

**T.C.  
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**



**İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SERBESTİSİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Osman ÇİFCİ**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı  
Özel Hukuk Bilim Dalı**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ**

**Şubat, 2019**

**T.C.  
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**



**İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SERBESTİSİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Osman ÇİFCİ  
(Y1512.220013)**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı  
Özel Hukuk Bilim Dalı**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ**



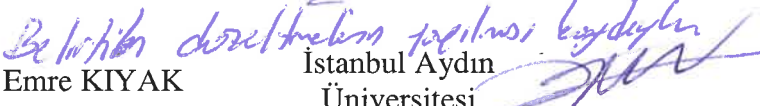

**Şubat, 2019**

T.C.  
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ



YÜKSEK LİSANS TEZ ONAY FORMU

Enstitümüz Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Y1512.220013 numaralı öğrencisi **Osman ÇİFTÇİ**'nin “İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SERBESTİSİ” adlı tez çalışması Enstitümüz Yönetim Kurulunun 11.12.2018 tarih ve 2018/32 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Tezli Yüksek Lisans tezi 20.02.2019 tarihinde kabul edilmiştir.

	<u>Unvan</u>	<u>Adı Soyadı</u>	<u>Üniversite</u>	<u>İmza</u>
Danışman	Prof. Dr.	 Fahrettin KORKMAZ	İstanbul Aydın Üniversitesi	
Asıl Üye	Prof. Dr.	Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi	
Asıl Üye	Dr. Öğr. Üyesi	 Emre KIYAK	İstanbul Aydın Üniversitesi	
Yedek Üye	Dr. Öğr. Üyesi	Evrin KERMAN	İstanbul Aydın Üniversitesi	
Yedek Üye	Dr. Öğr. Üyesi	Canan ÜNAL	Marmara Üniversitesi	

ONAY

Prof. Dr. Ragıp Kutay KARACA  
Enstitü Müdürü

## **YEMİN METNİ**

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “İş Sözleşmesinde Şekil Serbestisi” adlı çalışmamın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve etik geleneklere aykırı düşecek bir davranışımın olmadığını, tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tez çalışmasıyla elde edilmeyen bütün bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve onurumla beyan ederim. (...../...../2019)

**Osman ÇİFCİ**

## **ÖNSÖZ**

İş hukukuna ilişkin mesleki ve akademik anlamda katkısı olan bu tez çalışmasının oluşumu sürecinde en büyük katkının sahibi, yönlendirmeleri, bilgi ve birikimini paylaşması ile değerli tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ ile değerli hocalarım Prof. Dr. Talat CANBOLAT ve Dr.Öğr. Üyesi Emre KIYAK'a ait olduğu şüphesizdir. Bu vesile ile kendilerine sonsuz teşekkürlerimi borç bilir, arz ederim.

Öte yandan meşakkatli bu süreçte yanımda olup sabır ile beni destekleyen değerli aileme ve arkadaşlarıma da teşekkürlerimi sunarım.

**Subat, 2019**

**Osman ÇİFCİ**

## İÇİNDEKİLER

### Sayfa

ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER .....	v
KISALTMALAR .....	viii
ÖZET.....	ix
ABSTRACT .....	x
<b>1. GİRİŞ .....</b>	<b>1</b>
1.1 Türk Borçlar Kanununda Şekle İlişkin Genel Hususlar.....	2
1.1.1 Şeklin tarihçesi .....	3
1.1.2 Şekil kavramı .....	5
1.1.3 Hukuki fiiller.....	7
1.1.4 Hukuki işlemler .....	8
1.1.5 Sözleşmeler ve kararlar .....	9
1.1.6 İrade açıklamaları.....	10
1.1.6.1 Öneri ve öneriye davette şekil.....	11
1.1.6.2 Kabulde şekil.....	13
1.1.7 Sözleşme özgürlüğü .....	14
1.1.8 Şekil özgürlüğü .....	15
1.1.9 Şeklin amacı .....	16
1.1.9.1 Şeklin özel koruma amacı .....	16
1.1.9.2 Şeklin genel koruma amacı .....	17
1.1.10 Şekil serbestisi ilkesi .....	17
1.1.11 Şekil zorunluluğu ilkesi.....	21
1.2 Türk Hukuk Sisteminde Şekil Serbestisi .....	21
1.2.1 Anayasa hukukunda şekil serbestisi.....	21
1.2.2 Borçlar hukukunda şekil serbestisi .....	23
1.2.3 İş hukukunda şekil serbestisi.....	25
1.3 Şeklin Faydaları .....	28
1.3.1 Kesinlik sağlaması .....	29
1.3.2 Tarafları düşünmeye sevk etmesi.....	29
1.3.3 Sözleşmeye açıklık sağlaması .....	30
1.3.4 Sözleşmeye aleniyet sağlaması .....	30
1.3.5 Sözleşmeye ispat ve güvenlik sağlaması.....	31
1.3.6 Sözleşmeyi yorumlamayı kolaylaştırması .....	31
1.3.7 Sözleşmeyi idari açıdan denetlemeyi kolaylaştırması.....	32
1.4 Şeklin Sakıncaları.....	32
1.5 Şekil Serbestisi Sakıncalarının Giderilmesi .....	34
<b>2. ŞEKLİN TÜRLERİ .....</b>	<b>36</b>
2.1 Kaynaklarına Göre Şekil .....	36
2.1.1 Yasal şekil .....	36
2.1.2 İradi şekil.....	37

2.2 Yapılış Tarzına Göre Şekil.....	39
2.2.1 Sözlü şekil .....	40
2.2.1.1 Evlenme sözleşmesi .....	40
2.2.1.2 Sözlü vasiyetname.....	42
2.2.2 Adi yazılı şekil .....	44
2.2.3 Nitelikli yazılı şekil.....	45
2.2.4 Resmi şekil .....	45
2.3 Amaçlarına Göre Şekil.....	46
2.3.1 Geçerlilik şartı olarak şekil .....	47
2.3.2 İspat şartı olarak şekil .....	47
<b>3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....</b>	<b>49</b>
3.1 İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları .....	49
3.1.1 Bir işin görülmesi.....	51
3.1.2 Ücret.....	53
3.1.3 Bağımlılık unsuru.....	55
3.2 İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği .....	59
3.2.1 Özel hukuk sözleşmesi olması özelliği .....	60
3.2.2 Sürekli sözleşme olması özelliği.....	61
3.2.3 İki tarafa borç yükleyen sözleşme olması özelliği .....	62
3.2.4 İşçinin kişiliğine bağlı sözleşme olması özelliği.....	63
3.2.5 İvazlı bir sözleşme olması.....	63
<b>4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞUNDA ŞEKİL .....</b>	<b>64</b>
4.1 Genel Kural Olan Şekil Serbestisi .....	64
4.2 İstisna Olan Yazılı Şekil .....	65
<b>5. İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİNDE ŞEKİL .....</b>	<b>67</b>
5.1 Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Şekil .....	67
5.2 Çağrı Üzerine Çalışma ve Uzaktan Çalışma Şekil.....	72
5.3 Deneme Süreli İş Sözleşmelerinde Şekil .....	73
5.4 Takım Sözleşmelerinde Şekil.....	74
5.5 Pazarlamacılık Sözleşmelerinde Şekil .....	75
5.6 Toplu İşçi Çıkarma ve Şekil.....	78
5.7 İş Güvencesi Kapsamında İşçinin İşine İadesine İlişkin Düzenlemelerin Şekli .....	80
<b>6. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE SONA ERMESİNDE ŞEKİL .....</b>	<b>83</b>
6.1 İş sözleşmesinin İçeriğinin ve Taraflarının Değiştirilmesinde Şekil .....	83
6.2 İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması ile Sona Erdirilmesinde Şekil.....	89
6.3 İş Sözleşmesinin Feshinde Şekil .....	91
<b>7. DİĞER İŞ KANUNLARINDA YER ALAN ŞEKLE İLİŞKİN DÜZENLEMELER .....</b>	<b>92</b>
7.1 Basın İş Kanununda Şekle İlişkin Düzenlemeler.....	92
7.2 Deniz İş Kanununda Şekle İlişkin Düzenlemeler .....	93
7.3 Özel Öğretim Kurumları Kanununda Şekle İlişkin Düzenlemeler .....	94
<b>8. ŞEKLE UYMAMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....</b>	<b>95</b>
8.1 Geçerlilik Şekli Bakımından .....	95
8.1.1 Genel olarak .....	95
8.1.2 Yokluk görüşü.....	96
8.1.3 İptal edilebilirlik görüşü.....	96
8.1.4 Kendine özgü hükümsüzlük görüşü .....	97
8.1.5 Şekil eksikliğiyle sakat sözleşmenin başka bir hukuki işleme dönüşmesi .....	98

8.2 İspat Şekli Bakımından .....	99
<b>9. SONUÇ.....</b>	<b>101</b>
<b>KAYNAKLAR .....</b>	<b>103</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>108</b>



## KISALTMALAR

<b>BİK</b>	: Basın İş Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>c.</b>	: Cümle
<b>DİK</b>	: Deniz İş Kanunu
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HMK</b>	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>ILO</b>	: Uluslararası Çalışma Örgütü
<b>İBD</b>	: İçtihadı Birleştirme Dergisi
<b>İHU</b>	: İş Hukuku Uygulaması
<b>İİK</b>	: İcra İflas Kanunu
<b>İMK</b>	: İsviçre Medeni Kanunu
<b>İSGK</b>	: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
<b>İŞK.</b>	: 4857 Sayılı İş Kanunu
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: Madde
<b>No.</b>	: Numara
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>STİSK</b>	: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
<b>TBK</b>	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TKHK</b>	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TMK</b>	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YKD</b>	: Yargı Kararları Dergisi

## İŞ SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SERBESTİSİ

### ÖZET

“İş Sözleşmesinde Şekil Serbestisi” başlıklı bu tez çalışması, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan şekil kurallarına ilişkin genel esasları ve Türk İş Hukuku kapsamında yer alan sözleşmeleri, şekil açısından inceleyen düzenlemeleri içermektedir. Tez konumuz çeşitli mevcut Kanunlar, Yönetmelikler, Yüksek Mahkeme Kararları, Tavsiye Kararları ve Doktrin göz önünde bulundurularak incelenecektir. Çalışmada da göreceğimiz gibi sözleşme özgürlüğü esas olan hukuk sistemimizde, bir iş sözleşmesinin kurulması aşamasında Kanun koyucu tarafından öngörülmüş pek çok sınırlamalar mevcuttur. Bu sınırlamalar, sözleşmenin sağlıklı bir şekilde doğup, devam etmesi açısından özellik göstermektedir. Ancak Kanun koyucu tarafından öngörülen kuralların uygulanmasındaki eksiklikler, geçersiz iş sözleşmelerinin doğmasına ve devam etmesine yol açmaktadır.

Çalışma, temel olarak sekiz ana başlık altında incelenmektedir. Çalışmamda öncelikle şekil kavramının hukuk sistemimiz içerisinde niteliğini açıklamak üzere Türk Borçlar Kanunu'ndaki şekle ilişkin genel esaslara değinilecektir. Konuyla bağlantılı olması amacıyla şekil kavramının tarihçesi, şekil kavramının faydaları ve sakıncaları ve şekil kavramının türleri de ikinci başlık altında yer alacaktır. Üçüncü başlık, iş sözleşmesinin tanımı, unsurları ve hukuki niteliğine ayrılmıştır. Dördüncü, beşinci ve altıncı başlıklarda iş sözleşmesinin kuruluşunda, değiştirilmesinde, sona ermesinde ve iş sözleşmesi türlerinde şekil hususlarına değinilmiştir. Bu amaçla belirli süreli iş sözleşmelerinde şekil, çağrı üzerine çalışma ve uzaktan çalışmada şekil, deneme süreli iş sözleşmelerinde şekil, takım sözleşmelerinde şekil ve pazarlamacılık sözleşmelerinde şekil tiplerine yer verilmiştir. Ayrıca, genel kural olan şekil serbestisi ilkesinden ve istisna olan yazılı şekil serbestisi ilkesinden de ayrıntılı olarak bahsedilmiştir.

Tezin son bölümleri olan yedinci ve sekizinci ana başlıklarda ise diğer iş Kanunlarında yer alan şekle ilişkin bazı düzenlemeler ile şekle uymamanın hüküm ve sonuçları sizlere sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler :** *İş Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, Şekil Kuralları, Sözleşme Özgürlüğü, İşverenin Yükümlülükleri, Şekil Şartının Faydaları ve Zararları, Şekil Kavramının Türleri.*

## **FREEDOM OF FORM PRINCIPLE IN LABOUR CONTRACT**

### **ABSTRACT**

This thesis study that is titled as "Freedom of Form Principle in Labour Contract" includes basic principles related to form rules, which take place in Turkish Code of Obligation, and formations, which examine contracts in preview of Turkish Labour Law in terms of form. Our thesis topic is examined by considering current laws, guidelines, supreme court decisions, recommendations and doctrine. As seen in the study, in our legal system whose basic principle is freedom of contract there are lots of limitations, which is estimated by law-maker when an labour contract is established. These limitations have importance in terms of formation and continuation of contract. However, deficiencies in enforcement of rules, which are estimated by law-maker, cause formation and continuation of invalid labour contract. The study consist of nine main title. In the study, in order to clarify qualification of form concept in our legal system, firstly general principles related to form in Turkish Code of Obligation are mentioned. By reason of that is related to the topic; history, advantages and disadvantages and types of form concept take place under the second title. The third title includes definition, elements and legal characteristic of labour contract. In the fourth, fifth and sixth titles, form aspects in formation, alteration, expiration of labour contract and types of labour contract are mentioned. For this purpose, types of form in fixed term labour contract, in on-call working and telecommuting, in trial periodical labour contract, in team contract and in marketing facilities contract are given place. In addition, freedom of form principle as general rule and written freedom of form principle as exception are mentioned in detail. Finally, in seventh and eighth titles of the thesis, some regulations related to form in other labour laws and prejudice of freedom of form principle are submitted.

**Keywords:** *Conditions for Validity of Labour Contract, Form Laws, Freedom of Contract, Responsibilities of Conductor, Advantages and Disadvantages of Form Condition, Types of Form Concept.*

## 1. GİRİŞ

İşçinin işverene karşı bağımlı olarak iş görmeyi işverenin de ücret ödemeyi üstlenmiş olduğu sözleşmeye, iş sözleşmesi denir. İş sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması gerekmektedir. İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin hükümler mevzuatımızda İş Kanunumuz ve Borçlar Kanunumuzda ele alındığı gibi, birçok Özel Kanun ve Yönetmelikle de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak, çalışmamızda da görüleceği üzere iş sözleşmelerinde temel prensip olan şekil serbestisi ilkesi ile ilgili düzenlemeler, gerek yeni çalışma şekillerini yakalayamaması gerekse bazı ihtilafli durumları aydınlatamayacak boşlukları haiz olması bakımından yeterli olmadığı için bu doğrultuda 4857 Sayılı İş Kanununda ve uygulamada adlandırılan ve özellikleri belirlenen iş sözleşmesi çeşitleri olan sürekli ve süreksiz iş sözleşmeleri, belirli ve belirsiz iş sözleşmeleri, tam süreli ve kısmi süreli iş sözleşmeleri, deneme süreli iş sözleşmesi, takım sözleşmesi, ev iş sözleşmesi, tele çalışma sözleşmesi ve geçici (ödünç) iş sözleşmeleri gibi sözleşmeler yazılı şekilde de yapılabilmektedir.

Sözleşme özgürlüğü prensibi (özel mülkiyetin korunması ilkesi ile birlikte) bütün modern hukuk düzenlerinin benimsediği bir prensiptir ve hukuk düzeninin temel taşları arasında bulunmaktadır. Buna karşılık sözleşme özgürlüğü prensibinin zayıf olan taraf aleyhine kullanılması sözleşme özgürlüğünün belirli koşullar altında sınırlandırılması ihtiyacını doğurmuştur. Ekonomik ve sosyal yaşamın değişime uğramasının doğurduğu bu ihtiyaç, sözleşme hukukunu da değiştirmiş ve devletin sözleşmelere daha sık müdahale etmesini sağlayan Kanunlar yürürlüğe sokulmuştur.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına, hukukun izin verdiği konularda sözleşme yapma yükümlülüğü veya sözleşme yapma zorunluluğu kavramı ile karşılaşılmaktadır. Bu kavram halen daha net olarak ortaya konulabilmiş ve kabul edilmiş olmasa da birçok hukuk dalında örnekleri görülmektedir. Bu çalışmanın başlangıcında sözleşme özgürlüğü prensibi hem tarihi gelişimi, hem de temel Kanunlardaki yeri itibarıyla irdelenecek ve tüm yönleri ile ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Çalışmamın diğer bölümlerinde ise bu çalışmanın asıl konusu olan iş

sözleşmelerinde şekil serbestîsi kavramı üzerinde durulacaktır. Çalışmamda sözleşme yapma özgürlüğünün sınırları genel olarak anlatılıp konu tanıtılacaktır. Ayrıca sözleşme serbestisinin kaynakları, görüldüğü hukuk dalları gibi konunun genel hatlarını ortaya koyan bilgilere yer verilecektir.

Sonuç olarak bu tezin amacı özel hukuk-borçlar hukuku alanında temel prensiplerden biri olan iş sözleşmelerinde şekil serbestîsini tanıtmak, iş sözleşmelerinde şekil serbestîsinin hukuki dayanaklarını tartışmak ve bu yükümlülüğün hangi koşullarda ortaya çıktığını anlatmaktır.

### **1.1 Türk Borçlar Kanununda Şekle İlişkin Genel Hususlar**

Hukuki işlemlerde tarafların irade beyanlarının dışı vurulması olarak karşımıza çıkan şekil kavramının varlığı çok eski tarihlere dayanmaktadır. Eski hukuk sistemlerinde taraf iradelerinin ayrılmaz bir parçası olan şekil kuralları günümüz modern hukuk sistemlerinde iradenin varlığının dışında sadece iradenin dışı vurumu esnasındaki görünümünden ibarettir. İş hukukunda şekle ilişkin olarak düzenlenen genel prensipler Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Bu bağlamda iş sözleşmelerinin kuruluşunda genel esas şekil serbestisi olup ayrıca Türk Hukuk Sisteminde sözleşme özgürlüğü Borçlar Hukukunun da en temel prensiplerinden biridir (Oğuzman & Öz 2013). Bu prensip uyarınca iş sözleşmeleri herhangi özel bir şekle tâbi olmaksızın sözleşmeyi yapan tarafların arzuları doğrultusunda serbestçe kurulabilmektedir. İşçi ile işveren iş sözleşmesini birbirlerine uygun iradelerini yazılı, sözlü ve hatta örtülü bir biçimde ifade ederek sözleşmesel ilişki içerisine girebilirler (Oğuzman & Öz 2013). Bu nedenle işçinin ancak ücret karşılığı yapılabilecek nitelikteki işi belirli bir zaman dilimi içerisinde yapmaya başlaması, işverenin ise bu edimi kabul etmesi ile birlikte teknik anlamda bir iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır (Süzek, 2014). Ancak, Borçlar Kanununda olduğu gibi bu genel kuralın istisnaları da mevcuttur.

Kanun koyucu bazı iş sözleşmelerinde yazılı şekil öngörerek şekil serbestîsinin istisnası olan şekil zorunluluğu esasını da benimsemektedir (Oğuzman & Öz 2013). Kanun koyucu bir kısım sözleşme türleri için yazılı şekil esasını öngörürken, çoğu zaman işçiyi koruma amacı gütmek ve yazılı şeklin uyarma, bilgilendirme, açıklığa kavuşturma işlevlerini işçi yararına olarak kullanmayı hedeflemektedir. Yazılı şekil esasını kabul etmenin bir diğer amacı da iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlamasıdır. Zira işçi ile iş sözleşmesinden kaynaklanan pek çok

uyuşmazlıkta yazılı belge ile ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf çoğunlukla işverendir. İş akdinin kuruluşu gibi sona ermesi de prensip olarak herhangi bir şekle tâbi değildir. Tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik açıklama veya davranışları ile de iş sözleşmesi sona erebilir (Oğuzman & Öz 2013).

Bunun yanında İş Hukukunun kısmen Kamu Hukukuna benzeyen kendine özgü yapısı işçiyi koruma amacı ve bu amaca hâkim olan ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda şekil kurallarının da tıpkı Borçlar Hukuku'na tâbi diğer sözleşmelere uygulandığı gibi uygulanmasının ve nitelendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. Böylelikle, özellikle iş sözleşmeleri için öngörülen şeklin geçerlilik şartı ya da ispat şartı olarak nitelendirilmesi hususu sonuçları bakımından önemlidir. Çünkü şeklin geçerlilik şekli olarak belirlenmesi halinde şekil eksikliği tarafların iradesi hilafına sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurabilmektedir. Şeklin ispat şekli olarak öngörüldüğü hallerde ise şekil şartına uymamak sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmadığı gibi şekil şartına uymamanın ispatı da bu durumda imkânsız olacaktır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Belen, 2014; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

Tüm bu sebeplerle Türk Borçlar Kanunu'nun şekil esaslarını iş sözleşmeleri açısından ele almak, şekle ilişkin kuralları iş sözleşmesine has olarak yeniden nitelendirmek, şekil kurallarına aykırılığın müeyyidelerini ise Borçlar Hukuku'ndaki sözleşmenin geçersizliği müeyyidesinden bağımsızlaştırarak İş Hukuku'nun işçiyi koruma gayesine uygun bir şekilde tekrardan değerlendirmek gerekmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki İş Hukuku'nun işçiyi koruma amacına uygun bir şekilde yeniden değerlendirmelerde İş Hukuku'na özgü sonuçların dayanağını da yine yürürlükteki Kanun hükümleri oluşturacaktır.

### **1.1.1 Şeklin tarihçesi**

Yazılı şeklin geçerli olarak kabul edildiği hukuki işlemlerin tarihçesi çok eskiye dayanmaktadır. Bütün hukuk sistemleri hukuki işlemlerde tarafların iradelerinin dışa vurulmasında belirli bazı şekil kurallarının varlığını kabul etmiştir. Geçmişten günümüze doğru gelindiğinde hukuki işlemlere ilişkin şekil kuralları varlığını koruyarak türlerinin ve görevlerinin farklılaştığı görülmektedir. Günümüzde modern hukuk sistemlerinde genellikle adi yazılı şekil ya da resmi yazılı şekil olarak

karşımıza çıkan yazılı şekil kuralı kabul görmektedir. Yazılı şekil hukuki ilişkide ispat kolaylığı ile açıklık görevi görmektedir. Tüm bu önemli işlevleri ile beraber günümüz modern hukuk sistemlerinde esas olan şekil serbestisi olup şekil kuralları bazı istisnalar haricinde tarafların iradelerini açıklamakta kullandıkları ilave bir öge niteliğindedir (Altaş, 1998).

Yazılı şeklin hâkim olduğu hukuki işlemlerin tarihi çok eski dönemlere dayanmaktadır. İslamiyet'in kabul edilmesinden önce Göktürk Devletinde hukuki işlemlerin yazılı olarak yapıldığına ilişkin birçok örnek bulunmaktadır. Eski Türk devletlerinden olan Göktürk Devleti hakanlarından Bilge Kağan, Kül Tigin, Tonyukuk gibi isimlerin anıtlar veya taşlar üzerine Eserler ya da Kanunlar yazdığı görülecektir (Üçok, Mumcu & Bozkurt 2015). Uygurlarda da şekilcilik kavramının hâkim olduğu görülmektedir. Özellikle iki taraflı hukuki işlemlerde öncelikle öneriyi yapanın adı, hukuki işlemin sebebi, öneriyi kabul edenin adı, her iki tarafın üzerine düşen edimi, yerine getirdiklerini bildiren sözler ile tanıkların isimleri yer almaktadır (Üçok, Mumcu & Bozkurt 2015).

İslam Hukuku'nda sözleşmenin tarafları sözleşmeyi bir şarta bağlayabilirlerdi. Taraflar sözleşmeyi şarta bağladıkları takdirde bu şart artık geçerli olarak kabul edilirdi (Üçok, Mumcu & Bozkurt 2015). Ancak, İslam Hukuku'nda sözleşmelerde şekil hususunda tam bir şekil serbestisi ilkesi hâkim olup sözleşmeler için yazılı şekil kuralları zorunlu değildi (Üçok, Mumcu & Bozkurt 2015).

Modern hukukun temeli olan Roma Hukukunda ise insan iradesi tek başına borç doğurucu etkiye sahip değildi. Bu nedenle Roma hukukunda modern hukukların aksine genel kuralın şekil zorunluluğu olarak istisnanın ise şekil serbestisi olarak kabul edildiği görülmüştür. Roma Hukukunda ilerleyen dönemlerde bazı sözleşme türlerinin yazılı şekilde yapılacağı kararlaştırılmıştır (Rado, 1992). Bununla birlikte özellikle doğu bölgelerinde bulunan Yunan hukuk kültürüne bağlı eyaletlerde yazılı belgelerin düzenlenmesi usulü çok sık kullanılan bir usul olmuştur. Mısır'da 20. yüzyılda bulunan papirüsler Yunan eyaletlerinde çok iyi derece noterlik kurumunun mevcut olduğunu göstermektedir. Fransız Hukukunda yazılı şekil kuralı ilk dönemler itibariyle uygulanmıştır. Ancak XI. ve XII. yüzyıllarda kişilerin yemin ederek meydana getirdikleri sözleşmelere uymamaları halinde dini müeyyidelerle karşılaşmaları sonucunda yazılı şekil şartı önemini yitirmeye başlamıştır.

### 1.1.2 Şekil kavramı

Tarafların iradelerinin dışa yansıtılmasında bazı kalıplar veya araçlar kullanılmaktadır. Bu kalıp veya araçlara ya da bunların bütününe şekil denilmektedir. Sözleşme taraflarının iradelerini açıklarken kullandıkları yazılar bile şekil kavramı içerisinde kendisine yer bulmaktadır. Şöyle ki, Kanun koyucu bazı hallerde tarafların oluşturacakları sözleşmenin belli kurallara riayet edilerek yapılmasını öngörmüş olabilir. Bu durumda tarafların bu belirlenen kurallara uyarak sözleşme yapmaları gerekmektedir. Bunun aksine hareket edilmesi halinde sözleşme geçerli olmayacaktır. Bu nedenle hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin kurulmasında şüphesiz ki tarafların beyanı çok önemlidir. Çünkü taraflarca açıklanmadığı sürece bilinmeyecek olan iç iradeden ziyade, iradenin beyan olarak dışa yansıtılması sözleşmenin kurulması için gereken temel öğedir (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014)).

Kişi iradeleri söz, yazı, işaret gibi bazı araçlar kullanılmak suretiyle irade beyanı olarak dışa yansıtılmaktadır. Şahıs iradelerinin dışa vurulması için kullanılan tüm bu kalıp ve araçlar şekil olarak tanımlanmaktadır. Bu sebeple iradenin açıklanmasında kullanılan söz yazı ve işaretlerden her biri şekil olup, her irade beyanının mutlaka bir şekli vardır. Şekilsiz bir irade beyanından söz etmek mümkün değildir (Tekinay ve diğerleri (1993)). Bu durumda bir hukuki işlemde ya da sözleşmede irade beyanının şekle tâbi olmadığından söz edildiğinde kastedilen şey aslında şekilsizlik değil beyanın geçerliliği için belirli bir şekil kuralının öngörülmemiş olmasıdır (Eren, 2014). Kanunen ya da tarafların isteği ile bir şekil şartı öngörülmesi durumunda artık şekle bağlı işlemlerden söz etmekte olup hukuki işlemin ya da sözleşmenin geçerli olabilmesi için mutlaka Kanunen ya da taraflarca öngörülen şekilde yapılması gerekmektedir (Oğuzman & Öz 2013). Dar ve teknik anlamda şekil sadece tarafların irade beyanları için söz konusudur. Dolayısıyla teslim, tescil, ilan gibi tarafların irade beyanı dışında kalan hukuki olgular şekil olarak nitelendirilmemektedir (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014)). Tescil işleminin amacı bir hukuki işlemin geçerliliğini, devamlılığını sağlamak ve bu işlemle ilgili olarak kişileri böyle bir durumun varlığından haberdar etmektir. Bu bağlamda tescil hukuki işlemi belgelendirme, alenileştirme ve güven sağlama amacı görmektedir (Feyzioğlu, 1976). İlan ise, bir hukuki işlemin veya sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi amacıyla herkesin duyabileceği şekilde açıklanmasıdır. Kanunlar bazen üçüncü



kişilerin iyi niyetini korumak maksadıyla bazı sözleşmelerin, işlemlerin, kararların ve olayların ilanını öngörmektedir (İnan & Yücel 2014).

Doktrinde resmi tescil ve ilanın şekil kavramının bir türü olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, tescil ve ilan resmi şeklin bir türüdür. Bazı hukuki işlemlerin geçerliliği, Kanun icabı tutulan resmi sicillere tescile bağlı yapılabilmektedir. Böyle bir durumda söz konusu işlem tescil edilmedikçe geçerlilik kazanmayacaktır (Tekinay ve diğerleri (1993)). Örneğin, Türk Medeni Kanununa göre taşınmaza ilişkin aynı hakların kurulması, değiştirilmesi, kısıtlanması ya da ortadan kaldırılması tapu sicilinde yapılacak bir tescil işlemine tâbi tutulmaktadır. Ayrıca, eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmeleri, noterlerce tutulan aile malları siciline tescil edilmektedir. Kanun, bazı işlemlerin ilan suretiyle yapılmasını ve böylece topluma duyurulmasını da öngörmektedir (Altaş, 1998). Doktrinde diğer bir görüşe göre tapu siciline tescil işlemi kurucu nitelik taşıyan bir işlem olduğundan dolayı tescil işlemi resmi şekle dâhil değildir (Hamamcıoğlu & Karamanlıoğlu 2016). Zira Kanunen işlemin geçerli olabilmesi için yine bu işlemin Kanunda belirtilen resmi bir sicile tescil edilmesi gerekiyorsa, bu tür tesciller şeklin bir türü olmaktan ziyade işlemin esasını oluşturmaktadır (Altaş, 1998). Doktrindeki diğer bir görüş, tescil ve ilanın dar ve teknik anlamda şeklin dışında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Tescil ve ilan aşamasına gelindiğinde hukuki işlemin ya da sözleşmenin tarafların irade beyanları ile zaten kurulmuş olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle tescil ve ilanın tarafların beyanlarını açıklamaya yarayan bir şekil aracı olmayıp, bu durumu üçüncü kişilere duyurmaya yarayan bir öge olduğunu izah etmektedir (Altaş, 1998).

Bir sözleşmenin yapılması için Kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça şekil serbestîsi geçerlidir. Ancak aksine bir düzenleme ile belirli sözleşmelerin bazı şekil şartlarına tâbi olarak yapılması halinde o şekil şartına uyulması gerekmektedir. Belirtildiği gibi şekil bazı kurallara uyularak sözleşmelerin yapılması anlamına gelmektedir. Bu anlamda da sözleşmelerin şekle tâbi olmalarının bir takım faydaları ve sakıncaları da bulunmaktadır. Şekil şartının faydalarını saymak gerekirse; kesinlik sağlar, sözleşmede açıklık ve aleniyet unsurunu sağlar, tarafları düşünmeye ve bu düşünce kapsamında dikkatli işlemler yapmaya sevk eder, güvenilirliği sağlar, ispatın güvenle yapılmasını sağlar, tarafların incelemesinde veya ihtilâfında kolaylık sağlar, yorum yapılmasını gerektirecek bir halin varlığında yorumu kolay ve hukuka uygun yapmayı sağlar, idare veya mahkeme tarafından incelemeleri kolaylaştırır. Tâbi bir

de şekil şartının olumsuz etkilerinden bahsetmek gerekirse; sözleşmelerin esasından daha çok şekle çaba harcanmasına neden olabilir, sözleşmenin yapılmasını zorlaştırır, ağır yaptırımlara tâbi tutulabilmektedir, zorunluluklardan dolayı sözleşmenin geçersizliğine neden olabilmektedir. Şeklin konusunu, hukuki işlemler ve özellikle hukuki işlemin önemli bir görünümü olan sözleşmeler oluşturmaktadır. Hukuki işlemlerin bir türü olan sözleşmelerin kurucu unsuru ise irade açıklamalarıdır.

### **1.1.3 Hukuki fiiller**

Hukuki fiil kişilerin kendi iradesi ile ortaya çıkan davranışlarına denilmektedir (Oğuzman & Öz 2013; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; İnal, 1984; Füsün Nomer, 2000).

