

T.C.
GAZIANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU ANABİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKU'NDA
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAM VE
SINIRLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÖZENÇ DÖNMEZER

GAZIANTEP
MAYIS 2020

T.C.
GAZIANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU ANABİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKU'NDA
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAM VE
SINIRLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÖZENÇ DÖNMEZER

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Hakan CİNDEMİR

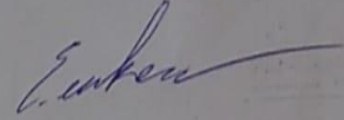
GAZIANTEP
MAYIS 2020

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU ANA BİLİM DALI

Türk İş Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğünün Kapsam ve Sınırları
Özenç DÖNMEZER

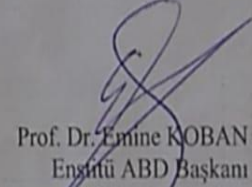
Tez Savunma Tarihi: 05.05.2020

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı



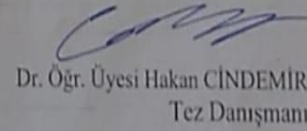
Doç. Dr. Erol ERKAN
SBE Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları sağladığını onaylıyorum.



Prof. Dr. Emine KOBAN
Enstitü ABD Başkanı

Bu tez tarafımda (tarafımızca) okunmuş, kapsamı ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



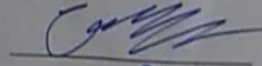
Dr. Öğr. Üyesi Hakan CİNDEMİR
Tez Danışmanı

Bu tez tarafımızca okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak oybirliği / ~~oybirliği~~ ile kabul edilmiştir.

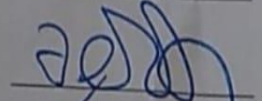
Jüri Üyeleri:
(Unvanı, Adı ve SOYADI)

İmzası

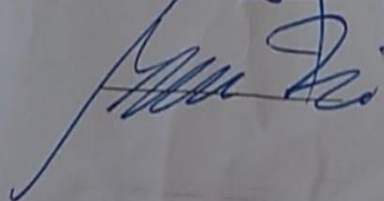
Dr. Öğr. Üyesi Hakan CİNDEMİR



Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ERDOĞAN



Doç Dr. Mehmet ŞENTÜRK



ETİK BEYAN

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Mayıs 2020

Özenç DÖNMEZER

ÖZ

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAM VE SINIRLARI

DÖNMEZER, Özenç

Yüksek Lisans Tezi, Ekonomi Hukuku ABD

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Hakan CİNDEMİR

Mayıs 2020, 134 Sayfa

Sözleşme özgürlüğü, temel olarak Borçlar Hukuku'nda düzenlenmiştir ancak öneminden dolayı özel hukukun birçok alanında uygulanabilmektedir. Sözleşme özgürlüğüne göre taraflar, kanundaki temel sınırlara uymak şartıyla bir sözleşmenin içeriğini istedikleri gibi belirleyebilecektir.

İş Hukuku'nda da temel olarak sözleşme özgürlüğü benimsenmiştir. Fakat bu özgürlük, sosyal ve ekonomik düşüncelerle birtakım sınırlandırılmalara tabi tutulmuştur. Buna göre işveren için kimi durumlarda sözleşme yapma yasakları getirilmişken kimi durumlarda da sözleşme yapma zorunluluğu öngörülmüştür.

İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının anlaşılabilmesi için sözleşme ve özgürlük kavramlarının ayrıntılı olarak incelenmesi ve sonrasında da sözleşme özgürlüğü kavramının özellikle Borçlar Hukuku, Anayasa Hukuku, Medeni Hukuk, Roma Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler açısından ne anlam ifade ettiğinin irdelenmesi gerekir. İşte bu amaç doğrultusunda konu, sistematik olarak incelenecek ve varılan sonuç da vurgulanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, özgürlük, işçi, işveren, hukuk.

ABSTRACT

SCOPE AND LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT IN TURKISH LABOR LAW

DÖNMEZER, Özenç

M.A. Thesis, Department of Economic Law

Supervisor: Dr. Lecturer Hakan CİNDEMİR

May 2020, 134 pages

Freedom of contract is basically regulated in the Law of Obligations but due to its importance it can be applied in many areas of private law. According to the freedom of contract the parties can determine the content of a contract as they wish provided that it complies with the basic limits in the law.

In Labour Law, fundamental freedom of contract has been adopted. However this freedom has been subject to some limitations with social and economic thoughts. According to this in some cases contract are prohibited and in some cases the obligation to sign a contract is envisaged.

In order to understand the scope and limits of the freedom of contract in Labour Law, it is necessary to examine the concepts of contract and freedom in detail and then to examine the meaning of the concept of contract freedom especially in terms of Law of Obligations, Constitutional Law, Civil Law, Roman Law and International Conventions. For this purpose, the subject will be examined systematically and the result will be emphasized.

Keywords: Contract, freedom, worker, employer, law.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, ÖZGÜRLÜK VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARININ İNCELENMESİ

I.SÖZLEŞME KAVRAMI.....	5
A. Sözleşmelerin Kurulması ve Özellikleri.....	8
B. Sözleşmelerin Şekli.....	17
II. ÖZGÜRLÜK KAVRAMI.....	22
A. Özgürlük Kavramı ve Tarihi Gelişim Süreci.....	23
B. Türk Hukuku'nda Özgürlük Kavramı.....	26
1. Anayasa Hukuku'nda Özgürlük Kavramı.....	27
2. Ceza Hukuku'nda Özgürlük Kavramı.....	28
III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI, SINIRLARI VE ÇEŞİTLİ HUKUK ALANLARINDAKİ ALGILANIŞ BIÇIMI.....	32
A. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı.....	33
1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü ve Sınırları.....	34
2. Sözleşmenin Türünü Seçme Özgürlüğü ve Sınırları.....	35
3. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü ve Sınırları.....	36
4. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü ve Sınırları.....	37
5. Sözleşmenin İçeriğini Dilediği Gibi Belirleme Özgürlüğü ve Sınırları.....	38
6. Sözleşmeyi Değiştirme ve Ortadan Kaldırma Özgürlüğü ve Sınırları.....	39
B. Uluslararası Sözleşmelerde Sözleşme Özgürlüğü.....	41
1. ILO Sözleşmelerinde Sözleşme Özgürlüğü.....	41
2. Uluslararası Diğer Metinlerde Sözleşme Özgürlüğü.....	43
C. Türk Borçlar Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğü.....	45
1. Sözleşmeler, Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olmamalıdır.....	48
2. Sözleşmeler, Ahlaka Aykırı Olmamalıdır.....	49
3. Sözleşmeler, Kamu Düzenine Aykırı Olmamalıdır.....	51
4. Sözleşmeler, Kişilik Haklarına Aykırı Olmamalıdır.....	53

5. Sözleşmelerin Konusu, İmkansız Olmamalıdır.....	55
D. Roma Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğü.....	55
E. Anayasa Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğü.....	58
F. Medeni Hukuk'ta Sözleşme Özgürlüğü.....	62
1. Genel Olarak.....	62
2. Dürüstlük Kavramı ve Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi.....	63

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

I. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	65
II. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI VE ŞEKLİ.....	67
A. İş Sözleşmelerinin Kurulması.....	67
B. İş Sözleşmelerinin Şekli.....	70
III. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME YAPMA YASAKLARI.....	75
A. Yaş Küçüklüğünden Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı.....	75
B. Cinsiyetten Kaynaklanan Sözleşme Yasağı.....	82
C. Sağlık Durumundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı.....	92
D. Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı.....	99
E. Yabancılık Unsurundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı...101	
IV. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU DOĞURAN HALLER.....	107
A. İş Yerlerinde Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu.....	108
B. İş Yerlerinde İş Yeri Hekimi ve İş Güvenliği Elemanı Çalıştırma Zorunluluğu.....	116
C. İş Yerinden Malulen Ayrılmak Zorunda Kalıp Maluliyeti Daha Sonra Ortadan Kalkan İşçinin Yeniden İşe Alınması.....	117
D. Askeri ve Kanuni Ödev Dolayısıyla İşinden Ayrılanların Yeniden İşe Alınması.....	120
E. İşten Toplu Olarak Çıkarılan İşçilerin Yeniden İşe Alınması.....	122
F. İşçi Kuruluşundaki Görevi Sona Eren İşçilerin Yeniden İşe Alınması.....	124
G. Hastalığı Sebebiyle İşten Çıkarılan Gazetecilerin Yeniden İşe Alınması.....	125
SONUÇ.....	127
KAYNAKÇA.....	131

KISALTMALAR

AIHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BM	:	Birleşmiş Milletler
ÇHDS	:	Çocuk Haklarına Dair Sözleşme
DİK	:	Deniz İş Kanunu
EHK	:	Engelliler Hakkında Kanun
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	:	Uluslararası Çalışma Örgütü
İHEB	:	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İK	:	İş Kanunu
İSGK	:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
SSGSSK	:	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STİK	:	Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TKHK	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
UİK	:	Uluslararası İşgücü Kanunu
UYAP	:	Uluslararası Yargı Ağı Bilişim Sistemi

GİRİŞ

Hukuk, toplumsal yaşamın en önemli öğelerinden biridir. Hukuksuz bir yaşam, hukuksuz bir düzen düşünülemez. Toplum hayatı, bugünkü gelişmişlik seviyesine aniden ulaşmamıştır. Bugünkü seviye, bir birikimin ve yılların getirdiği bir gelişimin ürünüdür. Hayatın her alanında değişimler ve gelişmeler yaşanırken elbette hukuk alanı da değişip bugünkü halini almıştır. Gerek geçmişte gerek bugün, hukukun toplum düzeninin sağlanmasında önemi büyüktür. Bu önem, hukukun hayatın hemen her alanını düzenlemesiyle ilgilidir. Bu alanlardan biri de İş Hukuku'dur.

İş Hukuku -temel olarak- işçi ve işverenlerin borç ve ilişkilerini, işçi hak ve alacaklarını, işyeri ve çalışma hayatının karmaşık yapısını düzenleyen bir hukuk dalıdır. Bu sebeple, çalışma hayatının toplum düzeninin önemli bir parçası olduğu göz önüne alındığında İş Hukuku'nun ne kadar önemli bir yere sahip olduğu görülür. İş ve çalışma hayatı, esas olarak işveren ve işçi arasındaki sözleşmelere dayandığı için sözleşmeler ve sözleşme özgürlüğü konusu, İş Hukuku'nun en temel ve önemli konularından biridir. Nitekim Türk İş Hukuku, sözleşme özgürlüğüne büyük önem vermekle birlikte çeşitli sebeplerle bu özgürlüğü sınırlama yoluna da gitmiştir. Türk İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırlarını anlatabilmek amacıyla sözleşme, özgürlük ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının ne anlam ifade ettiğinin, bu kavramların çeşitli hukuk dallarındaki yansımalarının nasıl olduğunun irdelenmesi gerekir. Bu hususlar incelendiğinde ancak Türk İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırları alanındaki düzenlemelerin bugünkü hukuk ve bilgi birikimi çerçevesinde uygulamadaki ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığı anlaşılabilir. İşte, bu çalışma kapsamında bu hususlar incelenecektir. Buna göre sözleşme, özgürlük ve sözleşme özgürlüğü kavramları tanımlanacak ve bu kavramların özellikle Borçlar Hukuku, Roma Hukuku, Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve Medeni Hukuk alanlarında ne anlama geldiği çeşitli başlıklar altında incelenecektir. Nitekim her ne kadar özel hukuk – kamu hukuku ayrımı olsa da ve bu ayrım; çok ayrıntılı, çeşitli ve her biri, bir o kadar zengin bilgi birikimini gerektiren hukuk dallarından oluşsa da amaçları ve toplumda üstlendiği rol göz önüne alındığında hukuk, bir bütündür ve hukuki kurum ve teorilerinin birleştiği bir nokta vardır.

Sözleşme özgürlüğünün temeli olan sözleşme kavramı, en ayrıntılı biçimde Borçlar Hukuku'nda düzenlenmiştir. Bunun için de birinci bölümde, Borçlar Hukuku başta olmak üzere çeşitli hukuk dallarında sözleşme, özgürlük ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının ne anlam ifade ettiği incelenecektir.

Bu çalışmanın temelini oluşturan sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Buna göre sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın olması gerekmektedir birlikte bu taraflar, iradelerini beyan etmelidirler ve bu beyanlar da karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır.

Borçlar Hukuku alanında temel olarak ‘‘sözleşme özgürlüğü’’ geçerlidir. Bu kapsamda taraflar, bir sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilirler ancak bunun için kanundaki sınırlara uymak zorundadırlar. Bu sınırlar gereği sözleşmeler; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamayacağı gibi sözleşmelerin konusu da imkânsız olmamalıdır. Aksi takdirde sözleşme, kesin hükümsüz olur.

Anayasanın -temel olarak- normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunması ve hayatın birçok alanına ilişkin temel ilkeleri öngörmesi sebebiyle sözleşme ve özgürlük alanındaki anayasal düzenlemelere de değinilmelidir.

Özgürlüğe ilişkin birçok düzenleme getirmesi, özgürlük alanına hukuka aykırı müdahalelerde bulunanların da cezalandırılması esasını benimsemesi sebebiyle konu ile ilgili Türk Ceza Hukuku düzenlemeleri de önem arz eder. Nitekim kişinin kendi düşünce ve fiziksel özgürlüğü sağlanamadığında gerek Borçlar Hukuku alanındaki gerek de İş Hukuku alanındaki sözleşme hürriyetinin pek bir önemi kalmaz.

Roma hukukunun birçok hukuki kavram, kurum, teoriye kaynaklık yapması ve günümüz hukukuna çeşitli sebeplerle temel oluşturabilmesi sebebiyle özgürlük ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının bu hukuk dalı açısından da ne anlam ifade ettiğinin incelenmesi gerekir. İşte o zaman, bugünkü kavramların tarihçesi ve değeri, ne tür aşamalardan geçerek günümüze geldiği daha sağlıklı şekilde anlaşılacaktır. Bu kapsamda da Roma hukukunun tarihi, gelişimi, temel kavramların Roma hukuku açısından ne anlam ifade ettiği ve Roma hukukunun Türk Hukuku açısından önemi de bu çalışma kapsamında incelenecektir.

Her ne kadar, sözleşme özgürlüğü kavramını doğrudan içeren bir düzenlemeye yer vermese de özel hukuk ilişkilerine -tıpkı Borçlar Hukuku gibi- temel oluşturabilmesi açısından konunun Medeni Hukuk açısından da incelenmesi yapılacaktır.

Türk İş Hukuku'nda da temel olarak sözleşme özgürlüğü benimsenmiştir. Ancak Borçlar Hukuku alanında hatta özel hukukun tüm alanlarında geçerli olan sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan sınırları, İş Hukuku alanında da geçerlidir. Buna göre mesela iş sözleşmesinin de konusu imkânsız olmamalıdır.

Borçlar Hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğüne ilişkin esaslar, İş Hukuku'nda da geçerli olmakla birlikte İş Hukuku'nun kendine özgü ve bağımsız bir hukuk dalı olması, iş hayatının karmaşık yapısı, sosyal ve ekonomik düşünceler ile daha başka özel nedenlerden dolayı İş Hukuku alanında da sözleşme özgürlüğü sınırlanmıştır. Bu sınırlamaların bir kısmı "yasak" şeklinde olurken sınırlamaların diğer bir kısmı da "zorunluluk" şeklinde olmaktadır. Yani işveren, temel olarak, dilediği kişiyle ve dilediği şartlarda sözleşme yapmak konusunda özgürken kimi durumlarda sözleşme yapma yasaklarıyla karşılaşabilecektir. Yine işveren, kimi durumlarda da sözleşme yapma zorunluluğuna tabi olacaktır.

"İş Hukuku'nda Sözleşme Yapma Yasakları"; yaş küçüklüğünden kaynaklanan sözleşme yapma yasakları, cinsiyetten kaynaklanan sözleşme yapma yasakları, sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasakları, yabancılık unsurundan kaynaklanan sözleşme yapma yasakları ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinden kaynaklanan sözleşme yapma yasakları olmak üzere çeşitli başlıklardan oluşur.

Yaş küçüklüğü, cinsiyet ve sağlık sebeplerinden kaynaklanan sözleşme yapma yasaklarının amacı, iş hayatının birtakım tehlikeleri barındırması sebebiyle fiziksel, biyolojik ve ruhsal durumları bazı işlerin yapılmasına tam olarak uygun olmayan kişilerin, bu tehlikelere karşı korunması düşüncesidir. Yabancılık unsurundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağında ise temel olarak, kamu düzeninin korunması ve Uluslararası hukukun gereklerinin yerine getirilmesi düşüncesi etkili olmuştur.

"İş Hukuku'nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu Doğuran Haller" de konu kapsamında incelenecektir. Yani sözleşme yapma yasakları, sözleşme özgürlüğünün

bir istisnasını oluştururken sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller de sözleşme özgürlüğünün bir diğer sınır ve istisnasını oluşturacaktır. Normalde işveren, önüne gelen bir işçiyle sözleşme yapmak zorunda değilken sözleşme yapma zorunluluğu doğuran hallerde eğer koşullar uygunsa işveren, sözleşme yapmak zorunda kalacaktır.

Çalışmanın kapsamını oluşturan başlıklar bu Şekilde olmakla birlikte çalışmada esas alınan hukuki sorun, Türk İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının uygulamadaki ihtiyaçları yeterince karşılayıp karşılamadığının incelenmesi ve bu noktadaki eleştiri ve önerilerinin tez kapsamında sistemli Şekilde ifade edilmesidir. Bunun için de konu hakkında çeşitli mevzuat hükümlerinden, kaynak kitaplardan, makalelerden, öğretideki görüşlerden, Anayasa mahkemesi görüşleri ile Yargıtay kararlarından yararlanılacak ve varılacak sonuç da açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME, ÖZGÜRLÜK VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARININ İNCELENMESİ

I. SÖZLEŞME KAVRAMI

Sözleşme kavramı, sadece Borçlar Hukuku için değil, hukukun hemen hemen tüm alanları için oldukça önem arz eden bir kavramdır. Bu önemi nedeniyle de birçok hukuk teorisinin sözleşme kavramı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Sözleşme özgürlüğü kavramının kavranabilmesi için de öncelikle sözleşme ve özgürlük kavramlarının ne anlama geldiğinin anlaşılması gerekir. Bu sebeple de konuya giriş yapmadan önce, bu kavram incelenecektir.

Sözleşme kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) birinci kısmının birinci bölümünün birinci ayrımında, "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri" başlığı altında incelenmiştir. Hatta 6098 sayılı TBK'nın henüz ilk maddesinde bu kavramla karşılaşılmaktadır. Söz konusu kavramla ilgili kanunda "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir." ifadeleri kullanılmıştır. Söz konusu düzenleme incelendiğinde ortada bir sözleşme olabilmesi için öncelikle iki tarafın olması gerekmektedir. Bu taraflar, irade açıklamasında bulunmalıdırlar ve bu irade açıklamalarının da birbirine uygun olması gerekir. Bu sebeple, tarafların irade açıklamaları arasında uyumsuzluklar meydana geldiğinde TBK'nın kabul ettiği, geçerli bir sözleşme oluşmayacaktır.

TBK'daki sözleşme tanımı ile öğretideki sözleşme tanımları, büyük ölçüde örtüşmektedir. Nitekim sözleşme kavramı, hukuk öğretisindeki en açık kavramlardan biridir. Sözleşme ile taraflar, adeta birbirlerine söz vermekte, zihinlerindeki düşünce ve amaçları karşılıklı ve uyumlu olarak birbirlerine beyan etmekte ve hukuken bir taahhüt altına girmektedir. Elbette günlük hayatta kişiler, çeşitli konularda birbirlerine söz

¹ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 27836 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 04.02.2011

verip taahhütte bulunabilmektedir. Ancak bunların hepsinin hukuken bir sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir söz vermenin ya da taahhüdün hukuken bir sözleşme olarak değerlendirilmesi için özellikle TBK'daki sözleşme tanımına uyması gerekir.

Her ne kadar öğretilerde de TBK tanımlamasıyla paralel olarak sözleşme tanımları yapılmış olsa da temelde aynı şeyi ifade etmekle değişik söylemlerin kullanıldığı tanımlar da görülmektedir. Buna göre sözleşme -genel olarak- birbirinden farklı menfaatler güdüp farklı amaçlara ulaşmak isteyen tarafların hukuki bir sonuç doğurmak düşüncesiyle yaptıkları hukuki işlemdir.² Görüldüğü gibi bu tanımda, sözleşmenin hukuki bir işlem olduğu vurgulanmaktadır. Nitekim sözleşmeler, genellikle hukuki işlemlerin alt başlığında kategorize edilmektedir. Bu nedenle de sözleşme kavramının iyice anlaşılabilmesi için bu kavramla bağlantılı olan hukuki işlem kavramının da neyi içerdiğini anlamak gerekir.

Hukuki işlemler, irade beyanlarından oluşmaktadır. Hukuki işlemlerin oluşumunda önemli rol oynayan bu irade beyanları ise iradenin zihinde kararlaştırıldığı psikolojik unsur ile yine bu iradenin dış dünyaya yansıtıldığı objektif unsur olmak üzere iki evreden oluşur.³ İrade beyanı, dış dünyaya yansıtılmadığı sürece hukuki sonuç doğurmayacaktır. Hukuk düzeni, kişilerin zihnindeki düşüncelere sonuç bağlamamaktadır. Bir düşüncenin dış dünyada bir etki yaratabilmesi için hukuka uygun şekilde açıklanması gerekir. İşte hukuki işlemler de çeşitli şekillerde ortaya çıkmakla kişilerin irade beyanlarına sonuç bağlamaktadır.

Kişinin belirli bir şekilde davranıp davranmama konusundaki karar verme yetisi ile zihnindeki düşüncelerden oluşan irade; sözlü olarak, yazıya dökmek suretiyle ya da işaret yoluyla dış dünyaya aktarıldığında hukuki işlem ortaya çıkabilecektir.⁴ Buna göre sahip olduğu evi kiraya vermek isteyen ev sahibi, öncelikle bu düşüncesini zihninde oluşturur. Zihinde oluşan bu düşünce, olgunlaşarak kesinleşir ve karar verme aşamasına gelir. Karar verme aşaması gerçekleşince kişi, evini kiraya verme noktasındaki iradesini dış dünyaya yansıtma ihtiyacı hissedebilir. Bu durumda zihinde

² DOĞAN, Murat, ŞAHAN, Gökhan, ATAMULU, İsmail, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay. 1. Baskı, 2019, s.101.

³ BİLGİLİ, Fatih, DEMİRKAPI, Ertan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Bursa, Dora Yay. 13. Baskı, 2019, s.39.

⁴ ŞENYÜZ, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 9. Baskı, 2018, s.17.

oluşan iradenin dış dünyaya yansıtılması gerekir. İşte buna karşılık da evinin balkonuna ‘‘kiralık’’ ilanını asan ev sahibi, zihninde oluşan düşünceyi yazıya dökmek suretiyle dış dünyaya yansıtılmış ve sözleşmenin oluşması anlamında kamusal alana bir öneride bulunmuş olacaktır. Bu örnekte de görüleceği üzere sözleşmenin bir hukuki işlem olduğu tespiti de yerindedir. Nitekim öğretide de sözleşmenin bir hukuki işlem olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur.

Birçok hukuk alanında sözleşme kavramıyla karşılaşılabilmeyle birlikte bu kavramın temel olarak Borçlar Hukuku’nda ayrıntılarıyla düzenlenmesi, Borçlar Hukuku öğretisinin de bu anlamda şekillenmesine yol açmıştır. Öğretide de sözleşmenin borcun kaynaklarından olduğu kabul edilmiş ve buna göre de konunun önemi vurgulanmıştır.

Sözleşme ile borçlu, alacaklıya karşı bir edim yerine getirmekle yükümlü olur ve bu edim de bir şey vermek, bir şey yapmak ya da bir şey yapmamak şeklinde ortaya çıkar.⁵ Görüldüğü gibi sözleşme sonucu, alacaklı ve borçlu olmak üzere iki taraf ortaya çıkar. Nitekim konunun başından beri belirttiğimiz ve öğretide de kabul edildiği üzere sözleşme, iki taraf arasında kurulmakta ve bu taraflar da ‘‘alacaklı’’ ve ‘‘ borçlu’’ isimlerini almaktadır. Alacaklı ile borçlu kavramları, birbirinin zıttı kavramlar olmakla birlikte bir noktada da birbirini tamamlayan kavramlardır. Nitekim borç ilişkisine konu sözleşme, alacaklı ve borçlunun anlaşması sonucu kurulur. Bir edim yerine getirmekle yükümlü olan borçluya karşı alacaklının edimin yerine getirilmesini isteme hakkı doğar. Borçlu, edimi yerine getirme yükümlülüğüne uymadığında ise alacaklı, alacak davası açmak ya da icra takibi yapmak gibi çeşitli hukuki yollara başvurabilir. Görüldüğü gibi alacaklı ve borçlu, bir yerde birbirini tamamlamakta ve alacaklı ile borçlunun aralarında sebep sonuç ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle de bu kavramlardan biri olmadığında diğersinin bir işlevi ya da anlamı kalmayacaktır.

Sözleşme, sadece alacaklı ve borçlu arasında bir borç ilişkisi doğurur, buna göre -kural olarak- sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi, alacaklı ve borçlu arasındaki borçtan sorumlu tutulamaz, bu durum öğretide ‘‘borç ilişkisinin nispileği’’ olarak adlandırılmaktadır.⁶ Buna göre alacaklı (A) ile borçlu (B) arasında bir sözleşme imzalandığında sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisi yalnızca ikisi arasında doğar.

⁵ REİSOĞLU, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yay. 23. Bası, 2012, s.33.

⁶ ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, s.7.

Buna göre B, sözleşmeden kaynaklanan edimi yerine getirmekle yükümlü olur. B; A'ya karşı bir şey verme, bir şey yapma ya da bir şey yapmama borcu altına girer. A, B'den borcunu yerine getirmesini ister. Borç ilişkisi yalnızca A ve B arasında kurulmuştur, bu sebeple de A, borcun yerine getirilmesini üçüncü kişi konumundaki C'den kural olarak isteyemez.

Sözleşmenin ne olduğunun ve hangi unsurlardan oluştuğunun daha iyi anlaşılabilmesi için sözleşmelerin kurulması ve özellikleri ile sözleşmelerin şekli başlıklarının da ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir. Nitekim sözleşme, hukuka uygun şekilde kurulmalı ve şekil açısından bir sorun teşkil etmemeli ki, sözleşmeden beklenen amaç gerçekleşebilsin.

A. Sözleşmelerin Kurulması ve Özellikleri

Sözleşmelerin geçerli olabilmesi için öncelikle hukuka uygun şekilde kurulmuş olması gerekir. Bir önceki başlıkta da kısaca bahsedildiği üzere, sözleşmelerin kurulması noktasında dayanak, temel olarak 6098 sayılı TBK'dır. Bu anlamda, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı olarak ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmaları ve sözleşmenin esaslı noktalarında da uyuşmuş olmaları gerekir.

Sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşılması şartı, sözleşmenin kurulabilmesi için olmazsa olmazdır. Adından da anlaşılacağı üzere durum ve koşullar gereği esaslı noktalar, sözleşmenin temel taşı olarak değerlendirilebilir. Söz konusu konu, satım sözleşmeleri için incelendiğinde bu sözleşmelerin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların satılan mal ve buna karşılık ödenmesi gereken bedel konusunda anlaşmış olmaları gerekir ki, bu anlaşma sağlanamadığı takdirde sözleşme, geçerli olmaz.⁷

Tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşıp anlaşamadıklarının tespit edilebilmesi için her sözleşme türünün – diğer sözleşmelerden ilk bakışta ayırt edilebilecek şekilde- kendine özgü tipik unsur ve noktalarının incelenmesi ve yine

⁷ REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.63.

tarafların bu unsurlar üzerinde fikir birliğine gerçekten varıp varmadıkları hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.⁸

Eğer taraflar, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa bu durumda sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarının önemi, sözleşmenin kurulması açısından azalacaktır. Nitekim 6098 sayılı TBK burada, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olmasının sözleşmenin kurulması noktasında bir engel oluşturmayacağını belirtmiştir.

Sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları, sözleşmenin kurulması aşaması için sözleşmenin esaslı noktaları kadar önem arz etmeyen ancak yine de tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenip buna ilişkin uyumsuzlukların çözümlenebilmesi adına bir sözleşmede olması gereken ve bu noktalar üzerinde durulmadığı takdirde de sözleşmenin kurulmasına engel oluşturmayan unsurlardır.

Sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarında uyuşulmadığı takdirde hâkimin işin özelliğine bakarak uyumsuzluğu çözeceği 6098 sayılı TBK'nın 2. maddesinde belirtilmiştir. Buradaki "işin özelliği" kavramı üzerinde durmak gerekir. Nitekim işin özelliği kavramı, her somut olay ile bu olaydaki sözleşme ve bu sözleşmenin özellikleri ile tarafların sözleşmeden beklentilerine göre değişebilmektedir. Dolayısıyla hâkimin önüne gelen her olayda tüm bu unsurlara dikkat ederek karar vermesi yani gerçekten de işin özelliğine göre uyumsuzluğu çözmesi gerekir. Örneğin -sırf çevresel, ekonomik, kültürel ve coğrafi farklılıklar sebebiyle- Antakya'da yapılan bir kira sözleşmesindeki "işin özelliği" kavramı ile Marmaris'te yapılan bir kira sözleşmesindeki "işin özelliği" kavramı, değişiklik gösterebilecektir.

Sözleşmenin meydana gelmesi için ortaya konulan irade açıklamalarından ilki, "öneri" olarak isimlendirilirken yine karşı tarafa irade açıklamasında bulunarak karşı tarafın hukuka uygun olarak ortaya koyacağı bir "kabul" beyanı ile sözleşmenin kurulmasına zemin hazırlayan ilk taraf da "öneren" adını alır.⁹

⁸ KOCAAĞA, Köksal, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, S. 79, s. 82.

⁹ AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ, Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Beta Yay. 28. Baskı, 2019, s. 23.

Sözleşmenin kurulabilmesi için karşı tarafın da irade açıklamasıyla kabul beyanında bulunması gerekir.

Önerinin hukuken geçerli bir öneri olarak kabul edilebilmesi için karşı tarafta hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık bir öneri olması gerekmesinin yanı sıra, yine önerenin gerçekten de bu sözleşmenin kurulması anlamında ciddi iradesinin olduğu izlenimini karşı tarafta uyandırması gerekir.¹⁰ Bu durum karşısında, sözleşmenin esaslı noktalarını içermeyen ve sözleşme kurma iradesi açısından yeterli olgunlukta olmayan irade açıklamaları ancak “görüşmeye girişme” niteliğinde açıklamalar olarak değerlendirilir ve bu durum da hukuken “öneriye davet” adını alır.¹¹

Tarafların iradeleri ortaya konulduktan sonra, bu iradenin hukuken bir “öneri” mi yoksa bir “kabul” mü olduğu sorusu gündeme geldiğinde irade beyanında kimin bulunduğundan öte, irade beyanının hangisinin zaman olarak daha önce ortaya çıktığına bakmak gerekir ki, bu durumda ilk ortaya çıkan irade beyanı, öneri adını alacaktır.¹²

Öneri, TBK’da “sürelî öneri” ve “süresiz öneri” olmak üzere ikili ayrıma tabi tutulmuştur. Sürelî öneri, başka bir alt başlığa daha ayrılmamışken süresiz öneri ise “hazır olanlar arasında” ve “hazır olmayanlar arasında” yapılan öneri olmak üzere iki alt başlıkta incelenmiştir.

Sürelî öneri – süresiz öneri ayrımı, önerenin önerisini yaparken kabul beyanı için bir süre belirleyip belirlememesine göre yapılan bir ayrımdır.

Öneren, sözleşmeyle bağlanma iradesini yansıtabilecek şekilde ve kabul beyanı için bir süre öngörerek sözleşme teklifinde bulunuyorsa burada “sürelî öneri” söz konusu olacaktır. Buna göre, kabul için bir süre tanındığında önerenin önerisiyle bağlı kaldığı sınırlar çizilmiş olur. Yani öneren, o süre sona erdiğinde önerisiyle bağlılıktan kurtulacaktır. Bu düzenlemenin bir kişinin sunduğu bir teklifle çok uzun süre ya da belki de ömür boyu bağlı kalmasının onun sözleşme ve hareket özgürlüğünü kısıtlayabileceği düşüncesiyle isabetli olduğu söylenebilir. Başka türlü olsaydı her

¹⁰ DOĞAN, ŞAHAN, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 104.

¹¹ ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, s. 21.

¹² ŞEKER, Muzaffer, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK.7)”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, İstanbul 2013, S. 24, s. 85.

öneri, çok uzun süre kişileri bağlayacak ve onların -ileriki başlıklarda da anlatılacağı üzere- sözleşme özgürlüğünü kısıtlayabilecektir. Kısacası, önerenin önerisiyle bağlı kalabilmesi için kabulün belirlenen süre içerisinde kendisine ulaşmış olması gerekir.

Sözleşmenin kurulabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için öneri ve kabulün usulüne uygun olarak yapılması gerektiği belirtildi. Önerinin bir başka şekli de TBK madde 4'te düzenlenen süresiz öneri başlığı altındaki "hazır olanlar arasında" ortaya çıkan öneridir. Buna göre, konu ile ilgili " *Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur. Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.* " düzenlemesi getirilmiştir.

Hazır olanlar arasında yapılan süresiz öneride kabule ilişkin irade beyanının gecikmemesi ve hemen ortaya konulmuş olması gerekir. Elbette, durum ve koşullar gereği birtakım gecikmeler olması da muhtemeldir. Eğer -durum ve koşullardan kaynaklanan gecikmeler dışında- öneri, hemen kabul edilmezse öneren, önerisiyle bağlanmaktan kurtulur.

Hazır olanlar arasında yapılan süresiz önerideki "hazır olanlar" kavramı üzerinde durmak gerekir. Hazır olan kişiler, yüz yüze bir konumda olabileceği gibi iletişim sağlayan araçlarla doğrudan iletişim halinde de olabilir. Her ne kadar "doğrudan iletişim" kavramı, TBK'da "telefon ve bilgisayar" olarak açıklanmışsa da bu durum, kanunun ifadesinden anlaşılacağı üzere sınırlı sayıda sayılmış değildir. Kanun, burada "Telefon, bilgisayar gibi..." ifadesini kullanarak iletişim sağlayan araçların sayısının daha da çoğalabileceğini anlatmıştır.

İnternet servisleri ya da elektronik posta kanalıyla web siteleri üzerinden kurulabilen elektronik sözleşmelerde taraflar arasındaki iletişim, eğer herhangi bir kesintiye uğramıyorsa bu durumda, bu sözleşmeleri "hazırlar arasında yapılan sözleşme" olarak kabul etmek gerekir; ancak tarafların iletişimi kesintiye uğruyor veya araya zaman aralığı giriyorsa bu durumda ise bu tür sözleşmeler, "hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşme" olarak değerlendirecektir.¹³

¹³ ŞAHİN, Turan, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2011, S. 95, s. 335.

Bilimsel gelişmeler ve dünyanın ulaştığı mevcut bilgi birikimi, teknolojinin hızla gelişmesine yol açmıştır. Teknolojik gelişmelerle insanların iletişim olanakları da hızla gelişmeye devam etmektedir. Bilgisayar ve akıllı telefon kullanım oranının artması, çeşitli uygulamalarla iletişim kurmayı yaygınlaştırmıştır. Her şeyden önce, ‘‘sosyal medya’’ kavramı oluşmuş ve bu oluşum, hızla yaygınlaşma ve çeşitlenme göstermiştir. Dolayısıyla Facebook, Twitter, İnstagram, Swarm gibi sosyal medya platformlarında mesaj gönderme, yorum yapma ya da yazı yazma yolu ile karşı tarafa ulaşabilecek şekilde doğrudan iletişim sırasında yapılan öneriyi de hazır olanlar kavramına dahil etmek gerekeceği kanaatindeyiz. Örneğin, İnstagram uygulaması üzerinden mesajlaşma yolu ile iletişim kuran kişilerden birinin bu iletişim sırasında karşı tarafa yaptığı öneri, karşı tarafça o an görülüp de derhal kabul beyanı açıklanırsa burada sözleşmenin kurulacağı sonucuna ulaşılabilir. İçinde bulunulan çağın mevcut durumu, TBK’nın ifadesini bu şekilde yorumlamak gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Fakat yine de sosyal medyanın ya da iletişim sağlayan diğer araçların kontrol edilemez bir hal alması, bu tür uygulamaların yaygınlaşmasında ispat sorunlarının ortaya çıkmasını ya da kötüye kullanım sonuçlarını da doğurabilir. Dolayısıyla mevcut delil durumu ve somut olay karşısında her durum, ayrı bir şekilde değerlendirilmeli ve sözleşmenin kurulması şartlarının oluşup oluşmadığı irdelenmelidir.

Hazır olanlar arasında kurulan sözleşmenin yanı sıra, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin de içeriğine bakmak gerekir. Konu ile ilgili yine TBK düzenlemesi esas alındığında 5. maddede konunun düzenlendiği görülecektir. Buna göre burada da süresiz önerinin diğer bir çeşidi geçerli olduğu için öneren, önerisini yaparken kabul için bir süre belirlemeyecektir. Ancak önerenin önerisi, hazır olmayan bir kişiye yapılmaktadır. Bu durumda önerenin önerisiyle bağlı kalacağı süre de kanunda sınırlanmıştır. Öneren, bu ihtimalde, zamanında ve gerekli usule uygun olarak gönderilmiş bir cevabın varmasının bekleneceği ana kadar yaptığı öneriyle bağlı olacaktır. Nitekim öneren, önerisinin karşı tarafa zamanında ulaşmış olduğunu sayabilir.

Süresiz önerinin bir çeşidi olan hazır olmayanlar arasında yapılan önerideki ‘‘hazır olmayan kişi’’ kavramına da açıklık getirmek gerekir.

Hazır olmayan kişi, o an için önerinin doğrudan muhatabı olabilecek bir konumda değildir. Oysa hazır olanlar arasında yapılan öneride karşı taraf, öneri ile

doğrudan muhatap olmaktadır. Hazır olmayanlar arasında kurulan süresiz öneride kabul için belirlenmiş bir süre söz konusu olmadığından öneren, önerisiyle ancak belli süre zarfında bağlı kalabilecektir. Bu da hayatın olağan akışı, ortam ve koşullar çerçevesinde belirlenir. Her somut olayda da bu süre değişebilecektir.

Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an, farklılık arz eder. Sözleşmenin kurulma anı; karşı tarafın kabul beyanının önerenin hakimiyet alanına ulaştığı an iken – ki bu durum, ulaşma teorisi olarak anılmaktadır- sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an ise kabul beyanının gönderildiği an- gönderme teorisi – olarak belirlenir.¹⁴

Öğretide bu konu ile ilgili çoğunlukla ‘‘mektup’’ örneği verilmektedir. Dolayısıyla burada mektubun gönderildiği an ile karşı tarafa ulaştığı an, sözleşmenin kurulma anı ile sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anının belirlenebilmesi için önemlidir. Önerenin önerisiyle bağlı kalma süresi, burada da önemlidir. Bir kişi, başka şehirdeki bir arkadaşına mektup yazarak bir öneride bulunduğu anda burada mektubun karşı tarafa gitmesinin yanı sıra, söz konusu öneri hakkında karşı tarafın düşünüp makul bir cevap verebilmesi ve bunun neticesinde de kabul haberinin yine karşı taraftan gelmesi için gerekli olan zaman dilimi sonuna kadar öneren, önerisiyle bağlı olacaktır.¹⁵

Kabul beyanı, zamanında gönderilmesine rağmen bazen önerene geç ulaşabilir. Bu ihtimalde öneren, önerisiyle bağlı kalmak istemezse bu isteğini ve durumu, derhal karşı tarafa bildirmekle yükümlüdür.

Kabul beyanı, açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Örtülü kabul, TBK’nın 6. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁶ Buna göre örtülü kabul, ancak önerenin açık bir kabulü beklediği durumlar dışında meydana gelebilir. Yani öneren; kanun, işin özelliği veya durum gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse önerinin reddedilip reddedilmediğine bakmak gerekir. Öneri, eğer uygun bir sürede reddedilmezse işte bu durumda ‘‘örtülü kabul’’ meydana gelmiş olur ve sözleşme kurulur. Burada kanun ifadesinden ‘‘uygun bir süre’’ kullanımının yeterince açık olmadığı görülecektir. Bu

¹⁴ DOĞAN, ŞAHAN, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 113.

¹⁵ BİLGİLİ, DEMİRKAPI, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 46.

¹⁶ 6098 sayılı TBK’nın 6. Maddesi: ‘‘ Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.’’

ifadenin yorumlanmasında da durum ve koşulların özelliklerinden yararlanarak bir sonuca varılır.

Konu ile ilgili ve önemli olmasından dolayı ‘‘ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi’’ başlığını da incelemek gerekir. Bu husus da TBK’nın 7. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁷ Kanun, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesini açıkça, ‘‘öneri’’ olarak kabul etmemiştir. Aslında bu düzenleme, ısmarlanmamış şeyleri alan kişilerin bu şeyleri, saklamak veya geri göndermek yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Çünkü bozulabilecek ya da kırılabilir eşyalar, bu durumda zarar doğurabilir. Eğer kanunun bu düzenlemesi olmasaydı ve ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi, öneri olarak kabul edilseydi bu durumdan kişiler, mağdur olabilecekti. Günümüzde teknoloji ile iletişim ve pazarlama olanaklarının gelişmesi, söz konusu konunun önemini daha da artırmaktadır.

ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi konusu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un¹⁸ (TKHK) 7. maddesinde de ‘‘Sipariş edilmeyen mal veya hizmetler’’ başlığı altında düzenlenmiştir.¹⁹ Söz konusu düzenleme, konunun öneminin daha iyi anlaşılmasına yol açacaktır. Aynı konunun hem TBK hem de TKHK açısından düzenlenmesi, önemli olmakla birlikte bu düzenlemelerin birbirinden ayırt edilebilecek noktaları da vardır.

TKHK, temel olarak tüketiciler ile ilgili düzenlemeler içeren ve tüketici işlemlerine uygulanan bir kanundur. Bu sebeple bir işleme, TKHK’nın uygulanabilmesi için de ‘‘tüketici işlemi’’ kavramı ele alınmalıdır. Bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için taraflardan her ikisinin kimliği önem arz etmekle bir tarafın ‘‘tüketici’’ olması gerekirken diğer tarafın ise ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden satıcı veya sağlayıcı olması gerekir.²⁰ Bu şartlar sağlandığında ancak o işleme

¹⁷ 6098 sayılı TBK’nın 7. Maddesi: ‘‘ İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.’’

¹⁸ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28835 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 28.11.2013

¹⁹ 6502 sayılı TKHK’nın 7. Maddesi: ‘‘ (1) Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hallerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

(2) Bir mal veya hizmetin sipariş edildiğini iddia eden bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.’’

²⁰ ASLAN, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Yay. 6. Baskı, 2016, s. 5.

TKHK uygulanabilecektir. Bu sebeple TBK'nın daha genel bir düzenleme olduğu ifade edilebilir.

TKHK'nın "sipariş edilmeyen mal veya hizmetler" düzenlemesi, TBK'nın "ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi" düzenlemesinden daha ayrıntılı hükümler içermektedir. Burada TKHK, TBK'dan daha ileri giderek "tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmasının" dahi sonucu değiştirmeyeceğini ve bu durumun bir kabul beyanı olarak algılanmayacağını vurgulamıştır.

Yine TKHK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasındaki "ispat yükü" düzenlemesi de dikkat çekicidir. Bu düzenleme de tüketicileri ispat yükü külfetinden kurtarmaktadır. Sonuçta bir mal gönderiliyorsa ve satıcı ya da sağlayıcı, bu malın sipariş üzerine gönderildiğini iddia ediyorsa bu durumda o kişi, bu iddiasını da ispatla yükümlüdür.

Söz konusu düzenleme, hukuki uyuşmazlıklarda sık karşılaşılan ispat sorunlarını çözmek noktasında önemli bir çözüm getirmiştir. Böylece mal veya hizmetin sipariş edildiği iddiasını ispat edemeyen kişi, TKHK düzenlemesi karşısında bu durumun sonuçlarına katlanmış olacaktır.

Önerenin önerisiyle bağlı olmadığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bu durum, TBK madde 8'de açıklanmıştır. Eğer öneren -açıkça belirtmek koşuluyla- söz konusu önerisiyle bağlanmama hakkının saklı olduğunu belirtirse önerisiyle bağlanmaktan kurtulur. Bunun yanı sıra, işin özelliği veya durumun gereği olarak önerenin önerisiyle bağlanmama niyetinde olduğu anlaşılırsa yine öneren, bu önerisiyle bağlanmayacaktır.

TBK madde 9'da "ilan yoluyla ödül sözü verme" durumu da açıklanmıştır. Arzu ettiği bir sonucun gerçekleşmesi neticesinde bu sonucu gerçekleştiren kişiye ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kişi de söz konusu söylemini yerine getirmekle yükümlü olur.

Kişinin sözünün yeterince ciddi, açık ve kamuya yöneltilmiş olması gerekmektedir. Birlikte vaat edilen ödülün de belirli ya da belirlenebilir olması gerekir.²¹

İletişim olanaklarının oldukça geliştiği günümüzde, ilan yolu ile ödül sözü verme araçları da oldukça çeşitlenmiştir. Nitekim radyo, televizyon gibi temel araçların

²¹ AKINTÜRK, ATEŞ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, s.31.

yanı sıra sosyal medya olanakları ile de kamuya duyuru yapabilmek mümkün hale gelmiştir. Söz konusu durum, kişilerin istedikleri sonuca pratik yollarla ulaşabilmesini sağlayabilmesi açısından önemlidir. Örneğin Antakya'da 11 yaşındaki yeşil renkli, evcil muhabbet kuşunun kaybolduğunu, bu kuşu bulanın da 1000 TL para ile ödüllendireceğini herkese açık ve çok sayıda takipçisi olan bir Facebook profili aracılığı ile duyuran kişi, bu sözüyle bağlı olacaktır. Ancak burada kuşun da belli ya da belirlenebilir olması gerektiğini vurgulamak gerekir. Mesela muhabbet kuşunun en azından fotoğrafının yayımlanarak belirlenebilmesi önemlidir. Nitekim muhabbet kuşunun kaybolduğunu ve bulanın da 1000 TL para ile ödüllendirileceğini ilan yoluyla duyurup kuş ile ilgili başka hiçbir ayrıntı, fotoğraf vs. göstermeyen kişinin arzu ettiği sonucun gerçekleşmesi ihtimali, bir hayli düşük olacaktır.

İlan yolu ile ödül sözü vermenin niteliği ve unsurları incelendiğinde önerinin özel bir çeşidini oluşturduğu görülecektir.²²

Ödül sözü verenin sonucun gerçekleşmesinden önce sözünden caydığı ya da sonucun gerçekleşmesine engel olduğu durumlar da görülebilir. Ancak bu durumda -dürüstlük kuralına uygun olması şartıyla- ödül sözü veren, karşı tarafın yaptığı giderleri ödemekle yükümlü olacaktır. Fakat kişilere bu kapsamda ödenecek giderlerin toplamının ödülün toplam değerini aşmaması gerekir.

Yine kanunda, ödül sözü verenin giderleri ödeme yükümlülüğünden kurtulabileceği bir duruma yer verilmiştir. Bunun için de ödül sözü veren, giderlerin ödenmesini talep edenlerin beklenen sonucu gerçekleştiremeyeceklerini kanıtlamalıdır. Aksi takdirde ödül sözü veren, giderleri ödeme yükümlülüğünden kurtulamayacaktır.

Sözleşmelerin kurulmasından sonra, ifası gündeme gelecektir. Söz konusu borç, borcun edime ve taraflar arasındaki anlaşmaya uygun şekilde ifa edilmesiyle sona erer.

Tek tarafa mı yoksa her iki tarafa mı borç yüklediği fark etmeksizin sözleşme, taraflar arasındaki anlaşmaya uygun şekilde ifa edilmezse -imkânsızlık halleri gibi istisnai hallerden doğan durumlar ayırık tutulmak üzere- bu durumda borçlu, temerrüde

²² BİLGİLİ, DEMİRKAPI, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.47.

düŖecektir ve alacaklı da bu temerrüt sonucu uğradığı zararların giderilmesini borçludan talep edebilecektir.²³

B. Sözleşmelerin Şekli

Sözleşme kurulurken tarafların iradelerini açıklamak noktasında izledikleri yol ve kullandıkları araçlar, sözleşmelerin şeklini oluşturur.²⁴

Sözleşmelerin-genel olarak- kalıp ve içerikten oluştuğunu söyleyebiliriz. Mesela yazılı şekil şartına tabi olarak kurulan sözleşmelerde sözleşmenin yazıya döküldüğü kâğıt ve metin, sözleşmenin kalıbını oluştururken bu metni oluşturan irade açıklamaları da sözleşmenin içeriğini oluşturur. İşte şekil meselesi de sözleşmelerin kalıbıyla ilgili bir konudur.

Sözleşmelerin hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkıp uygulanabilmesi için şekil açısından bir sorun teşkil etmemesi gerekir. Fakat bu durum, tüm sözleşmelerin şekle tabi olduğu sonucuna yol açmaz.

Şekil zorunluluğunun bazı sakıncalar doğurabilmesi sebebiyle modern hukuk sistemleri -kural olarak- şekil serbestisini benimsemiştir.²⁵ Nitekim TBK da kural olarak ‘şekil özgürlüğü’ prensibini kabul etmiştir. Konu ile ilgili TBK’nın 12. maddesinin ilk fıkrasında ‘Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.’ düzenlemesi mevcuttur.

Kanunun ifadesine dikkat edildiğinde düzenlemede, şekil özgürlüğünün bir istisnasına yer verildiği görülecektir. Bu istisna, maddede arasöz içine alınarak vurgulanmıştır. Böylece sözleşmelerin geçerliliği -kanunda aksi öngörülmedikçe- hiçbir şekle tabi olmayacaktır.

Sözleşmelerin şekli konusundaki genel kuralın ‘şekil serbestisi’ olduğu tespit edilse de bu durumun istisnaları ile şekle bağlı olan hukuki işlemler, yine TBK’nın ilerleyen maddelerinde sayılmıştır.

²³ KAYIRGAN, Hasan, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler*, İstanbul, On İki Levha Yay. 1. Baskı, 2019, s.42.

²⁴ ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, s.41.

²⁵ REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 81.

Taraflar, bir sözleşme yapmadan önce, o sözleşmenin şekle bağlı olup olmadığını kontrol etmelidir. Eğer böylesine bir kontrol söz konusu olmazsa sözleşme konusunda ilerleyen aşamalarda ya da belki de en başta, hukuki sorunlar çıkabilir. Mesela, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen taraflardan biri, şekil eksikliğini ileri sürebilir.

Şekle tabi olmayan sözleşmelere örnek olarak “kira sözleşmesi” verilebilir. Uygulamada oldukça yaygın olan kira sözleşmeleri, TBK’nın 299. maddesinde tanımlanmıştır.²⁶ Her ne kadar şekle tabi olmasa da -ispat kolaylığı sağlaması açısından- kira sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasının yaygınlaştığı gözlemlenmektedir.

Kanunda sözleşmelerin geçerli şekilde yapılmamasının ne tür sonuç doğuracağı da belirtilmiştir. Buna göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” düzenlemesi, kanunun öngördüğü şekle uymamanın sonuçlarını belirtmiştir. Elbette bu durum, kanunun şekle tabi tuttuğu sözleşmeler için geçerlidir. Şekle bağlı olmayan sözleşmelerin yapılmasında herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmadığı için olmayan bir zorunluluğa uymamak da sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Kanunun aradığı şekil şartına uyulmadığından hareketle sözleşmelerin şekline ilişkin bir hukuki uyuşmazlık, taraflarca yargı organına taşınırsa sözleşmenin geçersizliğini mahkeme önünde taraflar ileri sürebileceği gibi bu durum, hâkim tarafından da resen dikkate alınır.

Şekle bağlı kılınan sözleşmelerin en yaygın olanlarından biri, yazılı şekilde kurulan sözleşmelerdir. Klasik olarak bu sözleşmeler, metin ve bu metnin sonuna atılan imzadan meydana gelecektir. Aksi takdirde “yazılı şekil” şartı gerçekleşmez.

Metin -sözleşme konusuna göre- tarafların irade beyanları ile sözleşmenin unsurlarından meydana gelecektir.

Metin -ilk akla geldiği üzere- genellikle kâğıt üstüne yazılı ifadelerden oluşacaktır ancak bu düşünce, yanlış olmamakla birlikte eksiktir. Çünkü -materyalin önem arz etmemesi koşulu ile- taş, deri, tahta vs. gibi maddeler üzerine yazılabilecek

²⁶ 6098 sayılı TBK’nın 299. Maddesi: “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

irade, duygu ve his açıklamaları da yazılı şekle tabi sözleşmelerin ‘‘metin’’ kısmını oluşturabilecektir.²⁷ Ancak burada, kâğıt dışındaki diğer materyaller üzerinde oluşturan metinler hakkında ek açıklama yapmak gerekir. Bu materyaller üzerine yazılan yazıların -fiziki olarak- sözleşmenin tarafları ile hayatın olağan akışı içinde ortalama duyma, anlama kapasitesine sahip bir insanın okuyabileceği netlikte olması gerekir. Bu sebeple, bu netliğe sahip olmayan metinlerin oluşturdukları sözleşmeler, geçerli şekilde meydana gelmeyecektir. Örneğin X ile Y, acilen bir sözleşme yapma gereği duymakta ve o an, yazıya dökebilecekleri bir kâğıt bulamamaktadır. Bu durumda X, bulduğu bir odun parçasına metni yazmak istese bu odun parçasına yazılan metnin okunabilir ve algılanabilir netlikte olması gerekir. Aksi takdirde, karışıklığa ya da anlaşılma zorluğuna yol açacak yazılar, tarafların iradesinin yanlış yansımaları ve bu sebeple de sözleşme yapmak isterken mağdur olmaları sonucunu doğurabilecektir.

Sözleşme metninin kimin tarafından kaleme alındığının bir önemi yoktur; taraflarından biri, tarafların her ikisi birlikte ya da olayla ilgisi olmayan -üçüncü bir kişi- tarafından dahi metnin kaleme alınarak sözleşmeye ilişkin iradenin ve sözleşmenin unsurlarının ortaya konulması mümkündür.²⁸ Ancak metnin başkası tarafından kaleme alınması durumunda tarafların iradelerinin sakatlanıp sakatlanmadığının ve tarafların söz konusu metni, kabul edip etmediklerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Her ne kadar metin, imza ile onaylanacak olsa da taraflar, başkası tarafından ya da herhangi bir şekilde kaleme alınan metnin içeriğini inceleme olanağından yoksun kalmış olabilir. Bu durumda -eğer şartları varsa- TBK’da düzenlenen yanıltma, aldatma ve korkutma gibi ‘‘irade bozuklukları’’ durumları gündeme gelebilir. Bu nedenle metin, kaleme nasıl alınmış olursa olsun, mutlaka tarafların iradelerinin ürünü olmalıdır.

Hukuki uyumsuzluklar bakımından metnin tarafların kendi yazıları ile kaleme alındıktan ya da bilgisayar ortamında yazıya döküldükten sonra imzalanması, yani üçüncü bir kişi tarafından kaleme alınmaması, iradeye ilişkin problemlerin ortaya çıkma ihtimalini biraz daha azaltacaktır.

Metnin imzalanması, sözleşmenin tamamlanması açısından çok önemli bir unsurdur. İmza, metnin kabul edildiği anlamına gelir. Konu ile ilgili TBK’nın 14.

²⁷ ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, s.44.

²⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 16. Bası, 2012, s. 110.

maddesinde imzanın yazılı şekle tabi sözleşmelerde zorunlu unsur olduğu belirtilmiştir. Metnin kabul edildiği yani onaylandığı anlamına geldiği için imzanın yazılı şekle tabi sözleşmelerde zorunlu unsur olması yerindedir. Aksi durumda, ortada bir metin olmasına rağmen bu metnin taraflarca kabul edilip edilmemesi hususu, açıklığa kavuşturulmamış olacaktır.

