336</sup> Eren, s.332.

<sup>337</sup> Eren, s.335.

<sup>338</sup> Demircioğlu M./Centel T., *İş Hukuku*, İstanbul 1999, 9.Bası, Beta Basımevi, s.46.



sayılır ki; bu sonuç da, işçiyi korumaya yeterli olup doyurucudur.<sup>339</sup> Örneğin işverene göre kanunda öngörülen yazılı şekil mecburiyeti bir ispat vasıtasıdır.

Kanun koyucunun daha ziyade tarafları ve özellikle işçiyi himaye amacıyla yazılı şekil mecburiyetini öngördüğü şüphesizdir.<sup>340</sup>

Azınlık diyebileceğimiz görüşe göre ise, kanunun hizmet akitlerini yazılı şekle tabi kıldığı hallerde, yazılı şekil geçerlilik şartı olarak kabul edilemez.<sup>341</sup> Bu görüş, butlanın, hizmet sözleşmesini geriye dönük olarak (retroaktif) başından itibaren geçersiz kılacağı (ab initio, ex tunc) bunun ise iş hukukunun sosyal gayesiyle bağdaşamayacağı fikrinden hareket ederek yazılı şeklin geçerlik şartı olamayacağı sonucuna varmakta ancak yazılı şeklin nitelenmesinde kendi içinde ikiye ayrılmaktadır.<sup>342</sup>

Bir kısmına göre yazılı şekil, bir isbat şartıdır; sözleşme (bir yıl veya daha fazla süreli) yazılı yapılmaya da geçerlidir. Bununla birlikte, uyumsuzluk halinde, yazılı belge olmadığından, sözleşmenin bir yıl veya daha fazla süreli olduğunu iddia eden taraf bunu kanıtlamayacaktır. Bu durumda sözleşmenin belirsiz süreli yapıldığı kabul edilecektir (Tahvil).<sup>343</sup>

Buna karşılık bir diğer görüş ise yazılı şeklin ne bir geçerlik ne de bir ispat şartı olduğudur. Şöyle ki kanun koyucu, hizmet sözleşmesinin yazılı yapılmasını emrederken, gerçekte amacı işçinin korunması, ona kolaylık sağlanması olan bir işveren yükümü öngörmüş olmaktadır.<sup>344</sup>

<sup>339</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.112.

<sup>340</sup> İzveren A., *İş Hukuku*, Ankara 1974, s.103.

<sup>341</sup> Çenberci,s.209; Akyiğit, *Teori ve ...*, s.19; Selçuki, *İlmi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu*, Değişik 3.Bası, İstanbul 1973, s.195; Eşmelioğlu İ., *Gerekçeli-Açıklamalı İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı*, Ankara 1986, s.173.

<sup>342</sup> Mollamahmutoğlu, s.85.

<sup>343</sup> Selçuki,s.186; Eşmelioğlu,s.173; Çenberci M., *Yeni İş Kanununun 9 uncu Maddesi Üzerinde Bir İnceleme*, *İst.Bar.Der. C. XLI*,Temmuz-Ağustos 1967, s.375 v.d.

<sup>344</sup> Mollamahmutoğlu, s.85.

Bu yüküme aykırılığın yaptırımını ise cezaidir (İK m98/A, Den İş K.m50/a, Basın İş K.m.26/a) Bundan çıkan sonuç yazılı yapılmayan sözleşmenin geçerli olduğudur. Hizmet sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde işçiye bir belge verilmesini emreden kurala (m.9/2) aykırılığın yaptırımını belirtilirken aynı maddenin aynı bendinde birlikte ele alınmaları da bu hususu doğrulamaktadır.<sup>345</sup>

Yargıtay kararları ise yazılı şeklin ispat şartı olduğu yönünde istikrar kazanmıştır. Bir içtihadı birleştirme kararında “ İş Kanunu (3008 s. İş K.) esas itibariyle iş akdinin muteberliğini herhangi bir şekle tabi tutmamıştır. Yalnız 9. Maddesi ile müddeti bir sene veya daha fazla olan sürekli iş akitlerinin, 11. Maddesi ile de takım mukavelelerinin muteber olması için yazı ile mukaveleye bağlanmalarını mecburi kılmıştır” denilmekte<sup>346</sup> ise de sonraki tarihli özel daire kararlarında yazılı şekil, bir isbat şartı olarak nitelenmektedir.<sup>347</sup>