Farklı bir anlatıma göre hukuki fiiller, insan iradesinden veya insan hareketinden oluşan ve hukuk düzeni tarafından hukuki sonuç bağlanan olaylardır (Oğuzman, 2012). Hukuki fiil bilinçli bir irade beyanına dayanır ve hukuk düzeni tarafından kendisine hukuki bir sonuç bağlanır (Kocayusufpaşaoğlu, 2012; Paslı, 2009). Dolayısıyla, sadece iç dünyada oluşan olaylar ya da bilinçsiz bir şekilde yapılan bir hareket veya iradi bir karara dayanmadan, dışarıdan gelen bir zorlama nedeniyle yapılan hareketler hukuki bir fiil teşkil etmez (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Belen, 2014; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

Hukuki fiiller, hukuka aykırı fiiller ve hukuka uygun fiiller olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuka aykırı fiiller, hukuk kurallarına uymayan fiillerdir. TBK m. 49 vd. hükümlerde düzenlenmiş bulunan haksız fiiller ile TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan borca aykırılık halleri de hukuka aykırı fiillere örnek gösterilebilir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Belen, 2014; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

Hukuki fiillerin diğer türünü oluşturan hukuka uygun fiiller ise hukuka uygun olan ve hukuk düzeni tarafından kendilerine sonuç bağlanan fiillerdir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

#### 1.1.4 Hukuki işlemler

Hukuki işlemlerde hukuki fiiller arasında yer almaktadır. Hukuki işlemde iradenin sadece fiile değil fiilin sonucuna da yönelmiş olması gerekir. Farklı bir anlatımla, hukuki işlemin oluşabilmesi için hukuk düzeni tarafından önceden belirlenen hukuki sonucun bu sonuca yönelen irade açıklamasının içeriğine uygun olması gerekir. Örneğin bir kimsenin başkasına maddi bir zarar vermesi hem hukuki bir olay, hem de hukuki bir fiil olarak kabul edilir. Ancak bu durum hukuk düzeninde hukuki bir işlem olarak kabul edilmez (Tekinay ve diğerleri (2012)). Hukuki işlemler, irade açıklamalarıyla vuku bulan hukuki sonuçların hukuk tarafından işlemi yapanın arzusuna uygun hukuki sonuç bağlanması suretiyle ortaya çıkmaktadır fiillerdir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

Hukuki işlemlerde irade beyanı, sadece fiile değil, onun hukuki sonucuna yönelmektedir. Dolayısıyla bir hukuki işlemde irade açıklamaları bulunmalı, bu irade açıklamaları hukuki sonuca yönelmeli ve hukuk düzeni irade açıklamalarının yöneldiği bu hukuki sonucu irade açıklamasına bağlamış olmalıdır. Buradan anlaşılacağı üzere hukuki işlemlerin kurucu unsuru irade açıklamasıdır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Ancak Kanun, bazı hukukî işlemlerde amaçlanan hukukî sonuçların doğabilmesi için irade açıklamasının dışında farklı şartlar da aramaktadır. Örneğin bazı durumlarda resmi bir makamın izni bazı durumlarda hukuki işlemin farklı bir resmi işlemle tamamlanması öngörülmüştür. Örneğin vakıf kurma işlemine bağlı olarak vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için, resmi senetle veya vasiyetname ile bu yöndeki iradenin açıklanması yeterli olmamakta, bu duruma ilave olarak vakfın ilgili sicile usulünce tescili de gerekmektedir (TMK m. 102/I). Bu çerçevede Kanun, bazı durumlarda, hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturan irade açıklamasının sadece sözlü olarak açıklanmasını yeterli bulmamış ve buna ilave olarak, irade açıklamasının belirtilen hukuki sonucu doğurabilmesi için önceden belirlenmiş bir şekilde yapılmasını öngörmüştür. Ayrıca Kanun hukuki işlemin kurulması için değil, kurulmuş olan hukuki işlemin hüküm doğurabilmesi için de bazı tamamlayıcı unsurlar da aranmışsa, bu durumda hukuki işlem doğmuş olmasına karşın herhangi

bir hüküm doğurmaz. Zira hukuki işlemin hüküm doğurması için aranan ilave şart henüz gerçekleşmemiştir. Örnek vermek gerekirse taşınır satışında sözleşmenin taraflarından biri sınırlı ehliyetsiz ise hukuki işlemin hüküm doğurabilmesi için yasal temsilcinin onayı da gerekmektedir. Ayrıca taşınmaz üzerindeki mülkiyetin alıcıya geçmesi için, borçlandırıcı işlem niteliğinde olan satış sözleşmesinden sonra tasarruf işleminin de yapılması gerekir. Mülkiyet hakkı, ancak satıcının yazılı talebi üzerine ve bu talebe uygun olarak, tapu memuru tarafından taşınmazın alıcı adına tapu kütüğüne tescil edilmesi ile alıcıya geçer. Burada tescil, tasarruf işleminin sonuç doğurması için ona eklenmesi gereken bir resmi fiildir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Genel olarak hukuki işlemler, düzenlendikleri hukuki ilişkinin içeriğine göre ticaret hukuku, kişiler hukuku borçlar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukuku gibi taraflardan birinin ediminin karşısında diğer tarafın da bir edim öngörmesi durumlarına göre farklı isimlendirilmektedir. Sözleşmenin tarafı işin bir edim karşılığında yapılmasını öngörüyor ise bu durumda ivazlı hukuki işlem söz konusu olur. Sözleşmede herhangi bir edim öngörülmemiş ise ivazsız hukuki işlem olarak adlandırılır. Hukuki işlemler hukuki sonuçlarını meydana getirdikleri an bakımından ölüme bağlı işlemler ve sağlararası hukuki işlemler, malvarlığına yaptıkları etkiye göre, borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri, sebebe bağlılık bakımından sebebe bağlı hukuki işlemler ve soyut hukuki işlemler olmak üzere farklı gruplara ayrılabilir. Bu ayrımların dışında hukuki işlemler, hukuki işleme katılanların sayısı bakımından tek taraflı ve iki veya çok taraflı hukuki işlemler olmak üzere sınıflandırılabilir. İki taraflı hukuki işlemler sözleşmeler, çok taraflı hukuki işlemler ise kararlardır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

### **1.1.5 Sözleşmeler ve kararlar**

Sözleşme, karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanı ile bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, irade açıklamalarından oluşan bir hukuki işlemdir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Uygulamada taraflarca en sık başvuru alan çok taraflı hukuki işlem,

sözleşmelerdir. Sözleşmelerde en az iki taraf bulunmaktadır. Fakat tarafları ikiden fazla kişiden oluşan sözleşmeler de bulunmaktadır. Örneğin ikiden daha fazla ortağın kendi aralarında kurdukları ortaklık sözleşmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Hukuki işlem, Borçlar Hukukunda düzenlenmiştir. Doktrin ve uygulamada sözleşme yerine, eş anlamlı olarak akit, bağıt veya mukavele kelimeleri de kullanılmaktadır. Sözleşme ile genel olarak taraflar karşılıklı olarak borçlanırlar. Bu sözleşmelere ilişkin kurallar, uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla diğer sözleşmelere de uygulanır. Ayrıca TBK da belirtilen sözleşme kavramı, sadece Borçlar Hukuku sözleşmelerini değil, aynı zamanda eşya hukuku, miras hukuku, kişiler ve aile hukukuna ilişkin sözleşmeleri de içermektedir (Eren, 2014). Kararlar da çok taraflı hukuki işlemlere örnek olarak gösterilebilir. Kararlar sözleşmelerden farklı olarak, aynı gruba dahil olan kişilerin ortak bir iş veya amaca ilişkin olarak karar almak başkana yöneltilmiş irade açıklamaları ile kurulmaktadır. Sözleşmelerde ise tarafların irade açıklamaları birbirlerine karşı yöneltilmekte, böylece irade beyanları arasında bir değişim gerçekleşmektedir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

### **1.1.6 İrade açıklamaları**

İrade açıklaması, bir kimsenin bir hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme ya da sonlandırma iradesini, söz, yazı veya işaretle dış dünyaya bildirmesi veya bu durumu doğrudan doğruya yerine getirmesidir (Eren, 2014; Antalya, 2012). Farklı bir tanıma göre ise hukuki bir sonuca yönelmiş isteğin açıklanmasına irade beyanı denir (Oğuzman & Barlas 2012). İrade beyanının açıklanmasında kişi, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik işlem için iradesini dış dünyaya ve karşı tarafa bildirmekte veya işlem iradesini doğrudan doğruya yerine getirmektedir. Bir irade açıklamasının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. İrade beyanı sahibinin vereceği anlama öncelik tanıyan yaklaşıma irade teorisi yaklaşımı denilmektedir. Tarafsız olarak üçüncü bir kişinin vereceği anlama öncelik tanınması yaklaşımına objektif güven teorisi veya klasik güven teorisi denilmektedir. Karşı tarafın vereceği anlama öncelik tanınması yaklaşımına ise subjektif beyan teorisi denilmektedir. Bunun yanında karşı tarafça bilinen bütün durumlar göz önüne alınarak dürüstlük kuralına göre verilmesi gereken anlamın temel alınması yaklaşımına modern güven teorisi denilmektedir. En son olarak bahsettiğimiz

modern güven teorisi, Borçlar Hukuku sistemine hâkim olan teori olup, bir taraftan sözleşmenin karşı tarafının dürüstlük kuralına göre bildiği veya bilmesi gereken bütün durumları değerlendirilerek, dürüstlük kuralı çerçevesinde, irade beyanına vermesi gereken anlamı korumakta ayrıca irade açıklaması yapan kişinin gerekli dikkati göstererek yaptığı açıklamanın, makul, normal ve dürüst bir insanca anlaşılmasına ilişkin haklı güveni korumaktadır (Oğuzman & Barlas 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Antalya, 2012). Bunun yanında irade açıklaması, irade beyanı ve irade faaliyeti olmak üzere ikiye ayrılır. İrade faaliyetinde kişi, bir hukuki işlemin kurucu unsuru olan iradeyi doğrudan yerine getirmekte veya işleme koymaktadır. Hem irade beyanında ve hem de irade faaliyetinde önceden belirli bir hukuki sonuca yönelmiş bulunan irade, bir fiil ile açığa vurulmaktadır. Farklı bir anlatımla, irade faaliyetlerinde işlem iradesi, bildirme kastı olmadan, maddi veya fiili hareketlerle doğrudan yerine getirilmektedir. Örneğin vale hizmeti sunan işletmeye gelerek arabasını bırakan kişi ile vale hizmeti sunan kişi arasındaki sözleşme irade beyanı ile değil, irade faaliyetiyle kurulmaktadır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

#### **1.1.6.1 Öneri ve öneriye davette şekil**

Öneri, bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanlarından zaman itibariyle, önce yapılamdır. Öneriyi zorunlu olarak alacaklının yapması gibi bir durum söz konusu değildir. Borç altına girmek isteyen kişi de öneride bulunabilir. yapabilir. Öneri, yönetilmesi gerekli bir irade açıklaması ile yapılır. Bunun tek bir kişiye yönelik olması gibi bir kural yoktur (Oğuzman & Öz 2013). Öneri, birden fazla kişiye de yapılabilir (Barlas, 2012). Bir mala fiyat yazarak satışa sunmak bu şekilde birden çok kişiye yapılan bir öneridir. Öneri, yapılmak istenen sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını barındırmalıdır. Bu esaslı unsurlar olmadan yapılan teklif öneri değil, öneriye davettir (Eren, 2014). Bir irade açıklamasının öneri mi, yoksa öneriye davet mi olduğunu ayırmak çok önemlidir. Şayet irade açıklaması bir öneri ise, öneriyi yapan kişi irade beyanı ile bağlı olacak ve karşı tarafın bu beyanı kabul etmesiyle sözleşme meydana gelecektir. Hâlbuki irade beyanı öneriye davet ise, bunu yapan kimse hiçbir şekilde bu beyanla bağlı olmayacak ve karşı tarafın cevabı üzerine sözleşmeyi yapıp yapmamakta serbest olacaktır (Oğuzman & Öz 2013;

Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Öneri, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Türk Borçlar Kanununda önerinin bağlı olacağı şekil konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle öneri konusunda da şekil özgürlüğü ilkesi geçerli bulunmaktadır. Ancak Kanun veya öneren tarafından sözleşmenin geçerliliği bir şekle bağlanmışsa, öneri niteliğindeki irade beyanının da bu şekil kapsamı içinde yapılması gerekir. Örneğin, taşınmaz bir malın satımına ilişkin öneri tapu sicil memuru önünde resmi şekilde yapılmalıdır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Ayrıca TBK m. 2/III çerçevesinde sözleşme Kanun tarafından bir şekle bağlanmışsa taraflar, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyuşmuş olsalar dahi şekle uymayan bir icap geçerli olmaz (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Öneren tarafından şekle bağlı bir önerinin geri alınması da herhangi bir şekle bağlı bulunmamaktadır. Önerinin geri alınması tek taraflı bir irade beyanıdır ve karşı taraf tarafından geri alma iradesinin öğrenildiği anda hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Kanunda belirtilen şartlara uygun olarak yapılmış bulunan öneriden dönme, öneriye ilişkin irade beyanının önüne geçerek hüküm doğurmada, önereni önerisinden kurtarmakta ve TBK m. 13 hükmünün uygulanmasının önüne geçmektedir. Ayrıca önerinin geri alınmasına ilişkin TBK 10. maddesi ile öngörülmesi olan şartlar arasında şekil şartı yer almamaktadır. Kanunda ayrıca geri alma beyanının geçerliliğine ilişkin özel bir şekil şartına da yer verilmemiştir. Bu nedenle irade açıklamasını geri alan, geri almaya ilişkin irade açıklamasını istediği şekilde yapabilir (Eren, 2014; Kılıçoğlu, 2012).

Öneride öneren kişi, sözleşmede bulunması gereken tüm esaslı noktaları irade açıklamasında belirtmektedir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Bu nedenle öneri niteliğindeki irade beyanının açıklanması ile sözleşme kurulmaktadır. Oysa öneriye davette ise irade açıklamasında bulunan kişi, sözleşme kurma iradesini net olarak açıklamamakta, sadece karşı tarafa belirli bir sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu bildirmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere yapılan irade açıklaması, kurulması

planlanan sözleşmenin esaslı unsurlarını belirli veya belirlenebilecek biçimde içermemektedir. Öneriye davet yapan kişiyi bağlamadığından ve bir hüküm doğurmadığından herhangi bir şekle bağlı değildir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

#### **1.1.6.2 Kabulde şekil**

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan bir diğer irade açıklaması ise kabuldür. Doktrinde tarafından benimsenen görüşe göre, kabulün öneri gibi, sonuç doğurabilmesi için önerene ulaşması gerekir. Kabul tek taraflı yenilik doğuran irade açıklamasıdır. Bu sebeple kabul beyanının öneriye uygun olması, öneriden farklı değişiklik ve eklemeler içermemesi ve öneren kişiye ulaşması gerekir. Öneriye uymayan ve öneriden daha farklı değişiklikler veya eklemeler içeren kabul beyanı ise artık yeni bir öneri olarak kabul edilir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Bunun yanında öneren kişi, Kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği olarak açık bir kabulü beklemek zorunda değil ise öneri, uygun bir sürede ret edilmese dahi, güven nazariyesi çerçevesinde kabul edilmiş ve sözleşme kurulmuş sayılır. Taraflar arasında kurulmak istenen sözleşme, Kanun veya taraflarca bir şekil şartına bağlanmışsa veya kabul için bir şekil şartına uyulması şart olarak belirlenmiş ise sözleşmenin kurulması için Kanun veya taraflarca öngörülen şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Dolayısıyla kabulün şekil kurallarına bağlı olması için şekil öngören hükümlerin kabul beyanı için de şekil öngörmüş olması gerekir. Zira taraflar arasında yapılan bazı sözleşmelerde öneri belirli bir şekle bağlı olduğu halde kabul beyanı herhangi bir şekle bağlı olmadan da yapılabilir. Ayrıca, Kanun tarafından kabul bir şekle bağlanmamış olmakla birlikte, öneren kişi, kabulün yazılı şekilde olmasını öngörmüş veya taraflar, TBK m. 17 hükmü çerçevesinde kabul iradesini bir şekle bağlamışlarsa, kabul beyanı bu şekilde yapılmadığı takdirde tarafları bağlamaz (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014).



Doktrinde bazı yazarlarca, öneren, önerisinde kabul beyanının belirli bir şekle uygun olarak yapılmasını şart olarak belirlemiş ise, ancak diğer tarafın kabul iradesi bu şekle uymuyorsa kabul, şekil eksikliği nedeniyle değil, kabul beyanı yapılmamış sayılacağından yokluk nedeniyle geçerli kabul edilmemektedir (Tuğ, 1994).

TBK 10. maddesi hükmü çerçevesinde, geri alma açıklamasının karşı tarafa kabule ilişkin irade açıklamasından önce veya aynı zamanda ulaşılmış veya kabule ilişkin irade beyanından sonra varmış olmasına rağmen kabulü geri alma açıklaması öneren kişi tarafından daha önce veya kabul ile aynı anda öğrenilmiş ise kabul beyanı geri alınabilir. Zira TBK 5. maddesi hükmü ve ulaşma teorisi çerçevesinde sözleşme, kabule ilişkin irade açıklamasının öneren kişiye ulaştığı anda kurulmuş olacağını belirtmiştir (Tuğ, 1994). TBK'nun 10. maddesi uyarınca geri dönme açıklaması yönünden ise öğrenme anı öne geçmekte ve kabulden dönmeye ilişkin irade beyanı, kabule ilişkin irade beyanının varma anında hukuki sonuç doğurmasına engellemektedir (Tuğ, 1994). Bu nedenle şekil kurallarına bağlı bir sözleşmenin kurulması için yapılan kabul beyanı bir şekle bağlı olmasına karşın, kabul beyanının geri alınması şekle bağlı değildir. Ayrıca geri alma beyanını, TBK m. 10 hükmü dahil, şekle bağlayan herhangi bir Kanun hükmü bulunmamaktadır. Zira kabul beyanının geri alınması neticesinde, geriye etkili olarak, kabul yapılmamış ve sözleşme hiç kurulmayacağından, şekle bağlı işlemin değişikliğine ilişkin TBK'nın 13. maddesinde belirtilen hüküm değil, şekil serbestisine ilişkin TBK m. 12/I hükmü uygulanmalıdır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

### **1.1.7 Sözleşme özgürlüğü**

Borçlar Hukukunda irade serbestisi ilkesi hâkimdir. İrade serbestisi, sözleşmeler açısından sözleşme özgürlüğü anlamına gelir. Buradan anlaşılacağı üzere sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, dilediği kişiyle sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin konusunu istediği gibi belirleme özgürlüğü, sözleşmeyi değiştirme özgürlüğü, sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğü olmak üzere geniş bir içeriğe sahip bulunmaktadır (Tuğ, 1994). Bu sebeple sözleşme özgürlüğü, kişinin istediği konuda, istediği koşullarda ve şekilde hukukî işlem ya da sözleşme yapabilmesi ve hak veya yetkiler kazanabilmesi ayrıca borç altına girebilmesidir. Farklı bir anlatımla sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel veya genel borç ilişkilerini,

hukuk sisteminin belirlediği sınırları içinde düzenleyecekleri sözleşmelerle özgür bir biçimde yapabilme yetkisidir. Zira TBK 26. maddede belirtilen hükme göre, sözleşmenin tarafları, yapmak istedikleri sözleşmenin içeriğini, Kanunda belirtilmiş olan sınırlar içerisinde, özgür bir şekilde belirleyebilirler. Bu doğrultuda, taraflar sözleşme yaparken Türk Borçlar Kanunu'nda belirlenmiş bulunan sözleşme şekilleriyle bağlı olmayıp Kanunda yer almayan bir sözleşme çeşidi veya Kanundaki birden fazla sözleşme çeşidini bir araya getirerek karma bir sözleşme yaratabilirler. TBK m. 12/I hükmünde belirtilen, sözleşmelerin geçerliliği, Kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekil şartına bağlı değildir diyerek sözleşme özgürlüğünün bir türü olan şekil özgürlüğüne işaret etmektedir. Zira, TBK m. 26 ve 27 hükümlerinde belirtilen; Kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmamak şartıyla taraflara bir sözleşmenin içeriğini ve şeklini özgürce belirleyebilme serbestisini tanıyan ilkeler de, sözleşme özgürlüğünün uygulanmasına ilişkin hukuk ilkeleridir. Diğer hürriyetlerde olduğu gibi, sözleşme özgürlüğü de mutlak ve sınırsız bir özgürlük değildir. Bu nedenle bu özgürlük de Kanunla ve özüne dokunulmamak şartıyla sınırlandırılabilir. Nitekim TBK m. 12/II hükmü ile Kanun tarafından şekil şartına bağlanmış bulunan sözleşmelerin bu şekle uyulmaması halinde hüküm doğurmayacağını belirtmiştir. Zira TBK m. 26 ve 27 hükümleriyle sözleşme hükümlerinin kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya sözleşme konusunun imkânsız olması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu belirtilmek suretiyle sözleşme özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilmiş bulunmaktadır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Özel hukukta sözleşme özgürlüğüne, sözleşme konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğüne Kanun tarafından getirilen sınırlamaya örnek olarak, sözleşme yapma zorunluluğu gösterilebilir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

### **1.1.8 Şekil özgürlüğü**

Şekil özgürlüğü, bir hukukî işlem veya sözleşmenin geçerliliğinin Kanun tarafından belirli bir şekil şartına tabi tutulmaması ve şekil serbestisi ilkesinin benimsenmiş olmasıdır. Şekil özgürlüğü, kişilere sözleşme yapmak istediği zaman, sözleşmenin

şeklini özgürce seçme ve yapılmış bir sözleşmeyi herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan değiştirme veya sözleşmeyi sona erdirmeye yetkilerini sağlamaktadır. TBK m. 12/I hükmünde belirtilen ve sözleşmelerin geçerliliğinin kural olarak bir şekil şartına bağlı olmadığına ilişkin temel ilke, Anayasada belirtilen sözleşme özgürlüğünün ve onun bir çeşidi olan şekil özgürlüğünün özel hukukumuzdaki bir görünümü olarak kabul edilir. Bu madde hükmünde sadece sözleşmeden söz edilmekle birlikte, burada belirtilen husus, tek taraflı hukuki işlemler ve kararlar da dahil hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanının, kural olarak, şekil özgürlüğü kuralına tabi olmasıdır. Farklı bir anlatımla, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin şekline ilişkin ilkeleri, kıyasen bütün irade açıklamalarına uygulanır. Türk Borçlar Hukukumuzda şekil özgürlüğünün benimsenmiş olmasının nedeni, hukukî işlemlerin kurulması, uygulanması, değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi sırasında taraflara şekil açısından kolaylık sağlamak, işlem ya da sözleşmelerin kurulmasını zorlaştırmaktan kaçınmaktır. Fakat Türk Borçlar Kanunu şekil özgürlüğünü mutlak bir özgürlük olarak öngörmemiştir. Şekil özgürlüğünü kural olarak benimsemiş olmasına karşın, genellikle taraflar açısından ağır yükümlülükler getiren, sözleşmenin zayıf olan tarafı için ekonomik yıkım oluşturabilen sözleşmelerin geçerliliklerini şekil kurallarına bağlamış, ayrıca taraflara da Kanun tarafından şekle bağlanmamış olan bir işlem veya sözleşmeyi şekil şartına bağlayabilme yetkisi tanımıştır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

### **1.1.9 Şeklin amacı**

Şekil kuralının temelde iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki özel koruma amacı diğeri ise genel koruma amacıdır.

#### **1.1.9.1 Şeklin özel koruma amacı**

Şekil şartı, kural olarak, sözleşmenin taraflarını düşünmeye sevk eder ve acele karar vermelerini önlemeyi amaçlamaktadır. Zira şekil, hukuki işlemi yapan taraflara bu hukuki işlemde doğan hak ve borçlarını gösteren bir araçtır. Bu sebeple şekil kuralına uymak, tarafların hak ve borçlarının belirlenmesine ve herhangi bir uyuşmazlık halinde tarafların kendilerini kolayca savunabilmelerine kolaylık sağlar. Şekil kuralı, bazen sözleşmenin her iki tarafını, bazen ise taraflardan sadece birisini

korur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise şekil şartı her iki tarafı koruma amacı gütmektedir (Tunçomağ, 1976; Altaş, 1998).

#### **1.1.9.2 Şeklin genel koruma amacı**

Kanun tarafından bazı hukuki işlemler için şekil öngörülmesinin temel amacı, tarafları korumanın yanında, hukuk düzenine duyulan güveni ve iyi niyetli üçüncü kişileri korumaktır. Örneğin, taşınmaz satım sözleşmelerinde sözleşmelerinin tapu sicil müdürlükleri tarafından yapılmasında amaç, kamu düzenini, tarafları ve iyi niyetli üçüncü kişileri korumaktır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Borçlar Hukuku anlamında amaç, ilke olarak, işlemi yapan tarafları korumaktır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012). Bu nedenle şekil kuralının genel koruma amacının kapsamına taraflar dışındaki üçüncü kişilerin menfaatleri ile kamunun menfaati de girmektedir. Borçlar Hukukunda şekil kuralını temel amacı genellikle özel korumadır (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

#### **1.1.10 Şekil serbestisi ilkesi**

Serbestlik herhangi bir emrin, baskının ya da kuralın olmamasını, insanların davranışlarını kendi kişisel iradesiyle belirleyebilmesini ifade eder. Buradan anlaşılacağı üzere, serbestlik iradeye bağlıdır ve burada bahsedilen irade toplumun iradesi değil kişinin kendi kişisel iradesidir (Ateş, 2007).

Serbesti kavramının özel hukuktaki görünümü ise kişilerin mevzuatın belirlemiş olduğu sınırlar içinde hukuki ilişkilerini özgürce kurması, değiştirmesi ve sonlandırması şeklindedir (Yıldırım, 2015; Eren, 2015). Serbesti kavramı, kişinin irade özgürlüğünü, kişinin bağımsız olduğunu, kendi kurallarını kendisinin koyabileceği, ayrıca kişi borç altına girecek ise buna ancak kendisinin karar verebileceğini ifade eder (Eren, 2015).

Borçlar Hukukunda irade özgürlüğü ilkesi egemen olup irade özgürlüğü bu hukuk düzleminde yansıması sözleşme serbestisi şeklinde olmuştur (Eren, 2014). Sözleşme

serbestisi, irade özgürlüğünden doğar ve kişilerin özgür iradelerinin dışı yansıması olarak kabul edilir (Oğuzman & Öz 2016; Antalya & Osman Gökhan 2013; Yavuz, 2016; Tekinay ve diğerleri (1993); Ayan, 2005; Zevkliler, 2004). Bu kapsamda, irade özgürlüğü sözleşme özgürlüğünün ideolojik esasını oluşturur (Mollamahmutoğlu & Astarlı 2014). Sözleşme serbestisi ve sözleşme serbestisinin kaynağı olan irade özgürlüğünün özünde bireylerin hukuken eşit oldukları, toplumda herkesin kendi menfaatini en iyi biçimde koruyacağı ve borç ilişkilerini istedikleri bir şekilde yapabilecekleri görüşü bulunmaktadır. Herkes özgür olup hukuki işlemler ile kendi menfaatlerini kendileri serbestçe koruyabilmektedir. Bireylere dışarıdan gelebilecek her türlü baskı ve zorlama, sözleşmenin taraflarına eşitlik anlamında zarar verir. Herkes kendi yararını en iyi biçimde gözetip istediği zaman, bu yararın toplamından oluşan genel yarar de en iyi şekilde gerçekleşmiş olur (Eren, 2014).

Sözleşme serbestisi ile kişiler kararları doğrultusunda özel ilişkilerini bizzat düzenleyip şekillendirmek için sözleşme yapma yoluna giderler. Bu kapsamda sözleşme, iki tarafın bir borç ilişkisini doğurmak üzere birbiriyle uyuşan karşılıklı irade beyanlarıyla oluşan hukuki işlemdir (Zevkliler, 2004). Kişiler hukuki işlem yaparken serbest irade ile hareket ederek bizzat uymak zorunda oldukları hukuk kurallarını koyarlar. Böylece karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile yaptıkları sözleşmeleri kullanırlar. Taraflar bu sözleşmelerle sınırlı da olsa kendilerini borç altına sokan ya da hak sahibi yapan konuma girerler (Eren, 2004).

İrade özgürlüğünden doğan sözleşme serbestisi ilkesi, niteliği gereği kendi içinde farklı özgürlükleri de bulduran geniş bir kavramdır (Ateş, 2007). Bu özgürlükler, sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi, şekil serbestisi, sözleşme yapıp yapmama serbestisi, sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisi ve sözleşmeyi sonlandırma serbestisi şeklinde ortaya çıkar. Sözleşme yapma serbestisi, sözleşme kurup kurmama noktasında herkesin dilediği gibi davranması anlamına gelmektedir (Antalya, 2012). Her birey dilediği bir sözleşmenin tarafı olabilecek, kişi kendi iradesi ile borç ve sorumluluk altına girebilecektir. Kimse istemediği zaman bir sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi istediği bir sözleşmeyi yapmaktan da alıkonulamayacaktır (Ayan, 2005; Eren, 2014). Zira bir sözleşmesel ilişki kurmayı kabul etmek kadar, sözleşme yapmamak da kanuna ve hukuka uygun bir hakkın kullanımı anlamına gelmektedir (Ateş, 2007; Ayan, 2005; Eren, 2004; Yavuz 2014). Sözleşmenin diğer tarafını belirleme serbestisi, kural olarak herkesin dilediği kişiyi seçme özgürlüğü şeklinde tanımlanabilir. Bu durum sözleşmenin iki tarafı için de

geçerli olan bir kural olup, bu kural ile kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmaya zorlanamaz (Ateş, 2007; Ayan, 2005; Eren, 2004; Yavuz, 2014).

Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi, sözleşmenin taraflarının hukuk düzeninin belirlediği ölçüler içinde, kendi özgür iradeleri ile yapacakları sözleşmenin konusunu, borçlarını istedikleri şekilde oluşturmalarını, sözleşmenin içinde bulunmasını istedikleri hususları diledikleri gibi dâhil etmelerini, ayrıca sözleşmenin içeriğini değiştirmelerini ya da sözleşmenin süresini kararlaştırmayı sağlayan bir özgürlüktür (Ayan, 2005; Antalya, 2012). Kurulan sözleşmenin daha sonradan içeriğini değiştirmek ya da kurulan sözleşmeyi ortadan kaldırmak için tarafların bu noktalarda da anlaşmaları gerekir. Çünkü haklı bir sebep bulunmadan sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapamaması esastır (Ateş, 2007; Ayan, 2005; Eren, 2004; Yavuz, 2014). Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi sözleşmenin şeklini de serbestçe belirleyebilme serbestliğini içinde barındırır. Böylece sözleşme kurmak isteyen kişiler kanunda öngörülen sözleşmenin hükümlerini tamamıyla kabul edip kanuna atıf yapabilecekleri gibi, Kanunda öngörülen bazı sözleşme tiplerini değiştirerek da sözleşme yapabilirler. Taraflar isterlerse ayrıca Kanunda düzenlenmemiş yeni bir (atipik) sözleşme oluşturabilirler (Ateş, 2007; Ayan, 2005; Eren, 2004; Yavuz 2014; Antalya, 2012).

Şekil serbestisi ilkesi, sözleşme yapmak isteyen tarafların iradelerini açıklarken kural olarak iradelerin herhangi bir şekle bağlı olup olmayacağını özgürce seçebilmeleridir (Ateş, 2007; Ayan, 2005; Antalya, 2012). Farklı bir anlatımla, şekil serbestisi sözleşmeyi oluşturacak tarafların iradelerini açıklarken, sözleşmeyi yazılı şekilde düzenleyip düzenlememe, yazılı şekil de düzenleyecekler ise adi yazılı şekli veya resmi yazılı şekli seçme konusunda tamamen serbest olmaları anlamına gelmektedir (Ateş, 2007; Ayan, 2005; Eren, 2004; Yavuz 2014; Antalya, 2012).

Sözleşmeyi sonlandırma serbestisi ise sözleşmenin tarafı olan kişilerin karşılıklı olarak özgür iradeleri ile yaptıkları sözleşmeyi istedikleri bir zamanda sonlandırması anlamına gelir (Tekinay ve diğerleri (1993)). Sözleşme kurma özgürlüğü gibi bu sözleşmeyi istenilen bir zamanda karşılıklı olarak sonlandırabilmek de sözleşme serbestisinin bir sonucudur (Tekinay ve diğerleri (1993)).

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, özel hukukun en temel kavramlarından biri, belki de en önemlisidir (Atamer, 2001). Günümüz modern hukuk sistemlerinin temelinde de bu ilke yer almaktadır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, Kanunlarımızda açık ve belirgin bir şekilde tanımlanmamıştır (Akar, 2007).

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin birbiri ile yakından bağlantılı iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin iradesi ve arzusu olmadan yükümlülük altına girmemesini; ikincisi ise, kişinin istediği hususta ve şartlarda sözleşme yapabilme ve hak elde edebilme özgürlüğünü ifade eder. Bu bağlamda sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel hukuk alanı içerisinde kalan borç ilişkilerini, hukuk düzeninin çizmiş olduğu sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla serbestçe düzenleyebilme özgürlüğü olarak tanımlanabilir. Borçlar Kanununun 11. maddesinde sözleşmenin geçerliliği Kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle bağlı olmadığı belirtilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere Borçlar Kanunu sözleşmelerin kurulmasında şekil özgürlüğü prensibini benimsemiştir. Yukarıda naklettiğimiz maddede akdin sıhhati ile kastedilen durum sözleşmenin geçerliliğidir. Şekil serbestisi hukuki işlem yapmayı amaçlayan tarafların iradelerinin şeklini dilediği biçimde belirleyebilme özgürlüğüdür (Tekinay ve diğerleri (1993)). Türk hukuk sisteminde kural olarak şekil serbestisi istisna ise şekil zorunluluğudur. Şekil özgürlüğü tanınmasının maksadı tarafların modern hayatın hızına ve gereklerine uygun hareket edebilmeleridir. Bununla birlikte taraflar veya Kanun koyucu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını belirli şekli kurallara uyulmasına bağlamış ise bu şekil kurallarına aykırı olarak yapılan sözleşme geçerli olarak hukuk âleminde hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu kural BK 11. maddenin 2. fıkrasında “Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz” şeklinde ifade edilmiştir. Tarafların şekil şartı getirebilmelerine imkân tanıyan BK 16. maddesinde yer alan ifade ise şöyledir: “Sözleşmenin iki tarafı Kanunen hususi bir şekle tâbi olmayan bir akdin hususi bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, akit takarrür eden şekilde yapılmadığı takdirde iki taraf bununla ilzam olunamaz. İki taraf muayyen bir surette keyfiyeti izah etmeyerek tahriri şekilden bahsetmiş oldukları takdirde, Kanun bu şekle riayet olunmasını emrediyorsa, iki tarafın ona riayet etmesi lazımdır”. Borçlar Hukuku kapsamında sözleşmelerin kurulması ve taraflar arasında sonuç doğurabilmesi için genel kural şekil serbestisidir (Oğuzman & Öz 2013; Oğuzman & Barlas 2012; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Altaş, 1998; Kılıçoğlu, 2012; Reisoğlu, 2012; Tekinay ve diğerleri (2012); Antalya, 2012).

### **1.1.11 Şekil zorunluluğu ilkesi**

Borçlar hukukunda genel kural her ne kadar şekil serbestisi olsa da taraflar veya Kanun koyucu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını belirli şekil kurallarına bağlamış olabilir. Artık böyle bir durumda usulüne uygun bir sözleşmenin ve hukuki işlemin kurulması için Kanunun veya tarafların belirlemiş olduğu kurallara riayet etmek gerekecektir. Böyle bir durumda artık şekil serbestisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu duruma aykırı olarak yapılan sözleşme hukuk âleminde geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu kural BK 11. maddenin 2. fıkrasında “Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz ” şeklinde ifade edilmiştir. Tarafların şekil şartı getirebilmelerine imkân tanıyan BK 16. maddesinde yer alan ifade ise şöyledir: “İki taraf kanunen hususi bir şekle tâbi olmayan bir akdin hususi bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, akit tekerrür eden şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla ilzam olunamaz. İki taraf muayyen bir surette keyfiyeti izah etmeyerek tahriri şekilden bahsetmiş oldukları takdirde, Kanun bu şekle riayet olunmasını emrediyorsa, iki tarafın ona riayet etmesi lazımdır.” Kanunun veya tarafların şekil kuralına uyma zorunluluğunu bir ispat vasıtası olarak değil de bir geçerlilik şartı olarak getirdiği hallede, bu kurala riayet edilmemesi sözleşmelerin geçersizliğine sebep olmaktadır (Altaş, 1998). Kanunun sözleşmenin kurulmasını yazılı şekil şartına bağladığı hallere örnek olarak alacağın temliki (BK 163/1), kefalet (BK 484), bağışlama taahhüdü (BK 238/2) ve taşınmaz satım sözleşmeleri (BK 213) gösterilebilir (Nomer, 2012).

## **1.2 Türk Hukuk Sisteminde Şekil Serbestisi**

### **1.2.1 Anayasa hukukunda şekil serbestisi**

Türk hukuk sisteminde sözleşme serbestisi ilkesini Anayasa ile teminat altına alınmıştır (Eren, 2014). Anayasanın 12. maddesinde kişilerin temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu, AY'nın 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin sınırları gösterilmiştir. Sözleşme serbestisi de AY'nın 48. maddesinde temel hak ve özgürlükler arasında sayılmıştır. Anayasanın bu düzenlemesine göre, herkes istediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahiptir (Etürk, 2002). AY'nın 48. maddesinin gerekçesinde irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde bireyin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma özgürlüğünün garanti altına alınmasının doğal



olduğu ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca AY'nın 48. maddesinde çalışma özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğünden bahsedilmiştir. Anayasa da bahsedilen çalışma hürriyeti; kişilerin iş sözleşmesi ile istediği alanda çalışabileceğini belirtmektedir. Böylece Anayasa ile belirtilen çalışma hürriyeti iş sözleşmesi yapma serbestisi anlamına gelir. Anayasada belirtilen teşebbüs özgürlüğü; kişilerin istedikleri meslekte istedikleri büyüklükte özel işletmeler kurarak ticari faaliyette bulunabileceklerini belirtir. Bu haliyle teşebbüs özgürlüğü, devamlılık isteyen iktisadi faaliyeti özgür bir biçimde yapma anlamına gelir. Anayasada açıkça belirtilen sözleşme serbestisi ise, sözleşme düzenleyip ya da düzenlememe, sözleşme yapılacak ise sözleşmenin çeşidini, tarafını ve sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisidir (Battal, 2001).

Sözleşme serbestisi AYM'nin verdiği bir kararda şöyle tanımlanmıştır: "Sözleşme serbestisi, özel hukukta bulunan irade serbestisi ilkesinin Anayasa hukuku alanında ki dayanağı konumundadır. Özel hukukta bahsedilen irade serbestisi, bireylerin yasal sınırlar içinde istedikleri hukuki sonuca varabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme hürriyeti aynı zamanda Devletin, bireylerin diledikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması demektir. Sözleşme hürriyeti gereğince kişiler, hukuki ilişkilerini bağımsız iradeleriyle düzenlemekte serbesttir. AY'nin 48. maddesinde açıkça korunan sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşme düzenleme serbestisinin yanında, taraflar arasında düzenlenen sözleşmelere 3. kişiler tarafından yapılan müdahaleleri de yasaklamaktadır. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararda anlaşılacağı üzere sözleşme serbestisi, kişilerin kanuni sınırlar içinde bağımsız iradeleri ile sözleşme yapabilmelerini belirten anayasal hak olarak belirtilmiştir. Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması hususunda 2001 yılında değişiklik yapılmıştır. Değişiklik öncesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması noktasında özel sınırlama nedenleri düzenlenmemekteydi. 2001 yılında Anayasada yapılan düzenleme ile Anayasada belirtilen kamu düzeninin, millî güvenliğin, kamu yararının, genel asayişin, genel sağlığın ve genel ahlâkın koruma altına alınması amacı şeklindeki genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sadece AY'nin ilgili maddelerinde ifade edilen nedenlerle sınırlı olmak üzere ve hakkın özüne dokunmaksızın sınırlanabileceği kabul edilmiştir (Battal, 2001).