Kişinin kimlik ve iradesini teşhiste önemli bir işaret olan ve sözleşme metninin onaylanması aşamasını oluşturan imza, sahibinin kim olduğunun anlaşılabilmesi şartıyla çeşitli şekillerde – genellikle öz ad ve/veya soy adı- ortaya çıkabilir.²⁹

İmzanın -genel olarak- öz ad veya soy adı ile oluşturulduğu gözlemlense de -sırf el ürünü olduğu için- çeşitli işaret ve karalamaların da uygulamada imza olarak kullanıldığına ve bu imzaların da resmi işlem ve belgelerde geçerli kabul edildiğine şahit olunmaktadır.³⁰

İmzanın nasıl atılacağı konusunda öğretide çeşitli görüşler vardır: İmzanın ilk olarak ‘‘el ile’’ atılması gerektiği görüşü akla gelse de bu görüşün çok dar bir yoruma yol açacağı vurgulanıp -önemli olanın kişinin metin ile bağlanma iradesini bir şekilde dış dünyaya yansıtmak düşüncesini de göz önüne alarak- mesela elini kullanma yetisi olmayan kişilerin -eğer yapabiliyorsa- ayak parmaklarını ya da ağzını kullanarak imza atabilmesi de mümkündür, düşüncesi geliştirilmiştir.³¹ Eski TBK döneminde geliştirilen bu düşüncenin yeni TBK’nın 15. maddesindeki ‘‘İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur.’’ düzenlemesi ile yine TBK’nın 16. maddesindeki ‘‘İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.’’ düzenlemeleri karşısında geçerliliği tartışılabilirse de uygulamada en azından el ile imza atabilecek durumda olmayanlar için pratiklik sağlayabileceği söylenebilir. Ancak bu durumun somut uyuşmazlıklarda -özellikle ispat sorunları açısından- sorun teşkil edip etmeyeceği iyice gözlemlenip ona göre hukuki bir çözüme varılması gerekir.

²⁹ AKINTÜRK, ATEŞ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, s. 38.

³⁰ DOĞAN, ŞAHAN, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 118.

³¹ ELDENİZ, Gülperi, ‘‘Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, S.74, s. 114.

TBK, imzanın borçlunun el yazısı ile atılması gerektiğini belirtmiş ve güvenli elektronik imzanın da el yazısı ile atılan imzanın hukuki sonuçlarını doğuracağını vurgulamıştır.

Güvenli elektronik imza, Elektronik İmza Kanunu'nun³² 4. maddesinde tanımlanmıştır.³³

Elektronik imza (dijital imza), şifreleme yöntemleri kullanarak elektronik ortamdaki belgelerin güvenli şekilde imzalanması ve bu imzaların imza sahibi tarafından kontrol edilip atıldığına tespit edilebilmesi için günümüz teknolojisinde geliştirilip el ile atılan imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuran ve son zamanlarda gittikçe yaygınlaşan bir imza çeşididir.³⁴

Elektronik imza, özellikle Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan işlemlerde, belgelerin güvenli bir şekilde imzalanması ve gönderilmesi açısından önem arz etmektedir. Konu ile ilgili 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun³⁵ (HMK) 445. maddesinde "Elektronik İşlemler" başlığı altında, elektronik imzanın ve UYAP'ın işlev ve avantajları açıklanmıştır.

Elektronik imza, verilerin daha güvenli bir şekilde imzalanmasını sağlar. Metinlerin elektronik ortamda imzalanması, imzaya dayalı hukuki uyumsuzlukların ortadan kalkmasında önemli rol oynar. Mesela, el ile atılan imzada var olan imzanın taklit edilme riski, güvenli elektronik imzada ortadan kalkmaktadır.

Sözleşmelerin şekle tabi olması, çeşitli bakış açılarıyla değerlendirilebilir. Sözleşmenin şekle tabi olmasının olumlu ve olumsuz yanları vardır.

Şekle bağlı sözleşmelerin biraz daha zaman alıp tarafları uğraştırması, sözleşmenin içeriği ve sözleşmeden beklenen amaç noktasında tarafların ilgi alanlarını ve odak noktalarını değiştirebilir. Bu yüzden şekle bağlı sözleşmeler, zaman alması ve

³² 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu, 25355 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 23.01.2004.

³³ 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 4. Maddesi: "Güvenli elektronik imza;

a. Münhasıran imza sahibine bağlı olan

b. Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,

c. Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,

d. İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan,

Elektronik imzadır."

³⁴ BİÇKİN, İnci, "Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2006, S. 63, s. 110.

³⁵ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 27836 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 04.02.2011

masraflı olması nedeniyle taraflar açısından uğraştırıcıdır. Şekle bağlı sözleşmeler için çeşitli şekil kurallarının öngörülmesi, uygulamada birlik sağlanmasının önünde bir engel teşkil edebilir. Buna göre taraflar, her sözleşmede o sözleşme türüne göre ilgili şekil kuralını araştırmak ve ona göre hareket etmek durumunda kalırlar.

Şekle bağlı sözleşmelerin olumlu yanı olarak yargıya intikal eden davalardaki ispat sorunlarının çözümü gösterilebilir. Elbette ki, şekle bağlanmış bir sözleşmeyi ispat etmek daha kolay olacaktır. Bununla birlikte şekle bağlı olan bir sözleşmeye yani yasal bir delile dayanan taraflar, günümüzün gelişen teknolojisi çerçevesinde sırf iddialarını kanıtlamak için izinsiz ses kaydı almak gibi hukuka aykırı yöntemlere başvurmayacaktır. Yargıya intikal eden davalarda, tarafların sırf ellerinde delil olmaması sebebiyle kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal edebilecek şekilde hukuka aykırı delillere dayanmak istedikleri görülmektedir. İşte şekle bağlı sözleşmeler, tarafların bu tür hukuka aykırı yöntemlere başvurmalarını engelleyebilir. Şekle bağlı sözleşmeler, sözleşme yapmadan önce tarafların yeterince düşünmesini sağlamak açısından da yararlıdır. Ayrıca, resmi şekle tabi sözleşmeler için de -mesela tapu işlemleri- bu şeklin sicilde aleniyet sağlaması işlevi, üçüncü kişilerin tapu kayıtlarını bilmediklerini söyleyip iyi niyet iddiasında bulunmasını engeller.³⁶

Gerek olumlu yanları gerekse olumsuz yanları incelendiğinde -önemlerinden ve şeklin sağladığı avantajlardan ötürü- kimi sözleşmelerin şekle bağlanması yerindedir. Fakat bütün sözleşmelerin şekle bağlanması, şekilden beklenen faydanın amacını aşması sonucunu doğurabilir. Bu yüzden, sözleşme özgürlüğü anlamında öncelikli olarak kabul edilen ‘‘şekil serbestisi’’ ilkesi yerindedir. Fakat tarafların ihtiyaçları ve teknolojinin değişen şartları çerçevesinde sözleşmelerin şekle bağlı olup olmaması noktasında bir denge kurularak uygulama yapılması yerinde olacaktır.

II. ÖZGÜRLÜK KAVRAMI

Önemi itibariyle ‘‘özgürlük’’ kavramı ile birçok yerde karşılaşılmaktadır. Bu sebeple kavramın özünün iyice anlaşılıp sözleşme özgürlüğü konusu ile bağdaştırılabilmesi için incelenmesi gerekir. Bunun için öncelikle, özgürlüğün geçmişten günümüze felsefede, siyasette, tarihte, devlet yönetiminde ve genel olarak

³⁶ DOĞAN, ŞAHAN, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.115.

toplum hayatında algılanış biçimi incelenecek ve daha sonrasında da Anayasa Hukuku'nda ve Ceza Hukuku'nda bu kavramın ne anlam ifade ettiği açıklanacaktır.

A. Özgürlük Kavramı ve Tarihi Gelişim Süreci

Özgürlük; bireyin istediğini yapma, istediğini düşünme, istediği gibi davranma noktasında herhangi bir sınırlama ile karşılaşmaması olarak tanımlanabilir.

Bireyin özgür olabilmesi için sadece fiziksel olarak değil, düşünsel anlamda da herhangi bir kısıtlama, sınırlama ve engelleme ile karşılaşmaması gerekir. Nitekim özgürlük kavramının kökünde var olan "özgür" kelimesi de herhangi bir engelleme ile karşılaşmama, serbestçe hareket edebilme olarak tanımlanabilir.

Özgürlük, karmaşık ve soyut bir kavramdır. Özgürlüğün somutlaşması ve dış dünyada karşılığını bulması, insan eylem ve etkinlikleriyle gerçekleşmektedir. Nitekim özgürlükleri hayata geçirebilmek için hukuk düzeni, insanlara haklar tanımıştır. Bu haklar sayesinde de özgürlükler somutlaşabilecek ve çeşitli şekillerde ihlal edildiklerinde kişilerce hakları aranabilecektir. Nitekim hukuk düzeni, bugün yargı kollarına ayrılmışsa ve kişilere yargı organı önünde haklarını arama imkânı tanınmışsa tüm bunlar, kişilerin soyut olarak tanınan özgürlüklerinin korunabilmesi ve hayata geçirilebilmesi içindir.

Özgürlük kavramı, öneminden dolayı, hayatın birçok alanında karşılaşılan bir kavramdır. Felsefe, tarih, edebiyat, siyaset, ekonomi, sanat ve daha sayamayacağımız birçok alanda özgürlük kavramının yansımaları görülmektedir. Kavram, dönemden döneme ve toplumdan topluma anlayışların değişmesinde ve zihniyetlerin şekillenmesinde çeşitli roller oynamıştır.

Tarihi gelişim sürecinde özgürlük, çok karmaşık ve uzun soluklu bir yol izlemiştir. Nitekim özgürlük, hayatın hemen her döneminde ve her alanında karşılığı bulunabilen bir kavramdır.

İnsanın ortaya çıktığı ilk dönemden günümüze kadar özgürlük kavramının ne kadar etkin olduğu görülecektir. Nitekim insan; özgürleşmeye başlamasıyla birlikte mağaralara resim çizerek sanat yapabilmeyi, avcılık ve toplayıcılık yapabilmeyi, tarımı geliştirmeyi, yazıyı icat etmeyi ve sosyal bir varlık haline gelmeyi becerebilmiştir. Eğer

insan, özgür olmasaydı belki de bu önemli adımlar atılamayacak ve toplum hayatı, bugünkü teknolojik gelişmişlik seviyesinden oldukça uzak kalacaktı. Görüldüğü gibi insanın evrende faaliyet gösterdiği ilk andan beri özgürlük kavramının doğadaki yansımaları görülmüştür. Nitekim o sıralar, belki de bu kavram insan zihninde yeterince yerleşmemiş olsa da eylemsel olarak doğada bu kavramın izleri görülmüştür. Buna göre özgürlüğün başlangıç tarihinin insanlığın ilk dönemlerine kadar gittiğini söylemek mümkündür.

Bugün, düşünüş tarzı ve hayatı sorgulama becerisi olarak tanımlayabileceğimiz felsefenin başlangıcında da düşüncelerin özgürleşmesi büyük rol oynamıştır. Nitekim filozoflar, ekonomik ve fiziksel rahata kavuşabildikten sonra düşünebilmeyi, eleştiri yapabilmeyi, hayatı sorgulamayı, kalıplara ve dogmalara karşı çıkabilmeyi ve özgür bir zihnin tüm olanaklarını kullanabilmeyi becerebilmişlerdir.

Günümüzde Anadolu'nun çeşitli yörelerinde gördüğümüz Antik kentler, tiyatrolar ve çeşitli kültürel yapıtlar, özgürlük ve sanat yapabilme anlayışının bir yansımasıdır. Nitekim Antik Yunan'dan günümüze kadar gelme kalıntılar da o dönemlerdeki özgürlük düşüncesinin yaşam tarzında ne kadar önemli olduğunu göstermiştir. Dolayısıyla özgürlük kavramı ne tek bir yapıya ne tek bir çağa ne de tek bir felsefeye ya da anlayışa mal edilmeyecek kadar geniş ve tüm insanlığın ortak ürünü bir kavramdır.

Tarihte önemli bir yer edinmiş olan Roma'ya gidildiğinde burada "özgür" ve köle" ayrımının olduğu görülecektir. Eski dönemlerdeki bu ayrım, özgür olanların hak sahibi olmalarını ifade ederken köleler ise haklardan yoksundu. Ancak köleler, çeşitli yöntemlerle azat edildiğinde özgür statüsüne kavuşurdu. Özgür olanların hak sahibi olması, özgürlüğün ne kadar önemli olduğuna işaret etmektedir. Nitekim köleler azat edilirken dahi çeşitli yöntemlerin ve kuralların öngörülmesi, kölelik kurumunun ne kadar yaygın olduğunu ve köle azat etme yöntemleri sonucu kazanılan özgürlük statüsünün de ne kadar değerli olduğunu göstermektedir. Elbette Roma hukukundaki bu ayrım, toplum yapısı hakkında fikir vermektedir. Toplumda benimsenen kölelik sistemi ve kölelerin bir efendilerinin olması, hukuk alanındaki kural ve uygulamalara da yansımasıdır.

Özgür düşünce ve bilimsel sorgulama yetisi, insanların doğadaki olanakları kendi lehlerine çevirebilmelerine imkân tanımıştır.

Toplum hayatını, dünya siyasetini, tarihin gidişatını etkileyen önemli savaşların ve göç hareketlerinin ortaya çıkmasında da özgürlük kavramı, büyük rol oynamıştır. Nitekim tarihteki büyük göç hareketleri, baskılardan ve kötü hayat şartlarından bunalan toplulukların özgürlüklerini kazanma ve hayat standartlarını yükseltme adına harekete geçmeleriyle oluşmuştur. Bunun yanı sıra, ekonomik ve siyasi çıkarlar düşüncesiyle toprakları işgal edilen toplumlar da özgürlüklerini kazanabilmek adına çeşitli savaflara girişmişlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulup günümüze kadar gelebilmesinde de çok çeşitli etkenlerin yanı sıra, özgür ve bağımsız bir hayat sürme ideali, büyük rol oynamıştır. Bu sebeple özgürlük kavramı, içinde bulunduğumuz zaman için de büyük değer taşıyan bir kavramdır.

Devletin faaliyet alanı ile ilgili görüşlerin açıklanmasında da özgürlük düşüncesinin önemi vardır. Mesela liberal görüşe göre devlet; güvenlik, savunma ve adalet gibi temel hizmetleri yerine getirip mümkün olan en sınırlı alanda varlık gösterir ve dolayısıyla da bireylerin eğitim, kültür ve ekonomi gibi alanlarına müdahalede bulunmaz.³⁷ Dolayısıyla liberal görüşün aksi durumlarda devletin kişilerin özgürlük alanına müdahalesi daha çok artmaktadır. Görüldüğü gibi özgürlük, devlet yönetimi ve siyaset alanında da etkisi olan önemli bir kavramdır.

Anayasal anlamda hakların sınıflandırılmasında kişi özgürlükleri ile devlet müdahalesi arasında bir denge kurulmaya çalışılmış ancak kişi hakları konusunda çok özgürlük – az devlet uygulaması benimsenmişken sosyal haklar konusunda, devletin kişi hayatına olumlu müdahale edip onun sosyal haklarını korumak düşüncesiyle, çok özgürlük – çok devlet felsefesi benimsenmiştir.³⁸

1789 Fransız İhtilali de temel olarak özgürlük prensibi esas alınarak gerçekleşmiştir. Nitekim ihtilale temel olan bildirgede insanın haklar yönünden özgür ve eşit doğduğu belirtilmiş ve özgürlüğün başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmek olduğu açıklanmıştır. Söz konusu bildirge, özellikle Avrupa'da özgürlüklerin daha çok değer kazanmasına ve günümüze kadar gelen süreçte, daha sonraki birçok Uluslararası metne bu konuda ilham kaynağı olmasına yol açmıştır.

³⁷ GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 4. Baskı, 2012, s.27.

³⁸ ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay. 2. Baskı, 2019, s.220.

Görüldüğü gibi tarihte özgürlük, çeşitli dönemlerde ve çeşitli şekillerde algılanmıştır. Nitekim çeşitli dönemlerde, kimi durumlarda baskı ve sınırlama durumu hakimken kimi durumlarda da – genellikle baskılı dönemlerden sonra- özgür düşünce ortamı hâkim olmuştur. Nitekim yakın tarihte yaşanan dünya savaşları ve dünyadaki diğer stratejik gelişmeler, özgürlüğünün değerini arttırmıştır.

Sanayi devrimi, Rönesans ve Reform hareketleri, teknolojik gelişmelerin çok hızlı olması, akla ve bilime dayalı düşüncenin gelişimi, felsefeye dayalı duyma, düşünme ve ürün ortaya koyma fikrinin yaygınlaşması, iletişim olanaklarının gelişmesi, eleştiriye kapalı düşüncenin değer kaybetmesi gibi etmenler, dünya genelinde aydınlanmanın habercisi olmuş ve özgürlük fikrinin hızla gelişmesine yol açmıştır. Bu durum kendisini bilimde, felsefede, tarihte, edebiyatta, kısacası hayatın hemen her alanında göstermiştir. Dolayısıyla günümüz dünyasının gelmiş olduğu gelişmişlik seviyesi ve bilgi birikimi, özgürlük kavramının daha da önem kazanmasına yol açmıştır.

Kanımızca özgürlük ve hürriyet kavramı arasında bir fark yoktur, ikisi de aynı şeyi ifade etmektedir. Nitekim Anayasa'da da -ağırlıklı olarak hürriyet kelimesi kullanılmakla birlikte- kimi yerlerde "hürriyet" kavramı kullanılmışken kimi yerlerde de "özgürlük" kavramı tercih edilmiştir. Kişilerin dünya görüşü, yaşı, eğitimi, dili kullanma yeteneği gibi faktörlere göre kelime tercihleri değişebilir. Bu sebeple aynı şeyi ifade eden kelimelerin hangisinin kullanıldığından öte, bu kelimelerin kullanım alanlarını karşılayıp karşılamadığına bakmak gerekir. Örneğin özgürlüğü ya da hürriyeti ilgilendirmeyen bir durumu anlatmak için bu iki kelimedenden birinin kullanılması, yanlış kullanım olacaktır. Bunun dışında, bir serbesti alanı anlatılacakken gerek özgürlük kavramı gerek de hürriyet kavramı, düşüncemize göre rahatlıkla kullanılabilir.

B. Türk Hukuku'nda Özgürlük Kavramı

Türk Hukuku'nun birçok alanında özgürlük kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılmakla birlikte bu kavram, temel olarak anayasadan kaynaklandığı, anayasada ayrıntılı olarak düzenleme altına alındığı ve özgürlük alanına yapılan hukuka aykırı ve

konusu suç teşkil eden eylemlerin de Ceza Hukuku anlamında yaptırıma bağlandığı için konuyu Anayasa Hukuku ve Ceza Hukuku açısından incelemekte fayda vardır.

1. Anayasa Hukuku'nda Özgürlük Kavramı

Anayasamız, özgürlük(hürriyet) kavramına oldukça önem vermiştir. Anayasanın çeşitli maddelerinde özgürlüklerle ilgili düzenlemeler mevcuttur. Özellikle anayasanın 2. bölümündeki "Kişinin Hakları ve Ödevleri" genel başlığı altında çeşitli özgürlükler düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak da kişi hürriyeti ve güvenliği(madde19), haberleşme hürriyeti (madde 22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (madde 23), din ve vicdan hürriyeti (madde 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (madde 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (madde 26), bilim ve sanat hürriyeti (madde 27) ve basın hürriyeti (madde 28) sayılabilir.

Anayasa, çeşitli başlıklar altında özgürlük türlerini düzenlese de özgürlükler ile ilgili en temel açıklama, 19. maddede yapılmıştır.³⁹

³⁹ 1982 Anayasa'sının 19. maddesi: " Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar halinde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, tolu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

(Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl (...) ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Bu maddede, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu bir genel ilke olarak belirlenmiş ve kişi hürriyeti ve güvenliğinin hangi hallerde kısıtlanabileceği de sayılmıştır. Bu durum da aslında özgürlüğün anayasal dayanağı olarak görülebilir.

2. Ceza Hukuku'nda Özgürlük Kavramı

Ceza Hukuku'nun kişi hürriyeti ve güvenliği ile doğrudan ilgili bir hukuk dalı olması sebebiyle özgürlük kavramının Ceza Hukuku açısından da incelenmesi, konunun derinliği ve anlaşılması açısından önemlidir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁰ (TCK) çeşitli bölüm ve maddelerinde özgürlük ile ilgili çeşitli kavram ve düzenlemeler mevcuttur. Öncelikle TCK'nın henüz 1. maddesinde "Ceza Kanununun amacı" belirtilmiştir.⁴¹ Söz konusu düzenlemede TCK'nın birçok amacı sayılmakla birlikte bunların en başta sayılanı ve en önemlilerinden biri olarak da "kişi hak ve özgürlüklerini korumak" gösterilebilir. Kişi hak ve özgürlükleri korunmadan ceza kanununun diğer amaçlarına ulaşılması, pek olanaklı değildir.

TCK'nın ikinci kitabı olan özel hükümlerin ikinci kısmının yedinci bölümünde "Hürriyete Karşı Suçlar" düzenlenmiştir. Söz konusu bölüm, kişilerin özgürlük alanına ilişkin suçları düzenlemesi bakımından "özgürlük" kavramı için önemlidir. TCK'da özgürlükle ilgili birçok düzenleme olmasına karşın söz konusu bölüm, doğrudan özgürlük alanı ile ilgilidir. Bu sebeple, bu bölümden bahsetmekte yarar vardır.

Hürriyete Karşı Suçlar bölümünde; tehdit(madde 106), şantaj(madde 107), cebir(madde 108), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma(madde 109), eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi(madde 112), kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi(madde 113), siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (madde 114),

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik: 3/10/2001 – 4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

⁴⁰ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 25611 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 12.10.2004

⁴¹ 5237 Sayılı TCK'nın 1. Maddesi: " Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir."

inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme(madde 115), konut dokunulmazlığının ihlali(madde 116), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (madde 118), haksız arama (madde 120), dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (madde 121), nefret ve ayrımcılık(madde 122), kişilerin huzur ve sükununu bozma(madde 123) ve haberleşmenin engellenmesi (madde 124) suçları düzenlenmiştir. Kanundaki düzenleniş şekli ve içeriği incelendiğinde bu suçların kişilerin özgürlük alanıyla doğrudan ilgili suçlar olduğu görülecektir. Bu sebeple de kişilerin özgürlük alanına - kanundaki tarife uygun olarak- hukuka aykırı saldırıda bulunanlar, bu hukuka aykırı eylemlerinin aynı zamanda suç olması sebebiyle cezalandırılacaktır.

TCK'nın 109. maddesinde⁴² düzenlenen ‘‘kişiyi hürriyetinden yoksun kılma’’ suçu, kişi özgürlüğünü en çok düzenleyen ve kişi özgürlüğüne karşı yapılan hukuka aykırı saldırıları, en açık bir şekilde cezalandıran ceza normu olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu suç, kişinin seyahat özgürlüğü ile ilintilidir. Buna göre kimse; bir başkasını, bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak serbestisinden haksız yere mahkûm bırakamaz. Seyahat özgürlüğü, kişinin en temel haklarından. Seyahat özgürlüğüne sahip olan kişi, başkasının hak alanına veya mülkiyet alanına haksız yere tecavüz etmediği sürece, istediği yere gidebilir ya da istediği yerde kalabilir. Bu durum engellendiği takdirde, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu oluşacaktır.

Kişinin herhangi bir yere gitme ya da herhangi bir yerde kalma özgürlüğünün hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi suretiyle gerçekleştiği için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili (kanunun suç saydığı fiili işleyen kişi), herkes yani

⁴² 5237 sayılı TCK'nın 109. Maddesi: ‘‘ (1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bu suçun;

a) Silahla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.’’

herhangi bir kişi olabilir.⁴³ Elbette ki kanun, suçun işlenmesini kolaylaştıran bazı etmenlerin ortaya çıkması ya da suçun belli kişiler tarafından işlenmesi durumunda cezanın daha da ağırlaşaacağını öngörmektedir. Bu durum, yine TCK'nın kişi hürriyeti ve güvenliğine duyduğu saygının bir göstergesidir. Söz konusu TCK düzenlemesine özgürlük kavramı açısından yaklaşıldığında düzenlemenin isabetli olduğu sonucuna ulaşılabilir. Nitekim böylesine bir düzenleme olmasaydı kişilerin en temel haklarından biri olan seyahat özgürlüğü, başka kişiler tarafından hukuka aykırı olarak engellenebilecek ve keyfi olarak kısıtlanabilecekti. Bu durum da gerek hukukun kişilerin hak ve menfaatlerini koruma işlevini gerek de daha özel olarak Ceza Hukuku'nun kişi hürriyeti ve güvenliğini korumak ile suçlulukla mücadele etmek alanlarındaki işlevlerini olumsuz yönde etkileyecekti. Bu da toplum düzeninin ciddi anlamda bozulması anlamına gelirdi.

Özgürlük kavramının önemini anlaşılabilmesi noktasında konu ile ilgili olarak TCK'nın 117. maddesinde düzenlenen "iş ve çalışma hürriyetinin ihlali" suçu da örnek olarak gösterilebilecek suçlardan biridir. Söz konusu suç da kişinin iş ve çalışma hürriyetinin önemine vurgu yapmaktadır.

TCK 117'ye göre hiç kimse, bir başka kimsenin iş ve çalışma özgürlüğünü cebir ya da tehdit kullanarak veya hukuka aykırı başka bir davranış biçimiyle engelleyemez. Bu şekilde bir engelleme olduğu takdirde o kişi, eylemin ceza kanununda suç olarak düzenlenmesi sebebiyle cezalandırılacaktır.

Bilindiği üzere hukuka aykırı her eylem, suç olmayacaktır. Kimi eylemler, sırf hukuka aykırılıkları sebebiyle özel hukuk anlamında ya da idare hukuku anlamında tazminat sorumluluğu doğurabilecekken kimi eylemler de hukuka aykırı oluşlarının yanı sıra, ceza kanununda suç olarak tanımlanmaları sebebiyle yine TCK'nın öngördüğü şekilde cezalandırılacaktır.

TCK'da özgürlük kavramı ile ilgili önem arz eden ve özgürlük kavramının Ceza Hukuku açısından önemini anlaşılabilmesi için değinilmesi gereken diğer bir konu da kişinin suç işlemesi durumunda hangi yaptırımla karşılaşacağıdır. Konu ile ilgili olarak da TCK'nın 45. Maddesinde "Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır." şeklinde düzenleme mevcuttur. Burada görüleceği gibi

⁴³ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay. 11. Baskı, 2014, s.432.

‘‘hapis cezası’’, hürriyeti bağlayıcı bir cezadır. Nitekim, hapis cezaları konusunda TCK, üçlü bir ayırım benimsemiştir. Buna göre hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis cezası şeklinde üç başlık altında incelenmektedir. Nitekim hapis cezasına mahkûm edilen kişi, kanunda belirtilen süreler kadar özgürlüğünden mahrum kalabilmektedir. Elbette ki, hapis cezasına konu eylemin ağırlığı ve işlenen suç, bu özgürlükten alıkonmanın ne kadar süre devam edeceğini ve ne şartlarda cezanın çekileceğini gösterir. Buna göre de – en basit ifade ile- işlenen suçun cezası arttıkça kişinin özgürlüğünden alıkonacağı süre artacak ve duruma göre de bu özgürlükten alıkonmanın şart ve koşulları ağırlaşabilecektir. Bu açıdan da TCK’daki söz konusu düzenleme, özgürlüğe ilişkin sınırın tespit edilebilmesi açısından önemlidir.