Bu görüşler arasında bir kritik yapacak olursak; butlan yaptırımının iş hukukunun sosyal gayesiyle bağdaşmazlığından kalkarak bunun bir isbat şartı olduğu görüşü, butlan teorisinin iş hukukunda rehabilite edilerek uygulanması karşısında tutarlılığını yitirmektedir. Ancak yazılı şeklin ne geçerlik ne de isbat şartı olduğu ama yaptırımını cezai bir işveren yükümü niteliğini taşıdığını düşünmek de tutarlı görünmemektedir. Çünkü kanunun öngördüğü şekil şartı doktrinde de belirtildiği üzere nitelik yönünden ya geçerlik ya da isbat şartı olarak değerlendirilir. Kanun koyucu, cezai yaptırım öngörmekle şekil şartına ilişkin hukuk normunu takviye etmektedir. Çünkü şekle ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. İş K. m.9/2'deki düzenlemenin de aynı maddenin 1. fıkrasıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Buradaki “yazılı akit yapılmayan durumlarda” ifadesiyle hizmet sözleşmelerinin

<sup>345</sup> Çenberci, s.210; Akyiğit, *Teori ve ...*, s.19.

<sup>346</sup> Y.İ.B.K., 18.3.1959, E.1958/28, K.1959/17, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları. 1957-1980, Hukuk, C.5, s.146.

<sup>347</sup> Y.9.H.D., 5.4.1984, E.1984/2706, K.1984/3733, T.Ü.T.İ.S. Arşivi; Y.9.H.D., 28.5.1985, E.1985/2971, K.1985/5867, .T.Ü.Hİ.S. Arşivi.

yazılı yapılmasının zorunlu olmadığı haller ifade edilmektedir. Kanunun yazılı yapılmasını emrettiği bir sözleşme ‘ yazılı akit yapılmayan durumlar’ kapsamında değerlendirilemez.

Kanımızca yazılı şeklin hukuki niteliğini geçerlilik şartı olarak kabul eden görüş isabetli görünmektedir. Çünkü, yazılı şekli emreden İş Kanunu kurallarının mahiyeti, genel kuraldan ayırık bir nitelermeye imkan vermeyecek kadar açıktır.<sup>348</sup>

Bir başka deyişle yazılı şekle ilişkin kural bir maddi hukuk kuralıdır. Bu kurala rağmen yapılan hizmet sözleşmesi vardır, ancak geçersizdir. Bunun işçiyi koruma ilkesiyle bağdaşmayacağı söylenebilir. Ancak, bu sakınca İş Hukukunun kendine özgü yapısı içinde giderilebilmektedir. Hizmet akdinin hükümsüzlüğü halinde akdın genel hukuk kuralları uyarınca baştan itibaren geçersiz sayılmasından doğacak sakıncalar hizmet ilişkisine dayanılarak ortadan kaldırılabilmiştir. Gerçekten, hizmet akti taraflarının hükümsüzlük anına kadar karşılıklı olarak yerine getirdikleri edimlerin akdın hükümsüzlüğü edeniyle geçersiz sayılması, işçi-işveren arasında çözümü zor sorunlar yaratırdı. İşte bu durumlarda aktin hükümsüzlüğüne karşın hizmet ilişkisinin varlığına dayanılarak ihtiyaçların giderilebilmesi sağlanabilmektedir.<sup>349</sup> Hizmet ilişkisi, işçiyeye işverenin işini yapma borcu yükleyen hukuki bir ilişki olarak tanımlandığı gibi , işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan fiili bir ilişki olarak da anlaşılmaktadır. Hizmet ilişkisinin asıl önemi, hizmet akdinin hükümsüzlüğü durumunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, Alman Hukukunda, her iki teörinin birbirine yaklaştığı noktalardan biri de, hizmet akdinin butlanının ya da iptalinin mümkün olması durumlarında hizmet ilişkisinin varlığının kabul edilmesinde kendisini göstermekte, böylece, akdın başlangıçtan itibaren hükümsüz sayılmasının sakıncaları giderilebilmekte ve hükümsüzlük sadece geleceğe yönelik etki yaratmaktadır.<sup>350</sup> Yargıtay da batıl olan aktin hizmet ilişkisi nedeniyle geçerli bir

<sup>348</sup> Mollamahmutoglu, s.87.