### 1.2.2 Borçlar hukukunda şekil serbestisi

AY'daki sözleşme serbestisinin yanında taraflar arasında bulunan borç ilişkisini ve sözleşmeler hukukunu düzenleyen TBK'nda da sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. TBK'nda tarafların sözleşme içeriğini Kanunda bulunan sınırlamalar çerçevesinde serbestçe oluşturabileceği ve Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmadığı sürece sözleşmenin geçerli olacağı kabul edilmiştir (Zevkliler, 2004). Bu durumdan anlaşılacağı üzere, TBK da sözleşme özgürlüğü mutlak olmayıp, sınırlı olarak kabul edilmiştir (Eren, 2014).

TBK'nda sözleşme serbestisinin sınırları genel olarak çizilmiştir. Sözleşme serbestinin sınırlarını emredici kurallar, ahlak, kamu yararı ve kişilik hakları oluşturur. Genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılığı düzenleyen kurallar emredici olan kurallardan bazılarıdır. Ancak bazen emredici kural olmamakla birlikte ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık oluşturan hallerde sözleşmenin geçersizliği söz konusu olur (Antalya, 2012).

Emredici olan hukuk kuralları mutlak emredici ve nispi emredici olan hukuk kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hukuk kuralları tarafların uymaları gereken ve tarafların anlaşarak ortadan kaldıramayacağı hukuk kurallarıdır (Antalya, 2012). Kanun, bazı durumlarda bir hukuk kuralının emredici nitelikte olduğunu ve bu kuralın aksine sözleşme düzenlenemeyeceğini açıkça belirtmektedir (TBK md. 116/f. 3, gibi). Bu durumda belli kurallara uymama, kamu düzenine, kişilik haklarına ya da ahlaka aykırı ise bu kural mutlak emredici nitelikte değerlendirilebilir (Antalya, 2012). Nispi emredici hukuk kurallarında ise kanunun belirlediği imkân dâhilinde aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarıdır. Örnek olarak işçi yararına olması şartıyla İş Kanunundaki bildirim sürelerine ilişkin süreler sözleşme ile değiştirilebilir.

Bir sözleşmenin hukuken geçerli olabilmesi için içerisinde bulunan maddelerin mutlak emredici hukuk kurallarına uyması gerekir (Oğuzman & Öz 2013). Emredici kuraldan kaçınmak için kanuna karşı hile yapılması durumunda dahi aynı yaptırım uygulanır (Oğuzman & Öz 2013). Taraflarca bir hukuki işlemi yapılırken işlemin emredici hukuk kurallarına aykırı olup olmadığı hususunu bilmesi önemli değildir. Sözleşmede emredici nitelikteki hukuk kuralına aykırılık olması halinde işlem geçersiz olur (Antalya, 2012).

Sözleşmenin geçerli olması için sözleşmenin içeriğinin kamu düzenine de uygun olması gerekir. Zira kamu düzenine ait kurallar her zaman emredici nitelikte olup bu kurallar özel hukukta da kamu hukukunda da bulunmaktadır (Reisoğlu, 2012). Sözleşmede herhangi bir emredici hüküm bulunmasa da düzenlenen bir sözleşme kamu düzenine uymuyorsa, bu sözleşme de geçersiz olarak kabul edilir (Oğuzman & Öz 2013).

Kamu düzenine aykırı sözleşmeler gibi kişilik haklarına aykırı yapılmış olan sözleşmeler de hükümsüz olur. Bu nedenle TMK bir kimsenin şeref ve haysiyetini, vücut bütünlüğünü, sosyal ve ekonomik özgürlüğünü, doğrudan kendisine karşı korumuştur. TMK'nın 23. maddesi kimsenin, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini belirtmiştir. Aynı madde kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini ya da onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını, yazılı talep üzerine insan kökenli biyolojik olan maddelerin alınamayacağını, biyolojik madde verme yükümlülüğü altına girmiş olan kişiden edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği belirterek, kişinin kendi rızasıyla özgürlüğünden yoksun kılınması da önlenmiştir. Bu kapsamda hiç kimse tarafı olduğu sözleşme ile kişilik hakkından ve kişiliğini oluşturan önemli unsurlardan olan hak ve fiil ehliyetinden vazgeçemez. Örnek olarak, bir kişi ölünceye kadar çalışamayacağına ilişkin sözleşme yapamaz, böyle bir sözleşmenin yapılması durumunda ise de bu sözleşme geçersiz sayılır (Akıntürk & Karaman 2014).

Sözleşme özgürlüğünü sınırlayan diğer bir sebep de imkânsızlıktır. Sözleşme serbestisini sınırlayan imkânsızlık; sözleşmenin içerisinde bulunan edimin ya da edimlerden herhangi birinin en baştan itibaren objektif biçimde imkânsız olmasıdır (Eren, 2014). Farklı bir anlatımla, sözleşmede belirtilen edimin en başından itibaren imkânsız olması, sözleşmenin kurulduğu anda ifa edilmesinin mümkün olmaması, ifayı engelleyen imkânsızlığın en geç sözleşmenin kurulması anında bulunması gerekir. Sözleşmenin kuruluş anında bulunan imkânsızlık koşulların daha sonradan değişmesiyle ortadan kalksa da sözleşme geçerli olarak kabul edilemez. Fakat sözleşme bir süreye ya da koşula bağlı yapılmışsa bu sürenin dolduğu veya koşulun gerçekleştiği zamanda sözleşmenin ifası mümkünse artık imkânsızlıktan bahsedilemez ve bu sözleşme geçerli olarak kabul edilir (Eren, 2014). İmkânsızlık; hukuki bir nedenden kaynaklanabileceği gibi doğal olaylar sebebiyle de söz konusu olabilir. Örnek olarak, satış sözleşmesi yapılan tablonun, sözleşmenin düzenlendiği sırada yanması halinde sözleşmenin başından beri imkânsızlık söz konusu olur.

Sonraki imkânsızlık ise başlangıçta bulunan imkânsızlık durumundan farklıdır arz eder. Sonraki imkânsızlıkta sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bir imkânsızlık durumu söz konusudur (Eren, 2014).

### **1.2.3 İş hukukunda şekil serbestisi**

Türk Hukukunda sözleşme yapma açısından genel kural sözleşme serbestisidir. TBK'nun genel kural olan sözleşme yapma serbestisini belli bir ölçüde sınırlamış olduğunu yukarıda açıklamıştık. İş Hukukundaki düzenlemeler de işçiyi koruma düşüncesiyle sözleşme serbestisini sınırlamaktadır (Oğuzman & Öz 2013). İş Hukukunun başlama nedeni olan işçiyi iktisadi açıdan işverenin karşısında koruma fikri sözleşme serbestisinin sınırlandırılmasındaki başlıca nedendir (Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014).

İş sözleşmesi serbestisi, işçi ve işverenlerin iş sözleşmesi yapıp yapmama, sözleşmenin içeriğini belirleme, yapılan sözleşmeden cayma serbesti ve sözleşme yapılacak tarafı belirleme özgürlüğünü ifade etmektedir (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014). Bu durumda kural olarak işveren ve işçiler istedikleri kişi ile istedikleri içerik ve biçimde iş sözleşmesi yapabilirler (Aktay ve diğerleri (2013)). İş Hukuku alanında Borçlar Hukukunda olduğu gibi sözleşme serbestisi mutlak değildir. Devlet, çalışanların yaşam kalitesini artırmak, çalışma yaşamını iyileştirmek için çalışanları ve işsizleri koruma altına almak, kişilerin çalışmasını desteklemek, işsizliği azaltmak için gerekli önlemleri alır. Bunun yanında sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan ekonomik, siyasal ve sosyal engelleri azaltmak, hatta ortadan kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi için istenilen ortamı oluşturmaya çalışmak devletin görevleri arasında bulunmaktadır. Bu maddeler hep birlikte değerlendirildiğinde ekonomik haklardan olan çalışma özgürlüğü hakkının kullanılmasını zorlaştıran durumlar bulunması durumunda devlet bu engelleri ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri almak zorundadır. İş sözleşmesi serbestisine ilişkin sınırlandırmanın temelinde de Anayasada düzenlenen bu düşünce yatmaktadır (Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu

& Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014). Sözleşme serbestisinin sınırları bir yandan İş Kanunu ve Borçlar Kanunu ile diğer yandan toplu iş sözleşmeleri tarafından belirlenmiştir. Bu bağlamda iş sözleşmesi serbestisi kanunun belirlediği sınırlar çerçevesinde şu şekilde belirtilmiştir: Taraflar iş sözleşmesini, Kanun maddeleriyle belirlenmiş sınırlamalar saklı kalmak şartıyla, ihtiyaçlarına uygun bir şekilde düzenleyebilirler. İşverenler ile iş sözleşmesine istinaden işçiler arasındaki çalışma şartlarını düzenleyen İş Kanunundaki özel hükümler bütün işyerleri, işveren ve işçiler için uygulama alanı bulamamaktadır. İş Kanunu dışında bazı işlerde çalışan kişilerin iş ilişkilerini düzenleyen özel Kanunlar vardır. Genel Kanun olma durumu da dikkate alınarak özel Kanunlarda hüküm bulunmayan durumlarda TBK'na başvurulması gerekir (Eyrenci ve diğerleri (2010)). Bu sebeple sözleşme serbestinin İş Hukukundaki durumunu incelerken TBK hükümlerini de göz önünde bulundurmak gerekir.

TBK 393. maddesi gereğince iş sözleşmesi; işçinin işverene bağlı olarak belirli ya da belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de işçiye ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İş Kanununun 8. maddesine göre iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesi ile oluşan sözleşmedir. Kural olarak sözleşmenin tarafları iş sözleşmesinin içeriğini istedikleri gibi düzenleyebilirler. Bunun yanında diğer sözleşmeler için geçerli olan ve emredici hükümleri içeren TBK md.26 ve md.27 hükümleri iş sözleşmeleri için de sınırlayıcı sonuç doğurmaktadır (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014). Bu durumda iş sözleşmeleri de diğer bütün sözleşmeler gibi Kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamalı ve iş sözleşmelerinin konuları imkânsız olmamalıdır (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014). İş sözleşmesi kural olarak şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle taraflar sözleşmeyi yazılı veya sözlü olarak yapabilir. İş Kanunu bazı durumlarda bu kurala istisnalar getirmiştir. İstisna olarak getirilen şekil kuralları ise büyük ölçüde işçiyi korumayı amaçlamaktadır (Doğan Yenisey, 2014). Örneğin, çağrı üzerine veya uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri, bir yıl ya da daha uzun süreli iş sözleşmeleri, takım sözleşmesi ile oluşturulacak iş sözleşmeleri ve geçici iş ilişkisi bu durumun istisnalarını oluşturur. İş Kanununun dışında Deniz İş Kanununda, Basın İş Kanununda ve Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında yapılacak iş sözleşmelerinin de yazılı yapılması mecburidir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Sümer, 2014).

Kanunda öngörülen yazılı şekil adi yazılı şekildir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Sümer, 2014). İş Kanununda yazılı olarak sözleşme yapılmayan durumlarda işveren işçiye en geç iki ay içinde genel veya özel çalışma şartlarını, günlük veya haftalık çalışma zamanının, işçinin ücreti ve varsa ücret ilavelerini, ücreti ödeme zamanını, süresi belli ise sözleşmenin süresini, sözleşmenin feshi durumunda tarafların uymaları gereken durumları belirten yazılı belge vermekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca toplu iş sözleşmelerine konulacak hüküm ile kanunen şekil şartına tabii olmayan sözleşmeye yazılı şekil kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmesinin tarafları da kanunen yazılı olarak yapılması belirtilmeyen bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler (Aktay ve diğerleri (2013); Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014).

TBK'nun 12. maddesinde Kanunda sözleşmeler için belirtilen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olarak kabul edilmiştir. Bu şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir. Böylece Kanunda açıkça yazılı bir şekilde yapılması belirtilen iş sözleşmeleri yazılı olarak yapılmadığı takdirde geçersiz olacaktır. Fakat doktrinde yer alan bir görüşe göre şeklin işçiyi koruma amacı taşıdığı, geçersizlik yaptırımının kabullenilmesi durumunda bunun işçinin bazı hakları kullanmasını kısıtlayacağı ve bu durumun da işçinin korunması amacına uygun düşmeyeceği öngörülerek kanunda aranan şekil şartının ispat şartı olması gerektiği savunulmuştur (Aktay ve diğerleri (2013); Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014). Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise, iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmaması durumunda sözleşmeyi geçersiz saymak yerine sözleşmeyi tahvil ile tarafların iradelerine en uygun biçimde ayakta tutulması gerektiğini savunmaktadır (Oğuzman & Öz 2013; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012). Böylece belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması durumunda sözleşmenin geçersiz kabul edilmeyeceği sadece belirli süreli olma özelliğini kaybederek belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği belirtilmektedir (Oğuzman & Öz 2013; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012).

Katıldığımız görüş ise, şekil kuralına ilişkin hükmü geçerlilik şartı olarak kabul etmek ve sözleşmeyi geçersiz olarak kabul etmek işçi için zararlı sonuç doğurabilecektir. Bu nedenle şekil kuralına aykırılığı geçersizlik sonucuna bağlamak yerine şekil şartını ispat şartı olarak kabul etmek ve sözleşmeyi ayakta tutmak en uygun çözüm olarak kabullenmek doğru olacaktır. Bunun yanında şekil şartının ister geçerlilik şartı ister ispat şartı olarak aranmasında geçersizliğin öne sürülmesinde dürüstlük kuralının (TMK md. 2) da göz önünde bulundurulması gerekir. İş sözleşmeleri hukuk kuralları ile belirtilen sınırlar dâhilinde serbestçe düzenlenebilir. İş sözleşmesinin içeriğini serbest bir biçimde yapılmasını sınırlayan bu hükümler, işçiyi korumak maksadıyla getirilmiş olduğundan, işçi yararına bunlardan vazgeçilebilir (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014). Toplu iş sözleşmeleri de içerik açısından iş sözleşmesini sınırlayan diğer bir nedendir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmediği sürece iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı maddelerinin yerini toplu iş sözleşmesinde bulunan maddeler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin olması durumunda iş sözleşmesinin işçi lehine olan hükümleri geçerli olarak kabul edilir. Böylelikle işverenin iş sözleşmesi yapma serbestisi toplu iş sözleşmesinde işçi yararına sınırlandırılmış olur. Sözleşme serbestisi ilkesi, sözleşmeyi sonlandırma serbestisini de kapsar. Ancak iş sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi sona erdirme serbestisi iş güvencesi ile önemli bir şekilde sınırlandırılmıştır. İşçinin işine keyfi biçimde son verilmemesini düzenleyen bu sınırlama işçiyi korumayı amaçlamaktadır. Bu sebeple işveren iş sözleşmesini sona erdirmek için İş kanununda belirtilen sebeplere bağlı olmak zorundadır. Bunun yanında taraflar belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini anlaşarak her zaman sona erdirebilirler (Aktay ve diğerleri (2013); Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014).

### **1.3 Şeklin Faydaları**

Kanunen veya sözleşmenin taraflar tarafından öngörülen şekil koşulunun bazen faydalarının bazen de sakıncalarının olduğunu belirtmek gerekir.

İrade açıklamalarının belli bir şekle bağlı kalınarak yapılması öncelikle hukuki işlemlerin hızlı bir şekilde yapılmasının önüne geçer. Bu durum taraflarca yapılacak sözleşmenin iyi düşünölmek suretiyle yapılmasını sağlar (Feyzioğlu, 1976). Şekil kuralının faydalarından biri, şeklin sözleşmeye açıklık getirmesidir (Eren, 2014). Şekil şartına bağlılık, tarafların irade açıklamalarının net olarak anlaşılmasını sağlar. Böylelikle taraflar, sözleşmenin niteliğini, kuruluş zamanını, üzerinde anlaşmışları veya anlaşamadıkları hususları açık bir şekilde anlamaya çalışırlar (Tuğ, 1994). Şeklin taraflara sağladığı bir diğer fayda da, şeklin tarafları uyarıcı bir rol oynamasıdır (Antalya, 2012). Bunun anlamı şeklin, tarafların beyanlarının üzerinde düşünmek imkânını sağlamasıdır (Eren, 2014).

Şekil şartı, iş hayatında aleniyet sağlar ve üçüncü kişilere işlemde haberdar olma imkânını verir. Çünkü bazı durumlarda taraflar arasında kurulan sözleşmeler üçüncü kişileri de ilgilendirir. Sözleşmelere şekil şartı koyulması, sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini sağlar. Bu durum sözleşmenin sadece taraflara karşı değil üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi için önemlidir. Aksi takdirde üçüncü kişilerin taraflar arasında bir sözleşme yapıp yapılmadığını bilme imkânları olmaz. Açıklık, özellikle sözleşmenin resmi bir sicile tescil edilmesiyle elde edilir. Resmi sicil ve senetler sağlam ve güçlü temellere dayanır. Bundan dolayı da bu senet ve siciller daha güçlü ispat araçlarıdır. Burada şekil, hukuki işlemi maddi bir cisim içinde tuttuğu için, taraflara ve üçüncü kişilere açıklık ve güven temin eder ve bir anlamda hukuki güvenliği sağlamaktadır (Eren, 2014).

### **1.3.1 Kesinlik sağlaması**

Şekil kuralı öncelikle taraf ya da tarafların işlem iradelerinin ciddiyetini göstermekle, bir hukuki işlemin ya da sözleşmenin tasarısı ya da görüşme aşamasında olmadığını ve sözleşmenin ya da hukuki işlemin kesin olarak yapılmak istendiği iradesini ortaya koymaktadır ( Eren, 2014).

### **1.3.2 Tarafları düşünmeye sevk etmesi**

Bir hukuki işlemin ya da sözleşmenin Kanun tarafından ya da taraflarca daha önceden belirlenmiş şekil şartına tâbi kılınmış olması, işlemi yapan tarafları ayrıntılı olarak düşünmeye, acele karar vermemeye, dikkatsiz davranmamaya sevk eder. Bu duruma şekli şartının ikaz fonksiyonu da denir (Akyol, 1995). Doktrinde, şekil kuralına uymak için gerekli olan sürenin, tarafları doğru ve isabetli kararlara



yönlendirmek için faydalı olduğu ifade edilmiştir (Göktürk, 1937). Diğer bir ifadeyle, şekle uymak, tarafları şeklin konusu olan şey üzerinde düşünmeye sevk eder ve onların yanlış kararlar almalarına engel olur (Göktürk, 1937). Sözleşmenin yazılı şekilde ve hatta sözleşmenin resmi makam önünde yapılması kişinin sözleşme konusu üzerinde daha dikkatli ve detaylı düşünmesini sağlar.

Özellikle taşınmaz satışı ve bunun gibi önemli ekonomik varlık ve değerleri içeren sözleşmelerde, tarafların dikkatlice ve etraflı olarak düşünmesi çok büyük önem taşımaktadır. Bu sebepten dolayıdır ki şekil esasının tarafları karar vermeden önce düşünmeye sevk eden ikaz görevi taşıyan önemli bir unsur olduğu göz ardı edilemez bir gerçektir. Örnek vermek gerekirse, TBK 288. maddesinde düzenlenen bağışlama sözleşmesinin türü olan bağışlama sözü verme (bağışlama vaadi) taşınmazlar dışındaki diğer değerlere yani taşınırlara ve alacaklara ilişkin ise yazılı şekle tâbidir. Taşınmazlar ve taşınmazlara ilişkin aynı haklara ilişkin bağışlama sözü verme ise resmi şekle tâbi kılınmaktadır. Bu resmi şekil tapu müdürü ya da onun görevlendireceği tapu memuru düzenleyecektir (Yavuz, 2013). Yukarıda belirtilen gerekçelerle Kanun koyucu, taraflara birtakım zararlar doğurabilecek sözleşmelerin yazılı yapılmasını öngörmüştür.

### **1.3.3 Sözleşmeye açıklık sağlanması**

Şekil kuralları bir hukuki işlemde tarafların irade beyanlarına açıklık getirmekte ve birden fazla anlam ifade edebilecek kapalı, belirsiz ve şüpheli noktalara açıklık kazandırmaktadır. Örneğin bir kamu görevlisi tarafından düzenlenen resmi yazılı şekli söz konusu olduğunda, memur çoğu kez tarafların iradelerini ileride şüpheye yol açmayacak şekilde kaleme alır ve bu sayede tarafların irade beyanları anlaşılır, açık ve kesin olarak ortaya çıkar (Tekinay ve diğerleri (1993)). Örnek vermek gerekirse; tapu memuru tarafından taşınmaz satış sözleşmeleri, noterler tarafından araç satış sözleşmelerinde irade beyanları açık, net ve kesindir.

### **1.3.4 Sözleşmeye aleniyet sağlanması**

Hukuki işlemlerin tâbi olduğu şekil kuralları, iş hayatında aleniyet sağlar ve üçüncü kişilere işlemde haberdar olma imkânını verir. Çünkü bazı durumlarda taraflar arasında kurulan sözleşmeler üçüncü kişileri de ilgilendirmekte ve hatta etkilemektedir. Böyle hallerde üçüncü kişiler ancak şekil koşulu sayesinde yapılan sözleşmelerden haberdar olabilmektedirler (Eren, 2014). Sözleşmelere şekil şartı

koyulması, sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini sağlar (Antalya, 2012). Bu durum sözleşmenin sadece taraflara karşı değil üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi için önemlidir. Aksi takdirde üçüncü kişilerin taraflar arasında bir sözleşme yapıp yapılmadığını bilme imkânları olmaz (Tuğ, 1994).

Açıklık, özellikle sözleşmenin resmi bir sicile tescil edilmesiyle elde edilir. Resmi sicil ve senetler sağlam ve güçlü temellere dayanır (Eren, 2014). Bundan dolayı da bu senet ve siciller daha güçlü ispat araçlarıdır. Burada şekil, hukuki işlemi maddi bir cisim içinde tuttuğu için, taraflara ve üçüncü kişilere açıklık ve güven temin eder ve bir anlamda hukuki güvenliği sağlar (Eren, 2014).

### **1.3.5 Sözleşmeye ispat ve güvenlik sağlaması**

Şekil şartı bir hukuki işlemin ya da sözleşmenin kurumuş olup olmadığı ve içeriği hakkında ispat güvenliği ve kolaylığı sağlamaktadır. Tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hususlar ayrıntılı olarak yazıldıktan sonra tarafların yazılı olarak belirtilen hususları noktasında uyuşmazlık çıkma ihtimali azalacaktır. Zira bu durumda da uyuşmazlıklar artacak ve ispat imkânının güçleşmesine veya ortadan kalkmasına sebep olacaktır (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014)). Ayrıca sözleşmenin resmi bir sicile tescil edilmesi de ispat güvenliği noktasında çok önemlidir. Resmi sicil ve senetler sağlam ve güçlü ispat kaynaklarıdır.

### **1.3.6 Sözleşmeyi yorumlamayı kolaylaştırması**

Şekil kavramının faydalarından biride tarafların irade beyanlarından faydalanarak sözleşmenin yorumlanmasıdır. Yargılama sırasında hâkim belirli bir şekle uyulmak suretiyle açıklanmış olan irade beyanını yorumlama imkânı bulacaktır. Örneğin noter vasıtası ile resmi şekle tâbii olarak araç satış sözleşmesi yapan kişinin iradesinden kendisine ait olan aracı satmak istediği açık, kesin ve net bir şekilde bellidir. Ayrıca taraflar arasında resmi şekilde ve usulüne uygun olarak yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden, kişinin ileride sözleşmeye konu taşınmazını satmayı vaat etmiş olduğu çok daha kolay bir şekilde yorumlanabilmektedir. Bu tür sözleşmelerin yorumlanması kolay olduğu gibi, amaçlanan irade beyanları da kolay bir şekilde anlaşılacaktır (Tekinay ve diğerleri (1993)).

### **1.3.7 Sözleşmeyi idari açıdan denetlemeyi kolaylaştırması**

Denetim unsuru, yönetim faaliyetlerinin, kabul edilen plâna göre yapılıp yapılmadığını belirten önemli bir araçtır (Demiray, 1990). Modern yönetim anlayışında denetim çok önemlidir. Bu nedenle kamu yönetiminde denetim amacına yönelik kurumlar bulunmalıdır (Tosun, 1984). Memurları açısından denetimin farklı etkileri vardır. Örneğin, bir denetim mekanizmasının bulunması, memurların davranışlarını devamlı olarak düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bir diğer etkiye örnek vermek gerekir ise, memurların yapacakları işlerde resmi ve şekli bir sonucun doğması hedeflemektedir (Gourney, 1971).

Yönetim bilimi olarak denetimin yöneldiği amaçlar ise devlet yönetimlerinin, yaptıkları işlerde orantısız bir biçimde genişlemelerine engel olmak, memurlarının hukuki metinleri keyfi olarak yorumlamalarını engellemek, bürokratların, idare edilenlerin haklarını yok sayarak bazen buldukları makamları kendi çıkarları için kullanmalarını sağlamaktır (Örnek, 1992).

Kamu yönetimi açısından denetleme, en çok bürokratların ve memurların görevleri nedeniyle sahip oldukları makamları keyfi bir biçimde kullanmalarını engellemek açısından çok önemlidir. Yukarıda bahsedilen denetim işlemlerinin tam olarak yapılabilmesi ve kontrolünün sağlanabilmesi için idarenin yaptıkları işlemleri yazılı şekilde yapmasına bağlıdır. Yazılı şekil kurallarına ilişkin düzenlemeler her zaman hukuka ilişkin yasal düzenlemelerden ibaret olmayıp bazen de idari kurumların kontrolünü sağlamaya ilişkin düzenlemeler de olabilir. Yazılı şekil hukuki işlemlerin aleniyetini sağlayarak bu hukuki işlemlerde idarenin kontrolüne yardımcı olmaktadır (Örnek, 1992).

### **1.4 Şeklin Sakıncaları**

Şekil kavramının faydaları olduğu gibi bir takım sakıncaları da bulunmaktadır. İrade açıklamalarının belli bir şekle bağlı kalınarak yapılması öncelikle hukuki işlemlerin hızlı bir şekilde yapılmasının önüne geçer. Çünkü tarafların iradelerini olduğu gibi değil de Kanunun aradığı biçimde açıklamaları durumunda bir sürenin geçeceği ve bu sürenin de hukuki işlemi yavaşlatacağı açıktır. İrade beyanı açıklamasının şekle bağlanmasının bir diğer sakıncası da, şeklin taraflar arasında kurulacak olan sözleşmelerin sağlıklı olarak kurulmasını geciktirmesidir (Saymen, 1950). Kanun koyucunun belirlediği şekil her ne kadar basit ve anlaşılır olsa da, günümüz

koşullarında şekli yerine getirmek için uyulması gereken kurallar sözleşmenin yapılma süresini uzatır ve sözleşmenin kurulmasını zorlaştırır. Bununla beraber doktrinde, tarafların uyması gereken şekil kavramının varlığı yargılama prosedürünün hızlı ilerlemesi bakımından faydalı olduğu yolundadır. Hukukî işlem veya sözleşmenin yazılması, gerektiğinde sözleşmede bulunan hataların düzeltilmesi, taraflarca kabul edilen sözleşmenin imzalanması, hukukî işlemin notere veya başka makamlara düzenlenmesi veya onaylatılması, tescil veya ilan edilmesi, zaman kaybına neden olur (Saymen, 1950). Ayrıca, Kanun tarafından şekle bağlanmış bulunan işlemlerde, örneğin tarihin hiç yazılmaması veya yanlış yazılması, imzanın yanlış yere atılmış olması, metinde bazı çıkıntı veya silintilerin yer alması veya benzer eksiklik veya hatalar nedeniyle tarafların iradelerine uygun bir hukukî işlemin geçersiz olma ihtimali ve şekil eksikliği nedeniyle işlemlerin yeniden yapılma zorunluluğu, hukukî işlem veya sözleşmelerin yapılmasını zorlaştırmaktadır (Saymen, 1950). Bunun yanında tapu sicili gibi resmi sicillerin varlığının çekişmeleri ve soru işaretlerini azaltacağı kuşkusuzdur (Göktürk, 1937). Tapu sicili gibi resmi sicillerin bulunması ve tarafların yaptıkları sözleşmelerin bu sicillere tescil edilmesi şeklinde sözleşmeler yapılmak istendiğinde tarafların ciddi ve ciddi olmayan irade açıklamaları birbirinden kolaylıkla ayırt edebilir (Göktürk, 1937).

Şeklin sakıncaları incelenirken bunlardan başka, irade açıklamalarını şekle tâbi tutmanın, o şeklin yerine getirilmemesi durumunda, sözleşmenin geçersizliğine sebep olacağı ve bu durumun tarafların amaçlarının gerçekleşmemesi sonucunu doğuracağını da göz önünde tutmak gerekir. Diğer bir ifadeyle, şekle uyulmaması nedeniyle taraf iradelerinin geçerlilik kazanamaması söz konusu olabilir (Antalya, 2012).

Şeklin bir diğer sakıncası da, genel işlem koşullarında olduğu gibi, şeklin, hazırlayana avantaj sağlaması nedeniyle sözleşmenin diğer tarafının sözleşme özgürlüğünü tehlikeye düşürebilecek olmasıdır. Diğer bir ifadeyle sözleşmeyi hazırlayan taraf, dilediği şekil şartını getirerek sözleşme yapma konusunda başka bir şansı olmayan sözleşmenin karşı tarafına karşı üstünlük sağlamış ve sözleşmenin diğer tarafının özgürlüğünü tehlikeye atmış olacaktır. Son olarak şeklin bazı durumlarda ispatı zorlaştıracığını ifade etmek gerekir. Kişilerin sürdüğü iddiaların ispatı için birtakım belgeler aranması ve kişinin sadece o belgeleri ileri sürememesi durumunda haksız çıkarılması, bazı hallerde adalet duygusunu zedeler (Antalya, 2012). Yukarıda sayılan sebepler de dikkate alınarak Kanun koyucu bizim hukuk

sistemimiz bakımından şekil serbestisi ilkesini benimsemiştir. Ancak TBK m. 12/II'de şekil serbestisi ilkesinin istisnası düzenlenmiştir. Bu kurala istisna getirilmesinin nedeni, şeklin sakıncalarının olmasının yanında birtakım faydalarının da olmasıdır.

### **1.5 Şekil Serbestisi Sakıncalarının Giderilmesi**

İş sözleşmesinin herhangi bir şekle şartına tâbi olmamasının işçi açısından bazı olumsuz sonuçları vardır. Öncelikle İşçi çalışma koşulları hakkında yeterli bilgi sahibi olamayabilir. İşveren iş sözleşmesinin temel unsurları olan ücret, iş görme borcu ve çalışma süresi gibi çalışma şartlarında dilediği değişiklikleri kolay bir şekilde yapabilir. Bunun yanında iş sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılmaması durumunda, taraflar arasında yaşanacak ihtilafta işçi ispat zorluğu yaşayacaktır (Güzel, Ertan & Ugan,2014).

Kanun koyucu bu tür sorunları göz önünde bulundurarak iş sözleşmelerinde genel kural olarak şekil serbestisi esasını kabul etmekle birlikte işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlü tutmuştur. İş Kanununun 8. maddesi işverenin işçiyi çalışma koşulları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü yüklemiştir. Burada asıl amaç taraflar için yazılı bir şekil kuralı öngörmekten ziyade, işverenlere iş ilişkisi ya da iş sözleşmesinin unsurları hakkında işçiyi bilgilendirme borcu yüklemektir. Avrupa Konseyi, 9 Aralık 1989 tarihinde işçilerin temel sosyal hakları şartını kabul etmiştir. Bu yönergede işçiye yapılacak bilgilendirmede asgari düzeyde hangi unsurları içermesi gerektiğinden bahsetmiştir. Ayrıca bu yönerge de bilgilendirmenin şeklinden ve ispat gücünden de bahsedilmiştir. İşverenin işçiye yazılı bir iş sözleşmesi veya işçinin işe alınacağına dair bir taahhüt mektubu ya da yönergenin ikinci bendinde öngörülen bilgilerin tamamını içeren bir belge vermesi işçiyi bilgilendirme borcu açısından yeterlidir (Güzel, Ertan & Ugan, 2014).

Çalışma koşulları hakkında bilgilendirme borcu kapsamında işveren tarafından verilen yazılı belgenin ispat gücü noktasında iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin varlığının ispatına ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin uygulanmasına engel teşkil etmez (Güzel, Ertan & Ugan, 2014).

Yönergeye göre işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında sayılan belgelerden birini işçinin işe başlamasından itibaren en geç iki ay içerisinde yerine getirmekle yükümlüdür (Güzel, Ertan & Ugan, 2014).

İş Kanunu 8. maddesine göre, işverenin işçiye yazılı belge verme yükümlülüğünün iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı durumlarda verilmesinin gerektiğini belirtmiştir (Akyiğit, 2014).

İş Kanunu 8. maddesine göre, bilgilendirme için işçiye verilecek belgede genel ve özel çalışma koşulları ve süresi, ücret, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümler bilgilendirmenin asgari düzeyde içeriğinde bulunması gereken zorunlu unsurlardır (Akyiğit, 2014). Ayrıca yine İş Kanununun 8. maddesi hükmü kapsamında işçiye yapılacak bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (Güzel, Ertan & Ugan, 2014). Çünkü söz konusu belgenin, taraflar arasında çıkacak bir uyuşmazlıkta işçi için aynı zamanda bir ispat aracı olabileceği belirtilmiştir.

## 2. ŐEKLİN TŪRLERİ

### 2.1 Kaynaklarına Göre Şekil

Şekil kavramı günümüz hukuk dünyasında önemli bir yere gelmiş bulunmakla birlikte geçmiŐte de önemli bir noktada olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Eski dönemleri göz önüne alırsak Şekil kavramı o zamanlar zarfında günümüzdeki kadar yumuŐak değerlendirilmemekte ve hatta sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul edildiği grlmektedir (Altaş, 1998). Şekil kavramı kaynaklarına göre yasal (kanuni) Şekil ve iradi (rızzai) Şekil olmak üzere ikiye ayrılır.

#### 2.1.1 Yasal Şekil

Belirli bir hukukî işlem veya sözleşmenin belirli bir Şekilde yapılması Kanun tarafından öngörülmüşse yasal (kanuni) Şekil söz konusudur. Burada Şeklin kaynağı kanundur. Kanun tarafından ngrlmŐ bulunan Şekil, kural olarak bir geçerlilik koşuludur (Tekinay ve diğerleri (1993)). Bu durumun doğal sonucu olarak, Kanun tarafından ngrlmŐ Şekle uyulmadan yapılan bir hukukî işlem veya sözleşme, kural olarak, geçerli olmaz (TBK m. 12/II). Ancak bazı hukuki işlemlerde Şekil kuralına uyulmaması geçersizlik sonucunu doğurmaz. Örneğin TMK m. 166 hükmüne göre, evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evlilik, Kanunun diğer Şekil kurallarına uyulmadığı için kesin hükümsüz sayılamaz (Altaş, 1998). Kanun, bir sözleşmenin geçerlilik Şartını sözleşmenin bir bölümü veya tamamı için ngrebilir. Eğer Şekil kuralı, sözleşmenin tamamı için Şekil öngörülmüşse bağımsız sözleşme; sözleşmenin belli bir bölümü için öngörülmüşse bağımlı bir sözleşme söz konusudur. Örneğin taşınmaz satım sözleşmesi, bağımsız bir sözleşmedir ve bu sözleşmenin geçerli olması için tamamının resmi Şekilde yapılması gerekir (Erman, 2012). Buna karşılık bir sözleşme rneğin Şekle bağlı olmayan iş sözleşmesiyle birlikte yazılı Şekle bağlı rekabet yasağı sözleşmesini de içeriyorsa ortada bağımlı bir sözleşme bulunmaktadır (Altaş, 1998). Genel olarak Şekil Şartı ngren Kanun hükümleri emredici nitelikte olduklarından, taraflar bu kuralları aralarında yapacakları bir anlaŐmayla etkisiz hale getiremezler (Reisoğlu,

2012). Kanun tarafından şekil eksikliği için öngörülen yaptırım, kesin hükümsüzlük ise hâkim o hukuki işlem veya sözleşmenin Kanunun aradığı şekle uygun olup olmadığını kendiliğinden (resen) dikkate alır. Şekil serbestisi, Türk Borçlar Kanunu yönünden ana ilke olduğundan taraflar veya yasaca bir şekle bağlanmamış olan hukuki işlem veya sözleşmeleri istedikleri şekilde gerçekleştirebilirler (TBK m. 12/I). Kanun tarafından öngörülmemiş bulunan şekil koşulu, hâkimin boşluk doldurması yolu (TMK m. 1) ile veya örf ve adet hukukuna dayanılarak yaratılamaz. Kanun tarafından düzenlenmemiş bulunan sözleşmelerin şekle bağlı olup olmadıkları ise şekle ilişkin hükümlerden ve şeklin amacından hareket edilerek belirlenebilir (Reisoğlu, 2012).