5237 sayılı TCK’nın özgürlük alanına bakış açısı ile ilgili öğretilerde çeşitli yorumlar mevcuttur. Bunlardan biri olarak da yeni TCK’nın cürüm – kabahat ayırımını ortadan kaldırıp yeni bir sistem benimsemesi, bu noktada da kabahatler için Kabahatler Kanunu’nun çıkarılmasına rağmen yeni TCK’ya, eski kanunun cürüm saydığı, çok sayıda ve yeni suç tiplerinin girmesi -kişilerin uymakla yükümlü olduğu kural sayısının arttığı düşüncesiyle- yeni kanunun aslında insanların hareket alanını ve dolayısıyla da hürriyet alanını daralttığı şeklinde yorumlara sebep olmuştur.⁴⁴ Bu noktada, yeni TCK’nın hürriyet alanına bakış açısı ile ilgili olarak suç sayısının artıp artmamasının çok önem arz etmediğini söyleyebiliriz. Önemli olan husus, suç sayısının artıp artmaması değil, mevcut kanundaki düzenlemelerin günlük hayatın ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığıdır. Bu anlamda da hürriyet ile ilgili düzenlemelerin kişilerin hürriyetine karşı hukuka aykırı eylemler olduğunda bunlara karşı ne kadar caydırıcı çözümler getirip getirmediği düşünülmelidir.

Elbette ki, insanların her hareketinin TCK anlamında suç sayılması da işin içinden çıkılmaz ve kişilerin hürriyet alanını çok sınırlayan bir sistem oluştururdu. Bu açıklamalar ışığında kanunun yeni bir ayırım benimsemesi, kabahatler için Kabahatler Kanunu’nun çıkarılması, kanuna yeni suç tiplerinin girmesi gibi etmenler, yeni kanunun kişilerin hürriyet alanını daraltıp daraltmadığı noktasında tek başına sağlıklı bilgi vermeye yetmemektedir. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK’nın içeriği incelendiğinde bu kanunun hürriyet ile ilgili düzenlemelerde bir aşırılığa kaçmadığını ve günlük hayatın problemlerini sezinleyip kişilerin özgürlüklerini koruma noktasında

⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki, GÜNGÖR, Devrim, ‘‘Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, S.69, s.49.

makul çözümler öngördüğünü söylemek mümkün. Ancak hayatın değişen yapısı nedeniyle de kanunların her zaman dönemin şartlarına göre yorumlanması ve hatta yeri geldiğinde de güncellenip kanunlarda değişiklikler yapılması gerektiği de gözden kaçmamalıdır.

Yukarıda açıklanan durumlar neticesinde, kişinin özgürlük alanına müdahalede bulunan bir eylemle karşılaşıldığında nasıl bir hukuki çare aranacağı sorunu gündeme gelebilecektir. Burada ilk olarak yapılması gereken şey, özgürlük alanına yapılan müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek olacaktır. Eğer eylem, hukuka aykırılık teşkil etmiyorsa sorun yoktur. Eğer eylem, hukuka aykırı bir nitelik arz ediyorsa bu durumda da eylemin kanunun suç saydığı bir eylem olup olmadığına bakmak gerekir. Nitekim, kanunda suç olarak tanımlanmayan bir fiil için hiç kimseye ceza verilmeyecektir. Eğer eylem, hukuka aykırı olmakla birlikte aynı zamanda TCK'da suç olarak düzenlenen bir eylemse bu durumda hukuka aykırı eylemde bulunan kişi, olayın oluş ve şartlarına ve fiilin ağırlığına göre Asliye Ceza Mahkemeleri'nde ya da belki de Ağır Ceza Mahkemeleri'nde yargılanabilecektir. Özgürlüğe karşı, hukuka aykırı eylemlerde bulunanlar için -eğer şartları oluşmuşsa- hukuk mahkemelerinde tazminat davası yoluna başvurulabilir. Zaten, az önce de belirtildiği gibi hukuka aykırı bir eylemin aynı zamanda Ceza Hukuku açısından suç oluşturması durumunda, kişinin tazminat sorumluluğunun yanı sıra cezai sorumluluğunun da doğacağı açıktır.

III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI, SINIRLARI VE ÇEŞİTLİ HUKUK ALANLARINDAKİ ALGILANİŞ BİÇİMİ

Bazı kavramlar, sadece belli hukuk alanları için değil, birçok hukuk alanı için büyük öneme sahiptir. İşte 'sözleşme özgürlüğü' kavramı da bu şekilde çoğu hukuk dalı için büyük öneme sahip bir kavramdır. Kavramın konumuzun aslını oluşturan İş Hukuku için ne anlam ifade ettiğinin anlaşılabilmesi için öncelikle başta Uluslararası Sözleşmeler olmak üzere Türk Borçlar Hukuku, Roma Hukuku, Anayasa Hukuku ve son olarak da Medeni Hukuk açısından ne anlam ifade ettiğinin irdelenmesi gerekir.

A. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Sözleşme özgürlüğü, sözleşme ve özgürlük kavramlarının bir araya gelmesinden oluşsa da bu iki kavram birleştiğinde çok daha özel bir anlam ifade eder. Sözleşme ve özgürlük kavramları, ayrıntılı olarak tanımlandı. Sözleşme özgürlüğü ise esasen ayrıntılarıyla TBK'da açıklansa da kavramın temelleri de elbette vardır. Buna göre de ekonomik olarak bağımsızlığını kazanmak isteyen kişiler, belli kalıplarla bağlı kalmak istemediğinde sözleşme özgürlüğü arayışına girmişlerdir. Eğer sözleşme özgürlüğü olmasaydı bu durum, kişilerin ekonomik bağımsızlıklarını kazanmalarını, sözleşmeden ve ticari ilişkiden beklentilerini karşılamalarını da zorlaştıracaktı.

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin sözleşme yaparken özgür iradeleriyle hareket edebilmelerini ve kural olarak herhangi bir sınırlama ve yasak ile karşı karşıya kalmamalarını ifade eder.

Sözleşme özgürlüğü, irade özerkliği düşüncesinin ürünüdür. İrade özerkliği ise özgür bir insanın geleceğini belirleme ve düşüncelerini dış dünyaya aktarabilme noktasındaki sahip olduğu yetkiyi içermektedir.⁴⁵ Kişi, irade özerkliğine sahip olmalı ki sözleşme özgürlüğüne de sahip olabilsin. İrade özerkliği, gerçek anlamda sağlanamadığı sürece sözleşme özgürlüğünün sağlanabilmesi, mümkün değildir. Bu sebeple, sözleşme özgürlüğünün kapsamına ilişkin içeriğin belirlenmesinde irade özerkliğini de göz önüne almak gerekir.

Özgür bir bireyin sözleşmeden beklentilerini karşılayabilmesi için sözleşme özgürlüğüne de sahip olması gerekir. Nitekim taraflar, çeşitli düşüncelerle sözleşme yapmaktadır. Tarafların düşüncelerini hayata geçirebilmesi ve sözleşmeyle dilediği hukuki sonuca ulaşabilmesi için sözleşme özgürlüğünün tanınması zorunlu hale gelmiştir.

Sözleşme özgürlüğü düşüncesinin gelişmesi, insanlar arasında refah ortamının oluşmasıyla paraleldir. Ne var ki sözleşme özgürlüğü kavramı, dönem dönem farklı şekillerde algılanmaktadır. Nitekim toplumların değer yargıları ile düşünüş tarzının zamanla değişmesi ve toplumcu görüşlerin ağırlığını arttırmasıyla da sözleşme özgürlüğünün sınırlanması fikri gelişmiştir, özellikle İş Hukuku alanında devletin ekonomik ve toplumsal hayata emredici normlarla müdahaleleri de sözleşme

⁴⁵ DOĞAN, ŞAHAN, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.34.

özgürlüğünü sınırlamaktadır.⁴⁶ Bu sebeple, toplumdaki zamandan zamana ve zamandan zamana değişen toplum gelenekleri, sözleşme özgürlüğünün gelişimini ve algılanma biçimini etkilemektedir. Toplumlar, ekonomik olarak zenginleşebilir ya da fakirleşebilir. Bunun yanı sıra; toplumdaki bilimsel gelişmeler, eleştirel düşüncenin gelişimi, toplumun refaha kavuşması gibi etkenler, sözleşme yapma ve özgürlük fikrinin daha çok yaygınlaşmasına ve bu sebeple de sözleşme özgürlüğünün gelişmesine yol açan faktörler olarak görülebilir.

Türk Borçlar Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğü başlığı altında sözleşme özgürlüğünün genel görünümü ve sınırları, ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Ancak kavram incelemesi yapıldığı için bu başlık altında sözleşme özgürlüğünün hangi unsurları içerdiği kısaca açıklanacaktır.

1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün tam olarak uygulanabilmesi için kişinin öncelikle sözleşme yapıp yapmama konusunda özgür olması gerekir. Yani -kural olarak- kişi, sözleşme yapabileceği gibi sözleşme yapmaya da bilir. Nitekim, kişilerin borç altına girebilecekleri işlemleri yapmasının onların rızası ve iradesine bağlı olduğunu hukuk sistemleri, özellikle özel hukuk açısından açıkça kabul etmiştir.⁴⁷ Eğer bu durum olmasaydı sözleşme özgürlüğünün diğer unsurlarının hiçbir anlamı kalmayacaktı. Bu nedenle ‘‘sözleşme özgürlüğü’’ denildiği zaman akla gelen ilk unsurun ‘‘sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü’’ olması gerekir. Nitekim kişi herhangi bir konuda, herhangi bir alanda sözleşme yapmak istediğinde ama bu sözleşmeyi yapma özgürlüğüne sahip olmadığına sözleşme özgürlüğünün hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bunun yanı sıra kişi, herhangi bir sözleşme yapmak istemediği halde sözleşme yapmaya zorlanırsa bu durumda da o kişinin iradesinin özgür olup olmadığı tartışmalı hale gelir.

Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, tüm sözleşmeler için geçerli bir özgürlüktür. Bu durum Borçlar Hukuku'nda düzenlenen isimli sözleşmeler için geçerli olduğu gibi kanunda herhangi bir isim ya da başlık altında düzenlenmeyen isimsiz sözleşmeler için de geçerli olacaktır. Sözleşmenin tipi, konusu, içeriği, amacı ne olursa

⁴⁶ REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.133.

⁴⁷ BİLGİLİ, DEMİRKAPI, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.52.

olsun kişi, Türk Borçlar Hukuku'na hâkim olan genel prensipler gereği sözleşme yapıp yapmama konusunda serbesttir. Örneğin kiralayan A, kiracı adayı B ile sözleşme yapıp yapmamakta serbesttir. Hiç kimse A'yı, B ile sözleşme yapmaya zorlayamaz. Bu konu, tarafların iradelerine bırakılmıştır. Yani A'nın bir evi varsa ve bu evi kiraya vermek istiyorsa kiracı adayı olarak karşısına çıkan B ile kira sözleşmesi yapıp yapmamakta serbesttir. Durum böyle olmakla birlikte sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün istisnaları da vardır. Bu durumun Tüketici Hukuku'ndaki istisnası ile özellikle İş Hukuku'ndaki istisnası, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Nitekim işveren -kural olarak- işçi ile sözleşme yapıp yapmamakta özgür iken belli bazı durumlarda sözleşme yapmak yasakları ile karşılaşacağı gibi işverenin sözleşme yapmak zorunda kalacağı haller de olacaktır.

Sözleşme yapma zorunluluğu doğuran hallerden biri de "ön sözleşme" başlığı altında TBK'nın 29. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre '*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.*' düzenlemesi mevcuttur. Burada o sırada yapılan ve "ön sözleşme" adı verilen sözleşme ile ileride yapılacak olan ve "asıl sözleşme" adı verilen iki sözleşme bulunmakta ve kişi, gelecekteki sözleşme özgürlüğüne ilişkin iradesini kendi rızasıyla sınırlamaktadır.⁴⁸ Nitekim ön sözleşme yapan kişi, ileride kurulacak olan sözleşmeye zemin hazırlamakta ve bir çeşit taahhüt altına girmektedir. Bu sebeple ön sözleşme yapmasına rağmen ileride sözleşme yapmayan kişiyi karşı taraf, dava edebilecektir. Görüldüğü gibi TBK 29. Maddesi, ifade olarak incelendiğinde doğrudan bir sözleşme yapma zorunluluğu öngörmemiştir ancak maddede düzenlenen ön sözleşme konusunun niteliği incelendiğinde aslında taraf iradesini ilerleyen aşamalar için sözleşme yapmak zorunda bırakan bir durum ortaya çıkmaktadır.

2. Sözleşmenin Türünü Seçme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme yapmaya karar veren taraf, istediği türde ve konuda sözleşme yapabilir. Nitekim TBK'da çeşitli başlıklar altında sözleşme türleri düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak satış sözleşmesi, mal değişim sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi gösterilebilir. İşte taraflar,

⁴⁸ ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, s.29.

TBK'daki bu sözleşme türlerinden dilediği sözleşme türünde sözleşme yapabilir. Örneğin işçi arayan işveren, bir işçi ile iş sözleşmesi yapabilir. Evini kiraya vermek isteyen ev sahibi, kiracı adayıyla kira sözleşmesi yapabilir. Bağış yapmak isteyen kişi, bağışlama sözleşmesi yapabilir. Taşınmazını satmak isteyen kişi, taşınmaz satım sözleşmesi yapabilir. Bu durum, sadece belirli sözleşme tipleri veya konularıyla sınırlı değildir. Ancak sözleşme yapmak isteyen tarafın o sözleşme türünün özelliklerine uyum sağlaması ile sözleşme türünü seçme durumlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Kişi, sözleşme türlerini seçmekte özgürdür ancak seçtiği sözleşme türüne uygun sözleşme yapmak durumunda kalacaktır. Yani sözleşme türü olarak kira sözleşmesi yapmaya karar veren kişi, sözleşmenin içeriğini de kira sözleşmesiyle ilgili hususlarla dolduracaktır.

Sözleşmenin türünü seçme özgürlüğü, mutlak olarak uygulanan sözleşme özgürlüklerinden biridir. Nitekim durum ve koşulları, o sözleşmenin yapılabilmesine imkân veren herkes, dilediği tipte sözleşme seçip dilediği şekilde sözleşme yapabilir. Sözleşme türünü seçme özgürlüğü, oldukça önemli bir husustur. Eğer sözleşme türünü özgürce belirleme imkânı olmasaydı sözleşme özgürlüğünden beklenen diğer amaçlar da gerçekleşmeyecekti. Nitekim kişi, sözleşmenin türünü seçtikten sonra ancak sözleşmenin içeriğine ilişkin hususları belirleyebilecektir.

3. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme yapıp yapmama noktasındaki iradesini sözleşme yapmaktan yana kullanan taraf, bu defa da sözleşmenin tarafını seçerken de özgür iradesi ile hareket edebilecektir. Yani kişi, istediği kişi ile sözleşme yapabilecektir. Ancak elbette, bu durumun da istisnaları vardır. Özellikle İş Hukuku alanında görüleceği üzere işveren, bazı durumlarda iş sözleşmesi yapacağı tarafları seçme noktasında sınırlandırılmakta ve belli bazı kişi grupları ya da tamamen belli bir işçiyle sözleşme yapmak zorunda kalabilmektedir. Yine İş Hukuku bölümünde ayrıntılı olarak görüleceği üzere yaş küçüklüğü, cinsiyet, sağlık durumu, toplu iş sözleşmesi hükümleri ve yabancılık durumundan kaynaklanan sebeplerle işveren, bazen sözleşme yapma yasakları ile karşılaşabilecektir. Örneğin yaş küçüklüğünden dolayı çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu haller, kadınların yer altında çalışmasının yasak olması gibi durumlar, işverenin sözleşme yapma yasaklarından bazılarını oluşturur.

Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, geniş olarak yorumlanabilecek bir özgürlüktür. Yani taşınmazını satmak isteyen kişi, taşınmazı istediği kişiye satabilir. Evini bir öğrenciye kiraya vermek isteyen ev sahibi, birden çok öğrenci arasından istediği kişi ile kira sözleşmesi yapabilir. Bu durumlarda elbette kişilerin tercih ve düşünceleri, rol oynamaktadır. Bu sebeple de taraf seçme özgürlüğü olduğu için hiç kimse, sözleşmenin tarafını özgür iradesi ile belirlediği için kınanamayacaktır. Ancak burada yine de dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uygun davranılması beklenir.

4. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme yapmaya karar veren taraf -kural olarak- sözleşmenin şeklini dilediği gibi seçebilir. “Sözleşmelerin Şekli” başlığı altında ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere bu durum, şekil serbestisi olan hallerde mutlak olarak uygulanabilir. Örneğin kira sözleşmesi, hiçbir şekle bağlı olmadığı için kira sözleşmesi yapmak isteyen taraflar, sözleşmenin şeklini dilediği gibi belirleyebilecekleri gibi sözleşmeyi herhangi bir şekle bağlı kalmaksızın da yapabilirler. Ancak kanunun belli ve özel kalıplar dahilinde yapılmasını istediği şekle bağlı sözleşmeler konusunda bu sözleşmelerin geçerli olarak kurulabilmesi için kanunun gösterdiği biçimde yapılması gerekir.⁴⁹

Buraya kadar yapılan açıklamaları örneklendirecek olursak: Antakya’da konut niteliğinde bir taşınmazı bulunan A, taşınmazını satıp satmamakta serbesttir. A, bu taşınmazı satmaya ya da satmamaya zorlanamaz. Aynı durum, kira sözleşmesi için de geçerlidir. Yani A, taşınmazını kiraya vereceği gibi vermeye de bilir. A’nın bu konudaki iradesi serbesttir ve bu serbesti, mutlak olarak uygulanır. Nitekim taşınmaz maliki – Medeni Hukuk’un genel prensipleri gereği kural olarak- taşınmazı dilediği gibi kullanabilir, o taşınmazdan istediği şekilde yararlanabilir ve taşınmazla ilgili dilediği tasarruflarda bulunabilir. (Bakınız: TMK madde 683.) Malik A, taşınmazı satmaya karar verdiğinde karşısına çıkan X, Y, Z, T gibi kişilerden istediğine taşınmazı satabilir. Taşınmazını Z’ye satmaya karar veren A, Z ile taşınmazın bedeli ve satım koşullarında dilediği gibi anlaşabilir. Ancak taşınmazın satılması, resmi şekle tabi olduğu için burada A ve Z’nin şekil serbestisi olmayacaktır. Yine Malik A, taşınmazını satmayıp kiraya vermeyi de tercih edebilir. A, kiracı adayı olarak karşısına çıkan M ve

⁴⁹ DOĞAN, ŞAHAN, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.114.

N'den dilediği ile kira sözleşmesi yapabilir. Kira sözleşmesi konusunda şekil serbestisi esası geçerli olduğu için A, örneğin N ile herhangi bir şekilde bağlı olmayan kira sözleşmesi yapabilir. Kira sözleşmesini sözlü de yapabilir, ispata ilişkin kolaylık olsun diye yazılı şekilde ya da noter aracılığıyla da yapabilir. Görüldüğü gibi her olaydaki sözleşmenin türüne göre o sözleşmenin şekle tabi olup olmadığı belirlenecektir.

Daha önce de açıklandığı gibi şekil serbestisi, tarafların sözleşmeden beklendikleri amaçların gerçekleşmesi açısından önemlidir. Fakat önemlerinden dolayı kimi sözleşmelerin şekle bağlı tutulması da kaçınılmazdır. Nitekim şeklin getirdiği birtakım işlevler, bu konuda önemli bir etken olmaktadır. Fakat şekil serbestisi olmasaydı her sözleşme türü için birtakım şekil kurallarıyla bağlı olmak zorunda kalan taraflar, sözleşme yapmakta zorlanacak ve sözleşme özgürlüğünü gerçekleştiremeyeceklerdi. Bu sebeple şekil serbestisi, sözleşme özgürlüğünün çok önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün içerik, unsur ve işlevlerinden söz ederken şekil serbestisi konusundan da bahsedilmesi gerekir.

5. Sözleşmenin İçeriğini Dilediği Gibi Belirleme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme yapıp yapmamaya karar verip sözleşmenin karşı tarafını ve şeklini belirledikten sonra gündeme sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü gelir. Elbette sosyal hayatın ve ekonominin gerekleri ile kişilerin ticari hayattan ya da sözleşmelerden beklentileri konusuna göre bu durum değişiklik gösterecektir. Kişilerin sözleşme yapma saikleri ne olursa olsun, sözleşmenin içeriği kanundaki sınırlara uymak zorunda olacaktır. Yani kira sözleşmesi yapan taraflar, mesela kanunun emredici hükümlerine aykırı hükümler koymamalıdır. Yine kira sözleşmesi yapan taraflar, ahlaka ve adaba aykırı hükümler koymamalıdır.

Sözleşmenin içeriği belirlenirken sözleşmenin niteliği, süresi, koşulları ve tarafların hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak belirlenir. İşte taraflar, burada sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyeceklerdir. Örneğin kira sözleşmesi yapan taraflar, bu sözleşmenin süresinin ne kadar uzun olacağını, kira parasının ne kadar olacağını, kira parasının ayın hangi günü ve ne koşullarda ödeneceğini belirleyebilirler.

Sözleşmenin içeriğine sözleşmenin koşulları ve konusuna ilişkin birçok ayrıntı girebilir. Sözleşmelerin içeriği, sözleşmenin biçimi dışındaki konularla ilgilidir. Biçim

ayrı bir şeydir, içerik ayrı bir şeydir. Bu sebeple gerek biçimin gerek de içeriğin doğru algılanması gerekir.

Biçim ve içerik tartışmaları, sadece hukukta değil, hayatın birçok alanında görülen bir tartışma, bir ayırmadır. Örneğin edebiyat alanında bir şiirin hece ölçüsüyle mi aruz ölçüsüyle mi yoksa serbest ölçüyle mi yazılacağı bir biçim tartışması iken; şiirin konusunun halka mı hitap edeceği, toplumcu bir edebiyat tarzını mı benimseyeceği, bireysel konuları mı ele alacağı, sanatsal kaygılara mı yöneleceği ise içerik sorunu veya tartışmasıdır. Nitekim bir şiire bakıldığında o şiirin metninin üstünde fiziksel olarak dörtlüklerden mi oluştuğu, hece ölçüsüyle mi yazıldığı şekle veya biçime ilişkin bir sorun iken o şiiri okuyanın şiirin konusundan, temasından anladığı şey de içeriğe ilişkin bir sorun ya da konudur. Durum, hukuk kuralları için de böyledir. Sözleşmenin şekli, bir biçim sorunu iken; sözleşmenin konusu, koşulları, tarafların hak ve yükümlülükleri gibi konular ise sözleşmenin içeriğine ilişkin bir problemdir.

Öğretide -irade özerkliğinin bir görünümü sonucu- sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ve üstlendikleri asli edimler ile yan edimler ve yan yükümlülüklerin tümünü kapsadığı ifade edilmiştir.⁵⁰ Nitekim öğretideki söz konusu görüş de buraya kadar yaptığımız açıklamalarla örtüşmektedir. Çünkü içerik denildiği zaman, bu içerik unsurunu sınırlamak kolay bir husus değildir. İçerik kavramının çok geniş olması sebebiyle doğal olarak da sözleşmenin içeriğine ilişkin hususların mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerekir.

6. Sözleşmeyi Değiştirme ve Ortadan Kaldırma Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşmenin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması, sözleşme özgürlüğünün yansımalarından biridir. Bir kez sözleşme yapmaya yanaşan tarafların sonuna kadar aynı sözleşme ile bağlı tutulması, bazen hakkaniyetli olamayacaktır. Nitekim sözleşmeye esas alınan şartlar, zamanla değişebilir. Söz konusu sözleşmeden tarafların beklentileri değişebilir. Taraflar, ortak iradeleri ile sözleşmenin şartlarını değiştirmek isteyebilir. Taraflar, sözleşmenin şartlarını daraltabilir ya da genişletebilir. Buna göre

⁵⁰ BİLGİLİ, DEMİRKAPI, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.53.

sözleşmeyi değiştirme özgürlüğünün yanı sıra taraflar, sözleşmeyi söz konusu sözleşmenin niteliğine göre tek taraflı bir irade beyanı ile anlaşma yoluyla ya da dava açmak yoluyla sonlandırabilirler.⁵¹

Tarafların bugünün şartlarında özgür iradeleri ile yaptıkları sözleşmeyi sözleşmenin henüz kuruluş aşamasında ya da ilerleyen aşamalarda değiştirme ve ortadan kaldırma konusunda özgürlükleri vardır. Nitekim tarafların iradeleri ile yaptıkları sözleşmeyi yine iradeleri doğrultusunda sonlandırmaları da sözleşme özgürlüğünün bir görünümüdür. Ancak bu demek değildir ki sözleşme, süresinden önce sona ersin. 5 yıllığına kurulan bir kira sözleşmesini kiracı ve kiraya veren, ortak rızaları varsa mesela 3.yılda sona erdirebilir. Ancak sadece kiracı dahi bu duruma rıza göstermezse kira sözleşmesi, sona ermeyecektir. Ancak TBK'nın kiraya verene tanıdığı kiralanan taşınmaz tahliye sebepleri (mesela iş yeri ihtiyacı sebebiyle tahliye) söz konusu ise bu durumda kiraya veren, Sulh Hukuk Mahkemesi'nde açacağı bir dava ile kira sözleşmesini sona erdirmek isteyebilir. Ne var ki, bunun için de tahliye davası şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Nitekim Yargıtay uygulamalarına göre ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açılabilmesi için söz konusu ihtiyacın gerçek, zorunlu ve samimi bir ihtiyaç olması gerekir.

Sonuç olarak sözleşmeyi değiştirme ya da sona erdirme imkanları taraflara tanınmıştır ancak bunun tarafların rızası ile ya da hukuk kuralları çerçevesinde olması gerekir. Aksi takdirde yargıya intikal eden hukuki uyuşmazlıklar ortaya çıkabilecektir. Bu durum da elbette, sözleşmeden çeşitli beklentileri olan tarafların isteyecekleri bir netice olmayacaktır. Buradan çıkan sonuç şudur ki, her ne kadar sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğü varsa da bu durumun keyfi şekilde uygulanmasını engellemek adına sözleşmelerin sona ermesi şartları getirilmiştir. Bu durum da her sözleşmeye, olaya ve şarta göre değişecektir.

Sonuç olarak; günümüz teknolojisi, ekonominin durağan bir yapı arz etmeyip sürekli değişkenlik göstermesi ve tarafların sözleşmeden beklentileri göz önüne alındığında sözleşmeyi değiştirme ve sona erdirme serbestisinin -belli şartlar altında- sağlanması önemlidir.

⁵¹ DOĞAN, ŞAHAN, vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.37.

B. Uluslararası Sözleşmelerde Sözleşme Özgürlüğü

Uluslararası sözleşmeler, çeşitli konularda esaslar getirebilmektedir. Sözleşme özgürlüğü konusunda özellikle kadınlar ve çocuklarla ilgili getirilen düzenlemeler, dikkat çekicidir. Anayasamızın 90. maddesinde usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan Milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası antlaşmalar, bu durumdan ayırık tutulmuştur. Buna göre özellikle kanunlarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası antlaşmaların farklı hükümler içermesi durumunda ne olacağı sorusu gündeme gelir. İşte Anayasaya göre bu durumda Milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu arada Türkiye Cumhuriyeti'nin yapmış olduğu bu antlaşmaların onaylanması için Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı da yasayla uygun bulması gerekir. (Bakınız: Anayasa madde: 90)

Uluslararası alanın oldukça geniş bir alana hitap etmesi ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) faaliyetleri göz önüne alındığında Uluslararası Sözleşmelerde Sözleşme Özgürlüğünü iki alt başlık halinde incelemek gereği doğmuştur.

1. ILO Sözleşmelerinde Sözleşme Özgürlüğü

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanan Uluslararası sözleşmeler, Türk Hukuku açısından önem taşır.

ILO, çalışma hayatını ve çalışma şartlarını düzenlemesi ve çalışanların iyi koşullarda iş yapabilmelerini sağlamayı amaçlaması bakımından Uluslararası alanda oldukça önemli rol üstlenen bir örgüttür. Nitekim ILO'nun Uluslararası alanda önem arz eden diğer örgütlerden farkı, onun ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur. Uluslararası alanda faaliyet gösteren diğer birçok önemli örgütün temel birçok hedefi bulunmaktadır. ILO ise temel olarak çalışma hayatına özgülünen ve bu amaç doğrultusunda faaliyet gösteren bir örgüttür.