<sup>349</sup> Çelik, İş Hukuku, s.68.

<sup>350</sup> Çelik, İş Hukuku, s.70.

akit gibi sonuçlar doğuracağı görüşünü kabul etmiş bulunmaktadır.<sup>351</sup> Yargıtaya göre yaş küçüklüğü veya kadın olması nedeniyle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçi, yasağa rağmen çalıştırılmışsa taraflardan biri bunu ileri sürünceye kadar kanunun işçiye tanıdığı haklardan yararlanır.<sup>352</sup>

Ayrıca kanun koyucunun bir kısım sözleşmeler söze konu olduğunda şekil serbestisinden ayrılmasının nedeni de herhalde işçiyi korumaktır.<sup>353</sup> Esasen bu nedenle yazılı şekil, geçerlik şartı olmaktadır.

Sözleşmede bulunması gereken hususlarda eksiklik olursa yazılı şekil tamamlanmış olmaz. Ancak sözleşme metninde, yapılacak iş ile ücret belirlenebilir şekilde gösterilmiş ise diğer hususların sözleşmede belirtilmemesi geçerliliğini etkilemez.<sup>354</sup> Zira bu durumda sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde tarafların iradeleri bulunmuş ve sözleşme kurulmuştur.<sup>355</sup> Yazılı şekil, tarafların imzalarının bulunması halinde yerine getirilmiş olur.<sup>356</sup>

### **b) İradi Şekil Koşulunun Hukuki Niteliği**

Şekle tabi olan bir hizmet akdi bu şekle uygun olarak yapılmamış olsa dahi, bu akit taraflarca yerine getirilmişse, artık tarafların bu aktin geçersiz olduğunu ileri sürmeleri Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesindeki objektif iyiniyet ilkesiyle bağdaşmaz ve hukuken himaye göremez.<sup>357</sup>

<sup>351</sup> Y.9.H.D., T.3.11.1987, E.1987/9646, K.1987/9807, Y.K.D., 1988, S.11, s.1522; Y.9.H.D., T.7.4.1999, E.1999/4677, K.1999/6924, Y.K.D., 1999, S.9, s.1228.

<sup>352</sup> Y. H. G. K., 18.3.1958, E. 20, K. 9, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>353</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.112.

<sup>354</sup> Mollamahmutoglu, s.87.

<sup>355</sup> Reisoğlu, *Hizmet Akdi*, s.143; Esener, *İş Hukuku*, s.152; Centel, *İş Hukuku*, s.113.

<sup>356</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.148.

<sup>357</sup> Uygur, s.21.

Sözleşmeyle yazılı biçimde yapılması kararlaştırılan hizmet akitleri için aranan biçim koşulunun hukuki niteliği, yine yazılı biçim koşuluyla sözleşmenin taraflarının hangi amacı izlediklerine göre belirlenir. Buna göre de, yazılı biçim öngören sözleşme hükmü, yanların yazılı biçime yönelik iradeleri kurucu nitelik taşıdığında geçerlik; açıklayıcı özellikte olduğunda ise ispat koşulu niteliğindedir.<sup>358</sup>

Ancak doktrinde bu şeklin karine olarak taraflara geçerlik şartı olarak kabul edildiği; bununla birlikte, bu kanuni karinenin aksinin, bunu iddia eden tarafça ispatlanabileceği görüşü de ileri sürülmektedir.<sup>359</sup> Nitekim, B.K. m.16/1'e göre, taraflar, kanunen özel bir şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin yapılması için özel bir şekil kararlaştırmışlar ise, sözleşme bu şekilde yapılmadıkça onları bağlamaz.<sup>360</sup>

<sup>358</sup> Centel, *İş Hukuku*, s.112.

<sup>359</sup> Mollamahmutoglu,s.88; Tuğ, *Türk Özel ...*, s.29.

<sup>360</sup> Tuğ, *Türk Özel ...*, s.30.

**SONUÇ:**

Tarafların gerek akitlerin içeriğini serbestçe belirlemelerini ve gerekse akitin şeklini kendi iradeleriyle oluşturmalarını ifade eden akit serbestisi hukuk düzeni açısından vazgeçilmez nitelikteki bir prensiptir. Zira gerek taraf iradelerine verilen üstünlük gerekse bu iradelerin en sağlıklı şekilde hukuk yaşamına yansımaları son derece önemlidir. Bu niteliğiyle akit serbestisi korunan ve üstün bir statüye sokulan son derece gerekli bir prensiptir.