### **2.1.2 İradi şekil**

Kanun tarafından şekle bağlanmamış bulunan bir hukukî işlem veya sözleşmenin taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile belirli bir şekle bağlanmasına “iradi (rızaî) şekil” denir. Şekil taraflardan sadece biri taraftan öngörülmüşse tek taraftan kaynaklanan şekil; her iki taraf anlaşarak şekil öngörmüş ise iki taraftan kaynaklanan şekil söz konusudur (Altaş, 1998). Taraflar sözleşmenin hangi şekle tâbi olacağı hususunda anlaşmışlar ise, ancak şeklin çeşidini bildirmemişlerse, tarafların kararlaştırdığı şeklin yazılı şekil olduğu kabul edilir (TBK m.17/II) (Antalya, 2012). İradi şekli şartı, yasal şekil gibi, sözleşmenin hem objektif, hem de sübjektif bütün esaslı noktalarını kapsamalıdır (Eren, 2014). Taraflar bir sözleşmenin şekle bağlanması konusunda bir anlaşma yapmışlarsa, sözleşmenin usule uygun olarak yapılması için sözleşmenin anlaşılabilir şekilde yapılması gerekir. Taraflar bu şekli mutlaka bir geçerlilik şekli olarak kabul etmek zorunda değildir. Zira taraflar bir ispat şekli gerçekleştirmeyi hedeflemiş olabilirler. Emredici nitelikte olmayan TBK m. 17/I hükmü, şüphe halinde taraflarca öngörülen şeklin bir ispat şekli değil, bir geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda bir karine getirmiş bulunmaktadır (Kılıçoğlu, 2012). Şu halde şekil anlaşmasında şeklin niteliği belirtilmemişse bu şeklin bir geçerlilik şekli olmadığını iddia eden kimse bu iddiasını kanıtlamak suretiyle bu karineyi çürütebilir (Kılıçoğlu, 2012). İspat şartı olarak iradi şekil, kira, hizmet ve ortaklık sözleşmeleri gibi sürekli edim ilişkisi doğuran sözleşmelerde kanıtlama kolaylığı ve hukuki güvenlik amaçlarıyla öngörülmektedir (Altaş, 1998). Taraflar arasında yapılan ve bir sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılmasını öngören sözleşmeler ise herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Taraflar



arasında kurulan sözleşmelerin istenen hukukî sonucu doğurabilmesi için esas sözleşmeden önce veya en geç esas sözleşme kurulduğunda yapılmış olması gerekir (Kılıçoğlu,2012). Zira sözleşmenin kurulmasından sonra şekle ilişkin anlaşma, kurulmuş olan sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; sadece sözleşmenin ispatına bir kolaylık sağlar (Kılıçoğlu, 2012). Taraflar kendi aralarında belli bir şekil öngörmüş, fakat bu şekle nasıl uyulacağı hususlarına ilişkin sorunları düzenlememiş ise Kanun da öngörülen şekillere ilişkin kurallar, TBK m. 17/II hükmü uyarınca, bu şekle de uygulanır (Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2008)). Taraflar, TBK m. 14/I hükmünden ayrılarak, borç altına giren veya girmeyen bütün tarafların imzalarının metinde yer almasını veya metnin tamamının taraflardan birinin el yazısı ile kaleme alınması gerektiğini kararlaştırabilirler (Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2008)). Ayrıca taraflarca öngörülen şekil zorunluluğu ifa ile ortadan kalkar (Tekinay ve diğerleri (1993)). Ayrıca taraflar şekle bağlı olmayan bir sözleşmeyi yazılı şekle bağlamış, fakat sözleşmede şekil eksikliği bulunmasına rağmen her iki taraf, çekince koymadan sözleşmeyi ifa etmişlerse, şekle ilişkin anlaşmayı sonradan karşılıklı rıza ile değiştirmiş sayılırlar (Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2008)). Çünkü taraflar, öngördükleri şekil şartını, herhangi bir şekle bağlı olmadan, değiştirebilirler veya sözleşmeyi öngördükleri şekilde yapmalarına karşın içeriğini bu şekle uymadan değiştirebilirler (Tekinay ve diğerleri (1993)). Doktrinde yer alan bir görüşe göre, hukuki işlemin taraflarca kararlaştırılan şekil şartı yerine getirilmeden ifa edilmesi, taraf iradeleriyle belirlenen şekil şartının bir geçerlilik koşulu olmadığını gösterir (Eren, 2014). Nitekim TBK m. 13 hükmünde yer alan, Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesi ifadesi nedeniyle bu şart sadece Kanun tarafından yazılı şekle bağlanan sözleşmeler için aranmış yani iradi şekil için aranmamıştır. Ancak taraflar sözleşmede değişiklik yapılmasını da bir şekle bağlamışsa, öngörülen şekle uyulmadan yapılan değişiklikler tarafları bağlamaz (Kılıçoğlu, 2012). Taraflar, sözleşmeden dönme veya diğer yenilik doğuran hakları veya tek taraflı işlemleri de şekle bağlamışlarsa, TBK m. 17 hükmü uyarınca, bu işlemler, öngörülen şekilde yapılmadıkça tarafları bağlamaz. Ancak işlem veya sözleşme taraflarca öngörülen şekilde yapılmamış olmasına rağmen uzun bir zaman uygulanmış ve buna taraflar bu duruma rıza göstermiş ise, taraflardan birisinin bireysel menfaati gereği işlem veya sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğini ileri sürmesi, dürüstlük kuralı (TMK md. 2) ile bağdaşmaz (Tekinay ve diğerleri (1993)). Ayrıca taraflarca bir şekil kararlaştırılmış, fakat bu şeklin bir

geçerlilik şekli veya bir ispat şekli olduğu hususu belirtilmemiş ise, TBK m. 17 hükmü ile getirilen karine gereğince, karşılaştırılan şekil bir geçerlilik şeklidir. Herhangi bir hukuki işlemin kurulması için Kanunda ayrıca bir şekil şartı aranmıyorsa bu hukuki işlemin geçerliği şekil şartına bağlı değildir. Kanuni bir şekle tâbi olmayan bir sözleşme taraflarca başka bir şekil şartına tâbi tutulabilir. Ancak bu durum şekil şartının iradi olmasını değiştirmez. Sonuç olarak hukuki işlemin geçerliliği için aranan şeklin kaynağının tarafların irade beyanı olması durumunda iradi şekil söz konusu olur.

## **2.2 Yapılış Tarzına Göre Şekil**

Yapılış tarzına göre şekil türleri genel olarak; sözlü şekil, nitelikli yazılı şekli içeren yazılı şekil, resmi şekil, belirli bir sicile tescil (resmi tescil) ve ilan olmak üzere beşe ayrılır (Tekinay ve diğerleri (1993)). Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından, tescil ve ilanın şekil olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır (Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2008)). Ayrıca doktrinde bazı yazarlar ise nitelikli yazılı şekil yerine resmi bir memurun tasdikine bağlı yazılı şekil türünü de eklemektedir (Tekinay ve diğerleri (1993)). Türk Borçlar Kanunu'nda yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil ve resmi şekil; Türk Medeni Kanunu'nda aile malları sicili ve tapu sicili (tescil) ile ilgili hükümler bulunmaktadır (Oğuzman & Öz 2013). Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nda bazı hukuki işlemler için öngörülmüş kendine özgü şekiller de mevcuttur. Örneğin evlenme akdi, kendisine özgü bir sözlü sözleşme ile kurulur (TMK m. 142). Keza, sözlü vasiyetname için de özel hükümler öngörülmüştür (TMK m. 539). El yazılı vasiyetname bakımından da yazılı şekle hem biçim hem içerik yönünden farklı şekil kuralları öngörülerek nitelikli yazılı şekil benimsenmiştir (TMK m. 538). Kanun koyucu, bazen yazılı şeklin içeriğine veya imzanın atılacağı yeri de kendisi belirlemektedir. Örneğin; kefalet akdi yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmedir. Fakat Kanun, kefalet sözleşmesinin şekli yönünden bunu yeterli görmeyip, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve varsa kefaletin müteselsil olduğunun kefil olacak kişinin el yazısıyla yazılmış olmasını da öngörmektedir (TBK m. 583). Keza TBK m. 253 hükmü ile taksitle satım sözleşmesi metninde; tarafların adı ve yerleşim yeri, satışın konusu, satılanın peşin satış bedeli, taksitle ödeme sebebiyle ödenecek ilave bedel, toplam satış bedeli, alıcının nakden veya aynen üstlendiği diğer bütün edimler, peşinat,

taksitlerin tutarı ile vadesi ve alıcının yedi gün içerisinde irade açıklamasını geri alma hakkı, varsa mülkiyetin saklı tutulmasına ilişkin anlaşma kayıtları, temerrüt veya vadenin ertelenmesi durumunda ödenecek faiz ve sözleşmenin kurulduğu yer ile tarihin de yer alması gerektiği belirtmiştir.

### **2.2.1 Sözlü şekil**

Sözlü şekil bir hukuki işlemin kurulması ve geçerliliği için iradenin sözlü olarak ortaya çıkmasıdır. Sözlü şekil bir şekilsizlik değildir. Burada hukuki işlemin kurulması için sözlü bir irade beyanı gereklidir. Bu anlamda şeklin örneği evlenme sözleşmesinde ve sözlü vasiyetnamede görülmektedir. Bu sözleşmelerin kurulabilmesi için tarafların sözlü olarak beyanları gerekecektir. Roma hukukunda sözlü şekilde öngörülen belirli formül ve ifadeler, günümüzde sözlü şekilde kullanılmamakta, daha basit formül ve biçimler tercih edilmektedir. Basit formül ve biçimleriyle sözlü şekil, günümüzde bazı hukuki işlemlerin kurulması için bir geçerlilik şartı olabilir. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nda sözlü şeklin geçerlilik koşulu olarak düzenlendiği bir hüküm bulunmamaktadır. Aile ve miras hukukumuzda ise evlenme sözleşmesinin nikâh merasimi (TMK m. 142) (Dural ve diğerleri, 2013) ve sözlü vasiyetin başlangıç bölümünün sözlü şekilde yapılabileceği belirtilmiştir. (TMK m. 539) gösterilmektedir (Tekinay ve diğerleri (1993)).

#### **2.2.1.1 Evlenme sözleşmesi**

Türk Aile Hukuku'nda evlenme töreni, memur huzurunda sözlü olarak kurulan bir sözleşmedir. Bu durum Türk Medeni Kanunu'nun 142. maddesinde ifade edilmiştir. Madde hükmünde evlendirme memuru, evlenecek kişilere evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların karşılık olarak olumlu sözlü cevaplarını verdikleri zamanda meydana gelir. Resmi memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun bir şekilde kurulduğunu açıklar şeklindedir. TMK m. 142'den anlaşılacağı üzere, evlendirme memurunun soracağı sorulara tarafların sözlü bir biçimde vereceği beyanla sözleşme kurulmuş olur (Hatemi, 2005; Hatemi, & Kalkan Oğuztürk 2013; Akıntürk & Karaman 2013; Dural ve diğerleri (2014); Helvacı & Erlüle 2004). Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, evlilik sözleşmesinde de karşılıklı irade beyanlarının bulunması gerekir (Hatemi & Serozan 1993; Köprülü & Kaneti 1986; Hatemi, 2005; Hatemi, & Kalkan Oğuztürk 2013; Akıntürk & Karaman 2013; Dural ve diğerleri (2014); Helvacı & Erlüle 2004). Tarafların resmi evlendirme

memuru önünde hazır bulunmaları ve iradelerini beyan etmeleri gerekir. Farklı bir anlatımla açıklanacak ifadenin açık ve olumlu olması lazımdır. Aksi takdirde evlenme sözleşmesi geçerli olarak kabul edilemez (Hatemi & Serozan 1993; Köprülü & Kaneti 1986; Hatemi, 2005; Hatemi & Kalkan Oğuztürk 2013; Akıntürk & Karaman 2013; Dural ve diğerleri (2014); Helvacı & Erlüle 2004).

Evlenme sözleşmesinin kurulmuş olması için tarafların beyanlarını karşılıklı olarak bizzat bildirmeleri gerekir. Evlenme töreni resmi evlendirme memuru önünde ve iki tanığın huzurunda, tarafların hazır bulunmalarıyla yapılır (TMK m.141, c. 1). Evlenme sözleşmesinde kanuni temsilci kullanılması söz konusu olamaz (Hatemi & Serozan 1993; Dural ve diğerleri (2014);vOğuzman & Dural 1998; Lale & Lale 2009; Helvacı, 2011). Bu durum, evlenme sözleşmesinin mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının sonucudur (Hatemi & Serozan 1993; Dural ve diğerleri (2014); Oğuzman & Dural 1998; Lale & Lale 2009; Helvacı, 2011). Dolayısıyla taraflar bir arada bulunmadan ayrı zamanda ve ayrı yerde beyanda bulunurlarsa yine evlenme sözleşme kurulmuş olmaz. Tarafların irade beyanlarını açıklamaları ile evlilik sözleşmesi kurulmuş olduğundan artık memurun bu durumu açıklaması kurucu bir beyan kabul edilmez (TMK m. 142/son). Yüksek Mahkeme 13.12.1985 T, 1985/4 E, 1985/9 K, numaralı kararında Türk Medeni Kanunu, zorunlu nikâh ilkesini benimseyerek, evlenme sözleşmesinin ilçelerde belediye başkanı veya başkanın evlenme işlerine görevlendirdiği vekili, köylerde ise köy muhtarı önünde yapılmasını hükme bağlamış olduğunu belirtmiştir. Evlendirme memurunun ve aynı zamanda muhtarın kendi idari birimi dışında yaptığı evlenme sözleşmelerinin geçerliliği hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkeme üyelerinin bazıları tarafından paylaşılan ve bizimde katıldığımız görüşe göre, yer itibariyle yetkisi olmayan bir resmi memurun yaptığı evlenme işlemleri geçersizdir. Çünkü evlenme sözleşmesinin asli şartlarından biri evlenecek kişilerin iradelerinin karşılıklı olarak açıklamaları, diğer şartın ise memurun evlenme merasiminde bulunmasıdır. Ayrıca, Medenî Kanun'un 108. maddesinde belirtilen hükme göre belediye başkanlığında veya ihtiyar heyetinde belediye başkanı ya da başkanın evlendirme işleri için görevlendirdiği temsilcisi veya muhtarın evlendirme memuru olarak kabul edilebileceği, her evlendirme memurunun yalnızca kendi idari sınırları içinde evlendirme işlemi yapabilme imkânına sahip bulunduğu, evlendirme memurunun kendi idari alanı dışında bir evlenme sözleşmesi yapması durumunda orada bulunan evlendirme memurunun görevini kanuna aykırı olarak elinden almış olduğu kabul

edilmiştir. Böylece taraflar arasında geçerli olan bir evlenme sözleşmesi bulunmadığından, yokluk olarak kabul edilen işlem ile evlenecek kişilerin iyi veya kötü niyetli olup olmadıklarını araştırmaya gerek bulunmadan işlemlerin geçersiz olarak kabul edildiği belirtilmektedirler. Bu görüşün yanında Alman ve İsviçre hukukunda herhangi bir sıfatı bulunmayan kişinin dahi yaptığı evlenme sözleşmeleri bazı koşullarda geçerli olarak kabul edilmiştir. Bu görüşü savunan yazarlarca görevli olmayan bir kişinin açık bir şekilde yaptığı evlenme sözleşmesi, evlenecek kişilerin iyi niyetinin korunmasının sağlanması amacıyla geçerli olarak kabul edilebildiğine göre, muhtarın idari sınırları dışında yaptığı evlenme sözleşmesinin de evleviyetle geçerli sayılması kabul edilmelidir. Bu durumda, aile kurma inancı ile ve iyi niyetle evlenen eşlerin güven içinde yaşamalarını sağlamaktadır. Yargıtay vermiş olduğu kararlar sonuç olarak, bütün kurallara uygun olarak davranıldığı inancı içinde muhtar huzurunda gerçekleştirilen evlenme sözleşmelerinin, muhtarın kendi idari sınırları dışında yapılmış olsa dahi geçerli olduğunu belirtmiştir. Evlenecek olan taraflar iradelerini açıklarken önceden belirlenmiş kelimeleri kullanmak zorunda değildir. Evlenme iradesini açık bir şekilde gösterecek herhangi bir kelimenin kullanılması yeterlidir.

### **2.2.1.2 Sözlü vasiyetname**

Sözlü vasiyetname TMK'nın 539/I maddesinde düzenlenmiştir. Sözlü vasiyetname istisnai hallerde yapılabilecek bir ölüme bağlı tasarruftur. Sözlü vasiyetname miras bırakanın ulaşımının kesilmesi, hastalık, yakın ölüm tehlikesi, savaş gibi olağanüstü durumlar sebebiyle resmi ya da el yazılı vasiyetname düzenleyemiyorsa, sözlü vasiyetname yapma yoluna başvurabilir. TMK'da açıklandığı üzere bu vasiyetnamenin yapılabilmesi, bir olağanüstü hal koşulları olmasına bağlıdır. Sözlü vasiyetnamenin yapılması için ve olağanüstü halin bulunması bir şekil koşulu değil, sözlü vasiyetnamenin yapılabilmesi için gereken temel koşuldur (Antalya, 2009; Serozan, & Engin 2012). Kanun, sözlü vasiyetname yapma koşulları olsa bile, daha sonradan vasiyet bırakanın normal şekilde vasiyetname yapma imkânına kavuşması ve bu imkânna ulaşmasından itibaren bir ayın geçmesi durumunda, sözlü vasiyetnamenin geçerliliği olmayacağını düzenlemiştir (Ayiter, 1978; Dural & Öz 2013; İnan, Ertaş & Albaş 2008). Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında yargılama sırasında mahkemece sözlü vasiyetname yapılmasından sonra geçen beş günlük sürede içinde vasiyet bırakanın resmi bir şekilde ya da el yazısı ile

vasiyetname yapmasını engelleyici ağır sağlık sorunlarının devam edip etmediğinin tespit etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle sözlü vasiyetname istisnai bir vasiyetname şekli olup asıl olan diğer türlerde vasiyetname yapılmasıdır. Doktrinde, TMK m. 539'da belirtilen sözlü vasiyetname yapma şartlarının tahdidi olarak sayılmaması gerektiği yönündedir (Ayiter, 1978; Kocayusufpaşaoğlu, 1978). Doktrinde savunulan bu görüşe göre, vasiyet bırakan kişinin içinden sağ olarak çıkıp çıkmayacağını bilemediği bütün durumlar olağanüstü hal sayılmalıdır. Yargılama sırasında, hâkimin incelemesi gereken nokta, olağanüstü hal sebebiyle vasiyet bırakan kişinin el yazısıyla veya resmi şekilde vasiyetname yapmasına imkan olup olmadığıdır (Gönensay & Birsen 1963; Kocayusufpaşaoğlu, 1978). Burada önemli olan husus yakın ölüm tehlikesinin, sözlü vasiyetnamenin yapıldığı anda bulunmasıdır. Bu yakınlık sadece vasiyet bırakan kişinin değerlendirmesinden değil; objektif açıdan da dürüstlük kuralı veya günlük hayat tecrübelerinden de açıkça anlaşılabilir olmalıdır (Antalya, 2014; Kocayusufpaşaoğlu, 2012; Özüğür, 2005).

Miras bırakan kişinin sözlü vasiyetname yapması kanunda belirtilen bir takım şartları yerine getirmesi gerekir. Miras bırakan kişi son arzularını aynı zamanda iki tanığa anlatmalı ve bu tanıklara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları görevini vermelidir. Tanıklar da miras bırakanın iradesine uygun olarak bu sözlü vasiyeti yazıya dökmeli veya mahkemeye başvurarak yazıya döktürmelidir (Hatemi & Serozan 1993; Dural ve diğerleri (2014); Oğuzman & Dural 1998; Lale & Lale 2009; Helvacı, 2011).

Sözlü vasiyetnamenin şartlarından biri de miras bırakan kişinin içinde bulunduğu olağanüstü durumdan sağ kurtulamamış olması gereklidir. Miras bırakan kişi olağanüstü durumdan kurtulursa sözlü vasiyetname herhangi bir sonuç doğurmaz. Ayrıca miras bırakan kişinin diğer vasiyet türlerinden herhangi birine başvurma olanağının bulunmaması gerekir. Doktrinde sözlü vasiyetnamenin kötüye kullanılabilmesi ifade edilmiştir (Kılıçoğlu, 2012). Bunun nedeni, sözlü vasiyetname de iki kişinin beyanı ile terekedeki malların el değiştireyor olmasıdır. Bu nedenle miras bırakan kişinin olağanüstü durumdan çıktığı anda vasiyetname geçerliliğini kaybetmektedir. Bu durum Türk Medeni Kanunu madde 541'de düzenlenmiştir. Maddeye göre miras bırakan kişi için sonrasında farklı türlerde vasiyetname düzenleme imkanı oluşursa, bu tarihin üstünden bir ay geçince sözlü vasiyetnamenin herhangi bir hükmü kalmaz (Kılıçoğlu, 2012).

### 2.2.2 Adi yazılı şekil

Yazılı şekil ile amaçlanan hukuki işlemin usulüne uygun olarak kurulması ve geçerliliği için iradenin yazılı olarak ortaya çıkmasıdır. İnceleme konumuzu teşkil eden yazılı şekil, Kanun tarafından veya tarafların iradeleriyle, bazı hukuki işlem veya sözleşmelerin geçerliliği için aranan, gerçekleştirilmek istenen hukuki işlem veya sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurlarını, özellikle işlem veya sözleşme ile borç altına giren veya hak devreden taraf veya tarafların irade açıklamalarını ve bunlar dışında kalan ve Kanun tarafından şekilde yer alması istenen diğer hususların yazılı bir metne dönüştürülmesi ve bu metnin borç altına giren veya hak devreden taraf veya taraflarca imzalanması suretiyle oluşturulan şekildir (Tekinay ve diğerleri (1993)). Türk Borçlar Kanununda sözleşmenin şekline ilişkin düzenlemeler 13. madde ile 17. madde arasında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu 13. madde hükmünün genel başlığı yazılı şekil şartıdır. Madde metninde Kanunda yazılı bir şekilde düzenlenmesi öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesi sırasında de tekrardan yazılı şekil kurallarına uyulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ancak sözleşme metni ile çelişmeyen tamamlayıcı hükümlerin bu kuralın dışında kaldığını açıklamıştır. Bu Kanun hükmünde şeklin tanımı ve unsurlarına yer verilmemiş sadece sözleşmenin değiştirilmesinde uygulanacak şekle ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir (Eren, 2014). Türk Borçlar Kanunu yazılı şeklin tanımına yer vermemiş olmakla birlikte sözleşmenin nitelik ve konusunu belirlemeye yeterli olan beyan sahibinin şekle tâbi irade beyanın içeriğini yazıyla belgeleyip imzaladığı şekil yazılı şekildir (Tekinay ve diğerleri (1993)). Bir akdin yazılı şekilde yapıldığının kabul edilebilmesi için irade beyanlarının yazılı hale getirilmesi ve bu metnin beyanda bulunan taraflar tarafından imzalanması gerekmektedir.

Yazılı şekil resmi yazılı şekil, adi yazılı şekil ve vasıflı yazılı şekil olarak üçe ayrılmaktadır. Adi yazılı şekil sözleşmeyi yapacak olan kişilerin irade beyanlarının ya da bu irade beyanlarından birinin yazılı metinde belirtilmesi ve beyanda bulunan kişi tarafından imzalanması suretiyle gerçekleşir (Oğuzman & Öz 2012). Nitelikli (mevsuk) yazılı şekil ise aslında adi yazılı şekil gibi bir Kanuni yazılı şekil kuralıdır. Fakat burada şekil, adi yazılı şekle göre hukuki işlemin veya sözleşmenin bütünü veya imza ile beraber bazı hususlarını da içermektedir (Antalya, 2012). Örnek olarak el yazılı vasiyetnamenin geçerli olması için sadece imzanın değil bütün vasiyetnamenin el yazısı ile yazılmış olması gerekmektedir (Eren, 2014). Resmi

yazılı Şekil ise bazı hukuki işlemler ve sözleşmeler resmi makamların önünde ve resmi makamların katılması ile yapılır. Bu tür hukuki işlemlere ya da sözleşmelere uygulanan Şekil resmi yazılı Şekildir. Yani resmi yazılı Şekil; bir hukuki işlem ya da sözleşmenin devlet tarafından Kanunla vazife verilmiş, kamu görevine sahip resmi bir memur tarafından, bu konuda Kanunların ngrdĐuŐu usul ve Şartlara uyularak gerçekleŐtirdiĐi Şekildir.

### **2.2.3 Nitelikli yazılı Şekil**

Kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde daha etkili veya nitelikli duruma getirilen yazılı Şekil için bu niteliği belirtmek amacıyla nitelikli yazılı Şekil ifadesi kullanılmaktadır (Eren, 2014; Kılıçoğlu, 2012; OĞuzman &Barlas 2012). Kanun tarafından kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami tutarın ve kefalet tarihinin belirtilmesi ve bu hususların kefilin el yazısı ile metne yazılması gerekmektedir. Ayrıca el yazılı vasiyetname için ngrlen Şekil nitelikli yazılı Şekle rnek olarak göstermek mümkündür. Zira TMK m. 538 hükmünde vasiyetnamenin ve içindeki tasarrufların vasiyet bırakan kişiye ait olup olmadığını, yazılı vasiyetnamenin yazıldığı tarih gösterilerek baştan sona kadar vasiyet bırakan kişi tarafından kendi el yazısıyla yazılması ve imzalanması Şartı aranmıŐtır. Böylece vasiyet bırakan kişinin, yazılı vasiyetname düzenlerken, anlık duygularının etkisinden kurtularak daha soğukkanlı ve bilinçli bir biçimde hareket etmesi saĐlanmıŐtır. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile bazı sözleşmelerin yazılı Şekilde yapılmasının yanında, sözleşmelerin açık, sade, okunabilir, on iki punto ve anlaşılır bir dilde düzenlenerek bunlardan bir nüshanın kâğıt üzerine yazılmış olarak tüketicilere verilmesi öngörülmüştür.

### **2.2.4 Resmi Şekil**

Resmi senet düzenleme yetkisi verilmiş bir kişinin, kendisine verilen bu yetki çerçevesinde görevi kapsamında kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun bir Şekilde gerçekleştiği Şekil resmi Şekildir (Antalya, 2012). Farklı bir anlatımla resmi Şekil, sözleşmeyi yapan kişilerin irade açıklamalarının kanunda öngörülen usule göre bir memur tarafından düzenlenmesidir. Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere, adi yazılı Şekil ile resmi Şekil arasında herhangi bir önem farkı bulunmamaktadır (Nomer, 2012). Adi yazılı Şekil ile resmi Şekil türünden herhangi biri diğerine karşı üstün tutulmamıŐtır. Resmi Şekil ile memurun taraflara bilgi vermesi sonucunda, tarafların



düşünmeden karar vermelerinin önüne geçilmek amaçlanmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, 2014). Ayrıca resmi memur, hukuki işlemin eksiksiz ve açık bir şekilde yapılmasını ve resmi şekilde yapılmış olan senetlerin adi senetlere göre daha kuvvetli delil olma özelliklerinin sağlamaktadır. Adi yazılı şekil ile resmi şekil arasında ispat hukuku bakımından en önemli farklılık, resmi senetlerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılmasıdır. Bu nedenle, resmi senetler adi senetlerden daha güçlü delil olarak kabul edilir (Kocayusufpaşaoğlu, 2014).

### **2.3 Amaçlarına Göre Şekil**

Hukuki işlemlerde şekil şartına başvurulmasının amaçları, hukuki işlem için bir geçerlilik koşulu veya bir ispat koşulu oluşturulmasıdır (Süzek, 2016). Ancak her hukuk kuralına aykırılık mutlaka işlem veya sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü neticesini doğurmaz. Zira bir hukuk kuralına aykırılığın kesin hükümsüzlük sonucunu doğurabilmesi için bu hususun Kanun hükmünde açıkça yer alması ve hükme aykırı işlem veya sözleşmelerin geçersiz olacağı belirtilmeli veya bu yaptırım yasaklama getiren hükmün anlam ve amacından bu durum anlaşılmalıdır. Şu halde yasaklama getiren hüküm, bu yasağa aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak belirtmemişse ve hükmün anlam ve amacı böyle bir yaptırımı gerektirmiyorsa, işlem veya sözleşme hukuka aykırıdır, fakat kesin hükümsüz değildir. Bu durumda birtakım idari ve cezai yaptırımlar öngören kamu hukuku kuralları cezai yaptırım olarak öngörülebilir. Bu tür hükümler, düzen hükmü ve bu hükümlerle öngörülen şekil ise düzen şekli olarak adlandırılır (Oğuzman & Öz 2013). Nitekim 6502 sayılı TKHK m. 4/I hükmünde yazılı şeklin içeriğine ilişkin olarak yapılmış bulunan müdahale ile yazılı şekle ilişkin metnin, satıcı ve sağlayıcı tarafından; en az on iki punto olacak şekilde, sade bir dilde, açık ve okunabilir bir biçimde yapılması ve bir nüshası kâğıt üzerinde yada kalıcı veri saklayıcısı üzerinde yazılarak tüketiciye verilmesi emredilmiştir. Böylece yazılı şekle bağlı bazı tüketici sözleşmelerinde şekle ilişkin bir düzenleme getirilmiş bulunmakla birlikte metnin bu düzenlemeye aykırı olarak yazılmış olmasına getirilmiş olan yaptırım kesin hükümsüzlük olarak nitelendirilmemiş ve TKHK m. 77/1 hükmü ile para cezası öngörülmüştür.

### **2.3.1 Geçerlilik şartı olarak şekil**

Sözleşmeler kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Başka bir ifade ile sözleşmenin geçerliliği Kanunda aksi belirtilmedikçe herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fakat Kanun bir sözleşme için bir şekil şartı öngörmüş ise artık kural olarak geçerlilik bu durum geçerlilik koşuludur. Kanun yazılı şekil şartına tabi tuttuğu sözleşmelerde değişiklik yapmayı da şekle tabi tutmuştur (TBK 13/1). Ayrıca Kanunen özel bir şekil şartına bağlı olmayan sözleşmeler taraflar arasında da bir şekil şartına tabi tutulabilir. Bu durumda da artık şekil şartına uymak gerekecektir. Böyle bir durumda şekil şartı gerçekleşmedikçe taraflar sözleşme ile bağlı olmazlar (TBK/17). Belirli bir hukukî işlem veya sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması Kanun tarafından öngörülmüşse yasal (kanuni) şekil söz konusudur. Burada şekil şartının kaynağı kanundur. Kanun tarafından öngörülmüş bulunan şekil, kural olarak bir geçerlilik koşuludur (Oğuzman & Öz 2013). Bu durumun doğal sonucu olarak, Kanun tarafından öngörülmüş şekle uyulmadan yapılan bir hukukî işlem veya sözleşme, kural olarak, geçerli olmaz. Ancak bazı hukuki işlemlerde şekil kuralına uyulmaması geçersizlik sonucunu doğurmaz. Örneğin TMK m. 166 hükmüne göre, evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evlilik, yasanın diğer şekil kurallarına uyulmadığı için kesin hükümsüz sayılamaz (Eren, 2014).

### **2.3.2 İspat şartı olarak şekil**

Mahkeme huzurunda hukuki işlemin ispatı açısından aranan şekil şartına ispat şekli denir. İspat şekline uyulmadan kurulan sözleşmeler de geçerli sayılır, fakat yargılama aşamasında tarafların iddialarını kanıtlaması zorlaşır. Türk yargılama hukukunda yapıldıkları zamanki değeri 2019 yılı itibarıyla 3.660,00 TL'yi aşan hukuki işlemler kural olarak ancak senetle ispat veya sair bir kesin delille ispat edilebilir. HMK 203. maddesinde senet ile ispat zorunluluğunun istisnalarının bulunduğu durumlar da mevcuttur ancak bunlar Kanun maddesinin başlık kısmında da yazdığı üzere sadece istisnalardan ibarettir. Parasal sınırlar zaman içinde değişime uğramaktadır. Burada önemli olan davanın açıldığı anda geçerli olan parasal sınırı aşp aşmadığına bakmak gerekir. Parasal sınırın aşılmadığı durumlarda taraflar iddialarını artık her türlü delille ispat edebilirler. İspat şekli bir geçerlilik şekli değildir. Sadece tarafların yargılama esnasında iddialarını kanıtlamaya yardımcı olan bir şekil şartıdır (Nomer, 2016). İspat şartı olarak şekil, Kanundan ya da tarafların iradelerinden doğmaktadır.

Bir sözleşmenin ispatı Kanun ya da taraflarca şekil şartına tâbi tutulmuş ise sözleşme kural olarak belirlenen şekilde yapılmakla ispat edilir (Eren, 2014). İspat şekli Türk Borçlar Kanununda değil Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiştir. Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.201 hükmü uyarınca senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak ve ya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler her yıl belirlenen tutardan az olsa da tanıkla ispat olunamaz. Diğer yandan Kanunda geçerlilik şekli olarak öngörölmüş şekle uyularak düzenlenen senetler aynı zamanda ispat şartını da yerine getirmektedir (Tekinay ve diğerleri (1993)). Zaten şeklin geçerlilik şartı olarak öngörölmesinin önemli amaçlarından bir tanesi de ispatı kolaylaştırmaktır. Kanunda ispat şartı olarak şeklin öngörölmediği hallerde taraflar dilerlerse iradi olarak ispat şekli kararlaştırabilirler. Taraflarca ispat koşulu olarak kararlaştırılmış iradi şekil de sözleşmenin geçerliliği ile ilgili değildir (Eren, 2014).