Çalışma hayatı ile ilgili özellikle ILO tarafından çok sayıda sözleşme yapılmıştır. Türkiye, bu sözleşmelerden bir kısmını onaylamıştır. Özellikle, kadın hakları ve çocuk hakları alanında onaylanan sözleşmeler, dikkat çekicidir. Bu sebeple de konunun Uluslararası sözleşmeler açısından anlaşılabilmesi için bu sözleşmelerden önem arz edip öne çıkan birkaç sözleşmenin incelenmesi gerekir.

Her Nevi Maden Ocaklarında Yeraltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 Numaralı Mukavele, Türkiye’de 23 Haziran 1937 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁵² Söz konusu sözleşme, kaç yaşında olursa olsun, kadınların yeraltında çalıştırılmamasını öngörmüştür. Söz konusu durum, işverenin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir hal oluşturmuş, sözleşme yapma yasağı koymuştur. Nitekim İş Hukuku bölümünde de ayrıntılı olarak inceleneceği üzere maden ocaklarında ve yeraltında yürütülen işler, nitelikleri itibarıyla birtakım tehlikeleri barındırmaktadır. Bu tehlikeler de işçi sağlığı açısından birtakım riskleri doğurmaktadır. Bu risklerin önlenmesi açısından fiziksel ve biyolojik yeterlilikleri bu işlere tam olarak uymayan işçilerin bu işlerde çalıştırılmaması esası öngörülmüştür.

Bu kez çocukların birtakım risklere karşı korunabilmesi düşüncesiyle de Sanayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen Sözleşme, Türkiye’de 25 Şubat 1993 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁵³ Söz konusu sözleşme, çocukların özellikle sanayi işyerlerinde çalışmasına ilişkin durumlarda yaş şartı koyarak işverenin sözleşme özgürlüğünü sınırlamıştır. Bu durum da sözleşme yapma yasağı olarak değerlendirilmektedir.

Yine ILO’nun İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesi de Türkiye’de 21 Haziran 1998 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁵⁴ Söz konusu sözleşme de çalışma yaşına ilişkin asgari şartları belirlediği için işverenler için sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir husus olarak karşımıza çıkar. Nitekim asgari çalışma yaşı şartlarına uyulması zorunluluğu, işverenin sözleşme yapma serbestisinin bir istisnasını daha oluşturmaktadır.

Örnek ILO sözleşmelerinde görüldüğü gibi sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bazı kurallar, Uluslararası sözleşmelerin etkisiyle Türk Hukuku’nda da baz alınmıştır.

Görüldüğü gibi ILO sözleşmeleri, sözleşme özgürlüğünün sınırları ile çalışma koşullarına ilişkin temel esasları belirlemesi sebebiyle Türk Hukuku için de önemlidir.

⁵² Her Nevi Maden Ocaklarında Yeraltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 Numaralı Mukavele, 3638 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlanma Tarihi: 23.06.1937.

⁵³ Sanayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen Sözleşme, 21507 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlanma Tarihi: 25.02.1993.

⁵⁴ İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme, 23379 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlanma Tarihi: 21.06.1998.

Nitekim Türkiye'nin onayladığı ILO sözleşmeleri, Türk Hukuku'na ilişkin düzenlemelerde dikkate alınmaktadır.

2. Uluslararası Diğer Metinlerde Sözleşme Özgürlüğü

Geçtiğimiz dönemde dünyanın içinde bulunduğu konum, yaşanan dünya savaşları, Uluslararası birçok gelişme, Uluslararası alanda faaliyet gösteren birçok örgütün kurulmasına neden olmuştur. Uluslararası örgütler ve Uluslararası alanın getirdiği olanaklar, Uluslararası alanda etki uyandıran birçok Uluslararası metnin türemesine neden olmuştur.

İş ve çalışma hayatı ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin önemli esaslar getiren bazı Uluslararası metinlere değinmek konunun Uluslararası alandaki dayanakları açısından önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de (AİHS) insan haklarına ilişkin birçok konuda temel esasları belirlemesi sebebiyle önemlidir. AİHS, Türkiye'de 19 Mart 1954 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.⁵⁵

AİHS'nin 4. maddesinde 'kölelik ve zorla çalıştırma yasağı' düzenleme altına alınmıştır. Buna göre söz konusu düzenlemeyi sözleşme özgürlüğüne de uyarlayabiliriz. Nitekim sözleşme özgürlüğü de kişilerin sözleşme yapıp yapmama serbestisini düzenler. Sözleşme özgürlüğüne göre hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Kişi, kendi iradesi ile çalışabilir ya da çalışmayabilir. Buna göre AİHS'nin saydığı istisnalar hariç olmak üzere kimse zorla çalıştırılmayacağı gibi zorunlu çalışmaya da tabi tutulamayacaktır.

AİHS'nin 5. Maddesinde 'özgürlük ve güvenlik hakkı' düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu madde, çalışma özgürlüğünü düzenlemese de kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin temel esasları belirlemesi sebebiyle özgürlük alanlarına genel olarak uygulanabilir. Nitekim kişi, özgür olmadan sözleşme özgürlüğüne de sahip olamayacaktır. Bu sebeple de ekonomik özgürlük ile sözleşme özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için öncelikle kişinin özgürlük hakkına sahip olması gerekir.

⁵⁵ İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme, 8662 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlanma Tarihi: 19.03.1954.

Uluslararası sözleşmelerle ilgili Birleşmiş Milletler (BM), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) de önemli bir belgedir. İHEB, Türkiye’de 27 Mayıs 1949 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁵⁶ İHEB, insanların hür doğduğunu belirtip (madde 1) özgürlüğün herkesin hakkı olduğunu vurgulamıştır (madde 3). Ancak çalışma hakkı ve özgürlüğü ise temel olarak İHEB’in 23.maddesinde vurgulanmıştır. Buna göre herkesin çalışmaya ve işini serbestçe seçmeye hakkı olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu madde, günümüz anlamındaki sözleşme özgürlüğü ile çalışma hak ve özgürlüğünün dayanaklarından birisi olarak gösterilebilir. Nitekim sözleşmelerin olanaklarından olan sözleşme özgürlüğünün tüm unsurlarıyla uygulanabilmesi için öncelikle kişinin çalışma hak ve özgürlüğünün tam olarak tanınması ve hayata geçirilmesi gerekir.

BM, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, Uluslararası alanda özellikle kadın haklarının korunması açısından önem arz eden bir sözleşmedir. Söz konusu sözleşme, 14 Ekim 1985 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁵⁷ Sözleşme, kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesini öngörmektedir. Kadına karşı ayrımcılık önleğinde kadın ile erkeğin eşit haklara sahip olmasının önü açılacaktır. Buna göre de kadınların hayatın her alanındaki hakları artacaktır. Söz konusu sözleşmeyi kadınların çalışma hayatına da uyarlayabiliriz. Nitekim gerçek anlamda bir özgürlüğün sağlanabilmesi için eşitlik ilkesinin de uygulanması gerekir. Eşitlik olmadığı sürece özgür bir yaşam ve çalışma koşulları, tam olarak gerçekleşmeyecektir. Nitekim eşit olmayan birey, kendisinin üstündeki kişiye bağımlı hale gelebilir. Dolayısıyla kadınlar ve erkekler, eşit haklara sahip olmasaydı kadın çalışanlar, çalışma hayatında erkek çalışanlara göre avantajsız bir konuma gelecekti. Buna göre sözleşmenin özellikle 10. maddesi, kadınların çalışma hayatına ilişkin haklarını koruması açısından önemlidir. Buna göre de kadınlara çalışma hakkı tanınmış, eşit istihdam koşulları öngörülmüş, serbest olarak meslek ve iş seçme hakkı ve daha birçok hakkın sağlanması düzenlenmiştir. Nitekim kadınlar, mesleklerini serbest olarak seçemedikleri sürece özellikle İş Hukuku alanındaki sözleşme ve çalışma özgürlüğünün bir önemi kalmayacaktır.

⁵⁶ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 7217 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlanma Tarihi: 27.05.1949.

⁵⁷ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, 18898 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlanma Tarihi: 14.10.1985.

Uluslararası sözleşmelerden önem arz eden sözleşme örneklerinde görüleceği gibi söz konusu sözleşmeler, düzenledikleri alanlara ilişkin temel hükümler öngörmektedir. Söz konusu hükümler, Uluslararası alanda sözleşmeyi onaylayan ülkelerin uygulamasında birlik sağlaması açısından önemlidir. Ayrıca sözleşmeyi onaylayan ülkeler, ister istemez mevzuatlarını da sözleşmeye uygun hale getirme noktasında harekete geçmektedir.

C. Türk Borçlar Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğü

“Sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırları” genel başlığı altında sözleşme özgürlüğünün hangi unsurları içerdiği konuya giriş niteliğinde anlatılmakla birlikte konunun özellikle TBK'daki düzenlenişi ile yine kanundan doğan sınırlar, bu başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sözleşme özgürlüğü, TBK'nın 26. maddesinde “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklinde tanımlanmıştır. Buradan çıkan en temel anlam, sözleşme özgürlüğünün en önemli sınırını kanunun oluşturmasıdır.

Sözleşme özgürlüğü, Türk Borçlar Hukuku'na hâkim olan “irade özerkliği” ilkesine dayanır ve bu ilkenin ideolojik esası ile hukuki işlemler üzerindeki yansımaları oluşturur.⁵⁸

İrade özerkliği, Borçlar Hukuku'nun “sınırlı sayıda olmama” ilkesinin bir neticesidir ve buna göre de taraflar -kanundaki temel sınırlara uymak koşulu ile- kanun tarafından getirilen sözleşme tiplerinin içeriği ile bağlı olmayıp yapmayı planladıkları sözleşmelerin içeriklerini istedikleri şekilde belirleyebilirler.⁵⁹

Akademik eserlerde görüleceği üzere kimi yazarlar, “sözleşme özgürlüğü” ile “irade özerkliği” kavramlarını aynı anlama gelebilecek şekilde kullanırken kimi yazarlar da aralarında benzerlik ilişkisi kurarak farklılıklarını dile getirmişlerdir. Fakat irade özerkliğinin “sözleşme özgürlüğü” kavramını da içeren daha üst bir kavram

⁵⁸ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yay. 23. Baskı, 2018, s. 16.

⁵⁹ BİLGİLİ, DEMİRKAPI, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.6.

olduğu sonucuna ulaşmak, daha isabetli olacaktır. Sonuçta ‘‘irade özerkliği’’ kavramı, sözleşmelerle sınırlanamayacak kadar sınırsız bir alana hitap edebilecek bir kavramdır.

Öğretide, sözleşme özgürlüğünün kapsamına nelerin girdiği konusunda genel olarak fikir birliği söz konusudur. Ancak kimi yazarlar, sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırlarını daha geniş yorumlarken kimi yazarlar ise daha dar yorumlamaya tabi tutmuştur.

En geniş tanımıyla sözleşme özgürlüğü; tarafların istediği kişi ile sözleşme yapabilmeleri sebebiyle ‘‘tarafı seçme özgürlüğü’’, tarafların istedikleri konuda sözleşme yapabilmeleri nedeniyle’’ tip seçme özgürlüğü’’, sözleşmenin istenilen içerikte oluşabilmesi nedeniyle ‘‘koşulları seçme özgürlüğü’’, tarafların istedikleri şekli seçebilme özelliği sayesinde de ‘‘şekil seçme özgürlüğü’’, sözleşmenin hükümlerinin bir kısmını ya da tamamını değiştirebilmeleri ve sözleşmeye yeni eklemeler yapabilmeleri sebebiyle ‘‘koşullarını değiştirme özgürlüğü’’ ile son olarak da tarafların özgür irade ve kararları ile var olan sözleşmeye son verebilmeleri imkanı sayesinde ‘‘sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü’’ şeklinde çeşitli unsurların-kanunda öngörülen sınırlara uymak koşulu ile- bir araya gelmesiyle oluşur.⁶⁰

Bir başka deyişle, irade özerkliği(muhtariyeti) ilkesinin Borçlar Hukuku’na bir yansıması olan ve Borçlar Hukuku’nda geçerli bir ilke olan sözleşme özgürlüğü(serbestliği) ilkesine göre taraflar, kanunda öngörülen sınırlamalara uymak şartıyla; sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, istenilen sözleşmeyi yapma ve sözleşmenin içeriğini dilediği gibi değiştirme gibi çeşitli imkanlara sahiptir.⁶¹

Sözleşme özgürlüğü konusu, örneklendirilecek olursa: X; Y, Z, T ya da herhangi biri ile sözleşme yapmakta ya da yapmamakta serbest olduğu gibi Y, Z, T ya da başka biri ile istediği sözleşmeyi yapmakta da serbesttir. X, T ile kira sözleşmesi yapmaya karar verdiğinde -kira sözleşmesi kanunda herhangi bir şekilde tabi tutulmadığı için- sözleşmeyi hiçbir şekilde bağlı olmadan yapabilecektir. Bunun aksine X, eğer ispat sorunları açısından kuşkuya düşüyorsa kira sözleşmesini dilerse yazılı şekilde ya da noter onaylı şekilde de yapabilecektir. Tüm bunlara karar verdikten sonra taraflar (X ile T) kira sözleşmesinde kiranın süresi, kira parası gibi içeriğe ilişkin koşulları yine

⁶⁰ ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, s.28.

⁶¹ AKINTÜRK, ATEŞ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, s. 55.

dilediği gibi kararlaştırabileceklerdir. Son olarak X ile T, sözleşme özgürlüğü kapsamında kendi iradeleri ile kira sözleşmesinin ne zaman sona ereceğini de kararlaştırabileceklerdir. Fakat tüm bunları yaparken kanunda öngörülen sınırlara uymak zorundadır taraflar.

Sözleşme özgürlüğünün sunduğu en önemli olanaklardan olan ‘sözleşme yapma özgürlüğü’ ele alındığında bu konuda bir istisnanın getirilmiş olduğu görülecektir. Bu istisna da ‘sözleşme yapma zorunluluğu’ konusudur.

Konu ile bağlantısı olduğu için 6502 sayılı TKHK’nın ilgili düzenlemesine de göz atmak gerekir. Buna göre Borçlar Hukuku’nda olduğu gibi Tüketici Hukuku’nda da kural olarak sözleşme özgürlüğü geçerlidir ancak kimi durumlarda ‘sözleşme yapma zorunluluğu’ ya da ‘sözleşme kurma zorunluluğu’ denilebilecek durumlarla da karşılaşılabilir. TKHK’nın 6. maddesinde ‘satıştan kaçınma’ başlığı altında düzenlenen sözleşme özgürlüğünün bir istisnası görülecektir.⁶²

Madde incelendiğinde tüketici lehine bir düzenleme olduğu görülür. Nitekim tüketicilerin görüş ve kararlarını etkileyecek şekilde hareket eden satıcılar, bu duruma katlanmakla yükümlü olacaktır. Kanunda da sayıldığı üzere ‘vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde’ bir mal, satılma izlenimi uyandıracak şekilde sergilendiği takdirde tüketicinin o malı alma noktasında talep ve hareket etme hakkı doğacaktır. Nitekim tüketici, belki de o malın etkisine kapılarak o yeri tercih etmiştir. Bu sebeple, bu tür malların satılmaması düşünülüyorsa bu durumda o malın satılık olmadığına ilişkin bir ibarenin yer alması gerekir. Aksi takdirde malın satışından kaçınılamayacaktır. Yine kanun, hizmet sağlama noktasında da benzer bir düzenleme getirmiş ve hizmet sağlamaktan ancak haklı bir sebeple kaçınılabileceği sonucuna ulaşmıştır. Bu sebeple de ‘haklı bir sebep olmadan’ hizmet sağlamaktan kaçınılamaz.

⁶² 6502 sayılı TKHK’nın 6. maddesi:“(1) Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.

(2) Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.

(3) Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

(4) Bakanlık ve belediyeler, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir.”

Buradaki ‘‘haklı bir sebep’’ kavramı, sağlayıcının kusurlu olarak değerlendirilemeyeceği ve hayatın olağan akışı içerisinde aksine bir davranışın kendisinden beklenmeyeceği bir sebep olarak algılanabilir. Aksi takdirde hizmet sağlamaktan kaçınmanın ‘‘keyfi’’ olduğu izlenimi uyanacaktır.

TBK’ya göre sözleşme; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamayacağı gibi de sözleşmenin konusu imkânsız da olamayacaktır. Aksi takdirde sözleşme, kesin hükümsüz olacaktır. Bu sayılanlar, sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak değerlendirilebilir. Nitekim kanun, sözleşme özgürlüğünü tanıyıp tanımlarken sözleşme özgürlüğünün bu hususlara aykırı olmaması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak değerlendirebilecek bu başlıklar, sırasıyla incelenecektir.

1. Sözleşmeler, Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olmamalıdır

Sözleşmelerin kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerektiği, sözleşme özgürlüğünün sınırının ‘‘kanun’’ olmasıyla ilgilidir. Kanunun belli bir şeyi, belli bir şekilde emretmesi, onun aksinin kararlaştırılmayacağı anlamına gelir. Bu düzenlemenin anlaşılabilmesi için ‘‘emredici hüküm’’ kavramının iyi bilinmesi gerekir.

Kanunun ifadesine ve sözüne bakıldığında, bir düzenlemenin taraflarca aksi kararlaştırılmıyorsa ve bu düzenlemeye kişiler tarafından uyulmasının zorunlu olması, yine kanun tarafından vurgulanıyorsa bu durumda söz konusu düzenleme ve hükümler, ‘‘emredici hüküm’’ olarak değerlendirilir.⁶³

Emredici hukuk kurallarının tespitinde kanunun söylemi, öncelikle dikkate alınmalıdır. Kanunun ifade biçimi, taraflara bir esneklik payı bırakıyorsa orada emredici hükümler olmadığı sonucuna ulaşılır. Eğer kanunun ifade biçiminden taraflara hiçbir esneklik payı bırakılmayıp aksi bir düzenlemenin yapılamayacağı net bir dille ifade ediliyorsa orada emredici hukuk kuralları söz konusudur. Emredici hukuk kuralları, genelde net ifadelerle biter. Bu ifadelere örnek olarak ‘‘yapılamaz’’, ‘‘düzenlenemez’’, ‘‘edilemez’’, ‘‘geçersizdir’’ gibi söylemler gösterilebilir. Söz

⁶³ DURAL, Mustafa, SARI, Suat, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, I, 7. Baskı, 2012, s.129.

konusu söylemler, örnek olarak sayıldığı için mutlaka içinde bulunduğu cümlenin anlamıyla bir bütün olacak şekilde değerlendirilmelidir. Emredici hukuk kurallarının kanunun varlığı ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Neticede kanun, ilgili olduğu alanın kurallarını düzenlemek için vardır ve bazı düzenlemeler, emredici hukuk kuralları ile yaptırıma bağlanmaktadır.

Türk Borçlar Hukuku, genel itibariyle sözleşme özgürlüğü prensibine dayanmaktadır. Bu sebeple, emredici hukuk kurallarının sayısı, diğer hukuk dallarına göre bu alanda daha azdır.

Emredici hukuk kuralları, önemleri itibariyle taraflarca mutlaka göz önüne alınması gereken kurallardır ve emredici hukuk kurallarına aykırı olarak düzenlenen sözleşme ve hukuki işlemler, kesin hükümsüzlük yaptırımı sebebiyle geçersiz olacaktır.

2. Sözleşmeler, Ahlaka Aykırı Olmamalıdır

Toplumlar arasında değişkenlik göstermekle toplumun ortak vicdanından türeyen, toplum hayatını düzenleyen kurallar içinde yer alan ve kişinin gerek kendi içindeki vicdanı ile yüzleşmesi gerek de diğer insanlarla iletişim kurması sırasında uymakla yükümlü olduğu ödevler, “ahlak kuralları” olarak nitelendirilebilir.⁶⁴ Sözleşmelerin ahlaka aykırı olmaması gerektiği düzenlemesi, hukukun temel amacıyla uyumludur. Nitekim ahlak kuralları, toplum hayatını düzenleyen kurallar içerisinde yer almakla birlikte hukuk tarafından doğrudan yaptırıma bağlanmaması sebebiyle ancak toplum nezdinde ayıplanma, kınama gibi manevi yaptırımlara tabidir.

Ahlak kurallarının yasalarla korunması, toplumsal ahlakın korunması açısından önemlidir ancak toplum hayatını düzenleyen ya da toplum tarafından uyulması gereken ahlak kurallarının çok sayıda olması ve bunların hepsinin yaptırıma bağlanmasının pek olanaklı olmaması sebebiyle de ancak belli başlı alanlarda ve durumlarda bu konu, direkt olarak yaptırıma bağlanmıştır.

Nitekim Borçlar Hukuku’nda da kişi ve toplum hayatına, genel ahlaka duyulan saygıdan olsa gerek ahlak kurallarına aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı

⁶⁴ SÜMER, Haluk Hadi, *Hukuka Giriş*, Ankara, Seçkin Yay. 3. Baskı, 2019, s.4.

düzenlemesi getirilmiştir. Üstelik bu durum da kanunun büyük bir özgürlük tanıdığı bir alan olan sözleşmeler alanında düzenlenerek sözleşmelerin ahlaka aykırı olmasının kesin olarak hükümsüz olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sebeple de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde de olsa bir sözleşme düzenleyecek olan taraflar, ahlak kurallarına aykırı sözleşme yapmamaya dikkat edecektir. Bunun için de nelerin ahlak kuralları ile ilgili olduğunun iyi bilinmesi gerekir.

Sözleşmelerin ahlaka aykırı olup olmadığının tespiti noktasında önüne gelen bir uyuşmazlıkta hâkim, kendisinin düşündüğü ve kafasında oluşan ahlak anlayışına değil, toplumun kültürü ve değer yargıları çerçevesinde toplumdaki vatandaşların ortak düşünüş tarzlarını da dikkate alarak bir ahlak anlayışına ulaşmalıdır.⁶⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, ahlak ve adaba aykırılığın tespitinin bir hukuk sorunu olduğunu ve bu sorunu da mahkemenin çözmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁶

Ahlaka aykırılığın tespitinin bir hukuk sorunu olması, ahlak ve hukuk kurallarının bazı noktalarda kesişmesi ile ilgilidir.

Neticede ahlak kuralları da -toplumsal hayatı düzenleyen diğer kurallar gibi- muhatap olarak insanı alır, ancak ahlak kurallarının oluşturucusu ile bu kuralların muhatabı aynı kişi iken bu durum -hukuk kurallarını meydana getiren irade ile hukuk kurallarının muhatabının aynı olmaması sebebiyle- hukuk kuralları açısından farklılık oluşturur.⁶⁷

Sözleşmelerin ahlaka aykırı olmaması gerektiğini belirtirken buradaki ahlak ya da genel ahlak kavramlarına Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir yaklaşımda bulunduğu bakmakta fayda vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, toplumun genel ahlak anlayışı ve ahlaka aykırılığın tespiti ile ilgili görüşünü

⁶⁵ REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.138.

⁶⁶ "...Mahkeme, ahlak ve adaba aykırılığı tayin ve takdir edebilmek için taahhüt olunan işin değerini, tarafların ve özellikle borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki iktisadi durumunu, konusunda uzman bilirkişiler aracılığı ile tespit etmeli, ahlak ve adaba aykırılığı takdir ederken tarafları, ahlaka aykırı muamelelerden sakınmaya sevk etmek ve aynı zamanda fena misal ve numunelerin ahlakı bozmasına engel olmak amacını dikkate almalıdır. Nitekim, adap ve ahlaka aykırılığın tayini bir hukuk sorunudur. Hukuk sorununun çözülmesi, mahkemeye ait bir görevdir..." Yargıtay HGK, 18.06.2019 tarih, 2017/922 Esas, 2019/706 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 11.11.2019.)

⁶⁷ GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 12. Baskı, 2015, s. 41.

açıklamıştır.⁶⁸ Anayasa mahkemesi kararında ‘‘genel ahlak’’ kavramını tanımlarken ‘‘makul ve adil düşünceye sahip’’ insan profilini esas almıştır. Ayrıca mahkeme, genel ahlak kavramını soyut ve değişken bir kavram olarak kabul etmiştir. Söz konusu kabul, isabetlidir. Nitekim gelenek ve görenekler, toplumun kültür ve benliği ile genel kabulleri, zamandan zamana değişiklik göstermektedir. Bu sebeple gerek genel ahlak anlayışı gerek de toplum düzenini öngören diğer kurallar, zamandan zamana değişiklik göstermekle birlikte soyut bir nitelik arz edebildiği için bu durumların her somut olaya göre ayrı olarak ele alınıp yorumlanması gerekir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, toplumun belli bir kesiminin görüşünü baz almamıştır. Burada önemli olan, toplumun tamamının genel ahlak anlayışıdır. Bu da demokratik toplum düzeni esas alınarak belirlenebilecek bir ölçüttür.

3. Sözleşmeler, Kamu Düzenine Aykırı Olmamalıdır

Sözleşmelerin kamu düzenine aykırı olmaması, kamu düzeni kavramının hukuk açısından önemi ile ilgilidir. Hukukun birçok alanında çeşitli tanım ve şekillerde karşılaşılan kamu düzeni kavramı, yüksek mahkeme kararlarında da sıklıkla vurgulanmaktadır. Bu sebeple, TBK’da da bahsedilmesinden dolayı sözleşmeler açısından da incelenmesi gereken bir kavramdır.

Sözleşmelerin neden kamu düzenine aykırı olmaması gerektiğini anlatmadan önce ‘‘kamu düzeni’’ kavramının çeşitli hukuklarda ve yargı kararlarında ne anlam ifade ettiğine bakmakta fayda vardır.

Özel hukukun kişilerin -toplum içinde yaşamasından dolayı- kendi aralarında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların çözümüyle ilgilenen bir alan olması sebebiyle özel hukukta karşılaşılan ‘‘kamu düzeni’’ tanımlamalarında

⁶⁸ ‘‘...’’Genel ahlak’’, belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışıdır. Soyut ve değişken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekmektedir. Böylece çoğunluğun ya da bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebilecektir. ‘‘Genel ahlak’’ yaptırım hukukunun bir parçası olarak düzenlendiğinde ayrıca ‘‘fiilin ağırlığı ve tehlikeliliği’’ ölçütü de gözetilmelidir. Diğer bir anlatımla, sınırlanmak istenilen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemleri yanında davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır...’’ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 01.04.2015, 2014/118 Esas, 2015/35 Karar, (kararlaryeni.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 20.11.2019)

genellikle ‘‘toplumsal menfaat’’ vurgu ve ölçütünün ön plana çıkarıldığı gözlemlenmektedir.⁶⁹

Kamu düzeni; bireylerin menfaatleri ile toplum hayatını düzenleyen normlar, kamu huzuru ve kamu sağlığı ile doğal çevredeki düzeni meydana getiren çeşitli unsurlar arasında bir denge gözetilerek değerlendirilmesi gereken bir kavramdır.

Bu sebeple kamu düzeni, tek bir unsura odaklanarak açıklanabilecek bir kavram değildir. Nitekim özel hukukun karmaşık yapısı da bunu gerektirmektedir.

Kamu düzeni kavramıyla Medeni Usul Hukuku’nda da sıklıkla karşılaşılmaktadır. Nitekim HMK’nın henüz ilk maddesinde ‘‘Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir.’’ düzenlemesiyle kamu düzeni kavramıyla karşılaşılmaktadır.

Görev kurallarının kamu düzeniyle ilgili olması -kamu düzeninin kamu menfaatini ilgilendiren bir kavram olması sebebiyle- mahkemenin o davaya bakmakla görevli olup olmadığına ilişkin hukuki uyuşmazlıkların taraflarca, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmesi ya da taraflar, hiçbir zaman bu durumu ileri sürmese dahi, mahkemece yargılamanın her aşamasında bu durumun kendiliğinden göz önünde bulundurulup bu konuda bir karar verilebilmesi ile ilgilidir.⁷⁰

Nitekim Yargıtay, yerleşik içtihatları gereği -kamu düzenini de ilgilendirmesi sebebiyle- sigortalılık başlangıç tarihi ve hizmet tespitine yönelik davalarda hâkimin özel bir duyarlılık göstermesi gerektiğini vurgulamıştır.⁷¹

İşte, kamu düzeni ile ilgili yüksek mahkeme kararları ile HMK’daki görev tanımlamasına ve görevin Medeni Usul Hukuku’nda kamu düzeni kavramıyla ilgili olan uygulamasına dikkat etmek, bir hukuk kuralının kamu düzeniyle ilgili olmasının ne tür sonuçlar doğuracağına anlaşılabilmesi açısından önemlidir.