Bununla birlikte akit serbestisi ve bu kapsamda şekil serbestisi hukuk düzenine hız ve işlerlik kazandıran son derece önemli bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu niteliğiyle tarafların hukuk düzeni içerisinde yer almalarını pekiştirici nitelikte olan akit serbestisi taraf iradelerine verilen önemle de bireye tanınan hukuki özerklik alanı bakımından vazgeçilmez bir nitelik arz edecektir.

Bunun ötesinde unutulmamalıdır ki her hukuk ilkesi beraberinde bazı sınırlamaları da getirir. Zira hukuk düzeninin korunması açısından reel anlamda sonsuz bir özgürlük düşünülemez. İdeal olan elbette ki serbestidir; sınırlama ise istisnadır. Ancak gerek tarafların ve taraf iradelerinin korunması açısından, gerekse hukuk düzeninin varlığını sürdürebilmesi açısından bu sınırlama gerekliliktir.

Ancak, sözleşme serbestisi ilkesine verilen önem bu ilkenin sınırsız biçimde öngörüleceği anlamına gelmez. Her temel prensipte olduğu gibi sözleşme serbestisi açısından da hukuk düzeni belli bazı sınırlamalar öngörmüştür. Ancak bu sınırlamaların hiçbiri bu prensibin kullanılmasını imkansız hale getirecek nitelikte olmayıp; tam tersine bu ilkenin işlerlik kazanmasına hizmet eden sınırlamalar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu niteliğiyle söz konusu sınırlamalar akit serbestisi ilkesinin özüne dokunmaktan öte, bu prensibi ve bunun yaşama aktarılmasını sağlayacak, tarafların korunmasını amaç edinen kayıtlar olarak düzenlenmektedir.

İş Hukuku açısından ise durum doğrudan doğruya hizmet akti bağlamında değerlendirilmelidir. İşçinin korunmasını esas alan İş Hukuku sistemi bu çerçevede çok çeşitli düzenlemelere yer vermiştir. İşveren karşısında mağdur duruma düşmesi muhtemel olan işçinin bu prensip gereğince korunması için öngörülen sistemlerinden biri de hizmet akti serbestisi ve bu serbestiye getirilen sınırlamalar bazında karşımıza çıkmaktadır.

Her ne kadar gerek işveren gerekse işçi açısından oldukça geniş bir akit serbestisi sistemi benimsenmişse de gerek taraf iradelerinin sağlıklı şekilde hukuk düzenine yansması açısından gerekse zarara uğraması muhtemel işçi tarafını korumak açısından bu serbestiye temel bazı sınırlamalar getirilmiştir. Akit yapmanın zorunlu kılındığı haller ve akit yapmak konusunda getirilen sınırlama bazındaki çok çeşitli yasaklamalarla söz konusu serbestiye müdahale edilmiştir.

Bununla birlikte ayrıntı bazında bir takım değişikliklere ihtiyaç olsa da söz konusu serbestiye getirilmiş bulunan sınırlamalar amaçları bakımından yerinde ve gerekli düzenlemelerdir. Ancak söz konusu sınırlamaların sadece işçileri korumak amacıyla getirildiği veya İş hukukunun sadece işçi lehine değerlendirilebilecek bir sınıf hukuku olduğu yönündeki bir yaklaşım doğru olmayacaktır. Bu yaklaşımın yanlışlığı hizmet akti serbestisine getirilen sınırlamaların yalnızca işçileri korumak amacını taşımamasında aynı zamanda toplumsal barış ve hukukun işlerliğine hizmet etmesinde açık olarak görülmektedir. Spesifik olarak sakat çalıştırma zorunluluğundan ahlaka aykırı akitlerin yasaklanmasına kadar çok geniş bir çerçevede değerlendirildiğinde bu düzenlemelerin ne ölçüde yerinde olduğu daha da belirgin hale gelecektir.

**KAYNAKÇA**

Acemoğlu K., Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.

Akyiğit E. , Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü İle İlgili Yargıtay Kararı Üzerine, Çimento İşveren, Eylül 1992.