### **3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

#### **3.1 İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları**

Ülkemizde yürürlükte bulunan yasalar da iş ilişkisi iş sözleşmesine dayandırılmış olmasına rağmen 22.05.2003 yılında yayımlanan 4857 Sayılı İş Kanununun kabulüne kadar İş Kanunlarının hiç birinde iş sözleşmesini açıklayan herhangi bir maddeye rastlanmamakta, yalnızca Borçlar Kanununda hizmet akdinin tanımına yer verilmiş bulunmaktaydı. Borçlar Kanunun da hizmet sözleşmesi bir mukaveledir ki bu sözleşme ile işçi muayyen ya da gayri muayyen bir zamanda hizmet etmeyi ve iş sahibi de dahi işçiye bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir (BK.m.313). Borçlar Kanununda yapılan bu tanım da iş sözleşmesinin bütün unsurlarını belirtmemekte iş sözleşmesinin tanımını tam olarak yapmakta yetersiz kalmıştır. Borçlar Kanununun yukarıda yazmış olduğumuz tanımında görüldüğü üzere bir işin görülmesi ve buna karşılık bir ücretin ödenmesi unsurlarına yer verilmiş ancak iş sözleşmesini diğer sözleşme tiplerinden ayırt eden bağımlılık (tabiiyet) unsuruna yer vermemiştir. 4857 Sayılı Kanunun 8. maddesinde iş sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna tanıma göre; “iş sözleşmesi işinin bağımlı bir şekilde çalışmasını, ayrıca işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesi ile kurulan sözleşme olarak tanımlanmıştır (Narmanlıoğlu, 2012). Bu tanımdan anlaşılacağı üzere iş sözleşmesi üç temel unsurdan oluşur. Bu unsurlar iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarıdır. Teknolojik ve ekonomik gelişmeler, ulusal ve uluslararası rekabetin çoğalması, ekonomik kriz ve işsizlik gibi nedenlerden dolayı, çeşitli iş sözleşmesi türü meydana gelmiş ve birçok iş sözleşmesinin şartları esnek hale getirilmiştir. Böylece İş Kanununda yapılan düzenlemelerde iş sözleşmesinin tanımında zaman unsuruna değinilmemesi tercih edilmiştir (Yavuz, 2000). Buna rağmen iş sözleşmesinde esneklik düşüncesi sürelerin belirli ve belirsiz olmasının yanında farklı isteklere farklı çözümler sunabilecek iş sözleşmesi çeşitlerini de beraberinde getirmektedir. İş Kanununda iş sözleşmesi tanımı yapılmadan önce, Türk mevzuatında Borçlar Kanunundaki hizmet akdi tanımından yararlanılmaktaydı. İşbu hükme göre işçinin işverene bağlı olarak belirli ya da belirsiz süre ile çalışmayı ve işverenin de işçiye zamana göre yapılan iş kadar

ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme hizmet sözleşmesidir. İş Kanunu ve Borçlar Kanununda yer alan iki farklı iş sözleşmesi tanımına baktığımız zaman, düzenlemeler paralellik göstermekle birlikte bazı farklılıklar da mevcuttur. Zira Borçlar Kanunundaki düzenlemede “bağımlılık” unsuruna yer verilmemiş, ancak “zaman” unsuru düzenlemeye alınmıştır. İş sözleşmesindeki ilk unsur, iş görme unsurudur. Dolayısıyla sözleşmenin varlığı için iş görme ediminin bir işçi tarafından üstlenilmiş olması gerekmektedir. İş Kanunu m. 2 uyarınca işçi, işverene iş görmekle yükümlü gerçek kişidir. Nitekim iş sözleşmesinde kişi, bir anlamda emeğini kiralar (Bayram, 2010). İş sözleşmelerinde yer alan diğer bir unsur ise ücrettir. İşçi yaptığı iş karşılığında ücret alır. İş sözleşmesi karşılıklı borç oluşturan bir sözleşme olduğuna göre işçinin edimi olan işin görülmesi borcunun karşısında işverenin ücret ödeme borcu yer alır (Esenler, 1978). Bağımlılık unsuru ise iş sözleşmelerinin diğer bir unsurunu oluşturur. Nitekim iş sözleşmelerinde işçi az ya da çok işverene bağlıdır. Farklı bir anlatımla işçi iş görme borcunu işverenin gözetimi ve denetimi altında yapmakla zorunludur. Yüksek Mahkeme de yerleşik kararlarında bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olduğunu birçok kararında belirtmektedir. İş Kanununda iş sözleşmesi kavramına yer verilmişken, Borçlar Kanununda “hizmet sözleşmesi” kavramına yer verilmiştir. Bu hususa ilişkin doktrinde başka görüşlerde bulunmaktadır. Bir görüşe göre, İş Kanununa tâbi olan sözleşmeler iş sözleşmesi, Borçlar Kanununa tâbi olan sözleşmeler ise hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır (Tolga, 1952). Bu görüş hizmet sözleşmesine taraf olacaklar için herhangi bir nitelik aranmadığını; ancak iş sözleşmesinin tarafı olabilmek için Kanun tarafından işçi ve işveren sıfatını haiz olmak gerektiğini işçi, işverene iş görmekle yükümlü gerçek kişidir (Saymen, 1954). İş sözleşmelerinde yer alan diğer bir unsur ise ücrettir. İşçi yaptığı iş karşılığında ücret alır. İş sözleşmesi karşılıklı borç oluşturan bir sözleşme olduğuna göre işçinin edimi olan işin görülmesi borcunun karşısında işverenin ücret ödeme borcu yer alır (Tunçomağ & Centel 2008). İkinci bir görüş, işçi ve işveren arasındaki bağımlılık unsurunun sıkı ise iş, gevşek ise hizmet sözleşmesi olduğunu savunmaktadır (Saymen, 1954). Bu görüşte, iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi arasında nitelik farkı olmadığı; fakat İş Kanunu hükümleri uyarınca bağımlılık unsurunun işçi ve işveren arasında daha sıkı olması gerektiğinin öngörüldüğü belirtilmektedir. Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise iş sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinin başka bir terimle ifadesi olduğu görüşüdür (Oğuzman, 1987). Yani mevzuatımızda iki farklı terim olsa da, her ikisi de aynı

anlamı haizdir. Çünkü Türk mevzuatında Kanun koyucu, iş ve hizmet sözleşmelerinin nitelikleri açısından farklılıklar taşıdığı düşüncesiyle hareket edecek düzenlemelere yer vermemiştir (Oğuzman, 1987).

### **3.1.1 Bir işin görülmesi**

İş sözleşmesinin zorunlu olan unsurlardan biri, taraflar arasında bir iş görme ilişkisinin varlığıdır. Taraflardan birinin sözleşme ile iş görme edimini yüklenmiş olması, iş sözleşmesinin temelini oluşturur. Fakat iş görme iş sözleşmesinin temel unsuru olsa da, sözleşmesinin ayırt edici unsuru değildir. Çünkü iş görme edimi vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi sözleşmelerin de konusunu oluşturur (Narmanlıoğlu, 2014).

Bir iş sözleşmesinin bahsedebilmek için, bir iş görme ediminin üstlenilmiş bulunması gerekmektedir. Bu anlamda iş bir gerçek kişinin iktisadi açıdan iş olarak kabul edilebilen her türlü çalışması olarak ifade edilmektedir (Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2018). İşverenin maddi veya fikri bir ihtiyacının karşılanmasını sağlayan, işveren için bir değer ifade eden faaliyettir. Bu faaliyet hem maddi işleri, hem de fikri işleri yapmayı kapsamaktadır (Gümüş, 2013). İş görme edimi, sözleşmenin karşı tarafı için düzenli bir şekilde icra edilen bedensel ya da düşünsel her tür faaliyet olarak tanımlanabilir (Narmanlıoğlu, 2014). Bu faaliyetin ne olduğu hususu, iş görme ediminin varlığının tespiti için önemli değildir, herhangi bir bedeni ya da zihinsel faaliyetin iş görme edimi olarak üstlenilmesi söz konusu olabilir. Çünkü İş Kanunu ya da Borçlar Kanunu ile iş görme ediminin türüne ilişkin yasal bir kısıtlama düzenlenmemiştir (Süzek, 2016). Ancak bir faaliyetin hukuken iş olarak nitelendirilebilmesi için hukuka ya da ahlâka aykırı nitelik taşımaması gerekir. Örneğin adam yaralamak ya da öldürmek gibi fiiller, iş sözleşmesinin konusunu oluşturamaz (Akyiğit, 2014). İş görme edimi, olumlu bir iş yapmayı gerektirir. Bu nedenle sadece bir yapmama ya da kaçınma fiili, iş görme edimi olarak kabul edilemez (Mollamahmutoğlu & Astarlı 2014). İş sözleşmesi iradi çalışmaya dayalı olarak kurulan bir akit olduğu için çalışmanın yasal bir zorunluluğa dayanması hâlinde, iş sözleşmesinden bahsetmek söz konusu olmaz (Narmanlıoğlu, 2014). Ayrıca, iş akdinin konusunu oluşturacak olan iş görme ediminin şahsi nitelik taşıması da gerekir. Yani iş sözleşmesinin tarafı olan ve iş görme edimini ifa edecek kişi, çalışmayı bizzat kendisi yapmalıdır. Bu nedenle iş akdi kişisel nitelik taşıyan bir sözleşmedir. Çünkü akdin kurulması ve devamında işi yapacak kişinin niteliği, vasfı

ve kişiliği önem taşımaktadır (Narmanlıoğlu, 2014). Bu nedenle kural olarak, taahhütte bulunduğu iş görme edimini bizzat kendisi yapmak zorundadır (TBK m.395). Sözleşmeye taraf işçi kendi emeğini değil de, bir başka kişinin emeğini taahhüt etmiş olması durumunda, sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir (Narmanlıoğlu, 2014; Saymen, 1954).

İş görme edimi, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biridir ancak iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden karakteristik bir unsur değildir (Narmanlıoğlu, 2014).

İş görme edimi, her zaman aktif bir çalışma olarak kendini göstermese de bir yapma edimi olup pozitif bir eylemdir. Bu bakımdan çekinme ve katlanma edimleri iş görme olarak kabul edilmemektedir. Pozitif eylemin ise aktif bir hareket olması gerekli değildir. Örneğin güvenlik görevlisi olarak çalışmak aktif hareket olmamasına rağmen; iş sözleşmesine konu olan pozitif eylemlerdir. Böylece fiilen bir çalışma olmadığı halde, işin ifası için hazır beklemek de bu kapsamda görölmektedir (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Gümüş, 2013; Eren, 2014).

Borçlar Kanununda ve İş Kanununda yapılan tanımlamada yalnızca iş görme den bahsedilmiş ancak işin türüne ve niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. İşin türü ve niteliği iş sözleşmesinin kurulabilmesi için önemli olan bir unsur değildir (Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2018; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2008; Süzek, 2016). İş sözleşmesine konu iş görme ediminin yerine getirilmesi amacıyla, işçinin, işveren dışında üçüncü kişi için ifa ettiği yardımcı nitelikteki eylemler işçi ile üçüncü kişi arasında başka bir iş sözleşmesine konu olamaz. Örneğin restoran sahibinin işveren garsonun işçi olduğu bir iş ilişkisinde, garson ile müşteriler arasındaki ilişkide bir iş sözleşmesinden bahsedilemez (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Reisoğlu, 2012). Örneğin restoranda çalışan kominin müşterilere serviste bulunması, kominin, restoran sahibi ile olan iş sözleşmesinin ifası için gerçekleştirdiği bir iş olup; işçi tarafından iş görme ediminin ifası işverene karşı taahhüt edilmiştir.

Eser sözleşmesinde sözleşmenin sonunda bir sonuç taahhüt edilmektedir. Ancak iş sözleşmesinde eser sözleşmesinden farklı olarak işçi, iş görme edimi olarak belirli bir sonucu taahhüt etmemektedir. İş sözleşmesinde işçi, önceden belirlenmiş bir amaca yönelik belirli bir işi ifa etmeyi taahhüt etmektedir (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Eren, 2014; Zevkliler & Gökyayla 2013). Bununla birlikte, iş sözleşmesinin zorunlu unsurları bulunması halinde işçinin bir sonucun meydana

getirmesini taahhüt etmesi sözleşmenin niteliğini değiştirmemektedir. Önceden belirlenmiş olan bir sonuç meydana getirme borcu altına girmeyen işçinin edimi belli veya belirsiz bir süreye yayılmaktadır (Yavuz, 2014; Tunçomağ & Centel 2008; Centel & Demircioğlu 2015; Sümer, 2014). Borçlar Kanununda da belirli veya belirsiz süreyle işin görülmesinden bahsedilmektedir. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar zamanı ayrı bir unsur olarak değerlendirmektedir.

### **3.1.2 Ücret**

Ücret, işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olmanın yanında iş sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere iş sözleşmesinin kurucu unsurudur. Bu nedenle iş sözleşmesinin kurulması ücretin kararlaştırılmış olmasına bağlıdır (Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013). Bilindiği üzere, iş sözleşmesi, ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır. Kural olarak iş sözleşmesinde her iki tarafa borç yükleyen bir ilişki ortaya çıkmasına karşın, ifa sırası bakımından öncelikle işçinin iş görme borcunu yerine getirmesi akabinde işverenin bu borca karşılık gelen miktarı ücret olarak kendisine ödemesi gerekmektedir (Eyrenci ve diğerleri (2010)). Belirli bir işin görülmesi, sözleşmenin diğer tarafının ücret ödemesi karşılığında bağlanmış olmakla birlikte BK m.394/2’de yasal bir karineye yer verilmiştir. Bu karineye göre, bir kişi, duruma göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu yapılan iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumdan anlaşılacağı üzere henüz ücret noktasında anlaşılacak olunmasa dahi, iş bu karinenin uygulama alanı bulduğu durumlarda iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014). Ancak kanaatime göre İş Kanununun işçiyi koruyan bir yapıya sahip olduğu da göz önüne alınarak Kanunda aranan işin, işveren tarafından açık bir şekilde kabul edilmesi şartının aranmamasıdır. İşverenin kabul anlamına gelebilecek davranışlar sergilemesi yeterli görülmelidir.

Anayasal hak olan ücret, bu özelliği nedeniyle İş mevzuatında sadece işverene karşı değil ayrıca üçüncü kişilere karşı da korunmuştur (Eyrenci ve diğerleri (2010)). Anayasamızın 55. maddesinde ücrete yer verilmiş, ancak geniş bir tanımla yapılmamış, ‘ücret emeğin karşılığıdır’ demek suretiyle ücretin fiili çalışmanın



karşılığı olması özelliğine işaret edilmiştir (Centel, 1998). Ücret her şeyden önce, bir üretim faktörü olan emeğin üretim faaliyetine katılması sonucu elde edilen gelir unsuru, emeği üretimde kullanabilmek adına ödenen fiyat olarak kabul edilen iktisadi bir kavramdır (Çelik, 2013). Hukuk biliminde ücret genel olarak emeğin karşılığı verilen miktar şeklinde belirtilmekte, işçi ücretine ilişkin açık tanıma ise İş Kanununda rastlanmaktadır. Ücret İş Kanununun 32. maddesinin I. fıkrasında bir kimseye işveren veyahut üçüncü kişilerce bir iş görme karşılığında para ile ödenen tutar olarak ifade edilmektedir. Kanunun getirdiği bu tanım uyarınca kural olarak ücret bir iş karşılığı para ile ödenecektir. İş Kanununda yer alan ve görülen işin karşılığı olarak ödenen asıl ücret dar anlamda ücreti ifade etmektedir. Buna karşın geniş anlamda ücret, asıl ücretten ayrı olarak, belirli tazminatların hesaplanmasında veya işin sona ermesi hallerinde yapılan diğer ödemelerde esas alınan miktar olarak algılanmaktadır (Süzek, 2016 ). İş Kanununun 32. maddesinde tanıma verilen asıl ücretin yanı sıra, gerek 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32, 21 gibi birçok maddesinde asıl ücretin yanı sıra işçiye sağlanan para ve para ile ödenmesi mümkün sözleşmeye ve Kanuna dayanan menfaatlerden söz edilmektedir. Bu maddelerde belirtilen tanımlamalar geniş anlamda ücret kavramını ifade etmektedir (Centel, 1998). Ücret ödeme borcu Yargıtay kararları ve yapılan tanımlar çerçevesinde, işçinin işverene gördüğü hizmetin karşılığı olan ve işverenin iş sözleşmesinden doğan para olarak ödenmesi zorunlu başlıca borcu olarak tanımlanabilmektedir. Ücret, işverenin iş sözleşmesine ilişkin en önemli borcu, işçinin de bu sözleşmeye dayanarak çalışmasının ana nedenini oluşturmaktadır. Ücretsiz bir çalışma iş sözleşmesine konu olamaz. Ücret iş sözleşmesinin esaslı unsuru olduğu için ücretten hiç söz edilmese bile çalışan kimsenin ücret alacağı örtülü olarak var kabul edilir. Doktrinde ve uygulamada, ücretin, mutlaka açık bir biçimde belirlenmiş olmasının şart olmadığı belirtilmiştir. Ücret ödenmesinin gerekli ve olağan olduğu hallerde kural olarak ücretin kararlaştırılmış olduğu kabul edilmektedir (Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014). Ücretin kural olarak belirli zaman dilimlerinde dönemsel olarak ödenmesi gerekmektedir. Kanunun belirlediği sınırlar çerçevesinde tarafların sözleşme ile belirlediği sabit aralıklı zaman dilimlerine göre ödenmelidir. İş Kanununun 32.

Maddesine göre bu süre en çok bir ay olarak öngörülmüştür. İş sözleşmesinde işçi ile işveren, asgari ücretin altında olmayacak şekilde sözleşme serbestisi bağlamında ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak iş sözleşmesinde ücret miktarının açık bir şekilde öngörülmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin kurulmadığı anlamına gelmez. İş sözleşmesinde taraflarca ücretin açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda ücretin miktarı, çalışan kişinin kişisel nitelikleri, işyerindeki veya meslekte sahip kıdemi, mesleki unvanı, yapılan işin özelliği, iş sözleşmesinin çeşidi, işyerinin özellikleri, benzer işçilere o işyerinde veya farklı işyerlerinde ödenen ücretler göz önünde bulundurularak belirlenir. Hukuken borçlanılmayan ve hiçbir yükümlülüğe ve dayanmayan hatır veya ahlaki amaç için ücretsiz olarak görülen işlerin varlığı durumunda iş sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir (Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014). Bu durumda sadece bir yardım söz konusu olur.

Ücret taraflar arasında nakdi olarak kararlaştırılabileceği gibi aynı biçimde de kararlaştırılabilir. İK m.32/1'e göre genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak belirtilmiştir. Ücretin ne olduğu esasen tarafların anlaşmasına bağlıdır. O halde ücret nakdi veya aynı yahut kısmen aynı kısmen nakdi olabilecektir (Sümer, 2014; Tekil, 1981; Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Çil, 2007; Yavuz, 2014; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014).

### **3.1.3 Bağımlılık unsuru**

4857 Sayılı Kanun'un 8. maddesinde İş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır. İş sözleşmesinde, işçi, belirli ya da belirsiz bir süre işveren için iş görme borcu altına girmektedir. Burada, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak; gerek doktrinde gerekse uygulamada eskiden kabul edildiği ve 4857 sayılı İş Kanunu ile 6098 sayılı TBK'da açıkça belirtildiği

gibi işverene bağımlı olarak yerine getirilmektedir. Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanununda da bağımlılık unsuruna açıkça yer verilmemiştir (Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Canıklıoğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954, Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel,1997).

İşçi, iş sözleşmesi kapsamında iş görme borcunu işverenin gözetim ve denetimi altında yapmaktadır. TBK m. 399'a göre işveren, işin yapılması ve işçilerin davranışlarıyla ilgili düzenlemeler yapabilir. Ayrıca işveren, işçileri talimat verebilir. İşçiler, işverenin verdiği bu talimatlara dürüstlük kuralları çerçevesinde uymakla yükümlüdür. Bu duruma göre, işçinin işin yapılması esnasında işverenin talimatlarıyla bağlı olması ve işveren tarafından denetlenmesi söz konusudur. İşverenin talimat verme hakkı, işçi tarafında talimatlara uyma borcu olarak tezahür etmektedir. Bu durum ise açıkça iş sözleşmesinin bağımlılık unsurunu belirtmektedir. İşçi, yapacağı işin programını kendisi yapmamakta, bu program işveren tarafından planlanmaktadır. Bu durumun sonucu olarak bağımlılık; işçinin, iş görme borcunu işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda ifa etmesi şeklinde ifade edilebilir (Kuban, 1997; Olgaç, 1977; Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Canıklıoğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954, Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel, 1997).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun gerekçe kısmında “işverene bağımlı olarak çalışma, onun emir ve talimatına uygun iş görmeyi ifade eder ...” denilmektedir. İşveren, işin ifası için işçiye emir ve talimat verebiliyor, işi sevk ve idare edebiliyor, işçinin emir ve talimatlara aykırı davranışlarını disiplin cezası ile cezalandırabiliyor (Saymen, 1954; Güzel & Ugan Çatalkaya 2014; Çenberci, 1986; Alpagut, 2010). Bütün bu durumların önceden ayrıntılı olarak belirlenir olmaması nedeniyle, işçi ile işveren arasındaki sözleşme, işçinin borcunu ana hatlarıyla belirlemektedir. Sözleşmenin ayrıntıları ise bağımlılık unsuruna yer veren, işverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlarla belirlenmektedir (Şahlanan, 2011; Sevimli, 2006; Güzel & Ugan Çatalkaya 2014; Karaçöp & Yamakoğlu 2013). İşverenin iş sözleşmesinde etkin konumda bulunması yapılan işin sonuçlarından işverenin

sorumlu olmasından ve ekonomik riski işverenin üstlenmesinden kaynaklanmaktadır (Narmanlıoğlu, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014), Bağımlılık unsuru, işverenin risk altına girmesinin karşılığı olarak görölmektedir (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014). Bağımlılık kapsamı ve derecesi itibariyle göreceli bir kavramdır (Kuban, 1997; Olgaç, 1977; Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954, Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel, 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel,1997).

Buna göre mutlak ve bütün hukuki ilişkilerde birebir aynı ölçütlerde, diğer bir ifadeyle tüm işçiler için geçerli olan bir bağımlılık söz konusu değildir. İşin durumuna ilişkin koşullar her işçi bakımından farklılık göstermektedir. İşçinin emir ve talimatlara uyma borcu sözleşmenin türüne, görölen işin niteliğine ve çalışma şartlarına göre farklılık göstermektedir. Bu bağlamda işçinin, içinde bulunduğu pozisyonda yükselmesi, kişisel becerisini artırmasını, işini görürken belli bir serbestiye kavuşması halinde bağımlılığı azalmakta; aksi durumda bağımlılığı artmaktadır. Örneğin avukatlık ve doktorluk gibi uzmanlığa sahip kişiler açısından, işveren, işin yürütümü noktasında ayrıntılı talimat veremeyecektir (Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954; Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel,1997).

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden unsur olmakla; aynı zamanda bağımsız çalışmanın da belirleyici unsurudur (Güzel, 1997; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014; Kuban, 1997). İş sözleşmesine göre yapılan çalışma bağımlı çalışma, farklı bir sözleşmeye göre yapılan çalışma ise bağımsız çalışma olarak nitelendirilmektedir. Bağımsız çalışma, iş mevzuatı açısından işçi olarak kabul edilmeyen herkes tarafından yapılan çalışma olarak ifade edilmektedir. Bazı durumlarda bağımlılık ilişkisi ve dolayısıyla da iş sözleşmesinin varlığını tespit edebilmek güç olmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden (örneğin eser ve vekâlet sözleşmeleri) ayırırken yaşanacak bir duraksama halinde, bağımsız çalışma kavramından yola çıkarak sonuca varılabilir (Güzel, 1997; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014; Kuban, 1997). Türk Hukuk sisteminde, bağımsız çalışma kıstası

bazen yeterli olmasa da doğru sonuca ulaştırmada yardımcı olduğu belirtilmektedir (Güzel, 1997; Eyrenci, Taşkent & Ulucan 2014; Kuban, 1997).

İş sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayıran unsurlardan bazıları ise iş sözleşmesinde işçi, belirli süreli ya da belirsiz süreli olarak işveren adına çalışır. Vekâlet sözleşmesinde ise vekilin belli bir zamana bağlı olarak işveren için çalışması söz konusu değildir. Vekâlet sözleşmesinde vekil kural olarak uzmanlığı ve iş bilgisi açısından işverenin talimatlarına tabi değildir. Taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin varlığı, işçiye kararlaştırılan ücretin ödenmesini gerektirir. Ancak vekâlet sözleşmesi açısından ücret ödenmesi zorunlu değildir. Vekâlet sözleşmesine için düzenlenen hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal edimler ve koruma yükümlölükleri bulunmaz. Vekâlet sözleşmesinde bağımsız olarak çalışan vekil, çalışmalarını yapacağı zamanı belirlemede kısmen de olsa serbesttir. Ayrıca vekil bütün zamanını tek bir müvekkiline ayırmak zorunda değildir. Vekil ayrı vekâlet sözleşmeleri yapabilir ve böylece iktisadi olarak tek bir işverene bağlı olmadan çalışabilir (Süzek, 2016).

İş sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayıran bir diğer kıstas hukukî ve bireysel bağımlılıktır. Hukukî bağımlılık gerçek anlamda, işçinin işin yapmasına ve işyerinde bulunduğu davranışlara ilişkin kurallara uyma sorumluluğunu üstlenmesi ile oluşur. İşçi, ifa etmek zorunda olduğu borcunu işverenin emir ve talimatları doğrutusunda yerine getirmekle yükümlüdür. İşçinin yukarıda bahsedilen gerekçelerle işverene karşı aynı zamanda kişisel bağımlılığı da bulunur (Süzek, 2016). İş sözleşmelerinde bağımlılık unsurunun temelini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve işveren tarafından çalışma sürecinin denetlenmesi yatmaktadır. Yapılacak olan işin işverene ait işyerinde yapılması, malzemenin işveren tarafından temini, işçinin işin yapılması esnasında işverenden talimat alması, işin işveren ya da bir yardımcı ile kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir iş organizasyonu olmadan çalışması, ücretin ödenme şekli ve zamanı kişisel bağımlılığın belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlardır. Bahsedilen bu unsurların hiçbirisi tek başına kesin bir ölçü olarak kabul edilemez. İşçinin, işverenin düzenlediği şartlarda çalışırken, kendi hayal gücünü kullanması, işverenin istekleri doğrutusunda işin yapılması için özgür hareket etmesi, işçinin bu bağımlılık durumunu ortadan kaldırmaz. Çalışan kişinin işyerinde kullanılan araçlara sahip olup olmaması, işçini kâra ve zarara katılıp katılmaması, karar verme serbestisine sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından oldukça önemlidir (Süzek, 2016).

### 3.2 İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

İş Kanununun 2. maddesine göre bir iş sözleşmesine binaen çalışan gerçek kişiye işçi; işçiyi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denilmektedir. Taraflar arasında iş sözleşmesinin kurulması ile birlikte, taraflar “işçi” ve “işveren” sıfatlarını kazanırlar. Böylece, işçi, işverene bağımlı olarak iş görme; işveren ise buna karşılık işçiye ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.

Yirminci yüzyıl da sözleşmelerin hukuksal alanında giderek yer bulamayacağı noktasında baskın görüşler bulunmaktaydı. Bu görüşlerin İş Hukukunda da etkileri görülmüştür. İş sözleşmelerinin zamanla değer kaybetmesine bağlı olarak iş ilişkilerinin, kamu fonksiyonuna benzer şekilde bir statüye bağlı olacağı düşünülmüştür (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Esener, 1978). Mukayeseli Hukukta iş sözleşmesi çeşitli türlerde ele alınmış ve işçiye, işverenin işini yapma yükümlülüğü yükleyen hukuki bir ilişki olarak tanımlanmıştır (Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2018).

Doktrinde de Türk İş Hukuku mevzuatında iş ilişkisini, iş sözleşmesinden bağımsız bir ilişki olarak yorumlamayan hükümler bulunmaktadır (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Narmanlıoğlu, 2014). İş Kanununda işçi ve işveren sıfatları iş sözleşmesine bağlanmış olup, işçi ve işveren arasındaki ilişki ise iş ilişkisi olarak belirtilmiştir. Böylelikle iş ilişkisi, iş sözleşmesinin yerine kullanılan bir kavram olarak nitelendirilmemiştir. Ancak iş ilişkisi ile iş sözleşmesi birbirinden bağımsız kavramlar olmamakla birlikte; doktrinde iş ilişkisinin ne zaman başlayacağı ile ilgili farklı görüşler vardır. Doktrinde bulunan bir görüşe göre iş ilişkisi, iş sözleşmesinden bağımsız değildir. İş ilişkisi iş sözleşmesine dayanan hukuksal bir ilişki olarak kabul edilir (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Narmanlıoğlu, 2014). Bu aşamada sadece bir borç ilişkisi kurulmakta olup, iş ilişkisinin kurulması için, işçinin çalışmaya başlaması ya da en azından işveren tarafından çalışmaya hazır bulundurulması gerekmektedir. Doktrinde bulunan diğer bir görüşe göre kural olarak, iş ilişkisi iş sözleşmesinin yapılmasıyla başlayacaktır (Esener, 1978; Çenberci, 1978; Kılıçoğlu & Şenocak 2013). Bir başka görüşe göre ise İş Kanununda iş sözleşmesi esas alınmakla birlikte, kıdem tazminatı ve yıllık izin hakkının kazanılması gibi bazı sürelerin işlenmesi işçinin fiilen çalışmaya başlamasına bağlanmıştır. Alman Hukukundaki katılma teorisine uygun düzenlemelere yer verilmiştir; bu konuda kesin

bir kural koyulmamalı ve işçinin sözleşmede kararlaştırılan günde işe başlamaması halinde, işe geç başlama sebebine göre karar verilmelidir (Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2018). Bu duruma göre geç başlama, işçinin kendi kusur veya iradesinden kaynaklanıyor ise sürenin hesabında fiilen başlama günü başlangıç olarak alınmalıdır. Ancak işe geç başlama; hastalık gibi işçinin kusurunun bulunmaması ya da işverenin işyeri ile ilgili bir nedenden dolayı işçiyi işe başlatmaktan kaçınma hallerine dayanıyorsa sürenin hesabında sözleşmede kararlaştırılan gün başlangıç olarak kabul edilmelidir. Bu konuda benim de kanaatim işe geç başlama, işçinin kendi kusur veya iradesinden kaynaklanıyor ise sürenin hesabında fiilen başlama günü başlangıç olarak alınmalı diğer hallerde ise sözleşmede kararlaştırılan gün başlangıç olarak kabul edilmelidir.

İş ilişkisinin iş sözleşmesinden ayrı olarak değerlendirilmesinin önemi iş sözleşmesinin geçersiz olduğu hallerde görülmektedir. Sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmasından kaynaklanan sakıncalar iş ilişkisi kavramıyla çözülmeye çalışılmıştır (Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Narmanlioğlu, 2014). Sözleşmenin bir süre ifasından sonra geçersiz olduğunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. İş Kanununda bu konu ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sorun fiili iş ilişkisinin varlığını benimsenerek çözümlenmektedir.

### **3.2.1 Özel hukuk sözleşmesi olması özelliği**

İşçinin ediminin para ve eşya değil, yapacağı işi olması ve bu durumun da kişiliği ile ilgili olmasının doğal bir sonucu olarak işçi ve işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan işin yapılması ve yapılan bu iş karşılığında işveren tarafından ücret ödenmesi borçlarının dışında işçi için sadakat ve işverenin talimatlarına uyma işveren için ise çalışanın sağlığını koruma ve çalışanlara eşit davranma gibi yeni borçlar eklenmiştir (Esener, 1978; Narmanlioğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954, Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel, 1997). Bir sözleşmenin özel hukuk kuralları içinde olup olmadığını sözleşmenin mahiyeti ve taraflar belirleyici rol oynamaktadır. İş sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesine tabi olması, sözleşmenin taraflarının eşit ve bağımsız iradeleri ile meydana gelmesinden dolayıdır (Esener,

1978; Narmanlioğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954; Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel, 1997). İş hukuku sözleşmesinde tarafların ikisi de genellikle özel hukuk gerçek ya da tüzel kişileridir. Bazı hallerde de yapılan iş sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi sayılır. Örneğin, bazı kamu kurum ya da teşebbüslerinin de işçi çalıştırmaları özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir (Esener, 1978; Narmanlioğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954, Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel, 1997).

Sözleşmenin, iki veya daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları neticesinde meydana gelen hukuki işlemdir (Süzek, 2013). Çalışma ve sözleşme özgürlüğü kapsamında da herkes dilediği gibi sözleşme yapabilir. Bu hürriyetin sonucu olarak iş sözleşmesinin tarafların serbest iradeleri ile meydana gelen özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır (Süzek, 2013). İş akdinin özel hukuk sözleşmesi olmasının en önemli sonuçlarından birisi, tarafların serbestçe sözleşmeyi oluşturabilmeleridir. Bu nedenle iş sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olması nedeni ile tarafların sözleşme konusu işle ve karşılıklı hak ve yükümlülükleri ile ilgili olarak oluşturulacak hükümleri belirleme ve sözleşme ile güvence altına alma hakları bulunmaktadır. Bu durum da iş sözleşmesinin özel hukuka tâbi olmasının sonuçlarından biri olarak kabul edilmektedir (Esener, 1978; Narmanlioğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954, Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal, 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel, 1997).

### **3.2.2 Sürekli sözleşme olması özelliği**

İş akdinde tarafların karşılıklı edimleri ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak devamlıdır. Ani edimli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı zamanda olmakta ve aynı zamanda da alacaklının edime olan menfaati gerçekleştirmektedir. Sürekli borç ilişkilerin de ise edim yani alacaklının edime olan menfaatinin gerçekleşmesi zaman içinde tekrarlanarak devam eder. Sürekli borç



ilişkisi doğuran iş sözleşmelerinde işçinin iş görme sürekli olarak ifa edilir ve buna karşılık işverenin ücret ödeme borcu da süreklilik arz eder (Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954; Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel, 1997).

Tarafların iş sözleşmesinden doğan diğer borçları da aynı özelliği taşır. İş sözleşmelerinde alacaklı sadece o andaki değil ileride de sürekli olarak devam edecek edimlerin ifa edileceğine güvenerek borç ilişkisi kurmaktadır. Ayrıca iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz olması ya da süreli ya da süresiz olması, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşme olma özelliğini etkilemez (Süzek, 2013). Dolayısıyla iş sözleşmesi devamlı bir sözleşme niteliğindedir. Yani işçi ile işveren arasında sürekli bir hukuki ilişki meydana getirmektedir. Devamlı bir sözleşme olmasından kasıt tarafların ifa konusu edimleri belirli sıklıkla sürekli olarak yapmaları anlamındadır. İş ilişkisi belirli veya belirsiz süreli de olsa bu ilişki devamlı bir sözleşme ilişkisi şeklinde kabul edilmektedir. İş sözleşmesine konu edimin bir seferde yerine getirilmiş olması, işçinin borçlarını tamamen yerine getirdiği anlamında değerlendirilmemelidir (Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954; Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel, 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Başterzi, 2009; Güzel, 1997).

### **3.2.3 İki tarafa borç yükleyen sözleşme olması özelliği**

İşin niteliği ve sözleşmenin süresi ne olursa olsun işçinin belli başlı borcu sözleşmeye konu olan ve taraflarca uzlaşılan işin yapılmasıdır. İşçi öncelikle taahhüt etmiş olduğu işi bizzat kendisi yapmak zorundadır. İşçi üstlendiği bu işi başkasına yaptıramaz. Böyle bir durumunu söz konusu olması durumunda artık yapılan sözleşme iş sözleşmesi olma özelliğini kaybedecektir. Bu açıdan işçinin en temel ve kendisine borç yükleyen edim işin yapılması ve bu işin bizzat kendisi tarafından yapılmasıdır. Bunun yanında işverenin en temel borcu ise işçinin asıl iş görme borcuna karşılık ücret ödeme borcudur. Elbette ki tarafların birbirilerine karşı iş sözleşmesinin niteliği itibariyle farklı borçları da vardır. Ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması özelliği yani iş akdi gerek işçiye gerek işverene başta iş

görme ve ücret karşılıklı borçlar yüklediğinden karşılıklı borç doğuran (sinallagmatik) sözleşmeler arasında yer alır (Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954; Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Baştzerzi, 2009; Güzel, 1997).

### **3.2.4 İşçinin kişiliğine bağlı sözleşme olması özelliği**

İş akdi işçinin kişiliğine bağlı olması özelliği ile satış, kira ve benzeri sözleşmelerden farklıdır. Bu tip sözleşmeler taraflar arasında mal varlığı ilişkisi kuran bir sözleşmedir. İş akdi özellikle işçinin kişiliğini ön plana çıkaran ve işçi ile işveren kişisel ilişkiler kuran akittir. İş sözleşmesinin bu özelliği taraflar arasında oluşacak güven ilişkisinin bozulmamasına da katkı sağlar. İş sözleşmelerinin işçinin kişiliğine bağlı olması iş akdinde iş görme ve ücret borçları dışında işçi açısından sadaka ve itaat etme gibi yeni gibi borçlar ortaya çıkarmaktadır (Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954; Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Baştzerzi, 2009; Güzel, 1997).

### **3.2.5 İvazlı bir sözleşme olması**

İş sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Yukarıda detayla bir şekilde açıklandığı üzere, ücret iş sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biridir. Ücret zorunlu bir unsur olmanın yanı sıra, iş sözleşmesinin niteliğini de belirlemektedir. İş sözleşmenin ivazsız olması durumunda, bir iş sözleşmesinden değil, artık çoğu kez bir vekâlet söz sözleşmesinden bahsedilebilecektir (Esener, 1978; Narmanlıoğlu, 2014; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat 2014; Saymen, 1954; Oğuzman, 1954; Ekonomi, 1984; Süzek, 2014; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Mollamahmutoğlu, 1995; Reisoğlu, 1968; Yavuz, 2014; Çenberci, 1986; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Baştzerzi, 2009; Güzel, 1997).