⁶⁹ AKTEPE ARTIK, Sezin, ‘‘İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2018, S. 134, s. 261.

⁷⁰ PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin Yay. 2. Bası, 2014, s.101.

⁷¹ ‘‘...Sigortalılık başlangıç tarihi ve hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icap ettiği Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadı gereği olduğundan, kamu düzenini ilgilendiren hizmet tespit davalarında, hakimin özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir...’’ Yargıtay HGK, 20.06.2019 tarih, 2015/3550 Esas, 2019/748 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 13.11.2019)

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın⁷² 5.maddesinde "Devletin temel amaç ve görevleri" sayılmıştır.⁷³ Söz konusu düzenleme incelendiğinde devletin ne gibi temel amaç ve görevlerinin olduğu görülecektir. Anayasa, devletin temel amaç ve görevlerinden bahsederken "kamu düzeni" kavramını açıkça vurgulamamıştır ancak madde içeriği incelendiğinde aslında anlatılan şeyin kamu düzeninin ta kendisi olduğu anlaşılmaktadır. Yani devlet, özünde kamu düzenini sağlamak için vardır ve bu durum da anayasadan kaynaklanmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda da vurgulanmıştır.⁷⁴ Anayasa mahkemesi kararında da özetle, kamu düzeninin sağlanması amacıyla özgürlüğün sınırlanabileceği belirtilmiştir.

4. Sözleşmeler, Kişilik Haklarına Aykırı Olmamalıdır

TBK'da sözleşmelerin kişilik haklarına da aykırı olmaması gerektiği belirtilmiştir. Nitekim sözleşmeler, tarafların hak ve statülerini belirlerken onlara belli yükümlülükler de yükleyebilmektedir. Sözleşme kurma düşüncesiyle de olsa kişilere belli haklar tanırken ya da onlara belirli yükümlülükler yüklerken kişilik haklarının ihlal edilmemesi gerekir.

Sözleşmelerin uygun olmak zorunda olduğu kişilik haklarının ne anlama geldiğini belirtmeden önce, hak ve hukuk kavramları üzerinde de durmak gerekir.

Arapça kökenli bir kelime olan "hukuk", hak kelimesinin çoğulu anlamına gelmektedir; burada "hukuk", haklar tarafından oluşturulan objektif bir düzeni ifade

⁷² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 17863 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 09.11.1982

⁷³ 1982 Anayasa'sının 5. Maddesi: "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

⁷⁴ "...Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın önkoşulu kamu düzeninin tesisidir. Kamu düzeninin sağlanmadığı bir ortamda, hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılması, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi mümkün değildir. Devletin hak ve özgürlükleri koruma ödevinin yanında, kamu düzenini sağlama görevi de bulunmaktadır. Şiddetin ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla çeşitli tedbirler almak, Anayasa'nın 5. Maddesiyle Devlete yüklenen kamu düzenini koruma ödevinin bir gereğidir. Bu nedenle, kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla özgürlüğün sınırlanması mümkündür..." Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 18.02.2015, 2015/19 Esas, 2015/17 Karar (kararlaryeni.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 21.11.2019)

ederken ‘hak’ da kişilerin bu hukuk düzeni tarafından korunan ve ihlal edilmesi halinde de bu ihlallerin yaptırma bağlandığı çeşitli menfaatlerini ifade eder.⁷⁵

İnsanların fiziki ve manevi bütünlüğü, hak ve fiil ehliyetine sahip olma yetisi ile özgürlüğü gibi kişiliğini oluşturan temel öğelerin korunması amacıyla hukuk düzeni tarafından güvenceye alınan temel değerleri de ‘kişilik hakları’ kapsamında değerlendirilebilir.⁷⁶

Anayasa’nın 12. maddesinde ‘temel hak ve hürriyetlerin niteliği’ açıklanmıştır.⁷⁷

Yine bunun dışında, Anayasa’nın 17. maddesinde ‘Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı’ başlığı altında, kişinin yaşam hakkı ve maddi – manevi bütünlüğü gibi önemli hakları, koruma altına alınmıştır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda⁷⁸ (TMK) da kişiliğin korunması ile ilgili önemli düzenlemeler mevcuttur. Özellikle, kişilik haklarına saldırılarla ilgili temel ilkeyi içermesi açısından TMK’nın 24. maddesi önemlidir.⁷⁹

Söz konusu düzenlemeye göre kişilik haklarına hukuka aykırı saldırı yapılan kimse, bu saldırılara karşı mahkemeden koruma talep edebilir. Kişinin bu koruma kapsamında açabileceği davalar ve isteyebileceği tazminatların kapsamı da TMK’nın 25. maddesinde açıklanmıştır.

Gerek Anayasa gerek de TMK düzenlemelerine dikkat edildiğinde kişilik haklarının korunmasının ne kadar önemli olduğu görülecektir.

Bu sebeple, sözleşme yapan tarafların söz konusu sözleşme hükümlerini kişilik haklarına aykırı olmayacak şekilde düzenlemeleri gerekir.

⁷⁵ OĞUZMAN, M. Kemal, BARLAS, Nami, *Medeni Hukuk*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, 2018, s.140.

⁷⁶ OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 12. Bası, 2012, s.153.

⁷⁷ 1982 Anayasa’sının 12. Maddesi:” Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

⁷⁸ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, 24607 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 08.12.2001

⁷⁹ 4721 Sayılı TMK’nın 24. Maddesi: ‘(1) Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

(2) Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

5. Sözleşmelerin Konusu, İmkânsız Olmamalıdır

Sözleşmelerin konusunun imkânsız olması, sözleşmeyi geçersiz hale getirecektir. Sözleşmelerin konusunun imkânsız olması, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

İmkânsızlık, bir şeyin gerçekleşme ihtimalinin hiç olmamasıdır. Bu sebeple de olmayan bir ihtimal üzerinden sözleşme kurmak, tarafların iradelerinin hiçe sayılması sonucunu doğurabilir.

Konusu imkânsız sözleşmelerin geçersiz sayılması, taraf iradelerine saygının ürünüdür. Nitekim konusu imkânsız sözleşmeler geçerli sayılıyorsa bu durumda belki de hiçbir sonuç doğurmayacak bir sözleşmeyi tarafların boş yere yapmaları söz konusu olabilirdi.

Yargıya konu ile ilgili bir hukuki uyuşmazlık intikal ettiğinde öncelikle sözleşmenin konusunun imkânsız olup olmadığı yargı organınca tespit edilmelidir. Nitekim imkân, hayatın olağan gerçekliği ve bilimsel veriler ışığında gerçekleşme ihtimali olan durumlar için kullanılacak bir kavramdır. Bu sebeple, imkân ile imkânsızlık arasındaki sınırın tespit edilmesi gerekecektir.

Sözleşmenin konusunun ya da sözleşmede bahsedilen durumun gerçekleşme olasılığının çok az olması, sözleşmenin konusunun imkânsız olmasını doğurmaz. Bu sebeple söz konusu Borçlar Hukuku ilkesi, yalnızca gerçekten hiç ihtimal olmayan durumlar için geçerli olacaktır.

D. Roma Hukuku'nda Sözleşme Özgürlüğü

Roma hukukunun sadece Türk hukuku için değil, genel olarak hukuk sistemleri için önemi, sözleşme özgürlüğü konusunun Roma hukuku açısından incelenmesini gerektirmiştir. Nitekim öneminden dolayı Roma hukuku, hukuk fakültelerinde ders olarak okutulmaya devam etmektedir. Roma hukukunda özellikle Borçlar Hukuku olmak üzere birçok hukuk dalının temellerinin öğretilmesi, söz konusu hukuk alanının Türk hukuku için ve söz konusu Roma hukuku dersinin de hukuk fakülteleri öğrencileri için önemini arttırmıştır. Sözü edilen nedenlerle bugünkü hukuk sistemini

anlayabilmek için kaynak ve temel oluşturması açısından Roma hukukunun düzenlemelerine de göz atmak gerekir.

Roma hukuku, Kıta Avrupa'sının temellerini oluşturan ve halen Almanya, Fransa, İsviçre ve İtalya gibi önemli Avrupa ülkelerinde yürürlükte olan özel hukuk sistemi ile özel hukuk kurallarının önemli bir kısmına ve hukuki düşünüş tarzına, çeşitli hukuk teorilerine, günümüze özdeyiş niteliğinde kalmış Latince hukuk terimlerine ve kurallarına kaynaklık etmesi açısından oldukça önem arz eden ve zengin bir hukuk dalıdır.⁸⁰

Yine Roma hukukunun son gelişim dönemlerini Constantinopolis'te (İstanbul) tamamlaması, Romalı imparatorların o dönemler için çok önemli olan kanunları ve emirnameleri yine bu şehirde çıkarıp Roma hukukunu geliştiren bir hukuk mektebini burada kurması; bunun yanı sıra imparator İustinianus'un ünlü "Corpus Iuris Civilis" adlı önemli derlemesini bu şehirde yapması, Roma hukukunun Türk hukuku için önemini ortaya koymaktadır.⁸¹

Her ne kadar daha sonraki dönemlerde Türk hukuku, İstanbul'un 1453 yılında fethedilmesinden sonra Osmanlı İmparatorluğu'nun etkisi ile İslam Hukuku etkisi altına girmiş olsa da daha sonraki yıllarda, Cumhuriyet'in ilanı ve yapılan devrimlerle birlikte 1926 yılında İsviçre esas alınarak kabul edilen ve Roma Hukuku etkisine biraz daha açık olan Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile günümüz Türk hukuku için Roma hukukunun etki ve önemi, yeniden artmıştır.⁸²

Roma hukukunda sözleşmeler ve bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuk kuralları, günümüze göre farklı esaslar içermektedir. Sözleşme özgürlüğü, 6098 sayılı TBK ve Türk Borçlar Hukuku için oldukça önemli bir konu iken Roma hukukunda durum, böyle değildir. Roma hukukunda hâkim olan hayat anlayışı, sözleşmeler ve bunun getirdiği hukuki sonuçların da ona göre şekillenmesine yol açmıştır.

Roma hukukunda tarafların iradeleri ve bu iradeler arasındaki uyuşmanın bir sözleşme kaynaklı borç ilişkisi meydana getirebilmesi için her şeyden önce – şekle ilişkin diğer kurallar ayrık olmak üzere- tarafların Roma sözleşmeler sisteminde yer

⁸⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 18. Baskı, 2019, s.5.

⁸¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Roma Hukuku*, s. 13.

⁸² KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Roma Hukuku*, s.14.

alan sözleşme tiplerinden birini (contractus) seçerek buna göre sözleşmeyi düzenlemiş olmaları gerekirdi.⁸³

Buna göre, günümüzdeki sözleşme kavramı ile Roma hukukunda Ius Civile'nin tanıyıp geçerli saydığı belli sözleşme tipleri olan "contractus" kavramı birbirini tam olarak karşılamamakla birlikte Ius Civile'nin geçerli saydığı "contractus" dışında kalan sözleşmeler -ki bunlara "pactum" denilirdi- de zamanla geçerli sözleşme olarak tanınmaya başlamıştır.⁸⁴

Roma hukukunda, özel hukuk ilişkilerinin temelini oluşturan ve günlük hayatın şekillenmesinde önemli rol oynayan konular, rahip hukukçuların tekelinde olan "örf ve âdet hukuku" tarafından düzenleniyordu.⁸⁵

Bunun yanı sıra, Roma hukukunda sözleşmeler ve şekil kurallarının açıklanmasında Ius Civile kavramı önemli rol oynamaktaydı.

Uygulama alanı bakımından Ius Civile (Yurttaşlar Hukuku) ve Ius Gentium (Kavimler Hukuku) ikili ayrımını benimseyen Roma hukukunda yurttaşlara yani Roma kavmini oluşturanlara uygulanan hukuk, "Ius Civile" adını alırken Roma yurttaşı olmayan kişiler ise ilk zamanlarda hukuk dışı unsur olarak sayılıyordu ve Roma vatandaşı olmayan bu kişilere-adeta köle statüsü- hiçbir hak ve yetki tanınmıyordu.⁸⁶

Roma hukukunda sözleşmelerde aranan şekilcilik- iradenin beyan edilirken kalıba bürünmesi- ve Ius Civile'nin sözleşmenin kurulup borç ilişkisinin doğabilmesi için tarafların iradelerini yeterli görmemesi sebebiyle günümüz anlamındaki "sözleşme özgürlüğü" düşüncesi gelişmemiştir.⁸⁷

Her ne kadar "sözleşme özgürlüğü" kavramı, Roma hukukunda günümüzdeki anlamda gelişmemiş bir kavram olsa bile Roma Borçlar Hukuku düzenlemeleri incelendiğinde günümüzdeki hukuk kural ve kurumlarına temel oluşturabilecek nitelikte sözleşmeler, haklar, hukuki işlemler, haksız fiil, şart, vade ve kusur gibi konular, Roma hukuk sisteminin oldukça zengin olduğuna işaret eder.

⁸³ ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yay. 2019, s. 48.

⁸⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Roma Hukuku*, s. 195.

⁸⁵ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara, Seçkin Yay. 1. Baskı, 2017, s.83.

⁸⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Roma Hukuku*, s. 91.

⁸⁷ ÖZER SARITAŞ, Duygu, *Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Bursa, Dora Yay. 2. Baskı, 2018, s. 76.

Elbette ki Roma hukukundaki ‘‘sözleşme özgürlüğü’’ kavramının özellikle ilk zamanlarda yeterince gelişmemesi; dönemin ekonomik, kültürel, coğrafi ve siyasi koşullarıyla bağlantılıdır. Bu durum da aslında toplumsal koşulların, toplumun gereksinim ve faaliyetlerinin, toplumun etkilendiği dönemlerin ve tüm bunların yansımalarının hukuk üzerindeki etkisini göstermektedir. İşte bu sebeple, sözleşme özgürlüğünün tarihsel süreçteki geçirdiği aşamaları görebilmek adına Roma Hukuku’nda bu kavramın ne anlam ifade ettiği incelendi.

E. Anayasa Hukuku’nda Sözleşme Özgürlüğü

Anayasanın ve bu sebeple de Anayasa Hukuku’nun önemi, sözleşme özgürlüğü konusunun bu alan açısından da incelenmesini gerektirmiştir.

Anayasa hukuku hakkında açıklama yapmadan önce, anayasa kavramı üzerinde durmak gerekir.

Bağlayıcılığı, düzenlediği alanın genişliği, devletin temel organları ve işleyişi ile ilgili oluşu, emsal oluşturması ve Anayasa Mahkemesi kararları ile de etkinliği göz önüne alındığında, hukuk kuralları hiyerarşisinin (normlar hiyerarşisi) zirvesini ‘‘Anayasa’’ oluşturur.⁸⁸

Devletin temel yapısı, devletin temel yapısının önemli bir unsurunu oluşturan iktidarın özellikleri ile işleyişi ve devletin vatandaşlarla arasındaki ilişkileri, ilke ve kuralları hakkında ayrıntılı esaslar içermesi sebebiyle siyasi bir kavram olarak değerlendirilen anayasa, her devlette bulunmaktadır.⁸⁹

Ancak her devletin anayasaya uyup uymaması, yüklediği anlamlar ve anayasa hukuku kurallarına tanıdığı statü, farklılık arz edebilir. Kimi devletler, anayasal kurallara üstünlük tanırken kimi devletler de anayasa kurallarına daha başka anlamlar yükleyebilir. Burada önemli olan, anayasa mekanizmasının iyi işlediği bir hukuk sistemi oluşturabilmektir. Dolayısıyla da devletleri, anayasal kuralların hüküm sürdüğü ve anayasal kuralların yeterince hüküm sürmediği devletler olarak ikiye ayırabiliriz.

⁸⁸ TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 7. Bası, 2018, s. 26.

⁸⁹ ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, 2019, s. 124.

Kuruluş, organlar ve işleyiş bakımından anayasadan kaynaklanan kuralların hüküm sürdüğü ve bu kurallara üstünlük tanındığı devlet, ‘anayasal devlet’ olarak adlandırılır.⁹⁰ Bu yüzden de anayasal devletler için Anayasa Hukuku ve bu hukukun gelişimi, önem arz eder.

Devletin organlarını, bu organların işleyişi ile görev ve yetkilerini, kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlükler ile bu özgürlüklerin hayata geçirilebilmesi için getirilen koruma mekanizmalarını anlatan Anayasa Hukuku da bir kamu hukuku disiplini olarak hukuk dünyasında çok önemli yer tutar.⁹¹

Yukarıdaki tanımlarda da görüleceği gibi Anayasa Hukuku, çok geniş bir alana hitap etmektedir. Nitekim, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ile ilgili 11. maddesi incelendiğinde de bir konunun Anayasa Hukuku açısından önemi anlaşılacaktır.⁹² Buna göre anayasanın bağlayıcılığı ilkesi, Türk hukukunda düzenlenen her alan için geçerli olacaktır. Borçlar hukukunu anlatırken de iş hukukunu anlatırken de anayasa hukukunun temel norm ve ilkeleri, göz önünde bulundurulmak zorundadır. Nitekim bazı konularda, anayasada doğrudan bir düzenleme bulunamayabilir. Fakat tarihi, içeriği ve düzenlemeleri incelendiğinde anayasa hukuku, hukukun geneli için bağlayıcı kurallar ve ilkeler de öngörebilmektedir. Bu yüzden öncelikli olarak yapılması gereken şey, bir konunun anayasada doğrudan düzenlenip düzenlenmediğine bakmak olacaktır. Eğer konu, anayasa tarafından doğrudan düzenleme altına alınmışsa -konunun düzenlendiği diğer kanun ve normlar ayırık olmak üzere- bu konunun anayasadaki içeriğine mutlaka bakmak ve anayasal kurala uyum sağlamak gerekir. Buradaki anayasal norma dikkat edilmediği takdirde o konu, hukuka aykırı olacaktır. Eğer bir konu, anayasada doğrudan düzenlenmemişse de bu durumda da o konunun anayasanın genel ilke ve düzenlemeleri ile uyumlu olup olmadığına dikkat etmek gerekecektir. Örnek olarak bir sözleşme, doğrudan eşitlik ilkesi ile ilgili olmayabilir. Ancak koşulları açısından incelendiğinde mutlaka anayasanın 10. maddesindeki ‘kanun önünde eşitlik’ düzenlemesine uygun olmak zorundadır. Nitekim bu düzenleme, hukukun her alanına uyarlanabilecek bir düzenlemedir.

⁹⁰ TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk, YAVUZ, Bülent, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2015, s.2.

⁹¹ ANAYURT, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, s. 36.

⁹² 1982 Anayasası'nın 11. Maddesi: ‘Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.’

Anayasa'nın 12. maddesindeki düzenleme ile herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, önceki başlıklarda açıklanmıştı. Bununla birlikte -sözleşme özgürlüğü ile doğrudan ilgili olması nedeniyle- Anayasa'nın 48. maddesindeki "çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlığı altındaki düzenlemeye ayrıntılı olarak bakmak gerekir.⁹³ Söz konusu düzenleme, sözleşme özgürlüğü ile ilgili temel prensibi içermektedir. Burada düzenlenen özgürlük; çalışma, sözleşme ve teşebbüs kurma özgürlüğüyle birlikte alınmıştır. Buna göre dilediği alanda çalışabilecek kişi, dilediği sözleşmeyi de yapabilecektir. Hatta kişi -gerekli şartları sağlamak koşuluyla- özel teşebbüsler de kurabilecektir.

Bu arada, kişinin çalışmak istediği alanın koşullarına uyup uymaması, tamamen ayrı bir konudur. Söz konusu anayasa düzenlemesi, koşulların sağlandığı ihtimal için geçerlidir. Örneğin hukuk alanında çalışıp avukatlık yapmak isteyen kişinin hukuk fakültesinden başarı ile mezun olmasının yanı sıra, avukatlık stajını yapması ve avukatlığa engel bir halinin de olmaması gerekir. Kısacası, Avukatlık Kanunu'nun⁹⁴ 3. maddesindeki şartları taşıması gerekir.⁹⁵ Nitekim avukatlık, güven ilişkisine dayanan bir meslektir ve avukat da yerine getirdiği görev itibarıyla adaletin tesis edilmesine önemli katkılar sunabilmektedir, bu sebeple de bu mesleği yapacak kişinin gerekli saygınlığa sahip olması ve avukatlık mesleğinin icrasına engel bir halinin bulunmaması gerekir.⁹⁶

Anayasada, sözleşme özgürlüğü ile ilgili genel bir düzenlemenin olması, diğer hukuk dallarının bu konuyla ilgili düzenlemeleri için bir avantajdır. Nitekim Borçlar Hukuku, TKHK ya da İş Hukuku alanında sözleşme özgürlüğü ile ilgili düzenlemeler,

⁹³ 1982 Anayasa'nın 48. maddesi: " Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

⁹⁴ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, 13168 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 07.04.1969

⁹⁵ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. Maddesi: " (Değişik: 30/1/1979 – 2178/1 md.)

Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için:

- a. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,
- b. Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak,
- c. Avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak,
- d. (Ek: 2/5/2001 – 4667/3 md.; Mülga: 28/11/2006 -5558/1 md.)
- e. Levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgahı bulunmak,
- f. Bu kanuna göre avukatlığa engel bir hali olmamak gerekir."

⁹⁶ KORKUSUZ, M. Refik, KORKUSUZ, M. Halit, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, 2014, s.43.

Anayasa'nın 48. maddesindeki sözleşme özgürlüğü genel kuralı sayesinde daha da güçlü bir anlam ifade edecektir. Nitekim, Anayasaların bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi, bunu öngörür.

Sözleşme özgürlüğünün anayasadaki ve dolayısıyla da Türk hukukundaki anlamını kavrayabilmek için Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda ne dediğine bakmakta yarar vardır. Anayasa Mahkemesi, bir kararında ‘sözleşme özgürlüğü’ ile ilgili şu açıklamayı yapmıştır.⁹⁷ Tanımlama, emsal olabilmesi açısından önemlidir. Bu tanım incelenecek olursa Anayasa Mahkemesi, sözleşme özgürlüğünü doğrudan bir ilke olarak yorumlamamıştır. Özel hukuktaki irade özerkliği ilkesine gönderme yapan mahkeme, sözleşme özgürlüğü ile irade özerkliği ilkesi kavramlarını birbiriyle ilintili olarak anlatmıştır. Ancak mahkeme, özel hukuktaki irade özerkliğine dayanak olarak Anayasa hukukundaki ‘sözleşme özgürlüğü’ kavramını göstermiştir. Mahkemece yapılan tespit, yerindedir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleri gereğince diğer hukuklardaki kural ve ilkelerin anayasadan dayanak alması, o kural ve ilkelerin sağlamlığını arttıran bir durumdur. Bu sebeple, özel hukukta irade özerkliği ya da sözleşme özgürlüğü kavramını tanımlarken -anayasal dayanağı olması sebebiyle- mutlaka Anayasa hukuku düzenlemelerine de gönderme yapmak gerekecektir. Aksi takdirde yapılan inceleme, dayanak yönünden zayıf ve eksik bir inceleme olarak kalır. Anayasa mahkemesi ayrıca, sözleşme özgürlüğünü Anayasa hukuku açısından yorumlarken devletin kişilerin sözleşmesel irade ve özgürlüklerine duyduğu saygıya vurgu yapmıştır. Buna göre devlet, kişilerin istedikleri iradeyi ortaya koyup yine istedikleri hukuki sonuçlara ulaşabilmeleri için gerekli korumayı sağlayacaktır.

⁹⁷ ‘... Anayasa'nın 48. Maddesinde, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmektedir. Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın 48. Maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir...’ Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013 Karar Günü, 2013/57 Esas, 2013/162 Karar, (kararlaryeni.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 19.11.2019)

F. Medeni Hukuk'ta Sözleşme Özgürlüğü

Medeni Hukuk, oldukça geniş bir alana hitap eden bir hukuk alanıdır. Medeni Hukuk'un özellikle Özel Hukuk alanındaki etkisi tartışılmazdır. Medeni Hukuk'un konumu ve özellikle dürüstlük kavramının bu hukuk alanının yanı sıra özel hukukun birçok alanında önemli bir yere sahip olması sebebiyle bu başlıkta medeni hukukta genel olarak sözleşme özgürlüğü ile dürüstlük kavramı ve sözleşme özgürlüğüne etkisi incelenecektir.

1. Genel Olarak

TMK'nın 5. maddesi, *'Bu kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.'* düzenlemesini getirmiştir. Bu sebeple, özel hukuka ilişkin sorunları ele alırken o konuda TMK'nın ne dediğine bakmakta fayda vardır.

Sözleşme özgürlüğü konusu ile ilgili TMK'da doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanunun bazı maddeleri, içeriğiyle birlikte değerlendirdiğinde, sözleşme özgürlüğüne temas edebilir niteliktedir. İşte bu başlık altında, söz konusu durum incelenecektir.

Sözleşme özgürlüğü konusu ile bağdaştırılabilmesi nedeniyle TMK'nın 23. maddesindeki düzenlemeye dikkat çekmek gerekir.⁹⁸

Söz konusu madde içeriği incelendiğinde madde metninin özgürlüklere yaptığı vurgu, dikkat çekicidir. Buna göre, kişilerin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ya da kişinin özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı maddede vurgulanmıştır.

Söz konusu maddedeki özgürlük kavramı, sözleşmeler alanını içerecek şekilde yorumlandığında sözleşme özgürlüğünün TMK açısından da önemi anlaşılmış olacaktır.

⁹⁸ 4721 Sayılı TMK'nın 23. Maddesi: "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz."

Buna göre yapılan sözleşme -o hukuka ve o sözleşme türüne ilişkin koşulları ne olursa olsun- herhangi bir şekilde, kişinin özgürlük alanına olumsuz bir etkide bulunuyorsa TMK'ya aykırı olacaktır. Örneğin kişinin sözleşme sonucunda seyahat özgürlüğü veya düşünce özgürlüğü kısıtlanıyorsa burada sözleşme-anayasaya aykırı olmasının yanı sıra- TMK açısından da hukuka aykırı bir sözleşmedir. Nitekim aynı durumu, TBK düzenlemeleri hakkında da söyleyebilir ve öngörebiliriz.

2. Dürüstlük Kavramı ve Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi

TMK'nın 2.maddesinde "dürüst davranma" ilkesi açıklanmıştır. Buna göre de kişiler, sahip oldukları haklarını kullanıp yükümlü oldukları borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorundadır. Nitekim hukuk düzeni, bir hakkın açıkça kötüye kullanımını korumamaktadır. Bu sebeple dürüstlük kuralı, özel hukukun tüm alanları için önemli bir kavramdır.

Sözleşme özgürlüğü söz konusu olduğunda da taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır. Taraflar; sözleşmenin konusunu, tipini, taraflarını, şeklini, koşullarını vs. belirlerken dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür. Nitekim hukuk normlarının uygulanmasında taraflara da büyük işler düşmektedir. Taraflar, normlara uygun davrandığı takdirde bu normlar daha sağlıklı uygulanacak ve yargıya intikal eden uyuşmazlık sayısı da azalacaktır.

Hak sahibi olan ve borç altına girebilen kişilerin sahip olduğu hakların özgür iradeleri çerçevesinde dış dünyada kullanılmasında sözleşmelerin önemi büyük olduğu için sözleşmelerin kurulmasında, içeriklerinde ve nihayete ermelerinde dürüstlük kuralı önemli rol oynamaktadır.⁹⁹ Örneğin kira sözleşmesi yapacak olan kiraya veren, kiralanan taşınmaza ilişkin özellikleri dürüstlük kuralına uygun olarak kiracıya açıklamalı, kiracının iradesini yanıltmamalıdır. Yine kiracı da aynı şekilde, kiralanan taşınmazı ne şartlarda kullanacağını kendisine sorulması halinde dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır. Tüm müşterilere yemek veren bir restaurantın sırf dış görünüşünü beğenmediği için başka bir müşteriye hizmet etmeyeceğini söylemesi, dürüstlük kuralına da aykırıdır. Örnekleri çoğaltacak olursak iş yeri için ilan veren

⁹⁹ DURAL, SARI, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, s.230.

işverenin başvuran işçiler arasında cinsiyet, yaş, ırk, mezhep kökenli bir ayırım yapmaması; eşitlik ilkesi ile dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir. Bunun dışında işverenin sözleşme yapma yasakları ile sözleşme yapma zorunluluğu doğuran hallerde yine dürüstlük kuralına uygun davranması ve hukuk düzeninin kendisine sağladığı hak ve yetkileri, kötüye kullanmaması gerekir.