Akyiğit E. , Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990.

Allenspach H. F., Working House, I.L.O., Geneva 1978.

Altan Ö.Z., Sakatlar ve Türkiye'de Çalışma Sorunları, Eskişehir 1976.

Altan Ö.Z., Eski Hükümlülerin Çalıştırılmasında Genel İlkeler ve Türkiye Uygulaması, Eskişehir İ.T.İ.A. Yayınları, 218/142'den Ayrı Basım.

Altan Ö. Z., Kadın İşçiler ve Türkiye'de Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması. Eskişehir 1980.

Aydınlı İ., Çalışma Hayatında Geçici (Muvakkat) İşçilik ve İş Hukuku Düzenlemeleri Karşısındaki Durumu, T.Ü.H.İ.S., şubat-Mayıs 1999.

Balkır Z. G., Türk Çalışma Hayatında Sakatların Korunması, Kocaeli Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Birimi, Kocaeli 1997.

Centel T. . İş Hukuku. C.1, Kazancı Kitap Ticaret A.ř., İstanbul 1992.

Centel T. . Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982.



Cordova E. (Çev. Murat Güven), Tam-Gün İstihdamından Atipik istihdama = Endüstri İlişkilerinin Gelişiminde Önemli Bir Değişiklik mi?, İ.H.D., C.3, S.3, Temmuz-Eylül 1993.

Çelik N. , İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2000.

Çelik N. , Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul 1966.

Çenberci M.. İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984.

Çenberci M.. Yeni İş Kanununun 9 uncu Maddesi Üzerinde Bir İnceleme, İst. Bar. Der., C. XLI, Temmuz- Ağustos 1967

Çifter A. . Toplu Pazarlığın Yapısı ve Sorunları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sos.Bil. Enst.. Bursa 1987.

Demircioğlu M., Centel T., İş Hukuku, 6.Bası, Beta Basımevi, İstanbul 1999.

Droin J., Les Effets de la Depreciation Monetaire sur les Rapports Juridiques Contractuels en Droit Civil Suisse, in TAHC.. T. XXIII, 1971, İstanbul 1973.

Dural M. , Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.

Ekonomi M. . Ferdi İş Hukuku. C.1. 3.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, Gümüşsuyu 1984.

Ekonomi M. , Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluğu ve Hükümleri, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1969.

Elbir H. K. , İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1987.

Eren F. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 1991.

Engin M. , Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul 1999.

Erkul İ. , Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku, C.II, Eskişehir 1984.

Erman E.S. , İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1956.

Esener T. , İş Hukuku, Ankara 1978.

Esener T. , Borçlar Hukuku, C.1, Ankara 1969.

Eşmelioglu İ., Gerekçeli- Açıklamalı İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, Ankara 1986.

Gould R.. Unemployment and Disability. Some Sociological Aspect of Elimination From The Labour Market, Social Security, Unemployment And Premature Retirement International Social Security Association, Geneva 1989.

Günay E. , Şerhli İş Kanunu I, Ankara 1998.

Güven E./ Aydın U., İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 1998.

Hatemi H. , Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle B.K. m. 65 Kuralı, İstanbul 1976.

Işıklı A. , İş Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 1994.

İmre Z., Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1976.

İzveren A. , İş Hukuku, Ankara 1974.

Kaneti S. , Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul 1972.

Karahasan M. R. . Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1992.

Kocaoğlu M. , Çocuk ve Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu ile Korunması, Türk Kamu Sen I, 4, Haziran 1988.

Kocayusufpaşaoğlu N. . Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968

Kuru B., Arslan K., Yılmaz E., Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 9.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Löwisch M. (Çev. Centel T.). Anayasa Işığında Alman İş Hukuku Düzeni, İ.H.D. I, 1. Ocak-Mart 1991.

Maric D.. Adapting Working Hours to Modern Needs. The Time Factor in The New Approach to Working, Conditions, I.L.O., Geneva 1980.

Mollamahmutoğlu H. , Hizmet Sözleşmesi, 72 Yayıncılık, Ankara 1995.

Narmanlıoğlu Ü. . İş Hukuku I, 2.Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İstanbul 1994.

Narmanlıoğlu Ü. , Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisinin Yeniden İşe Alınması Şartları, İşe Alınmanın Sonuçları, İ.H.U., Sen. K. 29. No:1.