## 4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞUNDA ŞEKİL

### 4.1 Genel Kural Olan Şekil Serbestisi

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanı değişik biçimlerde ve çeşitli araçlarla dışa vurulabilmektedir. İrade beyanının dışa vurulmasına yarayan araçlara ise şekil denilmektedir (Aybay, 1995). Şekil, Kanun hükmü ile ya da taraf iradeleri ile belirlenen iradeyi açıklama şeklidir. Bir hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için bazı şekil kuralları öngörülüyorsa bu sisteme şekilcilik sistemi; böyle bir zorunluluk yoksa şekil serbestisi sistemi söz konusu olacaktır (Çelikbaş, 1987). TBK m. 12/1 hükmüne göre, sözleşmelerin geçerliliği Kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere; Türk Hukukunda bir akdin kurulması için şekil serbestisi benimsenmiştir. Kanunda bir akdin belli bir biçimde yapılmasına dair her hangi bir hüküm yoksa taraflar sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilir. Şekil serbestisi esas olarak şekilsizliği değil; şekil seçimindeki serbestlik durumunu belirtir. Taraflar, sözlü ya da yazılı şekilden birini tercih ederek seçim haklarını kullanırlar ve bu durum iradi şekil adını alır (Mollamahmutoğlu & Astarlı, 2014). Şekil serbestisinin belirlenmediği durumların çeşitli faydaları olduğu gibi zararları da vardır. Şekil kuralının olması, tarafların bir sözleşmeyi imzalamadan önce düşüncelerini ve tedbirli hareket etmelerini sağlamakta; irade beyanlarına açıklık ve kesinlik getirmekte; ayrıca hukuki işlemlerin varlığı noktasında ispat bakımından kolaylıklar sağlamaktadır (Tekinay ve diğerleri (1993)). Ayrıca sözleşmede şekil zorunluluğu ilkesi sözleşmenin yerine getirilmesini zorlaştırabileceği gibi; ekonomik açıdan da sakıncalara neden olacaktır. Şekil şartının en önemli sakıncası ise sözleşmeyi samimi olarak yapmak isteyen kişilerin sadece şekil kuralına uymaması nedeniyle sözleşmenin geçersizliği ile karşı karşıya gelmeleridir (Eren, 2014). Kanun koyucu şekil serbestisini asıl saymakta; şekle bağlılığı ise belli işlem ve sözleşmeler için zorunlu kılmaktadır. İş sözleşmesi, rızai sözleşmelerdendir. Yukarıda şekle ilişkin belirtmiş olduğumuz hususlar çerçevesinde kural olarak iş sözleşmeleri hiçbir özel şart öngörülmezsizin, sadece

karşılıklı irade beyanları ile kurulmaktadır. Ayrıca Borçlar Kanunu da iş sözleşmeleri için özel bir şekil öngörmemiştir.

#### **4.2 İstisna Olan Yazılı Şekil**

İş sözleşmesi her hangi bir şekle tâbi değilse de; Kanun hükmü ya da toplu iş sözleşmesi hükümleri ile istisnai olarak iş sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması öngörülebilir. 4857 sayılı Kanunun yazılı şekli zorunlu gördüğü iş sözleşmeleri bakımından şekli bir geçerlilik koşulu olarak kabul etmek gerekir (Mollamahmutoğlu & Astarlı 2014). 4857 Sayılı İş Kanunu yazılı şekli zorunlu olarak öngörmediği durumda şekil şartının sadece iş sözleşmelerinde ispat şartı olarak düzenlendiği kabul edilir (Mollamahmutoğlu & Astarlı 2014). Bu durumda sözleşmenin sonuç doğurabilmesi için Kanun belirli bir şekle uyulması mecburiyetini zorunlu tutmuş ise buna geçerlilik şekli denir. Sözleşme belirtilen şekle uygun olarak yapılmadıkça geçerli kabul edilemez. Ayrıca şekil şartı, bir iş sözleşmesinin geçerlilik koşulu olarak belirtilmiş ise, bu sözleşmenin hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalarını kapsamalıdır (Eren, 2014). TBK m. 12/2'ye (BK m.11/2) göre de Kanunda öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şartıdır. İspat şartı olan şekil ise, Kanundan doğabileceği gibi taraf iradeleri ile de belirlenebilir. İspat şekli, geçerlilik şekli değildir. Zira ispat bakımından şekil Borçlar Kanununda düzenlenmiş bir husus da değildir. İspat şeklini bu açıdan geçerlilik şeklinden ayıran çizgi, ispat şekline uyulmaması durumunda sözleşmenin geçerli olarak kalacak olması; sadece söz konusu hakkın ispat edilemeyeceğidir (Tekinay ve diğerleri (1993)). Kanun koyucu bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu olarak bir şekle tâbi kılmıştır. Örnek vermek gerekirse; arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde zorunlu olarak resmi şekil şartı aranmaktadır. Burada taraflar arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini resmi olarak noter vasıtasıyla yapabilirler. Buradaki amacın, sözleşmenin konusunun mahiyeti gereği taşınmaz olması ve bu durumun kamu tarafından korunmasından dolayı, noter aracılığıyla düzenleme şeklinde sözleşmenin oluşturulması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan sözleşme sonuç doğurmaz. 4857 sayılı İş Kanunu m. 8/2 uyarınca; süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Dolayısıyla belirsiz süreli iş sözleşmeleri için Kanun koyucunun şekil serbestisini esas aldığı açıkça görülmektedir (Mollamahmutoğlu & Astarlı 2014). Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden

birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir (Çelik, 2013). Takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekmektedir. Görüldüğü üzere Kanun bazı sözleşmelerin yazılı olarak yapılmasını açıkça öngörmektedir.

## 5. İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİNDE ŞEKİL

1475 sayılı İş Kanunu süresi belli olan ve olmayan hizmet sözleşmelerinden bahsetmektedir. Ancak bu ayırımı ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla bu konu ile ilgili olarak Borçlar Kanununda bulunan hizmet sözleşmesi esaslarına göre bu konuya yaklaşılmaktaydı. Borçlar Kanununun 338. ve 339. maddelerinde hizmet sözleşmesinde bir süre belirtilmemiş olması veya böyle bir sürenin işin maksut olan gayesinden işin gösterilmiş amacından anlaşılması durumunda sözleşmenin süresiz sayılacağını belirtmiştir. Görülmelidir ki sözleşmede açık veya zımni bir sürenin kararlaştırılmamış olması halinde Borçlar Kanuna göre hizmet sözleşmesi süresiz kabul edilir (Narmanlıoğlu, 2012).

1475 sayılı İş Kanununun aksine 4857 sayılı İş Kanunu ise belirli süreli ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin ayırımı yapmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu m. 9'da: "Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler" hükmüne yer vermiştir. Kanun koyucu burada tarafların ihtiyaçları doğrultusunda çeşitli şekillerde, Kanunlarda düzenlenmesine gerek duymadan, iş sözleşmesi yapabileceklerini belirtmiştir. 4857 sayılı İş Kanununda tipik (klasik/standart) iş sözleşmesi türlerinin yanı sıra, yeni atipik iş sözleşmelerine de yer verilmiştir (Arslan Ertürk, 2017). Ancak bazı atipik sözleşme türleri uygulamada yer aldığı hâlde, Kanunda düzenlenmemiştir (Akyiğit, 2008).

### 5.1 Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Şekil

İş sözleşmelerinde belirli- belirsiz süre ayırımı, taraflarca sözleşmenin süresinin belirlenmiş olup olmadığına göre belli olur. (Mollamahmutoğlu ve diğerleri (2013)). İş sözleşmelerinde asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesinin akdedilmesidir (Arslan Ertürk, 2017).

Bunun başlıca nedeni belirli süreli iş sözleşmelerinin işçiler bakımından yeterince güvenceli olmamasından kaynaklanır. Bu nedenle esas olan belirsiz süreli iş sözleşmesi istisnai olan da belirli süreli iş sözleşmesidir. Sözleşmenin belirli süreli

olup olmadığını anlamak için iş sözleşmesinde sürenin varlığı açık ya da zımni olarak olup olmadığına bakılmalıdır. Açık veya zımni olarak bir sürenin varlığı belli ise sözleşme belirli süreli sözleşmedir. Aksi takdirde anılan şekliyle bir kayıt yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaktır (Alpagut, 2005).

Belirli iş sözleşmelerinin bir özelliği de, sözleşmede belirlenen sürenin sonunda herhangi bir fesih ihbarına gerek olmaksızın sözleşmenin sona ermesidir (Çelik ve diğerleri (2018)). Sözleşmenin isminden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin belirli bir süre için yapıldığı öncelikli olarak bilindiği için, buna ilişkin fesih bildirimının baştan yapılmış olduğu kabul edilir. Belirli süreli iş sözleşmesinde fesih bildirimini yapıldığı kabul edildiğinden, işçiler iş güvencesinden yararlanamamaktadırlar (Çelik ve diğerleri (2018)). Bu durumdan anlaşılacağı üzere belirli süreli iş sözleşmeleri istisnai bir özellik taşımaktadır. İşçilerin genellikle zorunluluğu olmalarından dolayı ya da işin özelliği gereği belirli bir süre için yapılacağı öngörülen işlerde belirli süreli sözleşmeler yapılmaktadır. Belirli iş sözleşmesi yazılı şekil şartına tâbidir. İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmelerinin unsurları arasında yazılı şekil şartına tâbi olduğunu açıkça belirtmiştir.

İş Kanunu 8. maddesine göre, iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi kabul etmesi ile oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Süresi bir yıl ve bir yıldan fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde düzenlenmesi zorunludur. Yazılı sözleşme yapılmayan durumlarda işveren çalışana en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma şartlarını, günlük veya haftalık çalışma süresini, işçinin ücreti ve varsa ilave ücretini, ücret ödeme zamanını, sözleşmenin süresi belirli ise süresini, sözleşmenin feshi durumunda işçi ve işverenin uymak zorunda oldukları kuralları belirten yazılı bir belge vermek zorundadır. Ancak süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre bitmeden sonlanmış ise, fıkroda belirtilen bilgilerin geç sözleşmenin sona ermesi tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesinin zorunlu olduğu şeklindedir (Çelik ve diğerleri (2018)).

Belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin olarak İş Kanunu 11.maddesine göre, belirli süreli işlerde ya da önceden belirlenen bir işin tamamlanması gibi objektif şartlara bağlı olarak taraflar arasında yazılı olarak yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, geçerli bir sebep olmadıkça, zincirleme şeklinde yapılamaz. Aksi halde bu sözleşme en başından itibaren belirsiz süreli

olarak değerlendirilir. Geçerli nedene dayalı üst üste yapılan iş sözleşmeleri, belirli süreli olma niteliğini koruduğunu belirtmiştir (Çelik ve diğerleri (2018)).

İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesinden ne gibi farklılıkların olduğuna ilişkin açıklamaları vardır. İş Kanunu 12. maddesine göre, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, ayırımı geçerli kılan bir sebep bulunmadığı sürece sadece iş sözleşmesinin süreli olmasından kaynaklı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan benzer işçiye göre farklı özlük haklarına sahip olamaz. Belirli süreli iş sözleşmesine bağlı olarak çalışana, belirli bir zaman diliminde ödenecek ücret işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Önceden belirlenen bir çalışma şartından yararlanmak amacıyla aynı işyerinde geçirilen kıdem esası arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi açısından farklı kıdem uygulanması yapılamaz. Böyle durumda haklı bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan benzer işçi hakkında belirlenen kıdem esas alınır. Benzer işçi, işyerinde aynı ya da buna benzer bir işte belirsiz süreli iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi olmadığı takdirde, o işkolunda aynı şartlara uygun işyerinde aynı ya da benzer işi yapan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi göz önünde bulundurulur. Her ne kadar İş Kanunu 11. maddede belirtildiği gibi her belirli sözleşmenin haklı olarak yazılı şekilde yapılacağı öngörülmüş olsa da, 8. maddeye göre bir yıl altındaki belirli süreli sözleşmelerin yazılı yapılmayacağı gibi bir anlam ortaya çıksa da, burada yazılı şekil yerine yazılı belge ve bilgi vermenin anlatıldığını anlamak gerekir (Çelik ve diğerleri (2018)). Sonuç olarak belirli süreli iş akitlerinde yazılı şekil şartı, bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde iş sözleşmesi yazılı şekil ile meydana getirilirken, bir yıldan daha az süreli sözleşmelerde ise yazılı belge ve bilgi verme şeklinden kaynaklanmakta ve uygulanmaktadır (Süzek, 2016).

Belirli süreli iş akitlerinde yazılı şekil olacağını belirtmiş olduğumuza göre bu yazılı şeklin hangi şekilde yapılacağını da belirtmekte fayda vardır. Bu yazılı şekildeki sözleşmenin adi yazılı şekil olarak düzenlenmesi yeterlidir. Resmi şekilde de düzenlenebilir ancak asgari düzeyde adi yazılı olarak yapılabilir.

Yazılı olarak yapılacak iş akitlerinde, iş ilişkisinin belirli olmasından dolayı sürenin açık veya zımni olarak belirtilmesi gerekir. Öte yandan işin türü ve bu işin belirli bir süre için yapılacağını ve bu mahiyette yapılabilecek bir iş olup olmadığının tespiti de sözleşmede belirtilir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde süre belirttiğimiz gibi çok önemlidir. Belirtilmediği takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilir (Alpagut, 2005).



Belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması ispat şartı olarak değerlendirilir. İspat şartında eğer belirli süreli iş sözleşmesi yazılı olarak yapılırsa bu durumda işçi de işveren de sözleşmenin varlığını ispat edebilir. Sözleşme yazılı olarak yapılmazsa tarafların bu durumda ispatı da güçleşecek ve bu durumun sonucu olarak da yazılı şekil geçerlilik şartı olarak değerlendirilirse işçinin hakları zarar görecektir ve bu durum İş Kanununun işçiyi koruma niteliğine aykırı bir durum oluşturacaktır (Alpagut, 2005). Dolayısıyla yazılı yapılmazsa işçinin korunması ilkesi ve Kanunun açık hükmü gereği yazılı yapılmayan veya belirli süre belirtilmeyen veyahut süre bittikten sonra tekrar belirli süreli yapılan iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde olacaktır (Alpagut, 2005). Tüm bu nedenlerle belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartının ispat hukuku bakımından işlev kazandığını ve böyle değerlendirilmesi gerektiğini hem Kanunun açık hükümleri gereği hem de işçinin korunması ilkesi gereği değerlendirmek gerekir (Mollamahmutoglu ve diğerleri (2014)).

İş sözleşmelerinde asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesinin akdedilmesidir (Arslan Ertürk, 2017). Bunun başlıca nedeni belirli süreli iş sözleşmelerinin işçiler bakımından yeterince güvenceli olmamasından kaynaklanır. Bu nedenle esas olan belirsiz süreli iş sözleşmesi istisnai olan da belirli süreli iş sözleşmesidir. Sözleşmenin belirli süreli olup olmadığını anlamak için iş sözleşmesinde sürenin varlığı açık ya da zımni olarak olup olmadığına bakılmalıdır. Açık veya zımni olarak bir sürenin varlığı belli ise sözleşme belirli süreli sözleşmedir. Aksi takdirde anılan şekliyle bir kayıt yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaktır (Alpagut, 2005).

Belirli iş sözleşmelerinin bir özelliği de, sözleşmede belirlenen sürenin sonunda herhangi bir fesih ihbarına gerek olmaksızın sözleşmenin sona ermesidir. Sözleşmenin adından da anlaşılacağı üzere, belirli bir süre için yapıldığı baştan bilindiği için, buna ilişkin olarak fesih bildirimini baştan yapılmış gibi sayılmalıdır. Bu sözleşmenin böyle olmasından dolayı da, işçiler iş güvencesinden yararlanamamaktadırlar. Hal böyle olunca da belirli süreli iş sözleşmeleri istisnai bir özellik niteliği taşımaktadır. İşçilerin genelde mecbur kalmalarından dolayı ya da işin niteliği gereği belirli bir süre için yapılacağı öngörülen işlerde bu tür sözleşmeler yapılmaktadır. Belirli iş sözleşmesinin şekliyle ilgili olarak öncelikle belirtilmelidir ki, bu tür bir sözleşme yazılı şekil şartına uyularak yapılmalıdır. İş Kanunu ilgili hükmü de belirli süreli iş sözleşmelerinin unsurları arasında yazılı şekil şartının bulunduğunu açıkça belirtmiştir (Süzek, 2016).

Belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı şekil olacağını açıkladığımızı göre bu yazılı şeklin hangi şekilde yapılacağını da belirtmekte fayda var. Bu yazılı şekilde sözleşmenin yazılı olarak düzenlenmesi yeterlidir. Resmi şekilde de düzenlenebilir ancak asgari düzeyde yazılı olarak herhangi bir şarta tâbi olmadan yapılabilen şekil şartı olarak kolay bir yöntem olduğunu belirtebiliriz. Kolay bir yöntem olması nedeniyle de bu tür yazılı sözleşmelerin yapılmasının çoğalması ve taraflar bakımından ilişkilerinin ispatlanabilirliği açısından da önemli bir veri olarak değerlendirilmektedir (Süzek, 2016).

Yazılı olarak yapılacak iş sözleşmesinde, iş ilişkisinin belirli olmasından dolayı sürenin açık veya örtülü olarak belirtilmesi gerekir. Bunun yanı sıra işin türü ve bu işin belirli bir süre için yapılacağını ve bu mahiyette yapılabilecek bir iş olup olmadığının tespiti bakımından sözleşmede yer alması gereken unsurlar olarak görülmektedir. Süre belirttiğimiz gibi bu sözleşme türünde çok önemlidir. Belirtilmediği takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edileceğinin unutulmaması gerekir (Alpagut, 2005). Belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasının ispat şartı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. İspat şartında eğer belirli süreli iş sözleşmesi yazılı olarak yapılırsa bu durumda işçi de işveren de durumu kanıtlayabileceklerdir. Yazılı olarak yapılmazsa tarafların bu durumu ispatı da güçleşecek ve bu durumun sonucu olarak da eğer yazılı şekil geçerlilik şartı olarak değerlendirilirse ve bu sözleşme ispat edilemezse işçinin hakları zarar görecektir ve hiçbir hak talebi olamayabilecektir (Alpagut, 2005). Ancak yazılı yapılmazsa dahi işçinin korunması ilkesi ve Kanunun açık hükmü gereği yazılı yapılmayan veya belirli süre belirtilmeyen veyahut süre bittikten sonra tekrar belirli süreli yapılan iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Hal böyle olunca belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekil şartına uyulmasının hangi şarta tâbi tutulacağı ayrımı bakımından ne denli önemli olduğunu vurgulamak gerekir. Tüm bu nedenlerle belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartının ispat hukuku bakımından işlev kazandığını ve böyle değerlendirilmesi gerektiğini hem Kanunun açık hükümleri gereği hem de işçinin korunması ilkesi gereği değerlendirmek gerekir (Mollamahmutoğlu ve diğerleri (2014)).

## 5.2 Çağrı Üzerine Çalışma ve Uzaktan Çalışma Şekil

Çağrı üzerine çalışma işçilerin ihtiyaç duyulduğu takdirde çağrılarak çalışılmasıdır. Çağrı üzerine çalışma, işin niteliği gereği her zaman yoğun iş temposunun olmadığı veya sezonun belirli dönemlerinde yoğun işin olduğu zamanlarda ortaya çıkan ve çalışma saatleri de değişkenlik gösteren bir çalışma çeşididir. Çağrı üzerine çalışmalar, genellikle ekonomik buhranların ya da durgunlukların olduğu anlarda ortaya çıkmaktadır. Bir diğer şekliyle de bakılacak olursa, işverenlerin aniden artan iş yoğunluklarının belirli kısa süreli de olsa işçiler tarafından yerine getirilmesinde çağrı üzerine çalıştırma usulünün uygulanacağı belirtilmelidir (Süzek, 2016). Buradan anlaşılacağı üzere, çağrı üzerine çalışmada mevcut sabit işçinin yanında ekstra işçi ihtiyacının doğması anında istihdamın sağlandığı bir iş türüdür (Centel, 2002).

Çağrı üzerine çalıştırılan işçiler kısmi süreli olarak çalışmaktadırlar. Hükümleri uygun düştüğü ölçüde kısmi süreli sözleşmelere ilişkin hükümlerin, çağrı üzerine çalışmalara ilişkin sözleşmelere de uygulanacağını belirtmek gerekir (Süzek, 2016).

Çağrı üzerine çalışmaya ilişkin iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu şarta ilişkin olarak İş Kanunu 14/1. hükmüne göre; yazılı sözleşme ile işçinin üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması durumunda çalışma ediminin ifa edileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Yazılı şekil şartının varlığına yukarıda da değinmiş bulunmakla birlikte, bu koşul tarafları için sözleşmenin varlığını ispat bakımından da önemlidir (Centel, 1998). Madde hükmünde yazılı şeklin şekle ilişkin özel bir usul öngörülmemiş olmasından dolayı sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir (Akyiğit, 2014).

Bu sözleşme tipinde yazılılık unsuruna uyulmadan yapılan bir sözleşmede, işçi ile işveren arasında ki iş ilişkisi geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmayacak olup, kısmi süreli iş ilişkisine ilişkin hükümlerin uygulanacağı düşünülebilir. Çağrı üzerine çalışma da İş Kanunu 14/2. Maddesinde, Hafta, ay ya da yıl gibi süreler içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını işçi ile işveren kararlaştırmadığı sürece, haftalık çalışma süresi yirmi saat olarak kabul edilmiş sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılma sözleşmesinde önceden belirlenen sürede işçi gerek çalıştırılsın gerek çalıştırılmasın yine de ücrete almaya hak kazanır. Süresinde ispatı aksi mümkün değilse Kanun metnindeki gibi haftalık işi süresi yirmi saat olarak kabul edilip işlemlerin yapılması

lazım gelmektedir (Çelik ve diğerleri (2018)). İş Kanunu işçiye yapılacak çağrının şekline ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak İş Kanunu madde 109 hükmü İş Kanununda öngörülen bildirimlerin yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlemektedir (Süzek, 2016).

Uzaktan çalışma ise, İş Kanunu 14/4. maddede yapılan tanıma göre; “Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.” şeklinde açıklanmıştır. Buradan da anlaşıldığı gibi, işçi bu tür sözleşmeye konu işlerde görevini işverenin işyerinde ifa etmemekte, genelde evinde ya da teknolojik vasıtalarla işyerine gitmeksizin edimini yerine getirmektedir (Akyiğit, 2014). Bu tür sözleşme tipine örnek olarak, tekstil atölyelerinde çalışan işçi ile işverenler arasında yapılan sözleşmeler örnek gösterilebilir.

Uzaktan çalışma sözleşmeleri de çağrı üzerine çalışma sözleşmelerinde olduğu gibi yazılı şekilde yapılma şartına bağlı tutulmuştur. Dolayısıyla her iki sözleşme de yazılı şekil şartına tâbidirler. Bu sözleşme tipinde de yazılı şekil şartına uyulmaması sözleşmeyi geçersiz kılmamaktadır. Yazılı şekil uzaktan çalışma iş ilişkisi için ispat kolaylığı sağlamaktadır (Doğan Yenisey, 2014).

### **5.3 Deneme Süreli İş Sözleşmelerinde Şekil**

Deneme süreli iş sözleşmeleri, işçinin işveren bünyesinde belirlenen işi belirli bir dönem içerisinde ahlak, çalışma gücü ve becerisi gibi hususlarda denenmek üzere akdedilen sözleşme çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır (Şakar, 2002).

Kanunda her ne kadar deneme süreli iş sözleşmesinin tanımı yer almasa da, uygulamada ve yerleşik içtihatlar da işçinin denenmesi ve bu sürenin sonunda ya deneme süreli iş akdinin devamı olmadan sona erdirilerek ya da deneme süreli işten memnun kalınıp devamına ilişkin anlaşma ile sona ermesiyle neticelendiğini belirtmek gerekir (Kar, 2014).

Deneme süreli iş sözleşmelerinde deneme belirli bir süre ile sınırlandırılmış olur. Aksine bir düzenleme yoksa iş bu sözleşme düzenlendiği tarihten itibaren iki aylık sürenin sonunda sona erecektir. Görüldüğü üzere deneme süreli iş sözleşmeleri de belirli bir süre için yapıldıklarından dolayı belirli süreli sözleşmeler sınıfında yer almaktadır (Mollamahmutoğlu ve diğerleri (2014)).

Deneme süreli iş sözleşmesindeki belirlenen süre sonunda taraflar iş ilişkisinin devamını isterlerse, bu durumda yeni bir iş sözleşmesi imzalamak durumunda kalacaklardır. Yeni imzalanacak sözleşme, deneme süreli iş sözleşmesi şeklinde olmayıp, deneme süreli iş sözleşmesinin dışında normal olarak düzenlenen belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi şeklinde olacaktır (Süzek, 2016). Eğer bu deneme süreli iş sözleşmesinde taraflar deneme süresi sonunda birbirinden memnun kalmazlarsa ya da birlikte çalışmak istemezlerse, yeni bir sözleşme de yapılmayacak ve iş ilişkileri son bulacaktır (Süzek, 2016). Yani deneme süreli iş sözleşmelerinin sonunda mutlaka yeni bir iş sözleşmesi yapılacak diye bir koşul bulunmamaktadır. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar diledikleri şekilde hareket edip iş ilişkisinin devamına ya da son bulmasına özgür iradeleri doğrultusunda karar vereceklerdir (Akyiğit, 2014).

Deneme süreli iş sözleşmeleri sürenin sonunda işveren tarafından tekrar deneme süreli iş sözleşmesi adı altında uzatılamaz. Çünkü işverenler genelde işçi çalıştırma ihtiyacını sürekli olarak deneme süreli iş sözleşmesi üzerinden yapmak isteyebilirler. İşverenlerin bu durumu süreklilik arz ederek yapması durumunda işçilerin sosyal hakları zarar görür. Böyle bir durumla karşılaşmamak için bu tür sözleşmelerin tekrarının önü kapatılmıştır (Şakar, 2002).

Deneme süreli iş sözleşmelerinde şekil şartı olarak Kanunda herhangi bir hüküm bulunmasa da, denemenin belirlenebilmesi ve ispatı adına yazılı olarak yapılmasında fayda bulunmaktadır. Aksi halde bu sözleşmenin deneme süreli olup olmadığının taraflarca ispatı da zor olacağından dolayı, bunun mümkün olmaması hâlinde de iş bu sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak yine belirtmekte fayda var ki, yazılı şekil ispat hukuku açısından önem arz etmekte olup, Kanunda buna ilişkin yazılılık unsurunun bulunup bulunmadığına dair herhangi bir hüküm mevcut değildir (Kar, 2014).

#### **5.4 Takım Sözleşmelerinde Şekil**

Takım sözleşmesine İş Kanununun 16.maddesinde yer verilmiştir. İş Kanununun 16. maddesinde belirtilen hükme göre, birden fazla çalışanın oluşturduğu bir takımı temsilen bu çalışanlardan birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye takım sözleşmesi denir. Takım sözleşmesinin yazılı olarak yapılması öngörülmüştür. Takım sözleşmesinde bütün takım elemanlarının değil sadece takımı

temsilen takım kılavuzunun bulunmaktadır (Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2008)). Sözleşmede her işçinin kimlik bilgileri ve işçinin kazanacağı ücret ayrı ayrı gösterilir. Takım sözleşmesinde adları yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde öngörülen şartlarla bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Sözleşmede belirtilen elemanların işe başlaması ile işveren veya işveren vekili işçilerin her birine ayrı ayrı ücret ödemek zorundadır. Takım kılavuzu için, takımda bulunan bu işçilerin ücretlerinden işe aracılık ya da buna benzer bir nedenle kesinti yapılamaz (Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri (2008)).

Açıklandığı üzere görülecektir ki, bu tip sözleşmelerde birden fazla nitelikli işçinin bir araya gelmesi ve böylelikle de işverene takım halinde belirli bir hizmeti sunmanın üstlendiği sözleşme tipi olarak karşımıza çıkmaktadır (Süzek, 2016). Bu sözleşmeler bu yönüyle çoğu zaman işverenlere ya da ihtiyacı olan tüketicilere çok kolaylık sağlamak ve ihtiyaçların kombine biçiminde tek bir ekip tarafından ifa edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Örnek vermek gerekirse, mevsimlik tarım işleri, inşaat işleri, yükleme, boşaltma ve taşıma işleri bu tür işlere örnek olarak gösterilir (Centel, 1998). Bu nedenle de birden çok işçinin bir araya gelerek aralarında da bir ekip lideri oluşturarak iş sözleşmesi yaptığı durumlarda bu tür sözleşmeler söz konusu olur (Süzek, 2016).

Takım sözleşmesi, süre koşulu gözetilmeksizin yazılı şekle tâbidir. Madde hükmü ile yazılılık şartının yalnızca belirli süre ile yapılan takım akitleri için değil belirsiz süreli takım akitleri içinde geçerli olacağını vurgulamıştır (Süzek, 2016). Takım iş sözleşmesi için öngörülen şekil geçerlilik şeklidir. Diğer yandan takım sözleşmesinin yazılı yapılmamış olması, takımda yer alan ve çalışmaya başlayan işçiler ile işveren arasında bir sözleşme olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu durumda takım sözleşmesi geçersiz olsa da her bir işçi bireysel olarak iş sözleşmesinden doğan hakkını talep edebilir (Tunçomağ, 1968).

## **5.5 Pazarlamacılık Sözleşmelerinde Şekil**

Pazarlamacılık sözleşmesi TBK 448. maddesinde açıklanmıştır. Madde metnine göre; “Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Görüldüğü

üzere pazarlamacılık sözleşmesi ile pazarlamacı, işverenin hesabına aracılığı üstlendiği akittir. Pazarlamacı işveren hesabına olmak üzere, işyeri dışında belirlenen her türlü işlemlere aracılık etmeyi üstlenmektedir. Pazarlamacı bu aracılığı, işverenin hizmetini veya çoğu kez ürettiği malını tüketicilere tanıtmayı üstlendiği akittir (Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014). Yani pazarlamacı, işverenin mallarını veya hizmetini belirli bölgelerde tanıtmak ve satmakla yükümlüdür (Mollamahmutoğlu ve diğerleri (2014)).

Pazarlamacının kendisine ait bir işletmesi olması durumunda pazarlamayı ilgili işletmeden yaparsa artık pazarlamacılık sözleşmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda bağımsız bir işletme sahibi işveren söz konusu olur. Pazarlamacı sonuç olarak işverenin emir ve talimatları doğrultusunda kendisine verilen görevi yerine getirir. Bu yönüyle de pazarlamacının işverene bağımlı halde anlaşılır (Süzek, 2016).

Pazarlamacının bir takım yükümlülükleri de vardır. Bu yükümlülükler TBK 450. maddesinden kaynaklanmaktadır. İlgili Kanun maddesine göre, pazarlamacı, talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep olmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmekle yükümlüdür. İşverenin izni olmadıkça, kendisi ya da üçüncü kişiler adına işlem yapamaz ve aracılık edemez. Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkiliyse, talimatta belirtilen fiyatlara ve diğer işlem şartlarına uymakla yükümlüdür. Aynı zamanda işveren kabul etmedikçe, bunlarda değişiklik dahi yapamaz. Pazarlamacı, pazarlama işleri ile alakalı düzenli ve ayrıntılı şekilde bilgi vermek, aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür (Süzek, 2016).

Pazarlamacılık sözleşmesinde şekle ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa da, ispat kuralı açısından adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Aksi halde genel hükümler uygulanmalıdır. Bu açıklamalarımıza dayanak olarak TBK 449. maddesi gereği, pazarlamacılık sözleşmesi, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içerir (Süzek, 2016). Yukarıdaki fıkra uyarınca sözleşmede yer alması öngörülen hususlar taraflarca belirlenmemişse, genel Kanun hükümleri uygulanır. Dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak Kanunda açıkça yazılı yapılacağı belirtilmese de, açıkladığımız hükme göre, sözleşmenin asgari hususları içerecek

kısımlarının yazılı olarak yapılması gerektiğinin anlaşılması gerekmektedir (Mollamahmutoglu ve diğeri (2014)).

Çağrı üzerine çalışma, işin niteliği gereği her zaman yoğun tempoda geçmediği veya sezonun belirli dönemlerinde yoğun işin olduğu zamanlarda ortaya çıkan ve çalışma saatleri de değişkenlik gösteren bir çalışma çeşidini ihtiva eden sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Çağrı üzerine çalışmalar, genellikle ekonomik buhranların ya da durgunlukların olduğu anlarda ortaya çıkmaktadır. Bir diğer şekliyle de bakılacak olursa, işverenlerin aniden artan iş yoğunluklarının belirli kısa süreli de olsa işçiler tarafından yerine getirilmesinde çağrı üzerine çalıştırma usulünün uygulanacağı belirtilmelidir (Şen, 2005). Açıklamalardan hareketle, çağrı üzerine çalışmada mevcut sabit işçinin yanında ekstra işçi ihtiyacının doğması anında istihdamın sağlandığı bir iş türüdür (Centel, 2002).

Çağrı üzerine çalıştırılan işçiler kısmi süreli olarak çalışmaktadırlar. Hükümleri uygun düştüğü ölçüde kısmi süreli sözleşmelere ilişkin hükümlerin, çağrı üzerine çalışmalara ilişkin sözleşmelere de uygulanacağını belirtmek gerekir (Süzek, 2016).

Çağrı üzerine çalışmaya ilişkin iş sözleşmesinin şekline ilişkin olarak yazılılık şekil şartının arandığını belirtmek gerekmektedir. Bu şarta ilişkin olarak İş Kanunu 14/1. maddesine göre yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesi olarak belirtilmiş olup, görüldüğü gibi iş bu sözleşmelerde yazılı şekil şartı aranmaktadır. Yazılı şekil şartının varlığına yukarıda da değinmiş bulunmakla birlikte, tarafların ispat bakımından elinde en önemli verilerden biri olduğunu belirtmek hiç de abartılı bir ifade olmayacaktır (Centel, 2002). Madde hükmünde yazılı şeklin şekle ilişkin özel bir usul öngörülmemiş olmasından dolayı sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir (Akyiğit, 2014).

Bu sözleşme tipinde yazılılık unsuruna uyulmadan yapılan bir sözleşmede, işçi ile işveren arasında ki iş ilişkisi geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmayacak olup, kısmi süreli iş ilişkisine ilişkin hükümlerin uygulanacağı düşünülebilir. Çağrı üzerine çalışma da İş Kanunu 14/2. maddesinde hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır şeklinde belirtildiğinden dolayı, sürenin ispatı aksi mümkün değilse Kanun metnindeki gibi



haftalık iş süresi yirmi saat olarak kabul edilip işlemlerin yapılması gerekmektedir (Çelik ve diğerleri (2018)). İş Kanununun da işçiye yapılacak çağrının şekline ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak İş Kanunu madde 109 hükmü İş Kanununda öngörülen bildirimlerin yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlemektedir (Süzek, 2016). Uzaktan çalışma sözleşmeleri de çağrı üzerine çalışma sözleşmelerinde olduğu gibi yazılı şekilde yapılma şartına bağlı tutulmuştur. Dolayısıyla her iki sözleşme de yazılı şekil şartına tâbidirler. Bu sözleşme tipinde de yazılı şekil şartına uyulmaması sözleşmeyi geçersiz kılmamaktadır. Yazılı şekil uzaktan çalışma iş ilişkisi için ispat kolaylığı sağlamaktadır.

## **5.6 Toplu İşçi Çıkarma ve Şekil**

Toplu işçi çıkarmaya ilişkin usul ve esaslar İş Kanununun 29. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede işverenin; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmesinin gerektiğini belirtmiştir. İş Kanunu m.29 hükmü uyarınca toplu işten çıkarmaların söz konusu olabilmesi için iki şartın aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki toplu işçi çıkarmayı gerekli kılan bir durumun varlığı ayrıca işveren tarafından işten çıkarılacak işçi sayısının madde hükmünde belirtilen sayıya ulaşması da gerekmektedir. Fesihlerin madde metninde belirtilen sayılara ulaşmaması durumunda toplu işçi çıkarma için aranan fesih nedenleri gerçekleşmiş olsa dahi İş Kanunu m. 29 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Madde metninde toplu işçi çıkarmalar için gerekli bilgi verme ve danışma yükümlülüklerinden oluşan bir süreç öngörmektedir(Doğan Yenisey, 2014). Toplu işçi çıkarmaların böyle bir sürece bağlanmasının nedenleri sosyal etki yaratan toplu fesih kararlarının gözden geçirilmesini sağlamak, fesihden kaçınmanın olanaklı olup olmadığını araştırmak, fesihden etkilenecek işçi gurubunu böylesi bir feshin sonuçlarına karşı hazırlamaktır (Mollamahmutoğlu ve diğerleri (2014)).