Görüldüğü gibi Medeni Hukuk'a hâkim olan dürüstlük kuralı, sözleşme özgürlüğünün ve sınırlarının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır.



İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

I. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğü kavramının ne anlama geldiği ile bu kavramın Uluslararası Sözleşmeler, Borçlar Hukuku, Roma Hukuku, Anayasa Hukuku ve Medeni Hukuk alanları açısından ne ifade ettiğinin incelenmesi, birinci bölümde ayrıntılı olarak yapıldı. Bununla birlikte, konu özelinde bu kavramın Türk İş Hukuku açısından ne anlam ifade ettiği de bu bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Sözleşme özgürlüğü, sözleşmelerin kurulması aşamasında gündeme gelen bir konudur. Bu yüzden de bir iş sözleşmesini kurma yani bir iş sözleşmesinin hazırlanması aşamasında sözleşmenin taraflarını, süresini, konusunu, şeklini ve diğer şartlarını belirleme noktasında tarafların karşı karşıya kaldığı konu, sözleşme özgürlüğü konusu olacaktır.

İşveren ile işçinin bir iş sözleşmesi yaparken sözleşmenin kurulması, şekli, içeriği, şartları ve sona ermesi gibi hususlarda -genel hükümlerden, kanundan ve İş Hukuku'nun doğasından kaynaklanan sınırlama sebepleri ayırık olmak üzere- serbestçe hareket edebilmeleri, İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğü ile ilgilidir.

Sözleşme özgürlüğü, İş Hukuku'nda çeşitli düşüncelerle sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Borçlar Hukuku alanında sözleşme özgürlüğü, kanundaki genel sınırlamalara tabi olurken İş Hukuku'ndaki sınırlama, sadece bunlarla sınırlı kalmamaktadır. Elbette ki TBK'daki genel sınırlar, İş Hukuku'ndaki sözleşmelerde de geçerli olacaktır yani bir iş sözleşmesinin konusu, mesela imkânsız olamayacaktır ancak yine İş Hukuku'nun kendine özgü koruyucu özelliğinden dolayı mevzuattaki özel sınırlama sebeplerini de dikkate almak gerekir.¹⁰⁰ Buna göre kimi durumlarda

¹⁰⁰ SENYEN – KAPLAN, E. Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 10. Baskı, 2019, s.137.

işveren, sözleşme yapma yasakları ile karşılaşabilecekken kimi durumlarda da sözleşme yapmak yükümlülüğüne tabi olacaktır. Örneğin yaşı küçüklerin yer altında çalıştırılmamasına ilişkin getirilen yasak, işverenin sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. İşte gerek işverenin sözleşme yapma yasakları gerek de işverenin sözleşme yapmakla yükümlü olduğu haller, İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması anlamında temel iki ana başlık olarak incelenecektir.

Öğretide işverenin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların nedeni konusunda görüş birliği mevcuttur. Nitekim İş Hukuku, kendine özgü niteliklerinden dolayı özellikle işçinin korunması ilkesine önem veren bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü sınırlarının de temel olarak bu çerçevede incelenmesi gerekir.

İş Hukuku'nun hatta daha da genel bir ifadeyle hukukun amacı -temel olarak ve toplumsal ihtiyaçlar da göz önüne alınarak- toplum düzenini, toplumdaki güveni, eşitliği, özgürlüğü ve adaleti sağlamaktır.¹⁰¹ İşte bu sebeple, İş Hukuku'nun amaçlarından birinin özgürlüğü sağlamak olduğunu düşündüğümüzde sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, keyfi uygulamalara yol açmayacak şekilde yorumlanmalı ve değerlendirilmelidir. Bu sebeple de İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün sınırlarının diğer hukuk dallarıyla karşılaştırılarak bir sonuca varılması gerekir.

İş Hukuku'nda sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlar, diğer hukuk dallarındaki sözleşme özgürlüğü sınırlamalarından -yukarıda açıklanan sebeplerle- farklılık arz etmektedir. Her ne kadar emredici hükümlere uygunluk gibi genel sınırlama sebepleri, tüm özel hukuk alanları için geçerli olsa da her hukuk dalının kendine özgü yapısı, özellikleri ve o hukuk dalını oluşturan temel mevzuat çerçevesinde özel sınırlama sebeplerinin de dikkate alınması gerekir.

Örneğin Borçlar Hukuku, genel bir hukuk dalı olması sebebiyle Borçlar Hukuku'ndaki sınırlama sebeplerinin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Tüketici Hukuku, temel olarak, tüketicinin korunması düşüncesi üzerine kurulu bir hukuk dalı olduğu için buradaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması hallerini de bu düşünce çerçevesinde incelemek gerekir. İş Hukuku ise temel olarak, işçinin korunması amacını

¹⁰¹ TUNÇER, Polat, *İş Hukuku*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, 2019, s.6.

güttüğü için bu alandaki sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar da bu düşünce çerçevesinde oluşacaktır.

İşçinin ve işçi sağlığının korunması, iş yeri güvenliğinin sağlanması, işçilerin ekonomik olarak daha güvenceli bir hayata kavuşması ve çalışma hayatındaki dengenin kurulabilmesi düşüncesiyle İş Hukuku'ndaki özellikle emredici normlar, sözleşme özgürlüğüne ciddi sınırlar getirmiştir. Nitekim bu durum, Özel Hukuk'un diğer alanlarından farklılık göstermektedir. İşte bu sebeple de İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün sınırları gerek yasak gerek de sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller olmak üzere iki başlıkta incelenir.

Sözleşme özgürlüğünün ayrıntılı olarak incelenebilmesi için öncelikli olarak sözleşmelerin kurulması ve şekli konusunun da incelenmesi gerekir. Nitekim sözleşmeler kurulmadan tam bir sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün olamayacaktır. Bunun yanı sıra, iş sözleşmelerinin şekli konusu da sözleşme özgürlüğü kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek bir kavramdır.

II. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI VE ŞEKLİ

İş sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğünün ne olduğunun tespiti noktasında iş sözleşmelerinin kurulması ve iş sözleşmelerinin şekli konusunun incelenmesi gereği doğmuştur.

A. İş Sözleşmelerinin Kurulması

Genel olarak, işçi ve işveren arasındaki çalışma ilişki ve koşullarının düzenlendiği iş sözleşmelerinin geçerli şekilde uygulanabilmesi için hukuka uygun şekilde kurulması gerekir.

İşçinin işverene bağımlı olarak bir iş görmeyi, işverenin de buna karşılık olarak bir ücret ödemeyi üstlendiği iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı rızaları ve anlaşmaları sonucu kurulur. Ancak iş sözleşmelerinin hukuka uygun bir biçimde kurulabilmesi için tarafların iş sözleşmesi yapma şartlarına sahip olması gerekir. Bunun için de öncelikli olarak tarafların iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olması gerekir.

İş sözleşmelerinin kurulması noktasında ehliyet açısından Medeni Hukuk'un ve Borçlar Hukuku'nun genel kuralları uygulanmakla birlikte iş sözleşmesi yapabilecek taraflar; gerçek kişi işçiler ile genel olarak, gerçek kişi veya tüzel kişi işverenlerden oluşur.¹⁰² Nitekim TMK'ya göre ayırtım gücüne sahip olan, kısıtlı olmayan ve ergin olan (18 yaşını dolduran) herkesin fiil ehliyeti vardır ve fiil ehliyetine sahip kişiler de kendi rızaları ile haklara sahip olup borç altına girebilirler. Buradaki ayırtım gücüne sahip olmayı; doğruyu ve yanlışını birbirinden ayırt edebilme, akla uygun hareket edebilme ve makul bir düşünme ve algılama kapasitesine sahip olma olarak tanımlayabiliriz. Bu yüzden de iş sözleşmesi yapacak kişinin akla uygun hareket etme yeteneğine sahip olması beklenir.

İş sözleşmelerinin kurulması noktasında özellik arz eden birçok husus bulunmaktadır. Bunlardan biri de aile durumudur.

Aile, toplumun temelini oluşturan en önemli birimlerden biridir. Ailede kurulan düzenin sağlıklı nesiller yetiştirilmesine, toplum düzeninin sağlanmasına, toplum görgü ve disiplininin oluşması ile toplumdaki eğitim düzeyinin belirlenmesine çok önemli katkıları olduğundan aile hukukuna ve ailevi konulara ilişkin hassasiyet önemlidir. Bu noktada, evli kişilerin iş hayatına girişinde aile düzeninin bozulmaması konusuna da dikkat etmesi gerekir. Sözleşme ve çalışma özgürlüğü esastır ancak özellikle aile birliğinin sağlanması ve ailenin korunmasına ilişkin hassasiyeti göz önüne alındığında TMK'nın işe giriş ve çıkış konularında aile düzenine ilişkin bir hüküm getirip getirmediğine bakmak gerekir. Nitekim konu ile ilgili bir düzenleme, TMK'nın 192.maddesinde mevcuttur.¹⁰³ Burada eşlerin meslek seçimi ve iş seçimi ile ilgili durumu işlenmiştir. Buna göre eşler, faaliyet göstereceği mesleği veya çalışacağı işini seçerken birbirlerinin iznini almakla yükümlü değildirler. Ancak meslek ve iş seçimi yaparken eşlerin evliliğin huzur ve menfaatlerini de göz önünde bulundurması gerekir. Kısacası evlenme durumu, kişilerin çalışma özgürlüğünü sınırlamamaktadır ancak çalışma hayatına girecek kişilerin aile birliğinin ve evlilik birliğinin korunması adına üstüne düşenleri de yapması gerekir. Bu sebeple, çalışılacak işin seçimi ile iş

¹⁰² SENYEN-KAPLAN, *Bireysel İş Hukuku*, s.135.

¹⁰³ 4721 Sayılı TMK'nın 192.maddesi: "Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur."

sözleşmelerinin kurulmasında eşlerin aile ve evlilik birliğinin huzur ve menfaatlerini göz önünde bulundurarak hareket etmesi beklenir.

İşverenin gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi olabileceği de belirtilmiştir. Tüzel kişilerin özellikleri göz önüne alındığında işverenin tüzel kişi olması halinin de incelenmesi gerekir.

İşveren, tüzel kişi ise bu durumda iş sözleşmesi, organları aracılığıyla kurulacaktır. Nitekim tüzel kişi, organları aracılığıyla hukuki işlemler yapabilir ve borç altına girebilir. (Bakınız: TMK madde 50)

İş sözleşmelerinin kurulmasından önce, elbette ki taraflar arasında birtakım konular görüşülmektedir. Taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme henüz bulunmamasına karşın tarafların bu aşamada birbirlerine verdikleri zararlardan-Borçlar Hukuku'ndan kaynaklanan koruma yükümlülükleri gereği- sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ihlaline göre sorumlu tutulacakları esaslı kabul edilmiştir.¹⁰⁴

Borçlar Hukuku alanında da geçerli olduğu gibi sözleşmelerin kurulmasından önce ve sözleşmelerin kurulması aşamasında tarafların objektif iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun davranması beklenir. Nitekim işveren, işe giriş şartlarından biri olarak işçinin belli niteliklere sahip olmasını arayabilir. Bu niteliklerin bulunup bulunmadığı noktasında işçinin de dürüstlük ilkesi çerçevesinde doğruyu söylemesi ve işvereni yanıltmaması beklenir. Yine işverenin de iş ve iş yeri koşulları hakkında işe girmek üzere olan işçiye sağlıklı ve doğru bilgiler vermesi gerekir. Aksi durum -olayın oluş ve koşullarına göre- özel hukuk anlamında tazminat sorumluluğu doğurabileceği gibi şartları oluşmuşsa Ceza Hukuku anlamında konusu suç teşkil eden bir duruma da yol açabilir.

İş sözleşmesinin kurulabilmesi noktasında tarafların sahip oldukları haklar ile uygun davranmak zorunda oldukları yükümlülükler belirlenmeden önce, iş sözleşmesinin şekil açısından sorun teşkil etmemesi gerekir. Nitekim sözleşme, uygun şekilde kurulmalıdır ki, tarafların hak ve yükümlülükleri de sağlıklı şekilde düzenlenebilsin. Bu sebeple, iş sözleşmesinin şekli konusunun da incelenmesi gerekir.

¹⁰⁴ SÜZEK, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 18. Baskı, 2019, s.296.

B. İş Sözleşmelerinin Şekli

Sözleşmelerin şekli konusundaki temel TBK düzenlemesi, birinci bölümde ayrıntılı olarak incelendi. Burada -temel olarak- şekil özgürlüğünün geçerli olduğu anlatıldı. Şekil konusunun Türk İş Hukuku'ndaki düzenlenmesi de TBK düzenlemeleri ile paraleldir. Nitekim konu ile ilgili olarak İş Kanunu'nun¹⁰⁵ (İK) 8. maddesinde "tanım ve şekil" başlığı altında şekle ilişkin temel düzenlemeye de yer verilmiştir.¹⁰⁶ Buna göre "…İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir." genel kuralı koyulmuştur. Bu kural, Borçlar Hukuku'nun şekle ilişkin temel düzenlemesi ile uyumludur. Her ne kadar işçi ve işveren arasındaki ilişkilerin İK'ya tabi olduğu gerçeği söz konusuysa da gerek Borçlar Hukuku gerek de İş Hukuku, alan itibariyle hukukun özel hukuk alanını oluşturduğu ve bir dönem de iç içe olduğu için İş Hukuku alanında yapılan bir düzenlemenin temel kanun niteliğinde olan Borçlar Hukuku düzenlemesiyle uyumlu olması, söz konusu düzenlemeyi pekiştiren ve dayanağını güçlendiren bir durum oluşturur.

İş sözleşmesinin-kanunun ifadesi de yorumlandığında- açıkça kurulabilmesinin yanı sıra örtülü bir şekilde kurulması da mümkündür.¹⁰⁷ Ancak işçi ve işverenin hak ve yükümlülüklerinin, çalışma süre ve koşullarının belirlenebilmesi ve yargıya intikal eden davalarda sağlıklı çözümlere ulaşıp kanıt sorunlarının ortaya çıkmaması için iş sözleşmelerinin açık bir şekilde kurulmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İş hukuku sözleşmelerinin şekli konusundaki temel düzenleme, şekil özgürlüğünü öngörse de elbette ki, bu durumun kanundaki istisnaları da vardır. Buna göre İK'nın yine 8. maddesinin bu defa ikinci fıkrasındaki "Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur." düzenlemesi nedeniyle bir takım iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı öngörülmüştür. Buna göre -kanunda da

¹⁰⁵ 4857 Sayılı İş Kanunu, 25134 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 10.06.2003

¹⁰⁶ 4857 Sayılı İK'nın 8. Maddesi:" İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir.

Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu belgeler damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır.

Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur."

¹⁰⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 300.

bahsedildiği gibi- iş sözleşmelerinin süresi ancak bir yıl ve üstü olduğunda bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu ortaya çıkar. Bu tanıma göre süresi bir yılın altında kalan sözleşmelerde ‘‘yazılı şekil’’ zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Daha genel bir tanımla İK’nın öngördüğü şekil özgürlüğü, süresi bir yılın altında kalan iş sözleşmeleri için geçerli olacaktır. Bu durum da aslında şekil serbestisi alanının TBK’ya göre biraz daha daraltılması anlamına gelmektedir.

Yazılı şekilde kurulması kanun tarafından öngörülen sözleşmeler için söz konusu şekil şartı, geçerlilik şartı olmakla birlikte bu şeklin basit yazılı şekilde sağlanmış olması -kanunda nitelikli yazılı şekil şartı öngörülmediği için- sözleşmenin kurulması anlamında yeterli olacaktır.¹⁰⁸

İK’daki genel şekil kurallarının yanı sıra, kanunun özel olarak yazılı şekilde yapılmasını öngördüğü sözleşmeler de mevcuttur. Bunlar; çağrı üzerine çalışma (İK 14/1)¹⁰⁹, takım sözleşmesi (İK 16/2)¹¹⁰ ve çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı (İK 71/1)¹¹¹ kapsamı ile ilgili sözleşmelerdir.

Yazılı şekille ilgili bir başka düzenleme de Deniz İş Kanunu’nda¹¹² (DİK) mevcuttur. Buna göre DİK’in 5. maddesine sözleşmelerle ilgili olarak ‘‘Hizmet akdi işveren veya işveren vekiliyle gemi adamı arasında yazılı olarak iki nüsha yapılır ve taraflardan her birine birer nüsha verilir.’’ düzenlemesi getirilmiştir. Görüldüğü gibi kanun burada yazılı şekil şartını öngörmüştür. Ayrıca DİK, yazılı şekil şartına ek olarak, sözleşmenin iki nüsha olarak yapılması ve taraflardan her birine birer nüsha verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Deniz İş Hukuku, ticaret hacmi olarak daha büyük işlere sahne olabileceğinden söz konusu düzenlemenin getirilmesi yerindedir. Nitekim

¹⁰⁸ DEMİRCİOĞLU, A. Murat, CENTEL, Tankut, KAPLAN, Hasan Ali, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 20. Bası, 2019, s. 92.

¹⁰⁹ 4857 Sayılı İK’nın 14/1 maddesi: ‘‘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 sözleşmesidir.’’

¹¹⁰ 4857 Sayılı İK’nın 16/2 maddesi: ‘‘Takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, yazılı yapılması gerekir. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir.’’

¹¹¹ 4857 Sayılı İK’nın 71/1 maddesi: ‘‘ (Değişik birinci fıkra: 4/4/2015-6645/38 md.) On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler.’’

¹¹² 854 Sayılı Deniz İş Kanunu, 12586 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 29.04.1967.

burada yazılı şekil şartı öngörülmeseydi gemi adamı ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, ispat açısından biraz daha zorlaşacaktı. Görüldüğü gibi İş Hukuku'nun kendi içindeki alanlarında bile sözleşme özgürlüğünün, şekil özgürlüğünün uygulamaları değişebilmektedir. Zaten bu sebeptendir ki, Deniz İş Hukuku uygulamaları için İK yeterli bulunmamış ve DİK çıkarılmıştır.

Yazılı şekil konusunda İş Hukuku'nun ve Deniz İş Hukuku'nun yanı sıra Basın İş Hukuku'nun da bir düzenleme getirip getirmediğinin incelenmesi gerekir. Buna göre konuyla ilgili 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un¹¹³ 4. maddesinde yazılı şekil zorunluluğu öngörülmüştür.¹¹⁴ Söz konusu düzenleme de yazılı şekil şartının hangi unsurlardan oluşması gerektiğini belirtmesi nedeniyle kişilerin özgürlük alanlarını biraz olsun sınırlayarak kanuna tabi kalmalarına yol açmıştır.

İş sözleşmesi yapılırken bu sözleşmenin durum ve koşullara göre herhangi bir şekle bağlı olmayabileceğini ya da yazılı şekle tabi olarak yapılabileceğini belirttik.

Yazılı şekilde yapılmayan sözleşmeler için kanunda bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme de yazılı şekilde yapılmayan sözleşmelerden kaynaklanan ispat sorunlarının ortadan kaldırılmasına yardım edebilecek niteliktedir. Nitekim iş sözleşmeleri; tarafları, niteliği, süresi, içeriği baz alındığında klasik Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklılık arz etmektedir. Bu sebeple, yargıya intikal eden İş Hukuku davalarına da bakıldığında ispat sorunlarının bu davalarda önemli bir durum teşkil ettiği görülecektir. İşte, belki de işçinin korunması ile yazılı sözleşme olmayan hallerdeki ispat sorunlarını biraz olsun aşabilmek düşüncesiyle İK'nın 8. maddesinin 3. fıkrasında "yazılı belge verme yükümlülüğü" açıklanmıştır.

¹¹³ 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 8140 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 20.06.1952.

¹¹⁴ 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 4. Maddesi: " (Değişik: 4/1/1961 – 212/1 md.)
Gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılması mecburidir. Mukavelede aşağıdaki hususların gösterilmesi şarttır:

- a) İşin nev'i,
- b) Ücret miktarı,
- c) Gazetecinin kıdemi,

İş nev'inin ve ücretin değişikliğinde mukaveleye derci mecburidir.

İki yıl gazetede çalışmış olan gazeteci terfi hak kazanır. Terfi mukavelede tesbit edilen yüzde nispetinde yapılır."

Yazılı belge verme yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için kanunun öngördüğü bazı şartlar mevcuttur. Buna göre öncelikle, ortada yazılı sözleşmenin yapılmadığı bir durum söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla yazılı sözleşme yapılan hallerde, kanunun açık düzenlemesi karşısında böyle bir zorunluluk söz konusu olmayacaktır. Yazılı belge, işçi değil, işveren tarafından verilmelidir ve bu belgenin verilebileceği süre de en geç iki ay olacaktır. Bunun dışında -yukarıda dipnotta alıntılandığı üzere- kanunda öngörülen çalışma koşulları ile ilgili ayrıntıların çalışma belgesinde olması gerekir. Ancak yine kanun tarafından belirtildiği üzere eğer belirli iş sözleşmesinin süresi, bir ayı doldurmuyorsa bu durumda bu sözleşme için ‘‘yazılı belge verme yükümü’’ söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında da eğer iş sözleşmesi, iki aylık süre dolmadan sonlanmış ise bu durumda da yazılı belge, en geç olarak sözleşmenin sona erme tarihinde işçiye verilmelidir.

Durum, uygulama açısından incelendiğinde söz konusu belge verme yükümü, büyük ve küçük işletmelerde farklılık arz etmekte ve büyük işletmelerde -ileride doğabilecek hukuki uyuşmazlıklarda, yargıya intikal edebilecek davalarda delil olarak değerlendirilebilmesi düşüncesiyle- sözleşmelerin yazılı olarak yapılmasının yanı sıra, çalışma koşullarına ilişkin ayrıntıların da işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlendiği gözlemlenmektedir fakat boyutu daha küçük çaplarda kalan işletmelerde ise yazılı belge verilmesine ilişkin bu durum gerekli görülmeyerek çalışma koşullarının belirlenmesi konusunda işçilerin istek ve düşünceleri, biraz daha göz ardı edilip bu konuda, işverenlerin tek taraflı talep ve yorumlarına göre işleyiş şekillenmektedir.¹¹⁵ İşte uygulamadaki bu sorunları çözebilmek düşüncesiyle İK'nın öngördüğü söz konusu düzenleme getirilmiştir.

İş sözleşmelerinin yazılı şekle tabi olup olmaması konusunda bu şeklin hukuki niteliği, yani yazılı şeklin ‘‘geçerlilik şartı’’ mı yoksa hukuki uyuşmazlığı kanıtlayan bir ‘‘ispat şartı’’ mı olduğu ve bunun sonucunda da sözleşmenin akıbeti açısından durumun ne olacağı konusunda ilgili öğretide çeşitli görüşler ve yorumlar mevcuttur.¹¹⁶

Yazılı şekil kuralına uyularak yapılması gerektiği kanun tarafından belirtildiği halde bu kanuni şekle uyulmaksızın yapılan belirli süreli sözleşmelerin geçerliliği

¹¹⁵ EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 9. Baskı, 2019, s.108.

¹¹⁶ ŞAHANKAYA, Sarp, ‘‘Belirli Süreli İş Sözleşmeleri’’, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, S. 2016/4, s.186.

konusunda -iş hukukunun en temel ilkelerinden olan işçi lehine yorum ilkesini de gözeterek- bu sözleşmelerin geçersiz sayılmayıp belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁷ Bu görüşün kanunun açık ifadesi karşısında tartışılabilir yanları vardır. Nitekim kanun, bir konuyu açıkça düzenlemiş ise öncelikle o düzenlemeyi dikkate almak gerekir. Kanunun uygulanması ile ilgili olarak 4721 sayılı TMK'nın 1. maddesindeki düzenleme, tüm özel hukuk alanları için geçerlidir.¹¹⁸ Buna göre uygulanacak hukuk normu konusunda bir kanun düzenlemesi varsa ve bu kanun metni, yeterince açık düzenlenmişse öncelikli olarak uygulanmalıdır. Eğer kanun ifadesi, yeterince açık değilse o zaman her hukuk dalının kendine özgü özellikleri çerçevesinde açık olmayan ifadeler hakkında bir yargıya varılır. Bu sebeple de -kanunların açık hükmü karşısında- yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerin yazılı olarak yapılmaması durumunda hukuken geçersiz sayılması gerektiği, değer kazanan bir görüş olmaktadır. Aksi yöndeki görüşler de sırf bu nedenle tartışmaya açıktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerin bu şekilde uygun olarak yapılmaması durumunda gerek TBK'nın gerek de İK'nın açık düzenlemeleri karşısında geçersiz olacağı sonucuna ulaşılır. Buna göre kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmeler, ispat şartı değil, geçerlilik şartına tabi olacaktır. Eğer kanun bu sözleşmeler için ispat şartını öngörseydi bu durumda bunu özellikle belirtme gereği duymazdı. Nitekim kanun, yine kendi söylemiyle bazı sözleşmelerin yazılı şekilde bağlı olmadığı sonucunu çıkarmıştır. İşçi lehine yorum ilkesinin şekil alanında uygulanma olanağı çok yoktur. Nitekim bu ilke; daha çok işçi ve işveren ilişkilerinde, sözleşme şart ve hükümlerinde, sözleşmenin sona ermesi gibi durumlarda işçinin haklarını koruma adına vardır. Şekil ise tamamen ayrı bir konudur, bir kalıptır. Şekle ilişkin getirilen şart, sağlanmış olmalıdır ki ondan sonra iş hukukunun temel ilkeleri ve işçiyi korumaya yönelik yorum yöntemleri devreye girebilsin. Aksi takdirde, kanunların şekle bağladığı sözleşmelerin -keyfi şekilde- şekle uyulmadan yapılması durumu ortaya çıkar ki, bu durum da kanunun sözüne ve özüne duyulan önemi azaltabilir. İspat şartının geçerli olacağı durumlar bellidir. Mesela

¹¹⁷ AYAN, Serkan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, C.54, S.4, s. 455.

¹¹⁸ 4721 sayılı TMK'nın 1. Maddesi: "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."

Borçlar Hukuku alanında düzenlenen kira sözleşmeleri, hiçbir şekle tabi değildir. Taraflar, bu sözleşmeyi sözlü olarak da kurabilir. Oysa taraflar, sırf ispat olsun diye kira sözleşmesini yazılı olarak da yapabilirler. İşte kanun tarafından burada herhangi bir şekil şartı öngörülmemesine rağmen tarafların -ispat aracı olarak görmesi sebebiyle- yazılı şekilde yaptıkları kira sözleşmelerin şeklinin hukuki niteliği, ispat şartı olacaktır. Oysa bu durum, şekle bağlı sözleşmeler için geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla İş Hukuku alanında da durum değişmeyecek ve yazılı şekil şartı öngörülen sözleşmeler için bu şart, ispat şartı değil, geçerlilik şartı olacaktır.

III. TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME YAPMA YASAKLARI

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel kural ve sınırlamalar, ilk bölümde ayrıntılı olarak anlatıldı. Buna göre genel kural, sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olmasıdır.

TBK'daki sözleşme özgürlüğü ilkesi, İş Hukuku alanında da geçerli olmakla birlikte İş Hukuku'nun kendine has özelliklerinden kaynaklanan sınırlamalar da söz konusu olmaktadır.