Oğuz C. , Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, A.Ü. Sos. Bil. Enst., Ankara 1993.

Oğuzman K. , Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

Oğuzman K. , Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C.1, 4.Bası, İstanbul 1987.

Oğuzman K. , Medeni Hukuk Dersleri, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 6.Bası, İstanbul 1990.

Oğuzman K. , Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İ.B.D. 1955, Sayı:6.

Oğuzman K. . Öz T.. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası. Filiz Kitapevi. İstanbul 2000.

Oğuzman K. , Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

Orhaner B. S. . Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları. Ankara 1969.

Öz M. T. , İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

Özden B. . Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Çalışması veya Çalıştırılabilmesi, Çimento İşveren V. 3. Mayıs 1991.

Özsunay E. , Borçlar Hukuku I, 2.Bası. Filiz Kitapevi. İstanbul 1983.

Postacıoğlu İ. , Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6.bası, İstanbul 1975.

Povall M. / Smith B., Equal Opportunities and Disability Management at Work, Edited by Michael Floyd/ Klaus North, People With Disabilities, Improving Civil Service Employment Opportunities in Britain and Germany, London 1991.

Reisoğlu S. , Hizmet Akdi, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

Resioğlu S. , 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986.

Reisoğlu S. , Alman İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973.

Saymen F. H. , Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

Saymen F. H. , Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1950.

Saymen F. H., Elbir H.K., Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1966.

Seçkin H. . Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu. Y.H.D. I. 1. Ocak 1978

Selçuki, İلمي-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, Değişik 3.Bası, İstanbul 1973.

Soyer M. P. . Genel İş Koşulları, İstanbul 1987.

Soyer M. P. . Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi. Ankara 1991.

Sümer H. H.. İş Hukuku Uygulamaları. Konya 1993.

Sümer H. H.. Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi. Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, Beta Basımevi, İstanbul 2001.

Şahlanan F. , Sendikalar Hukuku, Banksis Yayınları, İstanbul 1995.

Tandoğan H. , Özel Borç İlişkileri, C.1/1, 4.Bası, İstanbul 1989.

Tekil F. , İş Hukuku, Fatih Gençlik Matbaası İşletmesi, İstanbul 1981.

Tekinay S., Akman S., Burcuoğlu H. Altop A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993.

Tekinay S. , Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989.

Thilo E. (Çev. Saymen F. Hakkı). İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Analizi 1935-1936, İstanbul 1938.

Tolga M. V., İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1958.

Tuğ A. , Topu İş Sözleşmesi Sistemi. Orman İş Yayını, Ankara 1996.

Tuğ A. , Türk Özel Hukukunda Şekil. Konya 1994.

Tuncay A. C. , Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9. Bası. Beta Basımevi, İstanbul 2000.

Tunçomağ K. . Türk Borçlar Hukuku I. Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1976.

Tunçomağ K. , Centel T., İş Hukukunun Esasları, 2. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 1999.

Tunçomağ K. , Türk Borçlar Hukuku I. C.1, İstanbul 1976.

Tunçomağ K. , İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989.

Tunçomağ K. , Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990.

Tunçomağ K. , Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

Von Tuhr Andreas (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukuku, İstanbul 1952.

Waddington L., Disability, Employment and European Community, Tilburg 1995.

Uygut T. , İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Olgaç Matbaası, Ankara 1980.

Uşan M. F. , İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Ankara 1999.

Uşan M. F. , Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994.

Ünsal N. , İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

Yarsuvat D. . Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978.

Yavuz C. , Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 1997.

Tunçomağ K. . İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989.

Tunçomağ K. , Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990.

Tunçomağ K. , Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

Von Tuhr Andreas (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukuku, İstanbul 1952.

Waddington L., Disability, Employment and European Community, Tilburg 1995.

Uygut T. , İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Olgaç Matbaası, Ankara 1980.

Uşan M. F. . İş Hukukunda Sakat İstihdamı. Ankara 1999.

Uşan M. F. . Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994.

Ünsal N. . İş Hukuku. Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

Yarsuvat D. , Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978.

Yavuz C. . Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Genişletilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 1997.

**İ.C. FİREZ ÖZGÜLME EKİMLERİ  
KURUMUNUN KURULUŞU**