İş Kanunu toplu işçi çıkarma sebepleri ile bağlantılı olarak işyerinin kapatılması ve işyerinin faaliyeti devam ederken işgücünün azaltılması olmak üzere iki ayrı sistem öngörmektedir (Alpagut, 2005). Toplu işçi çıkarma nedenleri İş Kanunu m.29 hükmünde ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri ile işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyetine son verilmesi

olmak üzere iki ana başlık halinde düzenlenmiştir. Toplu işçi çıkarmalarda işveren tarafından bildirimde bulunulacak makamlar açısından bazı farklılıklar mevcuttur. Söz konusu süreçte ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gereği sebebiyle toplu işçi çıkarmalarda bildirimde bulunma ve görüşme yapma ayrıca işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyetine son verilmesi sebebiyle toplu işçi çıkarmalarda ise bildirimde bulunma ve ilan etmeden oluşan durumun mevcut olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır (Şen, 2005). İş Kanununun 29/f-1 maddesi ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sebebiyle toplu işçi çıkarılması durumunda işverene bu durumu en az 30 gün öncesinden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu bildirim yükümlülüğünün en önemli sebebi temsilcilerin aktif bir şekilde toplu iş çıkarma sürecine müdahil olması, toplu işçi çıkarmanın önüne geçecek çözümlerin üretilmesi, çıkarılacak işçi sayısının azaltılması, bu konuda işverenle uzlaşma zemininin sağlanması, işçilerin şikâyetlerinin dinlenmesi ve çıkarılacak işçilere yönelik bu sürecin etkili bir şekilde denetlenmesini sağlamaktır (Alpagut, 2005).

İşverenin Çalışma ve İş Kurumu Müdürlüğü'ne yapacağı yazılı bildirimde İş Kanunu madde 29/f-3 hükmünde yer verilen işten çıkarma nedenleri, çıkarılacak işçi sayısı ve grupları ile çıkarma süresi gibi toplu işçi çıkarmaya ilişkin bütün bilgilerin yer alması gerekmektedir. İşveren toplu işçi çıkarmaya ilişkin tüm bu bilgileri en az 30 gün öncesinden işyerinin bulunduğu yerdeki Çalışma ve İş Kurumu Müdürlüğü'ne iletmelidir. İş Kanunu'nun 29/f-1 maddesinde sözü edilen geçerli neden ve toplu işçi çıkaracak işverenin ilgili makamlara en az 30 gün öncesinden ve yazılı şekilde bildirim yapmasını belirtmiştir.

İş Kanununun 29/f-6 maddesi hükmü uyarınca eğer iş yerinin tümünden ve kesin olarak kapatılmak suretiyle faaliyetine son verilecekse işveren işyerinin tümünden kapatılacağını en az 30 gün öncesinden ilgili Çalışma ve İş Kurumu Müdürlüğü'ne bildirmekle yükümlüdür. Madde hükmünde bildirim yazılı bir şekilde yapılmasından açıkça bahsedilmemiştir. Ancak bildirim yazılı olarak yapılması gerekmektedir (Akyiğit, 2014).

Kanunun önemi gereği sıkı şekli bir prosedüre tâbi kıldığı toplu işçi çıkarmalarda işveren tarafından bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı açısından da yazılı bildirim yapılması gereklidir. Kanun koyucu işyerinin tümünden ve kesin olarak kapatılmak suretiyle faaliyetine son verilmesi durumunda sendika

temsilcilerine bildirim ve onlarla görüşme yapma yükümlülüğüne yer vermemektedir (Centel, 2002).

İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyetine son verme durumu söz konusu ise işveren toplu işçi çıkarmayı aynı zamanda işyerinde de ilan etmekle yükümlüdür. Bu bildirim Kanun koyucu tarafından nasıl yapılacağı hususunda herhangi bir şekil öngörmemesi nedeniyle söz konusu ilanın yazılı olarak ya da sözlü olarak yapılması mümkündür (Centel, 2002).

İş Kanunu'nun 100. maddesi işveren tarafından İş Kanununun 29. maddesi hükmünün toplu işçi çıkarma için öngördüğü sürece ve şekil şartlarına uyulmaması durumunu idari para cezası yaptırımına bağlamıştır. İş Kanunu madde 29'da yer alan hükümlere aykırı olarak işçi çıkaran işveren veya işveren vekilinin işten çıkardığı her işçi için idari para cezası ödemesini öngörmektedir. Uygulamada Yargıtay toplu işçi çıkarma prosedürüne aykırılığın yaptırımına ilişkin kararlarında Kanunun idari para cezası öngördüğünü ifade etmekte, ancak hukuki yaptırımın ne olacağı konusunda farklı kararlar vermektedir. İş Kanunu madde 29 hükmü toplu işçi çıkarma için bir prosedür ile beraber bu prosedürün uygulanmasında bazı şekli esaslara yer vermektedir. Madde hükmünde mevcut prosedürün bir kısmı için herhangi bir şekil şartı öngörülmemekle birlikte sürecin bazı aşamalarının belirli şekil koşullarına tâbi olup olmadığı hususu ise net değildir. İş Kanunu 29/f-1 maddesinde ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerle yapılacak toplu işçi çıkarmalarda işveren tarafından işyeri sendika temsilcilerine ve Çalışma ve İş Kurumu Müdürlüğü'ne en az 30 gün öncesinden yapılacak bildirimlerin yazılı olarak yapılmasını belirtmiştir. Ancak İş Kanunu madde 29/f-6 hükmü ise işyerinin tümüyle ve kesin olarak kapatılması sebebiyle ortaya çıkacak toplu işçi çıkarmalarda işverenin bu durumu en az 30 gün öncesinden ilgili birimlere bildirme yükümlülüğünden bahsetse de bildirim şekli konusunda herhangi bir açıklık getirmemiştir. Ancak madde hükmünde her ne kadar bildirim yazılı yapılması gerektiği açıkça belirtilmemiş olsa da bildirim yazılı olarak yapılması gerekmektedir (Akyiğit, 2003).

### **5.7 İş Güvencesi Kapsamında İşçinin İşine İadesine İlişkin Düzenlemelerin Şekli**

4857 Sayılı İş Kanununun 18.maddesi otuz ya da otuzdan fazla işçinin çalıştırıldığı işyerlerinde en az altı aylık kıdemi bulunan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin,

işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Aynı Kanununun 21. maddesi ise işveren tarafından geçerli sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli kabul edilmediği mahkemece veya özel hakem ile tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiği zaman, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçinin başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işçiyi işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemek zorunda olduğunu düzenlemiştir. İş Kanununun 18.maddesi ile 21. maddesi hükümleri arasında yer alan maddeler iş güvencesine ilişkin düzenlemelerdir. Öyle ki; iş güvencesine tâbi bir işçinin iş sözleşmesini sona erdirecek olan işverenin, geçerli bir fesih gerçekleştirebilmesi için Kanunda aranan usul kurallarını doğru bir şekilde izlemesi ve şekil esaslarına eksiksiz bir şekilde uyması gerekmektedir. Aynı şekilde işçi de keyfi olarak iş sözleşmesini sona erdirmeyecek söz konusu hükümlerde yer alan usuli ve şekli şartları da izlemesi halinde işe iadesini sağlayabilecektir (Arslan Ertürk, 2008).

İşçinin iş sözleşmesini hukuka uygun bir şekilde feshetmek isteyen işveren öncelikle İş Kanunu m.18 hükmünde yer alan işçinin yeterliliğinden, davranışlarından ya da işletmenin gereklerinden doğan geçerli bir nedeni belirtmesi gerekecektir. Söz konusu geçerli neden işçinin davranışı ya da veriminden kaynaklanması durumunda ise, işverence fesih bildiriminden önce işçinin savunmasını alması gerekecektir. Yine İş Kanununun 19/f 1 maddesine göre iş güvencesine tâbi olan işçi için fesih bildirimini yazılı olarak yapmak, fesih sebebini de açık ve kesin bir şekilde belirtmekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere iş güvencesine ilişkin süreç iş sözleşmesinin feshi ile başlayan yargının işe iadeye ilişkin kararının ardından işçinin işe iadesi ile devam etmektedir. Bu nedenle söz konusu duruma ilişkin usuli ve şekli esasların bir kısmı iş sözleşmesinin feshi aşamasında, diğer bir kısmı ise işçinin eski işine iadesi ile sürecinde yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesine göre işçinin geçersiz feshin sonuçlarından yararlanabilmesi için kesinleşen mahkeme kararı veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak üzere işverene başvurması gerekmektedir. Kanun koyucu söz konusu hüküm ile işe iade davası açan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesini, işe iade davası açan işçinin işverene başvurması şartına bağlamıştır (Çelik ve diğerleri (2018)). İşe iade davası sonucundan işçi tarafından yapılacak başvurunun muhatabı ise işveren olup bu davayı işveren adına takip eden avukata yapılacak başvuru geçerli olmayacaktır.

Avukatın yetkisi davanın sonuçlanması ile birlikte sona ermektedir. İşçinin işverene başvurusu feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararına işlerlik kazandıran bir nitelik taşımaktadır (Çelik ve diğerleri (2018)). Kesinleşmiş bir işe iade kararının ardından işverene yapılacak başvuru, işçinin işe başlama yönündeki iradesinin işverene ulaştırılmasıdır. İş Kanunu işe iade kararının kesinleşmesinden sonra işçinin başvuruda bulunması gerektiğini düzenlemekle beraber söz konusu başvurunun usulü ve şekli konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. İşçinin başvurusu ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus başvurunun işe başlama iradesini yansıttığı olmasıdır.

İşe iadeye ilişkin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinin ardından işçinin işe başlamak için usulüne uygun olarak işverene yapacağı başvuru, kesinleşmiş mahkeme kararına konu olan feshi tüm sonuçları ile ortadan kaldıracak ve fesih hiç yapılmamış gibi iş ilişkisinin devamı sağlanmış olacaktır. İşverenin işçiyi işe daveti aynı zamanda işçinin işe başlatılmasına yönelik irade açıklamasıdır. İş Kanunu madde 21 de mahkeme ya da özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatılması gerekliliğinden bahsetmekte, işçinin işverene başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatılmaması halinde işverenin işe iade tazminatı ödemekle yükümlü olacağını belirtmektedir.

## **6. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE SONA ERMESİNDE ŞEKİL**

### **6.1 İş sözleşmesinin İçeriğinin ve Taraflarının Değiştirilmesinde Şekil**

İş sözleşmesinin içeriği, işçi ile işveren arasında akdedilen iş sözleşmesinin ücret, çalışma alanı, iş kolu, pozisyon, çalışma zamanı, haftalık tatiller, yıllık izinler gibi birçok konunun yer aldığı hükümlerden oluşmaktadır. Kural olarak iş sözleşmesi yapıldığında anılan içerikler de tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla iş sözleşmesine uyarlanarak dâhil edilmelidir. İş sözleşmesinin yapılması ile ilgili olarak da herhangi bir zorunlu şekil şartının söz konusu olmadığını, adi yazılı şekil şartının ispat açısından önem arz ettiği açıktır (Süzek, 2016).

Tarafların iş sözleşmesinde belirledikleri şartları daha sonra elbette sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değiştirme hakları bulunmaktadır. Bazı hallerde de sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan yeni şartlar nedeniyle sözleşme yenilenebilir. Bu değişikliklerde genellikle işçiler mağdur edildiklerinden dolayı mevcut İş Kanunu'nun 22. maddesi gereğince işçi lehine düzenlemeye gidilmiştir. Anılan hükme göre işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu açıklamadan da anlaşılacaktır ki, iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik olması durumunda, bunun işçiye yazılı olarak bildirilmesi lazım gelir. Bu yazılı şekil şartına göre işçiye bildirimde bulunmayan işverenin değişiklikleri işçi nezdinde yok hükmünde olarak kabul görecektir (Alpagut, 2005).

Görüldüğü üzere iş sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren aksine değişiklikler hariç olmak üzere, iş sözleşmesine ilişkin esaslı değişikliklerin yapılması her ne kadar tarafların karşılıklı rızalarına tâbi olsa da, burada yapılacak esaslı değişikliklerde yazılı şekil şartı uygulanacaktır. Aksi hâlde yapılan değişiklik taraflar arasında bir hüküm ifade etmeyecek olup, dolayısıyla işçinin de bu değişikliklere uyma yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Şayet işverenin sözleşmede meydana getirmek istediği esaslı değişiklikleri işçi kabul etmezse, bu durumda iş sözleşmesini kendince haklı bulduğu nedenlere göre fesih edebilir. Bu fesih dolayısıyla işçi de,

kendisinin işveren tarafından haksız olarak işten çıkarıldığı iddiasıyla tazminata ilişkin dava açma hakkı saklıdır (Tunçomağ & Centel 2008). Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın değerlendirilmesi mahkeme tarafından yapıp hukuka uygun bir karar verilecektir.

İş sözleşmesindeki çalışma koşullarında esaslı değişikliklerin yazılı olarak yapılması gerektiğini açıkladık. Bu esaslı değişikliklerin kapsamına nelerin girdiğini belirtmek gerektiği kanısındayım. Şöyle ki, bu esaslı değişikliklerin önemini vurgulamak son derece önemlidir. Çünkü işverenler bazen bu şartı ihlal etmek adına esaslı değişiklik olan değişiklikleri yan edimler olarak değerlendirmeye tâbi tutup yazılı yapılması kuralını ihlal ederek, yaptıkları değişikliklerin sanki esaslı bir değişiklik olmadığı gibi bir sonuca ulaşıp işçinin mağduriyetine sebep olabilmektedirler (Süzek, 2016). Hal böyle olunca, belirtmiş olduğumuz esaslı değişikliklerin kapsamı da önem kazanmış olmaktadır. Bir iş sözleşmesinde esaslı değişiklikler, o iş sözleşmesinin kurulma amacını ihtiva eden şartlar olarak özetlenebilir. Bir sözleşmede esaslı unsur, her sözleşmenin somut özelliğine göre belirlenmektedir. Esaslı değişiklik, işçinin sözleşme konusu işinin özünü oluşturmaktadır. Bu anlamda esaslı değişiklik sözleşmenin ana unsurudur ve değiştirilmesi de yan edim ya da esaslı olmayan diğer hükümlere göre daha zor şartlara bağlanmış durumdadır. Netice olarak iş sözleşmesinin içeriğinin veya taraflarının değiştirilmesindeki şekil de, işçinin iş sözleşmesi çerçevesinde iş ilişkisinin oluşturduğu bağlılığı zedeleyecek düzeyde bir değişiklik veya işçi aleyhine netice doğuracak her türlü değişiklik, esaslı değişiklik olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin tarafı olan işçi, işverene karşı gerek maddi gerekse imkânlar olarak güçsüz konumda olan taraftır. Böyle olunca da işveren sözleşmedeki hükümleri de dilediği gibi değiştirebilirmiş gibi hareket etmesinin önüne geçmek ve taraf eşitliğini sağlamak amacıyla sözleşmede esaslı değişiklik yapma konusunda serbest tek taraflı iradenin geçerli olmayacağını, ancak ve ancak tarafların karşılıklı rızaları ile değişikliklerin yapılabileceğini belirtmek gerekmektedir (Akyiğit, 2014).

İş sözleşmesi ile yan edim olarak kararlaştırılan ya da daha sonra tamamlanacağı kararlaştırılan boşluk oluşturan konularla ilgili de işverenin bu durumu kendi lehine olarak diğer tarafın menfaatlerini hiçe sayarak oluşturması da hukuken yok hükmünde sayılmalıdır. Sözleşme hukukunun en belirleyici özelliklerinden birisi olan karşılıklı taraf iradelerinin uyuşması unsurudur. Bu unsurun olmaması halinde ise, sözleşme sakat olacaktır. İşçi veya işveren sözleşmenin hangi tarafı olursa olsun

hukuka aykırı bir işlemi Kanun koyucunun kabul ettiğini söylemek gerekir. Bu nedenle de ister yan edim, ister tamamlayıcı hükümlerdeki boşluk gibi her ne ad adı altında olursa olsun bu düzenlemeler eğer adından ayrı olarak iş sözleşmesinin esaslı unsuru olarak değerlendirilerek veya bu görev verilerek değiştirilmesi halinde esaslı değişiklik anlamında kabul edilmesi gerekmektedir.

Öncelikle iş sözleşmesindeki esaslı değişikliklerde şekil şartına ilişkin olarak, İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş sözleşmeleri ayrık olmak üzere, işverenin değişikliği ancak işçiye yazılı olarak bildirmesi suretiyle yapılabilecektir. Bu yazılı bildirim geçerlilik şartı olarak değerlendirilmektedir. İşçiye yapılan bu yazılı bildirimden itibaren, işçi altı iş günü içinde itiraz etmediği takdirde geçerli olarak değerlendirilecektir. İşçiye yazılı olarak yapılması gereken değişikliklere ilişkin bildirimde aykırılıkta ve işçi tarafından altı iş günü içinde kabul edilmeyen değişiklikler geçerli olmayacaktır. Bu değişiklik talebinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde ise, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli bir nedeninin bulunduğunu yazılı olarak açıklamalı ve yasal bildirim süresine uyarak işçi ile olan iş akdini feshedebilir. Buna ilişkin olarak İş Kanunu 22. maddesine göre işveren, iş sözleşmesiyle ya da iş sözleşmesinin eki olan personel yönetmeliği ve buna benzer kaynaklar veya işyeri tarafından belirlenen çalışma şartlarında esaslı bir düzenlemeyi ancak durumu işçiye yazılı bir şekilde bildirmek sureti ile yapabilir. Bu şekil şartına uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı şekilde kabul edilmeyen düzenlemeler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik teklifini bu süre zarfında kabul etmez ise, işveren değişikliğin kabul edilebilir bir sebebe dayandığını ya da fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu yazılı olarak belirtmek ve bildirim süresine uymak şartı ile iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi böyle bir durumda İş Kanununu 17. ve 21. maddelerine göre dava açabilir. İşçi ve işveren aralarında anlaşmaları takdirde çalışma şartlarını istedikleri zaman değiştirebilir. Çalışma şartlarındaki değişiklik geçmişe dönük olarak yürürlüğe konulamaz. Buradaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, esaslı değişikliklerin geçerli olabilmesi işçiye yazılı olarak bildirim yapılmasına ve işçinin bu yazılı bildirimde onay vermesine bağlıdır. Buradan da çıkan sonuç şudur ki; sözleşmelerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşturulabileceği veya değiştirilebileceğidir (Altaş, 1998).

İşçi lehine yapılacak esaslı değişikliklerde, açıklanan şartlara uymanın zorunlu olmadığı, ancak işçi aleyhine veya ihtilafı ya da belirsiz konular üzerinde yapılacak



düzenlemelerde işçinin muvafakatinin olması gerektiği belirtilmelidir. Yani işçi lehine yapılan düzenlemeler esaslı da olsa bu kapsamda değerlendirilmeden yapılabilmektedir.

İşveren, işçinin çalışma koşullarında yapacağı esaslı değişikliklere ilişkin olarak yazılı bildirimini bir nevi icap niteliğinde olup, işçinin bu icabı kabul etmesi halinde esaslı değişiklik önerisinin geçerli olabileceği belirtilmelidir. Böylelikle işveren, işçi ile aralarında yapılan sözleşmede esaslı bir değişiklik yapmak için işçinin yazılı rızasını almak zorundadır. Aksi halde değişiklik taraflar bakımından bağlayıcılığı olmayan bir hükümsüzlüğe sahip olacaktır. Bu değişiklik önerisini sunan işveren, değişiklikle alakalı olarak belirgin ve açık bir şekilde önerisini sunmalıdır. İşçinin kabule elverişli bir teklifi kabul edip etmeyeceği önemli olduğundan dolayı, işçiye yapılacak önerinin hukuka ve kabul edilmeye elverişli ve belirgin bir şekilde yazılı olarak yapılması gerekir.

İşçiye sunulan esaslı değişiklik önerilerinde altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi herhangi bir şekilde bağlamayacaktır. İşverenin yazılı olarak sunmuş olduğu değişikliği işçinin de yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Bu durumun önemi işçi tarafından değişiklik önerisinin açık bir şekilde reddinin tespiti bakımındandır. Bu konuda ihtilaf yaşanmaması adına açık ve şeffaf bir şekilde yazılı olarak kabul veya ret beyanının işverene bildirilmesi gerekir.

Ancak bu bildirim kesinlikle yazılı olarak bildirilecek diye bir kural da yoktur. Yazılı bildirilmesi açıklık bakımından ve ihtilaf bulunması anında bu ihtilafın giderilmesi bakımından önem arz etmektedir. İşverenin yazılı olarak bildirimine karşın işçi susma hakkını da kullanabilir. Bu durumda zımni ret kararı verilmiş gibi kabul edilir. Şöyle ki; kabul beyanı yazılı olarak yapılmalıdır. Aynı zamanda ret beyanı da yazılı olarak yapılması zorunlu olmasa da yazılı şekil şartına bağlı olarak yapılabilir. Kabul için yazılılık gerektiğinden dolayı, yazılı bildirilmeyen beyan ya da susma hakkının kullanılması zımni olarak teklifin reddedildiği anlamını taşımaktadır. Taraflar bu durumun aksini her zaman kararlaştırabilirler. Açıklandığı gibi İş Kanunu 22. maddesi gereği işçi kendisine yazılı olarak bildirilen değişiklik önerisine altı iş günü içerisinde yazılı olarak kabul beyanında bulunmazsa, bu durum kendisini bağlamaz. Bu nedendir ki, işçiye yapılan yazılı bildirim işçi ancak kabul etmesi halinde yazılı olarak cevap vermekle yükümlüdür. İşçinin öneriyi kabul etmek istememesi halinde kendisine tanınan altı iş günü süresi içerisinde susması da öneriyi kabul

etmediği anlamına gelmektedir. Buna da hukukumuzda zımni ret denilmektedir. (Oğuzman & Öz 2013).

İş sözleşmesinin taraflarının değiştirilmesine ilişkin de açıklamalar yapmak gerekmektedir. İş sözleşmelerinin taraflarının değişmesinde ya da devrinde İş Kanunu kapsamında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel Kanun niteliğinde olan İş Kanununda herhangi bir hüküm bulunmaması dolayısıyla, İş Kanununa göre genel nitelikte olan Türk Borçlar Kanunu'nu da dikkate alarak değerlendirme yapmak gerektiği kanaatindeyim. Spesifik olarak TBK'da da iş sözleşmesinin taraflarının değiştirilmesine ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmasa da, sözleşmeler hukukuna ilişkin olan hükümlerden uyarılama yapılarak bir neticeye varmaya çalışacağız. İş Kanununa göre genel Kanun niteliğinde olan TBK kapsamınca sözleşmelerin taraflarının değiştirilmesine ilişkin belirlenen hükümleri inceleyerek konumuza ışık tutmaya ve konunun aydınlığa kavuşmasına katkı sağlayacağımıza inanıyorum.

TBK kapsamında sözleşmeler tarafların serbest ve özgür iradeleri ile oluşturulmaktadır. Tarafların rızaları hilafına sözleşme oluşturulamayacağı ve dolayısıyla da konumuz olan iş sözleşmelerinde de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bir araya gelerek anılan sözleşmenin oluşmasını sağlamalıdır. Bu nedenledir ki taraflar baskı altında olmadan ideal hukukun yansımaları yani rızalarının tezahürünü uygulama fırsatı bulabilsinler. Ki bu durum da ideal hukukun bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Hukukun felsefesinde yatan ana amaçlardan birisi de, tarafların rızalarına uygun hareket ederek iradelerini sakatlamamalıdır. Bunu yaparken de herkese saygılı bir şekilde iyi niyetle hareket edilmelidir. İyi niyet o kadar önemli bir husustur ki, ihtilafın olduğu yerde maddi veya hukuki gerçeğin ortaya çıkmasına ve adaletin tecelli etmesine imkân sağlamaktadır. Sonuç olarak tarafların iradeleri sakatlanmadan rızalarına uygun bir şekilde sözleşme yapmaları gerekmektedir. Taraflar her ne kadar sözleşme yapmak konusunda serbest ve iradelerine uygun olarak hareket etmeleri gerektiğini belirtmişsek de, bu sözleşmenin iradeleri doğrultusunda değiştirilebileceğini de belirtmek gerekmektedir.

Sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılmaya ilişkin olarak TBK ilgili hükümlerini belirtmekte fayda bulunmaktadır. Sözleşmenin devri 205. madde de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan kişi ile devreden kişi ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşme ile doğan taraf

olma sıfatı beraber tüm hak ve borçlarını devralan kişiye geçiren bir sözleşmedir. Sözleşmeyi devralan kişi ile devreden kişi arasında kurulan ve sözleşmede kalan diğer taraf tarafından önceden verilen izne dayanan ya da sonradan onaylanan anlaşma da, yine sözleşmenin devri hükümlerine bağlıdır. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekil şartına tabiidir. Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır. Sözleşmeye katılmaya ilişkin olarak TBK 206. maddesine göre, sözleşmeye katılma, var olan bir sözleşmeye taraflardan herhangi birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında kurulan ve katılanın, yanında bulunduğu tarafla beraber, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır. Anlaşmada aksi öngörülmemiş ise, sözleşmeye katılan ve yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olur. Ayrıca belirtmek gerekir ki TBK genel olarak yaptığı değerlendirmelerden arı olarak 429. maddesinde özel bir hükümle iş sözleşmesinin devrine ilişkin şartları ve bunun sonuçlarını açıkça ortaya koyduğu görülmektedir. Şöyle ki, TBK 429. hükmüne göre hizmet sözleşmesi, sadece işçinin yazılı rızası alındığı takdirde sürekli olarak bir diğer işverene işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan kişi, tüm hak ve borçları ile beraber, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Böylece, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları açısından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. TBK 205. maddesinde de açıklandığı gibi ve Türk hukukunun genel geçer kurallarından birisi olan şekliyle, bir sözleşmenin yapılmasında öngörülen şekil şartı, o sözleşmenin değiştirilmesinde de öngörülmüş kabul edilir. Aynı şekilde TBK 206. maddesi gereği de sözleşmeye katılmaya ilişkin de katılmanın söz konusu olduğu sözleşmenin geçerlilik şartına bağlı olduğu görülecektir. Sonuç itibarıyla eğer esas sözleşme ancak herhangi bir şekil şartına tâbi olarak kurulabiliyorsa, bu şekil şartına tâbi olarak kurulan sözleşmenin değiştirilmesi ya da taraflarının değiştirilmesinde de aynı öngörülen şekil şartına uyularak değiştirilmesi gerekmektedir.

TBK 429. maddesinde açıklandığı gibi, iş sözleşmesinin devri için işçinin yazılı rızası gerekmektedir. Devralan taraf sözleşmenin tarafı olacağından dolayı, işçinin muvafakatının olmadığı bir devir sözleşmesi de geçerli ve hukuka uygun olmayacaktır. Yine de bu durumu bilerek ve isteyerek meydana getiren devralan işveren, işçinin yazılı rızasını alamadığı takdirde, işçinin hakları da saklı kalmaya devam edecektir (İnan & Yücel 2014). İşçi hukuki haklarını kullanma konusunda serbest olup, işçilik hukukundan kaynaklı tüm haklarını talep edebilecektir.

Devralan işçinin yanında çalışmaya devam etmeyi yazılı olarak kabul eden işçinin hukuki durumu bakımından, devreden işverende işe başladığı tarihe ve bu tarihten beri işleyen alacak ve haklarına herhangi bir zarar gelmeyecektir. İşçi devreden işverenin bünyesinde çalışmaya devam ediyor gibi haklara sahip olmaya devam edecektir.

## **6.2 İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması ile Sona Erdirilmesinde Şekil**

Sözleşmeler hukukunun tarafların anlaşması ile kurulan bir anlaşma olduğunu açıklamak gerekir (Eren, 2014). Tarafların anlaşması yalnızca sözleşmelerin oluşturulmasında değil, sözleşmelerin değiştirilmesinde ya da konu başlığımız olan sözleşmelerin sona erdirilmesinde de etkin bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla tarafların serbest ve özgür iradeleri ile kurabildikleri iş sözleşmelerini yine taraflar serbest ve özgür iradeleriyle diledikleri zaman sonlandırabilmektedirler. Tarafların kurmuş oldukları iş sözleşmesinin yine tarafların rızaları ile diledikleri zaman sona erdirilmesine ikale de denilmektedir. İ kale kelime anlamı olarak bozma, sonlandırma olarak da adlandırılır.

Tarafların anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirmesine ilişkin olarak ne İş Kanunu'nda ne de TBK' da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın çalışma ve sözleşme hürriyeti başlığını taşıyan 48. maddesine göre herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Bu açıklamadan da hareketle herkesin dilediği alanda çalışması ve nihayet bizi ilgilendiren kısmında herkesin dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahip olduğu açık ve net bir şekilde vurgulanmıştır. Bu vurgulamadan çıkarılacak sonuçlar ise herkesin dilediği gibi sözleşme yapabileceği ve yine bu kapsamda olarak diledikleri gibi oluşturdukları sözleşmeleri sonlandırmalarına imkân tanınmaktadır (Antalya, 2012).. Bazı hallerde de işçiler ikale sözleşmesini ya da sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik anlaşmayı baskı altında veya zorla imzalamaktadırlar. Bu durumda her ne kadar iş sözleşmesini imzalamış bulunsa da işçinin iradesi sakatlanmış vaziyette olacağından dolayı, ilgili sözleşmeye atılan imzanın da sıhhati sorgulanacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.10.2010 tarih, 2009/29861 Esas, 2010/29354 Karar sayılı kararında açıklandığı şekliyle, her ne kadar İş Kanununda ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin

sona erdirilmesi ve hükümleri yer almadığı belirtilse de sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa sunduğu iş sözleşmesinin feshi beyanına karşılık, ilgili tarafın da bu teklifi kabul etmesiyle iş sözleşmesinin bozulması iş sözleşmesi karşılıklı irade ile oluşturulduğundan ikale sözleşmesi niteliğinde bozulduğuna ilişkin karar vermiştir. Türk hukuk mevzuatında ikale sözleşmesinin şekline ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TBK 13. maddesi belirli bir genel kural çizerek tüm sözleşme çeşitlerine ilişkin bir hüküm ortaya koymuş bulunmaktadır. Buna göre; Kanunda yazılı olarak yapılması belirtilen sözleşmelerin değiştirilmesinde veya sona erdirilmesinde de yazılı şekil şartına uyularak işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buradan hareketle konumuza bir çıkarma yapmak gerekirse, ikale sözleşmesine konu iş sözleşmesi yapılırken hangi şekil şartına uyularak yapıldıysa, bu sözleşmenin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi halinde de aynı şekil şartına uyulması gerekmektedir.

Şahsi kanaatimizce, ispat şekli olarak tüm sözleşmelerin yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır. Bu nedenledir ki, yazılı olarak yapılan sözleşmelerde ispat, diğer şekillerde yapılan sözleşmelere göre taraflara kolaylık sağlar. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, yazılı şekilde yapılması zorunlu olan iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi için yapılan ikale sözleşmelerinin de yazılı olarak yapılması gerekmektedir (Mollamahmutoğlu ve diğerleri (2014)). Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 19.02.2007 tarih, 2007/6998 Esas, 2007/7700 Karar sayılı kararında da işçinin işten çıkmayı ya da iş ilişkisini sona erdirmeyi amaçlayan dilekçesini işverene sunarak belli bir miktar kıdem ve ihbar tazminatı almasını örtülü olarak ikale sözleşmesinin imzalandığı şeklinde değerlendirmiştir Buradan çıkan sonuca göre, Yargıtay, iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesinde herhangi bir şekil şartı aramamaktadır. Sözleşme tarafları asgari olarak Kanunda bir şekil şartı varsa ona uymalıdır. İş sözleşmeleri de bu sözleşmelerin sona erdirilmesine ilişkin olan ikale sözleşmeleri de tarafların özgür iradeleri doğrultusunda belirli bir şekle tâbi tutulabilir. Tüm bu açıklamalar ışığında, ikale sözleşmesine konu iş sözleşmesi eğer bir şekil şartına tâbi tutularak yapılmışsa, buna ilişkin ikale sözleşmesi de esas sözleşmenin yapıldığı şekil şartına tâbi tutularak yapılmalıdır. Yok, eğer iş sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın yapılmışsa, buna dair ikale sözleşmesi de herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın yapılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, iş sözleşmesinin veya ikale sözleşmesinin ispatının kolay olması bakımından yazılı şekil şartına uyularak yapılması gerektiğini belirtmek

gerekir. Aksi halde bu tür sözleşmeler gayet tâbi istenilen şekilde yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Özellikle TBK gereği Kanun koyucu herhangi bir şekil şartı öngörmemişse, bu durumda şekil serbestisi ilkesi gereği taraflar istediği şekle göre sözleşmeleri oluşturabileceklerdir. Özel hukukun ve sözleşmeler hukukunun en belirgin özelliklerinden birisinin tarafların özgür ve sakatlanmamış iradeleri ile işlemler yapmalarına zemin hazırlamak olduğu da düşünülecek olursa, tarafların Kanundaki belirli şekilde yapılmaları zorunlu kılınan istisnaları hariç olmak üzere sözleşmeleri genel kural olan şekil serbestisi dâhilinde yapmalarında fayda bulunmaktadır. Şekil serbestisinin olmasının vermiş olduğu rahatlığın yanında tarafların belirli bir şekil kararlaştırabilecekleri de bilinmektedir (Tuğ, 1994).

### **6.3 İş Sözleşmesinin Feshinde Şekil**

Öncelikle belirtmek gerekir ki bir sözleşmeye taraf olan kişiler, sözleşmeyi belirli şartlarda feshedebilirler. Bu feshine ilişkin olarak haklı veya haksız birçok neden bulunmakla birlikte konumuz gereği burada feshin yapılacağı zaman ki şekil şartı önem kazanmaktadır. Belirtildiği gibi şekil şartlarını açıklamadan önce konunun önemi gereği içeriğe de değinme gerekliliği hâsıl olmuştur (Süzek, 2016).

İş sözleşmelerinde fesih iki şekilde ele alınarak açıklanmalıdır. Birincisi belirli süreli iş sözleşmelerinde fesih, ikincisi ise belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih ile ilgili olarak, bu tür sözleşmenin taraflarından herhangi biri diğer tarafa haber ve belirli bir süre vererek süreli fesih bildirimini yapmak suretiyle sözleşmeyi feshedebilmektedir. Belirli süreli sözleşmelerde ise iş sözleşmesi belirlenen sürenin sona ermesi ile son bulacaktır. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmeleri de dâhil olmak üzere, iş sözleşmesinin feshine ilişkin tarafların haklı bir nedeninin olması halinde, herhangi bir süre vermeye gerek kalmaksızın taraflardan hangisi haklı ise süresiz fesih bildirimini yapmak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilmektedir. (Süzek, 2016).

İster süreli fesih bildirimini ile isterse süresiz fesih bildirimini suretiyle iş sözleşmesi feshedilmiş olsun, her iki fesih türünde de bozucu yenilik doğuran bir hakkın tezahürü olarak değerlendirilmektedir.

## 7. DİĞER İŞ KANUNLARINDA YER ALAN ŞEKLE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

### 7.1 Basın İş Kanununda Şekle İlişkin Düzenlemeler

5953 Sayılı Basın İş Kanunu 4. maddesinde gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılmasının ayrıca işin nevi, ücret miktarı, gazetecinin kıdemi gibi hususların yapılacak sözleşmede gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. İşin nevi 'inin ve ücretin değişikliğinde yine yapılan değişikliklerin de sözleşmeyle yapılmasının mecburi olduğu hususu Kanunda açıklanmıştır. Madde hükmünde yer alan "... İş akdinin yazılı şekilde yapılması mecburidir" ifadesi, maddenin emredici bir hüküm olduğunu belirtmektedir (Şakar, 2002).

Yazılı şekil zorunluluğunu düzenleyen yazılı mukavele ve terfi esaslı başlıklı madde hükmü bu sözleşmede yer alması gereken zorunlu unsurları da tahdidi olarak belirtmiştir. Maddeye göre gazeteci ile işvereni arasında yapılacak iş sözleşmelerinde işin türünün, ücretin miktarının ve gazetecinin kıdeminin gösterilmesi şarttır. Bu unsurlar basın iş sözleşmesinde gösterilmesi gereken asgari unsurlar olup bunların dışında çalışma koşulları ile ilgili farklı düzenlemelere de sözleşmede yer verilebilir (Sümer, 2013). İşin türünde ve gazetecinin ücretinde değişiklik olması durumunda yapılan bu değişikliğin de sözleşmeye eklenmesi gerekmektedir. Basın İş Kanunu m.26/a hükmü sözleşme kuruluşlarında yazılı şekle uyulmamasını cezai yaptırıma bağlamaktadır. Madde hükmüne göre çalıştırdığı gazeteci ile yazılı şekilde iş sözleşmesi yapmayan işveren için yazılı yapılmayan her sözleşme başına olmak kaydıyla idari para cezası öngörülmüştür. Basın İş Kanununda sadece yazılı şekil şartı öngörülmemiş olup ayrıca yazılı şekil şartı ile birlikte sözleşmede bulunması gereken unsurlara da yer verilmekle işçinin çalışma koşulları hakkında açık bir şekilde bilgi sahibi olması ve çalışma koşullarında yapılacak değişiklikler hakkında haberdar olması ve değişiklik tekliflerini değerlendirebilmesini sağlamaktadır (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014).

Doktrinde gazeteci ile yapılan iş sözleşmesinin tâbi olduğu yazılı şekil şartının hukuki niteliği de tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar yazılı şekil şartını geçerlilik şartı

olarak kabul ederken Sümer ise aksi açıkça belirtilmediği sürece Kanunda belirtilen şeklin geçerlilik şekli olduğu görüşünü savunmaktadır (Süzek, 2016). Doktrinde bir grup yazar ise yazılı şekli, ispat şartı olarak nitelendirmektedir (Göktaş & Çil 2003). Uygulamada Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları da yazılı şeklin ispat şartı olduğu yönündedir. Doktrinde yer alan üçüncü bir görüş ise Basın İş Kanunda yer alan yazılı şekil şartını ne geçerlilik şartı ne ispat şartı olarak kabul etmemektedir. Bu görüşe göre ise İş Hukukun işçiyi korumayı amaçlayan ruhu dikkate alındığında aranan şeklin bir geçerlilik ya da ispat şartı olarak değil de sadece uyulmaması halinde cezai yaptırım şartı gerektiren bir yükümlülük olarak kabul etmektedir (Şakar, 2003).

## **7.2 Deniz İş Kanununda Şekle İlişkin Düzenlemeler**

854 Sayılı Deniz İş Kanununun 5. maddesi hizmet akdinin işveren veya işveren vekiliyle gemi adamı arasında yazılı olarak iki nüsha şeklinde yapılacağını ve taraflardan her birine birer nüsha verileceğini düzenlemiştir. Madde hükmü bu haliyle taraflar için açık bir şekilde yazılı şekil yükümlüğünü öngörmüştür. Kanunun yazılı akdin şekli başlıklı 6. maddesi ise yazılı sözleşme metninde olması gereken unsurlara yer vermiştir. Bu maddeye göre taraflar arasında yapılacak olan yazılı sözleşmede yer alması gereken hususlar ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Deniz İş Kanununun 6. maddesinde belirtilen bu bilgilerin yanında yine Basın İş Kanununda da olduğu gibi taraflar üzerinde anlaşmaya vardığı diğer hususlara da sözleşmede yazılı şekilde yer verebilirler (Kar, 2014). Kanunda belirtilen taraflar arasında yapılacak olan iş sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılacağı gibi noter de yapılabilir. İş sözleşmesi nerede ve ne şekilde yapılırsa yapılsın, Deniz İş Kanununun 9. maddesine göre her türlü harçtan muaf olarak yapılmaktadır. (Kar, 2014).

Deniz İş Kanununda yazılı şekle uyulmaması durumunda uymayan işveren için idari para cezası öngörülmüştür. Deniz İş Kanununda sadece şekil şartı öngörülmemiş olup yazılı şekil ile birlikte, Basın İş Kanununda da olduğu gibi sözleşmede bulunması gereken unsurlara da yer verilmiştir. Böylelikle işçi çalışma koşulları hakkında açıkça bilgi sahibi olabilecek çalışma koşullarında yapılacak değişiklik tekliflerini değerlendirebilecektir (Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2017). Deniz İş Kanununda sözleşmenin tâbi olduğu yazılı şeklin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde de yazılı şeklin hukuki niteliği noktasında uygulama birliği yoktur. Doktrinde bir kısım yazar Türk Borçlar Kanununun şekle



ilişkin genel ilkelerinden hareketle yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğunu kabul etmektedir (Narmanlıoğlu, 2014). Uygulamada Yargıtay'da 12.09.2013 tarihli verdiği kararda Deniz İş sözleşmesi için öngörülen yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğu görüşünü desteklemektedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi ilgili kararında Deniz İş Kanununun 5.maddesi gereğince gemi adamı ile işvereni arasında yapılacak hizmet sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını belirtmiş ve Kanunun bu hükmünün emredici olduğunu belirtmiştir.

### **7.3 Özel Öğretim Kurumları Kanununda Şekle İlişkin Düzenlemeler**

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9/f-1 maddesinde kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılacak olup mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabileceğini belirtmiştir.

5580 sayılı Kanunun uygulaması açısından, Özel Öğretim Kurumları Kanununda öngörülen yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğu konusunda doktrinde bir görüş birliği vardır. Kanun ile getirilen bu şekil şartı hem yönetici ve öğretmenlerin Kanunun aradığı niteliklere ve yeterliliği uyup uymadığının tespiti hem de öğretmenin çalışma koşullarının değerlendirilmesi açısından önemlidir (Süzek, 2016). Uygulamada Yargıtay da doktrinde olduğu gibi yazılılık şartını bir geçerlilik şartı olarak nitelendirmektedir.

## **8. ŞEKLE UYMAMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI**

### **8.1 Geçerlilik Şekli Bakımından**

#### **8.1.1 Genel olarak**

TBK'nın 12. maddesinde, sözleşmelerin geçerliliğinin kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekil şartına bağlı olmadığı belirtilmiştir. Aynı madde de, kanunda sözleşmeler için belirtilen şekil şartının kural olarak geçerlilik şekli olduğu ve belirtilen şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin herhangi bir hüküm doğurmayacağı ifade edilmiştir (Tuğ, 1994). Ayrıca maddenin devamına göre ise kanunda öngörülen şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtildiğinden bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmelere, hükümsüzlük (geçersizlik) yaptırımını uygulanmaktadır (Eren, 2014; Tuğ, 1994). Şekil eksikliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanımını (TMK. m. 2/f. II) teşkil ettiği hallerde sözleşmenin şekil eksikliği yüzünden geçersizliği iddiaları dinlenmez ve bu durumda kurulan sözleşmeyi geçerli olarak kabul etmek gerekmektedir.

TBK 12. maddesinde geçersizliğin türü bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Yargıtay yakın tarihli bir kararında taraflar arasında şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğuna belirtmiştir. Yargıtay taraflar arasında kanuni şekil şartına uygun olarak yapılmayan, araç devrine ilişkin yapılan takas sözleşmesinin geçersiz olacağını belirtmiştir.

Bu durumdan anlaşılacağı üzere geçersiz olan sözleşmeler, tarafları açısından herhangi bir hak ve yükümlülük doğurmazlar. Bu nedenle, geçersiz bir sözleşmenin tarafları, o sözleşmeyle yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınabilirler. Fakat taraflara sadece aldıklarını karşı tarafa geri vermek yükümlülüğü getirir. Yargıtay taraflar arasında sözleşme şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olsa da, tarafların aldıklarını iade ile yükümlü olacaklarına dair çok sayıda kararı vardır (İlgili Yargıtay kararları için bkz. ek 1).

Doktrinde TBK'nun 12. maddesinde sözleşmelerin kanunda öngörülen şekle uyulmaması durumunda geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğunu ifade eden görüş

mevcut olmasına rağmen aynı zamanda doktrinde bu noktada butlan, kendine özgü geçersizlik, yokluk, iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük gibi farklı görüşler mevcuttur (Uygur, 2012; Kılıçoğlu, 2012).

### **8.1.2 Yokluk görüşü**

TBK m. 12’de belirtilen şekil şartına uyulmaması durumunda geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğunu ifade eden görüş yanında şekil şartına uyulmaması durumunda yokluk görüşünü savunan görüşler de mevcuttur. Roma Hukuku’nun ilk dönemlerinde bir işlemin hukuki sonuç doğurmasının sebebi irade beyan değil, iradenin ortaya çıktığı şekildedir. Farklı bir anlatımla işlem öngörülmuş şekil kuralına uyulmuş ise geçerli olarak kabul edilmekte ancak öngörülmuş şekle uyulmadan sadece irade beyanları ile kurulan bir hukuki işlemin varlığından bahsetmek mümkün değildi (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013; Saymen & Elbir 1978). Ancak günümüzde hukuki işlemin kurulmasında esas olan şekil değil, irade beyanıdır. Çok sayıda hukuki işlem, hiçbir şekil şartı aranmaksızın, sadece irade beyanları ile kurulabilmekte ve hukuki sonuç doğurabilmektedir. Kanunun öngördüğü bir şekle uyulmadan yapılan hukuki işlem şekle uyulmasa dahi vardır, ancak hukuki sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla bu durumdan anlaşılacağı üzere yokluk görüşü günümüzün modern hukuk sistemlerinde şekil anlayışı ile hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır. Daha net olarak ifade etmek gerekirse, bir hukuki işlem ancak kurucu unsurları bir araya gelmişse mevcut sayılır (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013; Saymen & Elbir 1978). Dolayısıyla TBK’nın 12. maddesinde belirtilen şekle uymayan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı ifadesi yokluk yaptırımını belirtmemektedir. TBK 12. maddede belirtilen yaptırım açıkça yokluk değil, geçersizlik olarak belirtilmiştir (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013; Saymen & Elbir 1978 ).

### **8.1.3 İptal edilebilirlik görüşü**

Başlangıçtan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğuran ancak iptal hakkı sahibi tarafından dilediği durumda sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaya imkan tanıyan iptal edilebilirlik söz konusu olur (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013; Saymen & Elbir 1978). İptal edilebilirlik şeklindeki hükümsüzlük için doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu

görüşlerden biri gerçek anlamı ile bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirliktir (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Tunçomağ, 1976). Gerçek anlamı ile bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik kavramı, iptal edilebilir olan sözleşmenin başlangıçta geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu ancak iptal hakkının kullanılması ile sözleşmenin kesin hükümsüz hale geldiği sözleşmedir. Farklı bir anlatımla kendisine iptal hakkı tanınan taraf, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki iptal hakkını kullandığı zaman hukuki işlem geçmişe etkili olarak, yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz hale gelmektedir (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013; Saymen & Elbir 1978).

Bu durumda, geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir sözleşmenin hak sahibi tarafından geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilmesine iptal denir (Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013). Buradan anlaşıldığı üzere sözleşme ancak iptal hakkının kullanılmasıyla sona ereceği için, iptal hakkı kullanılana kadar sözleşmenin geçerli olduğunu söylemek gerekir (Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013). Burada önemli olan husus, kesin hükümsüz sözleşmelerden farklı olarak, iptal hakkı sahibi olan taraf iptal hakkını kullanmadıkça sözleşmenin hükümsüz olduğunu iddia edemezler (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013; Saymen & Elbir 1978). İptal, etkileri yönünden sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm ifade eder. Sözleşmenin tarafı olmayan kişiler iptal hakkını kullanamazlar (Eren, 2014).

Doktrinde savunulan ve bir diğer görüş olan gerçek olmayan anlamda bir iptal hakkı doğuran iptal edilebilirlik kavramına baktığımızda ise, buradaki iptal edilebilirlik kavramı sözleşmenin en baştan itibaren bir hüküm doğurmaması, söz konusu iptal hakkının kullanılması ile bu hükümsüzlüğün ortaya çıkacağını söylemek ile mümkün olur (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014)).

#### **8.1.4 Kendine özgü hükümsüzlük görüşü**

TBK m. 12’de belirtilen şekil şartına uyulmaması durumunda geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğunu ifade eden görüş yanında şekil şartına uyulmaması durumunda kendine özgü hükümsüzlük görüşü görüşünü savunan görüşler de mevcuttur. Doktrinde yer alan görüşe göre, şekil eksikliğine butlan yaptırımının uygulanması yerinde değildir. Doktrindeki bu görüşe göre, bu durumda butlan değil, kendine özgü bir geçersizlik söz konusudur (Kılıçoğlu, 2011). Doktrinde yer alan bu görüşü savunanlar şekil eksikliğinin taraflar arasındaki bir geçersizlik olduğunu ve

şekil eksikliğinin herkes tarafından değil sadece taraflarca def'i olarak ileri sürülebileceğini belirtmektedirler (Kılıçoğlu, 2011). Kesin hükümsüzlükte ise, hukuki işlemin bütün kurucu unsurları tamamdır. Ancak hukuk düzeninin istediği bir geçerlilik şartı eksiktir. Farklı bir anlatımla hukuki işlemin daha doğumunda bir sakatlık mevcuttur. Bu eksikliklerden biri de TBK m. 12 ile getirilen şekil şartına uyulmamış olmasıdır (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013; Saymen & Elbir 1978). Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan sözleşme en başından itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz (Kocayusufpaşa ve diğerleri (2014); Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013). Yargılama esnasında Hâkim düzeltilmesi mümkün olmayan şekil eksikliğini dosyada gördüğü zaman yargılamanın her safhasında taraflar ileri sürmese bile kendiliğinden göz önüne almak zorundadır. Dolayısıyla şekil eksikliği tarafların onayı ve rızası ile geçerli hale gelmez. Hatta tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlanılan edim ifa edilmişse dahi, bu ifa geçerli bir sebebe dayanmadığı için sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden verilen şey geri istenebilir (Eren, 2014).

#### **8.1.5 Şekil eksikliğiyle sakat sözleşmenin başka bir hukuki işleme dönüşmesi**

Hukuk düzeninde aynı ya da benzer bir amaca ulaşmaya yönelik çeşitli hukuki işlemler vardır. Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz bir hukuki işlemin yerine, bu hukuki işlemin gerçekleştirmek istediği amacı başka bir hukuki işlem ile yapılabilecek ise ve söz konusu şekil için bu işlem için yeterliyse, sözleşmenin taraflarının iradeleri de bu yönde ise, batıl işlem geçerli işlem yerine geçer (Narmanlıoğlu, 2014; Süzek, 2016; Tekil, 1981; Mollamahmutoğlu, Astarlı & Baysal 2014; Tunçomağ & Centel 2013; Centel & Demircioğlu 2015; Reisoğlu, 1968; Zevkliler & Gökyayla 2013; Kılıçoğlu & Şenocak 2013; Zevkliler, 2004). Hukuk düzeninde bu işleme çevirme ya da tahvil denir. Tahvile tarafların uyguladıkları şekil şartının yapmak istedikleri sözleşme için kanunda belirtilen resmi şekil şartını içermemekle birlikte, aynı sonuca ulaşmak için başka bir işlem öngörülen yazılı şekil şartını içermesi halinde, tahvile uygun olması gösterilir (Eren, 2014; Oğuzman & Öz 2013). Yargılama sırasında Hâkim tarafların iradelerinin istenilen işlemin şekil eksikliği nedeniyle sonuç doğurmaması halinde diğer işlemi yapma yönünde olduğu sonucuna kanaat getirirse tahvile karar verir (Eren, 2014). Tahvil için doktrinde üç unsurun bulunmasının gerektiği öngörülmüştür (Oğuzman & Öz 2013). Bu unsurlar, ortada kesin hükümsüz bir sözleşmenin bulunması, bu sözleşmenin çevrileceği

sözleşmenin maddi ve şekli bütün unsurları içeriyor olması ve tarafların sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu bilmeleri halinde tahvil ile geçerli sayılacak sözleşmeyi yapacaklarını kabul etmesidir (Oğuzman & Öz 2013; Kaneti, 1972).

## 8.2 İspat Şekli Bakımından

Usul Hukuku'nda şekil kurallarının uygulama alanı, maddi hukuka göre farklıdır. Usul Hukuku'nda şekle aykırılık durumunda maddi hukukta olduğu gibi her zaman butlan yaptırımı uygulanmaz (Pekcanitez ve diğerleri, 2013). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hangi işlemin kamu düzenine aykırı olduğu hususunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Genel olarak kamu düzeni, ülkede kamu hizmetlerinin iyi bir şekilde yapılması, devletin güvenliğini, düzenini ve kişiler arasındaki ilişkilerde hukuku ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kuralların tümü, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan kurallar şeklinde tanımlanabilir (Sözen, 1992). Doktrinde Medeni Usul Hukuku'nda kamu düzenine ilişkin bütün kurallar için, talepte bulunanları düşünmeye, dikkatli davranmaya sevk eden hükümler kamu düzeninden sayılır denilmektedir (Karlı, 2012). Ayrıca taraflara yargılama sırasında farklı imkânlar tanınması, davanın gereksiz yere uzatılması ve hakkın kötüye kullanılması gibi durumlar kamu düzenini ilgilendiren hususlardır. Bu nedenle ıslah (HMK m. 176/2) veya ikinci tanık listesinin verilememesi (HMK m. 240/2) gibi işlemlerin dava sırasında bir kez yapılabilmesi gibi hükümler hakkın kötüye kullanılmasını ve davanın gereksiz yere uzatılmasını önlemek düşüncesiyle düzenlenmiştir (Pekcanitez ve diğerleri, 2013) Zira bir davanın gereksiz yere uzaması, sadece davanın taraflarını değil, çoğu kez kamuyu da ilgilendirmektedir. Çünkü bir davanın gereksiz bir şekilde uzaması sebebiyle mahkemenin iş yükü artacağından, bu durum, diğer davaların da uzamasına sebebiyet verecektir.

Bunun gibi, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmeden ve yargılama sırasında taraflara bilirkişi raporları tebliğ edilmeden ve tarafların itirazları dikkate alınmadan dava hakkında hüküm kurmak da kamu düzenine aykırılık durumu oluştur (Pekcanitez ve diğerleri, 2013). Ayrıca bazı kamu düzenine ilişkin kurallar, tarafların söz konusu usul işlemini yapmadan önce düşünmesine ve daha dikkatli davranmasına yöneliktir. Ayrıca dava dilekçesinde bulunması zorunlu olan davacı ile

davalının adı, soyadı ve adresleri (HMK m. 119/1-b), davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası (HMK m. 119/1-c), varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri (HMK m. 119/1-ç), açık bir şekilde talep sonucu (HMK m. 119/1-ğ), davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası (HMK m. 119/1-h) da kamu düzenine ilişkindir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda eğer işlem kamu düzenine aykırı ise, bunu mahkeme kendiliğinden dikkate alır. Zira kamu düzenine aykırılık diğer tarafın ileri sürmesine gerek olmaksızın kendiliğinden göz önünde tutulur (Pekcanitez ve diğerleri, 2013).

Usul işlemlerindeki şekil eksikliği her zaman kamu düzenine ilişkin değildir. Usuli işlemlerdeki eksiklik giderilebilir ya da düzeltilebilir nitelikte ise bu eksiklik karşı tarafça ileri sürüldüğünde, işlem geçersiz sayılmaz, sadece işlemde bulunan eksiklik düzeltilir (Karslı, 2012). Bu düzeltme işlemi ise hatalı işlemin doğrusunun yapılması, geçmişe etkili şekilde icazet verilmesi ve ya itiraz etme hakkının kullanılmaması şeklinde söz konusu olabilir. Fakat bu işlemler kamu düzenine ilişkin olması durumunda bunların düzeltilmesi mümkün olmaz.

## 9. SONUÇ

Hukuk sistemimizde yer alan iş sözleşmesinin şekline ilişkin düzenlemeler temelini Türk Borçlar Kanunu'ndan almaktadır. Kanun koyucu şekil kuralları açısından Türk Borçlar Hukukunun genel esaslarının dışına çıkmamıştır.

İş Hukukunun işçiyi koruma amacının bir sonucu olarak şekil kurallarına aykırılığı İş Hukuku bağlamında kendine özgü yaptırımlara bağlamak gerekmektedir. Çünkü Türk Borçlar Hukukunda öngörülen şekil kurallarına uyulmamasının yaptırımı geçersizliktir. İş Hukukunun işçiyi koruma amacı göz önüne alındığında geçersizlik işçi için ağır bir sonuçtur. Şekil şartı bakımından iş sözleşmesinin yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda Kanun koyucu işçiyi koruma dürtüsüyle hareket etmektedir. Diğer hallerde işçinin sözleşme olmadan çalıştırılması ve haklarını tam olarak talep edememesi ortaya çıkabilecektir(Arslan Ertürk, 2017). Kanun koyucunun işveren bakımından sözleşme yapılmasını zorlayıcı veya zorunlu kılan hükümler koymasının sebebi de işçinin korunması amacıdır. İşçiler İş Kanunu bakımından haklarını koruyabilmelidirler. Bu ağır sonucu gidermek için iş sözleşmeleri açısından şekil kurallarını genellikle ispat şekli olarak değerlendirmek gerekir(Arslan Ertürk, 2017). Yazılı şeklin geçerlilik şekli olarak kabul edildiği durumlarda şekle aykırılığın geçersizlik yaptırımına bağlamaktan ziyade mümkün olduğu ölçüde sözleşmeyi ayakta tutma amaçlanmalıdır. İş Kanununda aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesinin kurulması özel bir şekle tâbi değildir. Yine Türk Borçlar Kanununda aksine bir düzenleme söz konusu değilse, hizmet sözleşmesinin kurulması için de herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Kanun koyucu iş sözleşmelerinin kuruluşunda genel kural olan şekil serbestisi esasını kabul etmekle birlikte sözleşmenin yazılı şekilde yapılmaması durumunda işvereni işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren yazılı bir belge verme yükümlülüğü yüklemiştir(Arslan Ertürk, 2017).

İş sözleşmelerinin kuruluşunda genel olarak şekil serbestisi ilkesi kabul edilmiş ise de bazı sözleşme türlerinde yazılı şekil zorunluluğu da öngörülmüştür. Örneğin,



takım sözleşmesi ve Özel Eğitim Kurumları Kanununda iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekir.

İş Kanunu genel çerçevesiyle işçiyi koruyucu hükümleri içermektedir. Bu yönüyle bakıldığında TBK'daki geçersizlik yaptırımını hukuka uygun olsa da İş Kanunu bakımından da Kanunun amacına aykırı durumdadır. Bu aykırı durumu yumuşatma adına şekil şartına ilişkin yaptırımın geçersizlik olmaması, şekil şartının ispat aracı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme yapma niyet ve iradesinin varlığının esas kabul edilerek sözleşmenin ayakta tutulmaya çalışılması amaçlanmalıdır(Arslan Ertürk, 2017).

Tüm bu gerekçelerle iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması işçi lehine bir durum olarak kabul edilir. Yazılı yapılacak iş sözleşmeleri ile işçiler haklarını sözleşme ile de güvence altına alabilecek ve çalışma koşullarını açık bir şekilde öğrenebilecek ve haklarını daha kolay bir şekilde arayabileceklerdir.

## KAYNAKLAR

- Ağar, S.**, (2010), Dava vekaletinin "İlla" noterden düzenlenmesi şart mı?, Ankara Barosu.
- Akıntürk, T.**, (2010), Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul.
- Akıntürk, T. & Karaman, D.**, (2013), Aile Hukuku, İstanbul.
- Akkurt, S. S.**, (2008), Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler Ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Akkurt, S. S.**, (2014), Hukukî İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Akyiğit, E.**, (2014), İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara.
- Akyol, Ş.**, (1995), Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul.
- Albayrak, C.**, (2012), Küreselleşme Ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, TÜBİTAK.
- Alpagut, G.**, (2005), " İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi ", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Çam Sanayi İşverenleri Sendikası, 3.Yılında İş Yasası Eylül, İstanbul.
- Alpagut, G.**, (2012), «İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi» Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Ankara.
- Altaş, H.**, (1998), Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara.
- Altınöz, Ü. / Aşit, R.**, (2013), Paylı Mülkiyette Yararlanma Ve Yönetim Düzeninin Oluşturulması Ve Değiştirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi.
- Antalya, O. G.**, (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- Arslan Ertürk, A.**, (2008), İşe İade Kararı ve İşverene Başvuruda Bulunma Koşulu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.
- Arslan Ertürk, A.**, (2010), "Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu", 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Arslan Ertürk, A.**, (2017), İş Sözleşmesinde Şekil, Vedat Kitapçılık Nisan, İstanbul.
- Ateş, D.**, (2007), Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara.
- Ayan, M.**, (2005), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya.
- Aybay, A.**, (1995), Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul.
- Ayhan, R.**, (2013), Ticarî İş Kavramı Ve Tacir Sıfatına Bağlı Ücret Ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, Gazi Üniversitesi.
- Ayvaz Taşpınar, S.**, (2012), Türk Borçlar Kanunu Ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eiew To The New Regulleştirel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Balkan, B. / Kahyaoğlu, S. B.**, (2017), Türk Bankacılık Sektöründe Faks ve Hukuki Boyutu, G.M.Matbaacılık ve Tic.A.Ş.
- Başara Duran, K.**, (2014), Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

- Başterzi, S.**, (2010), Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, Mart, Ankara.
- Başterzi, S.**, (2011), İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009. Ankara.
- Başterzi, S.**, (2013), Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi İşçinin Haklı Menfaati, Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Bayram, S.**, (2010), “İş Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması, Sözleşme Serbestliği ile Sınırları, Şekli ve Butlanı” Mayıs, İstanbul.
- Bektaş Kar, D.**, (2014), İş Hukuku, Ankara.
- Börü, L.**, (2009), İcra Ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK M.280), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Centel, T.**, (2002), İş Güvencesi ve İş Dünya Uygulamaları Çerçevesinde Türk Çalışma Yaşamında Esneklik Gereksinimi, İşveren XL, Mart.
- Centel, T.**, (1998), İş Hukukunda Ücret, İstanbul.
- Centel, T. / Demircioğlu, A. M.**, (2015), İş Hukuku. 18. Bası, İstanbul.
- Çelik, N. / Canikoğlu, N. / Canbolat, Prof. Dr. T.**, (2018), İş Hukuku Dersleri, 2018.
- Çelikbaş, D.**, (1987), “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, Prof. Dr. Kudret Ayter’e Armağan, Ankara.
- Çenberci, M.**, (1986), İş Kanunu Şerhi. 6. Bası, Ankara.
- Çil, Ş.**, (2007), 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt. 2. Baskı, Ankara.
- Doğan Yenisey, K.**, (2014), İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul.
- Dural, M. / Ögüz, T. / Gümü, M. A.**, (2014), Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul.
- Dural, M. / Öz, T.**, (2013), Miras Hukuku, İstanbul.
- Dursun Aksoy, S.**, (2008), Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler, TUBITAK.
- Ekonomi, M.**, (1984), İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku. İstanbul.
- Eren, F.**, (2014), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara.
- Ersoy, U.**, (2016), İş Ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK M.117), Türkiye Adalet Akademisi.
- Ertürk, Ş. / Erkanlı, B.**, (2014), İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri, Seçkin Yayıncılık A.Ş.
- Esener, T.**, (1978), İş Hukuku, 3. Bası, Ankara.
- Eyrenci, Ö. / Taşkent, S. / Ulucan, D.**, (2014), Bireysel İş Hukuku. 5. Baskı, İstanbul.
- Feyzioğlu, N. F.**, (1976), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- Gournay, B.**, (1971), Yönetim Bilimine Giriş Çağdaş Topumlarda Kamu Yönetimi, (Çev. İhsan Kuntbay), Ankara.
- Göktürk, H. A.**, (1937), Türk Hukuku’nda Yazılı Şekil, Ankara.
- Görgeç, B.**, (2013), Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, Turhan Kitapevi Ofset Matbacılık Tesisleri.

- Gümrükçüoğlu B.Y.**, (2016), 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Kapsamında Yapılan Zincirleme İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Kıdem Tazminatı Karar İncelemesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı.
- Gümüş, A.**, (2013), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. B., İstanbul.
- Güzel, A.**, (1997), Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan içinde, Ankara.
- Güzel, A. & Ugan Çatalkaya, D.**, (2014), İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan (MÜHFHAD) içinde, İstanbul.
- Hamamcıoğlu, E. & Karamanlıoğlu, A.**, (2016), Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil, Turhan Kitapevi Ofset Matbaacılık Tesisleri.
- Hatemi, H.**, (2005), Aile Hukuku C.I (Evlilik Hukuku), İstanbul.
- Hatemi, H. & Gökyayla, E.**, (2012), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul.
- Hatemi, H. & Kalkan O. B.**, (2013), Aile Hukuku, İstanbul.
- Hatemi, H. & Serozan, R.**, (1993), Aile Hukuku, İstanbul.
- Helvacı, İ.**, (2011), Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.
- Helvacı, S. & Erlüle, F.**, (2010), Medeni Hukuk, İstanbul.
- İlgün, C.**, (2015), Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Son Uygulamalarına Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev Alanı, Seçkin Yayıncılık A.Ş.
- İnan, Ali N. & Yücel, Ö.**, (2014), İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara.
- Kaneti, S.**, (1972), Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul.
- Kar, B.**, (2014), Deniz İş Hukuku Ankara.
- Karaçöp, E. & Yamakoğlu, E.**, (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, , C.10, İstanbul.
- Karşlı, A.**, (2001), Medeni Usul Hukuku'nda Usuli İşlemler, İstanbul.
- Karşlı, A.**, (2012), Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul. (Anlış: Medeni Muhakeme).
- Kılıçoğlu, A.**, (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış) 14. Bası, Ankara.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara.
- Kılıçoğlu, M. & Şenocak, K.**, (2013), İş Kanunu Şerhi. 3. Baskı, İstanbul.
- Kocağa, K.**, (2008), Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, Türkiye Barolar Birliği.
- Kocagil, İ.**, (2014), İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları, Turhan Kitapevi Ofset Matbaacılık Tesisleri.
- Kocayusufpaşa, N. & Hatemi, H. & Serozan, R. & Arpacı, A.**, (2014), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş –Hukuki İşlem – Sözleşme, İstanbul.
- Korkmaz, Y.**, (2016), Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi Ve Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması, Turhan Kitapevi Ofset Matbaacılık Tesisleri.
- Köprülü, B. & Kaneti, S.**, (1986), Aile Hukuku, İstanbul.

- Kuban, A.**, (1987), Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Toplantısı), İstanbul.
- Kurt, R.**, (2012), İşe İade Davalarında SGK İşlemleri Ve Uygulama Sorunları, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası (İSMMM), İstanbul.
- Lale, İ. & Lale, Ö.**, (2009), Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Ankara.
- Manav, A. E.**, (2012), İş Kanunu'nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi Ve Hukuki Sonuçları, TUBİTAK.
- Mollamahmutoglu, H.**, (1995), Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Sona Erme). Ankara.
- Mollamahmutoglu, H. & Astarlı, M. & Baysal, U.**, (2014), İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara.
- Narmanlıoğlu, Ü.**, (2014), İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5.B., İstanbul.
- Oğuz, A.**, (2018), Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan Traditio'nun Sebebe Bağlılığı.
- Oğuzman, M. K.**, (1987), İş Akdi- Hizmet Akdi, İş Hukuku, C.1, 3. Bası, İstanbul.
- Oğuzman, K. & Dural, M.**, (1998), Aile Hukuku, İstanbul.
- Oğuzman, K. & Öz, T.**, (2016), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- Oğuzman, M. K.**, (1955), Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul.
- Oğuzman, M. K.**, (1987), Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.I. İstanbul.
- Oğuzman, M. K. & Barlas, N.**, (2012), Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. K. & Öz, T.**, (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul.
- Olgaç, S.**, (1977), Hukuk Davalarında Hizmet Akdi.
- Örnek, A.**, (1992), Kamu Yönetimi, Meram Yayın Dağıtım, İstanbul.
- Özkaraca, E. & Ünal, C.**, (2014), Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak Ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu, Turhan Kitapevi Ofset Matbaacılık Tesisleri.
- Öztan, B.**, (2004), Aile Hukuku, Ankara.
- Özğür, A. İ.**, (2005), Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Ankara.
- Paslı, A.**, (2009), Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Kullanılan "Oy"un Hukuki Niteliği", Tubitak.
- Pekcanitez, H. & Atalay, O. & Özekes, M.**, (2013), Medeni Usul Hukuku, Ankara.
- Pekcanitez, H. & Atalay, O. & Sungurtekin Ö. M. & Özekes, M.**, (2013), İcra Ve İflas Hukuku, Ankara.
- Pınar, H.**, (2014), Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması Ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu, Gazi Üniversitesi.
- Rado, T.**, (1992), Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul.
- Reisoğlu, S.**, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul.
- Reisoğlu, S.**, (1968), Hizmet Akdi ( Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri). Ankara.
- Saymen, F. H.**, (1954), Türk İş Hukuku, İstanbul.
- Saymen, F. H. & Elbir, H. K.**, (1978), Türk Borçlar Hukuku, İstanbul.
- Seçkin, M. İ.**, (2015), Komisyon Ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu, Türkiye Barolar Birliği.
- Sevimli, K.A.**, (2006), İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları İstanbul.

- Sözen, T.**, (1992), “Kamu Düzenine İlişkin Özel Hukuk Kuralları Üzerine Düşünceler”, İbd, İstanbul.
- Sümer, H. H.**, (2014), İş Hukuku. 19. Baskı, Konya.
- Süzek, S.**, (2014), Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği", Turhan Kitapevi Ofset Matbacılık Tesisleri.
- Süzek, S.**, (2016), İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul.
- Şahin Emir, A.**, (2016), Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Sınırlamalar Ve Esneklik Olanakları Avrupa Birliği Örnekleriyle, Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Şahlanan, F.**, (2011), İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi Tekstil İşveren, , Aralık.
- Şakar, M.**, (2002), Basın İş Hukuk Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, İstanbul.
- Şen, M.**, (2005), "Toplu İş Çıkarma Prosedürüne Aykırılık", Tühis, Mayıs (Toplu İşçi Çıkarma).
- Şengül, M.**, (2012), Türk Borçlar Kanunu Ve İş Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Belirli Süreli İş/Hizmet Sözleşmesi, Maltepe Üniversitesi.
- Tanrıver, S.**, (2016),Noterler Tarafından Elektronik Ortamda Yapılabilecek Olan İşlemler ve Bu İşlemlerin Gerçekleştirilmesi Usûlü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Tekil, F.**, (1981), İş Hukuku. İstanbul.
- Tekinay, S. S.**, (1986), Türk Aile Hukuku, İstanbul.
- Tekinay, S. S. & Akman, S. & Burcuoğlu, H. & Altop, A.**, (1993), Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul.
- Tolga, M. V.**, (1952), İş Hukuku, İstanbul.
- Tosun, K.**, (1984), İşletme Yönetimi, Mars Basım Yayın Ve Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul.
- Tosuntosun, Z. N.**, (2015), İş Sözleşmelerinde Şekil Şartı, Seçkin Yayıncılık A.Ş.
- Tuğ, A.**, (1994), Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya.
- Tunçomağ, K.**, (1968), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), C. 1, 3. Bası, İstanbul.
- Tunçomağ, K. & Centel, T.**, (2008), İş Hukukunun Esasları, İstanbul.
- Uygur, T.**, (2012), Türk Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul.
- Üçok, C. & Mumcu, A. & Bozkurt, G.**, (2015), Türk Hukuk Tarihi, Ankara.
- Yavuz, A.**, (2000), “Çalışma Hayatında Esneklik Ve Türkiye İçin Öneriler”, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan, Ankara.
- Yavuz, C. & Acar, F. & Özen, B.**, (2013), Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Düzenlenmiş Ve Yenilenmiş Baskı), İstanbul.
- Yavuz, C.**, (2016), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul.
- Yener, M. D.**, (2011), Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu Ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler, Tubıtak.
- Yıldırım, A.**, (2014), Sözlü Vasiyetname, Türkiye Adalet Akademisi.
- Yıldız, G. B.**, (2013), Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi The Principle Of Proportionality İn Turkish Labour Law", Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Yiğit, Y.**, (2012), Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi Ve Bu Serbestinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Zevkliler, A.**, (2005), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara.
- Zevkliler, A. & Gökyayla, K. E.**, (2013), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul.

## ÖZGEÇMİŞ

**Adı - Soyadı** : Osman ÇİFCİ

**Doğum Tarihi ve Yeri** :01.01.1990 – Ardahan

**E-posta** : osman\_\_cifci@hotmail.com

**Öğrenim Durumu** :

- **Lisans** : 2014, İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
- **Yüksek Lisans** : 2019, İstanbul Aydın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İş Sözleşmesinde Şekil Serbestisi
- **Makale** : İş Sözleşmesinde Şekil Serbestisi, Muş Anemon Dergisi