İşverenler, bazı durumlarda özgürce iş sözleşmesi yapamamakta ve sözleşme yapma yasakları ile karşılaşmaktadır. Bu durumun da yaş küçüklüğü, cinsiyet faktörü, sağlık nedenleri, toplu iş sözleşmesi hükümleri ve yabancılık unsurundan kaynaklı istisnalar olmak üzere çeşitli sebepleri söz konusudur. Kanun ve uygulama; kimi durumlarda biyolojik gerekleri, kimi durumlarda tarafların anlaşmalarını, kimi durumlarda da kamu yararını esas tutarak işverenlerin sözleşme yapma özgürlüklerini sınırlayarak çeşitli yasaklar öngörmüştür. İşte bu başlık altında söz konusu yasaklar incelenecektir.

A. Yaş Küçüklüğünden Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı

Söz konusu yasağın getirilme amacı, kişinin yaşına uymayan işlerde çalışmasının önüne geçmek düşüncesidir. Nitekim insanların fiziksel ve zihinsel gelişimleri, zaman alır ve sırf bu nedenle de küçük yaştakilerin yapabilecekleri işler, fiziki ve zihinsel yeterlilikleriyle sınırlıdır. Fiziksel ve zihinsel yeterlilikleri sınırlı olan

yaşı küçükleri korumak esastır. İşte, İş Hukuku'nda yaş küçüklüğünden kaynaklanan sözleşme yapma yasağının getirilme amacı da budur.

Konuya temel olması açısından Anayasa'nın ilgili maddesini de hatırlatmakta fayda vardır. "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlığını taşıyan Anayasa'nın 50. maddesi, yaş ve cinsiyetten kaynaklı çalışma sorunlarını düzenlemek amacı gütmüştür.¹¹⁹ Söz konusu düzenleme, kişilerin cinsiyetinden veya yaşından kaynaklanan birtakım etmenlerin olumsuz bir duruma yol açmaması amacıyla getirilmiştir. Buna göre bir küçük, yaşının gereklerine ve fiziksel ve ruhsal yeterliliğine uymayan bir işte çalıştırılmamalıdır. Bu sebeple gerek küçükleri gerek de cinsiyetten kaynaklanan birtakım farklılıklar sebebiyle de kadınları korumak amacıyla kanunlara özel hükümler konulmuştur.

Konunun özünden bahsetmeden önce, "çocuk" kavramı üzerinde durmak gerekir. Çocuk kavramının belirlenmesi konusunda da gerek ulusal gerek de uluslararası metinlerde çocuğun fiziksel, biyolojik, zihinsel yeterliliklerinin aksine temel olarak hangi yaşta olduğunun bilinmesi ve belirlenmesi, önem kazanmıştır.¹²⁰ Buna göre de Türk hukukundaki konu ile ilgili düzenlemelere bakmak gerekir. TMK'nın 5. maddesindeki "*Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*" düzenleme sebebiyle bir konu hakkında eğer TMK'da bir hüküm varsa genel kanun olması sebebiyle o hükme bakmakta fayda vardır. Bu sebeple de konuyla ilgili yine TMK'nın 11. maddesi, "*Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.*" düzenlemesini getirmiştir. Bu düzenlemeye göre de 18 yaşını doldurmamayan kişiler, ergin değil, hukuken çocuk statüsündedir. Nitekim 18 yaşından küçüklerin "çocuk" olarak adlandırıldığını yine TMK'nın 28. maddesindeki kişiliğin başlangıcı ile ilgili tanımından çıkartıyoruz.¹²¹ Buna göre canlı ve tam olarak doğan, hukuken kişilik kazanıp "çocuk" olarak adlandırılacak ve hak ehliyetine de sahip olacaktır.

¹¹⁹ 1982 Anayasası'nın 50. Maddesi: "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.*

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.

Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir."

¹²⁰ AYKAÇ, Hande Bahar, "Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2016, S.116, s.338.

¹²¹ 4721 Sayılı TMK'nın 28. Maddesi: "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.

Türk hukukundaki, yaş küçüklüğüne ilişkin ayrıntılı düzenlemelerden bahsetmeden önce, konuyla ilgili olarak Uluslararası alanda ses getirmiş kimi metinlerden de bahsetmek gerekir. Bunlardan biri olan BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHDS), Türkiye’de 27 Ocak 1995 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.¹²² Söz konusu sözleşme, çocukların yaşama koşullarını iyileştirmek temel amaç ve düşüncesiyle çeşitli maddeler altında, ayrıntılı hükümler getirmiştir.

ÇHDS’nin Resmi Gazete’de yayımlanan metninde çeşitli maddeler altında öngördüğü hükümlerin temel amaç ve mantığını özetleyecek olursak şunları sayabiliriz: Ayrım gözetmeme, koruma önlemleri alma, çocuğun yararını üstün tutma, yasal önlemler alma, çocuğun temel haklarına yasadışı müdahalelerde bulunmasının önlenmesi, çocuğun düşünce özgürlüğüne saygı duyma, çocuklar için gerekirse devletten özel koruma ve yardım talep etme, eğitim hakkı, çocukları sömürüye karşı koruma... Görüleceği gibi ÇHDS, birçok konuda çocukları koruyucu, geliştirici ve ülkelerin mevzuatlarını da teşvik edici nitelikte birçok hüküm koymuştur.

Türk İş Hukuku’nda ise yaş küçüklüğüne dayanan çalıştırma yasağı ile ilgili esaslar, İK’nın 71, 72 ve 73. maddelerinde ayrıntılı olarak anlatılmıştır.

Yaş küçüklüğü ile ilgili düzenlemeler hakkında daha ayrıntılı hükümler getirebilmek düşüncesiyle ‘‘Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’’¹²³ çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğin çıkarılma amacının neleri kapsadığı da 2. maddesinde belirtilmiştir.¹²⁴ Söz konusu yönetmelikte çocuk ve genç işçiler ile ilgili diğer tanımlar ile çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasına dair ayrıntılı esas ve düzenlemelere yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi yaş küçüklüğü, çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasına dair esaslarla ilgili konularda mevzuat açısından zenginlik mevcuttur. Bu durum da aslında konunun İş Hukuku açısından önemini anlaşılmasını sağlamıştır.

Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.’’

¹²² Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 22184 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlanma Tarihi: 27.01.1995.

¹²³ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete Sayısı: 25425, Resmî Gazete Tarihi: 06.04.2004.

¹²⁴ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Madde 2:’’ Bu Yönetmelik, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 71 inci maddesi gereğince, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, 14 yaşını bitirmiş ve ilköğretimi tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler ve çalışma koşullarına ilişkin usul ve esasları kapsar.’’

İş Hukuku'nun doğması, gelişimi, konunun Uluslararası alanda yankı uyandırması ve nihayetinde de İş Hukuku'nun amacı göz önüne alındığında yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemelerin neden önemli olduğu anlaşılır. Bunun için de konunun İş Hukuku'nun doğuşu, gelişimi ve amaçları kapsamında değerlendirilmesi de gerekir.

18. yüzyıldaki ortam ve koşullar, dönemin özellikleri, toplumun sosyal ve ekonomik yapısı bir bütün olarak değerlendirildiğinde sanayi devriminin özellikle çocuk ve kadın işçiler üzerinde oluşturduğu ağır iş yükü ve olumsuz çalışma koşullarından dolayı, duruma müdahale etmek ve çalışanların haklarını koruyup hayat standartlarını yükseltmek amacıyla özellikle 19. yüzyıl dolaylarında İş Hukuku'nun hukuk dünyasındaki izleri görülmeye başlamıştır.¹²⁵

İş Hukuku'nun izlerinin görülmesi, doğması, gelişimi ve bugünlere kadar gelmesi, aniden olmamıştır. Tüm bu süreç; siyasal, sosyolojik, ekonomik ve kültürel gelişmelerle birlikte değerlendirilmelidir. Hatta çağımız, öyle bir noktadadır ki, İş Hukuku'nun gelişimi ve seyri, belki de bundan sonra çok daha fazla ve farklı şekilde değişime uğrayacaktır. İşte, tarihsel süreçte geçirilen aşamalar ve İş Hukuku'nun amaçları doğrultusunda yaşı küçüklerin neden korunduğu daha sağlıklı şekilde anlaşılacaktır. Bunun için de İş Hukuku'nun tanımı ve amacının da iyi kavranması gerekir.

İş hukuku, sosyal adaletin ve toplum düzeninin sağlanması ve toplumdaki eşitsizliğin giderilebilmesi amacıyla daha zayıf konumda ve işverene bağlı olan işçinin korunması düşüncesinden doğup bu nedenle de sözleşme özgürlüğünün işveren açısından sınırlandırıldığı ve yine kanundaki yeterince açık olmayan, başka anlamlara da gelebilip özellikle işçilerin mağduriyetine neden olabilecek normların yorumlanmasında işçi lehine yorum ilkesinin benimsendiği bir hukuk dalıdır.¹²⁶

İş hukukun bu tanımı ve amaçları çerçevesinde de işçiler arasında daha zayıf konumda olan ve daha fazla korunması gereken çocuk işçiler için böylesine ayrıntılı hükümler konulması, toplumun bugünkü şartlarında mantıklıdır.

¹²⁵ KORKMAZ, Fahrettin, ALP, Nihat Seyhun, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay. 4. Baskı, 2019, s.27.

¹²⁶ TUNÇER, *İş Hukuku*, s.12.

Görüldüğü gibi mevzuatta, çocuk işçilerle ilgili birçok hüküm mevcuttur. Bu hükümlerin doğru anlaşılıp doğru uygulanması önemlidir. Bu anlamda getirilen kimi düzenlemeler, yeterince açık normlar öngörürken kimi düzenlemeler de anlam kapalılığı taşıyabilmektedir. Fakat bu alanda da işçi lehine yorum ilkesi uygulanmaktadır. Gerek normal işçiler açısından gerek de korunmaya daha çok muhtaç olduğu düşünülen çocuklar açısından herhangi bir şekilde, işçi yararına yorum yöntemine başvurulabilmesi için hukuki boşluk, anlam kapalılığı, ikilemde kalma ve anlaşmazlık gibi hususların ortaya çıkmış olması gerekir.¹²⁷ Yoksa kanunun açık bir şekilde koyduğu normlarda işçi lehine yorum ilkesinin uygulanabilirliği pek mümkün olmayacaktır.

Çocuk işçilerin çalıştırılması ve çalışma yaşı ile ilgili kanunda 14,15 ve 18 yaş rakamları kullanılarak çeşitli öngörülerde bulunulmuştur. Buna göre -en temel olarak bir çocuğun çalışabilmesi için 15 yaşını doldurması gerektiği vurgulanmıştır. Kanun ifadesinde, 15 yaşına girmekten değil de 15 yaşını doldurmaktan bahsettiği için ifadeyi bu şekilde anlamak ve yorumlamak gerekir. Kanun, genel kuralı bu şekilde koymakla birlikte genel kuralın hemen devamında bu durumun bir istisnasına yer vermiştir. Bu da 14 yaşının doldurulması ve doldurulmamasına göre ikili ayrıma tabi tutulmuştur. Öncelikle 14 yaşını tamamlamış çocukların çalışabileceği şartları incelemek gerekir. Kanunda konu ile ilgili olarak “...*On dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler...*” düzenlemesi esas alınmıştır. Devamında da 14 yaşını doldurmamış çocuklarla ilgili olarak “...*Bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler.*” Düzenlemesi konulmuştur. Görüldüğü gibi kanun, özellikle 14 yaşını doldurmamış çocukların çalışabilmesi için sıkı şekil şartları öngörmüştür. Bu durum da aslında İş Hukuku’nda “yazılı şekil” zorunluluğunun özel olarak düzenlendiği özel maddelerden biridir. Ayrıca kanunda çocuk ve gençlerin çalışmasında işe yetenek ve yatkınlıklarının da önemli olduğu belirtilip işin çocuğun okula devamını ve derslerini takibini engellememesi gerektiği de belirtilmiştir.

¹²⁷ ÖREN, Kenan, *Bireysel ve Toplu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 4. Basım, 2019, s.6.

Çocuk işçilerin çalışma saatleri ile ilgili olarak da koruyucu önlemler öngörülmüştür. Bununla ilgili olarak da kanunun yine 71. maddesinin bu defa dördüncü fıkrası “...Zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırabilir.” düzenlemesini getirmiştir. Konuyla ilgili olarak bir sonraki fıkrada kanun ek olarak “...Okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri yukarıda dördüncü fıkrada öngörülen süreleri aşamaz.” düzenlenmesi de eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, çocukların haddinden fazla çalıştırılarak yıpratılmasını önleme amacı gütmesi sebebiyle koruyucudur.

Çocuk işçilerin çalıştırma yasağı ile ilgili İK'nın 72. maddesinde net bir hüküm mevcuttur.¹²⁸ Buna göre maddede çocukların hangi işlerde çalışamayacağı açık bir şekilde sayılmıştır. Kanunun çocukların çalışması anlamında açıkça yasakladığı işler şunlardır: Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer altında veya su altındaki işler. Bu sayımda görüleceği gibi kanun “maden ocağı, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı” işlerini açıkça saymıştır ama bu sayım, sınırlı sayıda değildir. Nitekim devamında “gibi” ifadesini tercih eden kanun; maden ocağı, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı faaliyetlerini andıran diğer işlerde de çocukların çalışamayacağını belirtmiştir. Nitekim kanun kapsam olarak, yer altı ve su altı sektörüne girebilecek her türlü işte çocukların çalışmasını yasaklamıştır. Sayılan işlerin tehlike arz eden işler olması sebebiyle burada 14, 15 yaş ayrımı hiç yapılmamış, doğrudan 18 yaş ayrımı esas alınmıştır. Kısacası, 18 yaşını doldurmayıp hukuken “çocuk” kapsamında sayılabilecek işçiler, yer altında veya su altında çalıştırılmaz.

Yaşı küçükler için getirilmiş diğer bir çalışma yasağı ise İK'nın 73. maddesindeki “gece çalıştırma yasağı” ile ilgili düzenlemedir.¹²⁹ Söz konusu

¹²⁸ 4857 Sayılı İK'nın 72. Maddesi: “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.”

¹²⁹ 4857 Sayılı İK'nın 73. Maddesi: “Sanayie ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır.”

düzenlemedeki gece çalışma yasağı, sanayiye ait işleri kapsamaktadır. Buna göre on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler, nitelik itibariyle sanayiye ait işlerde gece çalıştırılmayacaktır. Burada hukuki sorun olarak karşımıza kanunun neden ‘‘çocuk’’ ve ‘‘genç işçi’’ ayrımını benimsediği çıkacaktır. Aslında TMK anlamında erginlik açısından bu ayrımın-istisnalar dışında- bir önemi yoktur. Mademki hem çocuk hem de genç işçi, 18 yaşını doldurmamıştır, o zaman hukuken ikisi de ‘‘ergin olmayan’’ kapsamında olacaktır. Yani İK’nın belirttiği ‘‘çocuk’’ da ‘‘genç işçi’’ de Medeni Hukuk bakış açısıyla ‘‘çocuk’’ statüsüne sahip olacaktır. Ancak İK’da 14,15 ve 18 yaş ayrımına göre ayrıntılı düzenlemeler getirildiği için böylesine bir tanımlamaya gidildiği görülecektir.

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te çocuk ve genç işçi kavramları tanımlanmıştır. Bu yönetmeliğe göre çocuk işçi, ‘‘14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi’’ şeklinde tanımlanırken; genç işçi de ‘‘15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi’’ şeklinde tanımlanmıştır. Ergin olmayanların fiziki ve zihinsel gelişimleri, her yıl için değişiklik gösterebileceğinden İK’da çalışma şart ve yasakları ile ilgili bu aralıktaki yaşlarda, böylesine bir ayırım yapılması, isabetli olmuştur. Nitekim 13 yaşındaki bir kişinin gelişmişlik düzeyi ile 17 yaşındaki bir kişinin gelişmişlik düzeyi bir olmayacaktır.

Gerek iç hukukta gerek de Uluslararası hukukta, küçüklerin çalışma hayatı ile ilgili koruyu önlem ve tedbirlerle ilgili birçok hüküm mevcut olmakla birlikte bu önlem, sınırlama ve yasaklara uymayan işverenler için de çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür.¹³⁰

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından olan yaş küçüklüğü ile ilgili düzenlemelere uymayan işverenler hakkında İK’nın 104. maddesinde idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Söz konusu yaptırımların yeterince caydırıcı olup olmadığı günümüz Türkiye’sinin genel ekonomik koşulları ile işverenlerin ekonomik durum ve yeterlilikleri karşısında tartışılabilir.

On sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.’’

¹³⁰ URHANOĞLU CENGİZ, İstar, ‘‘4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2012, S.98, s.217.

İş Hukuku'nun koruyucu temel hükümlerini göz ardı edip gerekli özveriyi göstermeyen işverenlerin eylemleri, İK'da öngörülen idari para cezası yaptırımının yanı sıra, TCK kapsamında bir suçun oluşumuna da sebebiyet verebilir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, çocuk işçilerin çalışma yasağı ile ilgili olayın geçtiği bir kararında 15 yaşını bitirmemiş bir çocuk işçiyi çalıştıran ve bu çalışma esnasında parmağı kopan işçinin yaralanması olayında işverenin bilinçli taksirle hareket ettiği sonucuna varmıştır.¹³¹ Söz konusu Yargıtay kararının bir parçası incelendiğinde çocuk işçilerin çalıştırılması esasına uymayan işverenler için gerek hukuki gerek cezai sorumlulukların doğabileceği görülmektedir. Bu sebeple işveren, çalıştıracığı küçüğün yaşına dikkat edeceği gibi onu çalıştırdığı iş kolunun da yasak kapsamında kalıp kalmadığına dikkat etmelidir.

B. Cinsiyetten Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı

Cinsiyetten kaynaklanan sözleşme yapma yasağı, sözleşme özgürlüğünün sınırlanması sonucu oluşmuştur. Daha açık bir ifadeyle cinsiyet, belli durumlarda işverenlerin sözleşme özgürlüğünü sınırlayabilmektedir. Bunun sebebi de bazı işlerin daha ağır koşulları gerektirmesi nedeniyle biyolojik olarak buna yatkın kişiler tarafından yapılması gerekir. Nitekim biyolojik olarak bu işlere yetersizliği olanlar, bu işleri yaptıkları takdirde birtakım sağlık problemleri yaşayabilirler. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin söz konusu düzenleme bu sebeple, Anayasa'daki eşitlik ilkesiyle de ilintilidir.¹³² Nitekim bazı koşullar, kişileri eşit kılmayabilir. İşte bu durumlarda bazı

¹³¹ "...Torna tesfiye atölyesinde çocuk işçi katılanın çalıştığı esnada, büyük sanayi matkabına sol elini kapırdığı ve sol el üçüncü parmağının koparak nitelikli şekilde yaralanması ile sonuçlanan olayda; suç tarihinde Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği yürürlükte olmayıp İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliğine göre olayın meydana geldiği torna tesviye atölyesine ilişkin işyerinin tehlikeli sınıfta yer aldığı, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılması Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelikte genç işçilerin çalıştırılacağı iş kolları belirtilmiş olup, bu işler arasında torna tesviye işlerinin bulunmadığı, bu mevzuat hükümleri kapsamında, henüz 15 yaşını bitirmemiş çocuk işçi sınıfında olan katılanın yasak olmasına rağmen işvereni olan sanık tarafından tehlikeli işler kapsamında yer alan bir işte çalışmasına göz yuman ve yeterli denetim ve kontrol mekanizması oluşturmayan sanık ...'in eyleminde bilinçli taksirin koşullarının olduğu ve tayin olunan cezasında TCK'nın 22/3 maddesi uyarınca artırılması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı olup, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. Maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. Maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 30.05.2019 Tarih, 2017/4918 Esas, 2019/6954 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 28.11.2019)

¹³² 1982 Anayasa'sının 10. Maddesi: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

kanuni düzenlemeler, kişilerin eşitsizliğini ortadan kaldırmak noktasında düzenleyici hükümler getirebilmektedir. Nitekim konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da bu durum vurgulanmıştır.¹³³

Anayasa'nın 50. maddesindeki düzenlemeden bir önceki başlıkta bahsedildi. Söz konusu madde -özet olarak- kişilerin yaşına ve cinsiyetine uygun işlerde çalışmasını öngörüyordu. İşte, kadınlar hakkında İş Hukuku alanında getirilen koruyucu düzenlemeler, temel anayasa maddelerinden güç almaktadır. Nitekim Anayasa, normlar hiyerarşisinde, diğer normların üstünde yer almakla onlara yol göstermek noktasında önemli bir yere sahiptir.

İş Hukuku'nda işverenlerin çeşitli borç ve yükümlülükleri mevcuttur. Her borcun bir açıklaması, bir kanuni dayanağı ya da dayandığı başka bir ilke vardır.

Hemen her hukuk alanında geçerli olup uygulama alanı bulabilen bir ilke olan eşitlik ilkesinin İş Hukuku'na yansımaları sonucu "işverenin işçilere eşit davranma borcu" oluşur.¹³⁴ Nitekim konunun öneminden dolayı söz konusu borç, Yargıtay tarafından da titizlikle tanımlanmıştır.¹³⁵ Söz konusu borç, işçiler arasında cinsiyet, dil,

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1) Bu maksatla alınacak tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. "

¹³³ "...Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutularsa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez..." Anayasa Mahkemesi, Karar Günü: 04.12.2018, 2018/8 Esas, 2018/85 Karar, (kararlaryeni.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.11.2019)

¹³⁴ KAPLAN, Tuncay Senyen, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2017, Özel Sayı, s.236.

¹³⁵ "...Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

"Eşitlik ilkesi" en temel anlamda T.C. Anayasasının 10 uncu ve 55 inci maddelerinde ifade edilmiş, 10 uncu maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55 inci maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

din, ırk vb. durumlardan kaynaklanarak bir ayırım yapılmamasını öngörür. Ancak bu düzenleme, sadece işverenin takdirine bırakılırsa uygulamadaki sorunlara tam bir çözüm getirilmiş olmaz. Nitekim, işveren ancak mevcut kanunlar karşısında işçilere eşit davranabilecektir. Bunun için de kanunların kişiler arasında eşitsiz uygulamalara yol açacak şekilde düzenlenmemiş olması gerekir. Çünkü, daha önce de anlatıldığı üzere, birtakım farklılıklar, kanunun kişilere uygulanması noktasında kişilerin mağduriyetine ve eşitsizliğe yol açabilir. İşte, özellikle fiziksel ve cinsiyete dayalı özellikler göz önüne alınarak işverenlerin sözleşme özgürlüğü alanı sınırlanıp cinsiyetten kaynaklanan sözleşme yapma yasakları gündeme gelmiştir.

Türk İş Hukuku'nda "Cinsiyetten Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasası" ile kadınları korumaya ilişkin mevzuatta birçok hüküm mevcuttur. Öncelikle söz konusu başlıktaki "cinsiyet" kavramının sadece kadınlar için getirildiğini düşünmemek gerekir. Özellikle, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasası konusu gündeme geldiğinde konuya hem erkek işçiler hem de kadın işçiler açısından yaklaşılmalıdır.

İşçinin çalıştığı iş kapsamında ekonomik açıdan işverene bağlı olması nedeni ile işçi ve işveren arasındaki ekonomik ve hukuksal ilişkilerin düzenlenerek gerekli dengeyi kurabilmek düşüncesinden doğan İş Hukuku, kendine özgü bir hukuk dalıdır.¹³⁶ Bu nedenle, cinsiyete ilişkin getirilen korumalar ile sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasının bu çerçevede yorumlanması gerekir.

Konuya zemin hazırlaması açısından İK'daki eşitlik ile ilgili düzenlemeye de dikkat çekmek gerekir.¹³⁷ Söz konusu düzenleme, Anayasa'daki eşitlik maddesinden

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır. İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2016 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC Sayılı Direktifinin "Analık(Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15 inci maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.05.2019 Tarih, 2016/1423 Esas, 2019/11167 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.11.2019)

¹³⁶ SUR, Melda, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 8. Bası, 2019, s.1.

¹³⁷ 4857 Sayılı İK'nın 5. Maddesi:" (Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

esinlenerek oluşturulmuştur. Düzenlemenin özellikle 3. fıkrası, konumuz açısından önem arz etmektedir.

Cinsiyete dayalı sözleşme yasaklarıyla ilgili getirilen en temel düzenlemeler, İK'nın 72 ve 73. maddelerinde yer almaktadır. 72. madde, "yer ve su altında çalıştırma yasağı" başlığını taşıırken 73. madde de "gece çalıştırma yasağı" ile ilgilidir. İlk bakışta görüleceği üzere söz konusu yasaklar, yaşı küçükler için de öngörülmüş ve önceki başlığımızda anlatılmıştı. Gerek yaşı küçüklerin fizyolojik ve ruhsal gelişimleri ile özellikleri gerek de cinsiyete dayalı işlerde özellikle kadınların biyolojik özellikleri sonucu, bu grupları -kadınlar ve çocuklar- koruma düşüncesi, kanunu bu şekilde düzenleme yapmaya itmiştir.

Yer ve su altında çalıştırma yasağıyla ilgili İK'nın 72. maddesi, "*Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırması yasaktır.*" düzenlemesini getirmiştir. Buna göre yer altında veya su altındaki işlerde, kadın işçiler – yaş ayrımı gözetilmeksizin- çalışamayacaktır. Oysa aynı durum, erkek işçiler için on sekiz yaşın doldurulup doldurulmamasına göre bir ayrıma tabi tutulmuştur. İşte kanun, söz konusu düzenleme ile cinsiyetten kaynaklanan sözleşme yapma yasağının tipik örneğini getirmiştir.

Söz konusu düzenleme -kadının fizyolojik özellikleri ve toplumda üstlendiği rolü de göz önüne alınarak- özellikle üreme sağlığının korunması amacıyla getirilmiştir.¹³⁸ İş sağlığı ve güvenliği ile bu konudaki önlemler göz önünde bulundurulduğunda söz konusu düzenleme, bugünün şartları için isabetli sayılır. Ne var ki, yer ve su altında çalışıp ekonomik özgürlüğünü devam ettirmek isteyen kadınlar

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. "

¹³⁸ YEMİŞKEN, Elçin, *Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yay. 1. Baskı, 2019, s.137.

için engel oluşturması sebebiyle söz konusu yasağın tartışılabilir yanları da elbette vardır. Bu sebeple, bu konudaki bilimsel çalışmalara ağırlık verilip yer altı ile su altında çalışmanın kadın sağlığını ve dolayısıyla da üreme sağlığını ne derece etkilediğinin tespit edilmesi gerekir. İşte o zaman, bilimsel veriler ışığında daha sağlıklı yorumlar yapıp daha makul çözümlere ulaşılabilir.

İşçinin -çalışacağı işin özellikleri de göz önünde bulundurulduğunda- fiziki yeterlilik ve ruhsal durum itibariyle o işe uygun olup olmadığı ve çalışacağı işle ilgili işçiye yeterli düzeyde iş eğitimi ile gerekli talimatların verilip verilmediği de iş sağlığı ve güvenliği kapsamında mutlaka kontrol edilip göz önünde bulundurulması gereken hususlardır.¹³⁹

Yapılacak detaylı bilimsel ve tıbbi çalışmalar sonucunda yer altı ve su altında çalışmanın kadın sağlığına olumsuz bir etkisi yoksa ya da teknolojik gelişmeler sonucu, bu olumsuz etkiler ortadan kaldırılabilir düzeyde ise söz konusu yasağın konuluş amacı, anlamsız hale gelebilir. Bu sebeple, bu konudaki çalışmalar tam olarak tamamlandıktan sonra daha sağlıklı yorum yapılabilir.

Teknolojinin gelişimi ile yer ve su altındaki işlerde çalışmanın kolaylığı sağlanıp bu konudaki gerekli güvenlik önlemleri arttırılırsa belki de gelecekteki mevzuatta bu konudaki çalışma yasağının yumuşatıldığına hatta kaldırıldığına dahi şahit olunabilir.

Sözleşme özgürlüğünün cinsiyete dayalı sınırlanması hallerinden bir diğeri olan ‘‘gece çalıştırma yasağı’’ temel olarak İK’nın 73. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde içeriği, dipnot olarak bir önceki başlıkta -yaş küçüklüğünden kaynaklanan sözleşme yapma yasağı- verilmiştir. Bu maddeye göre, 18 yaşını doldurmayanlar, sanayiye ait gece işlerinde çalıştırılmaz. Bu durum, kadın – erkek fark etmeksizin tüm herkesi kapsayan bir düzenlemedir. Yani kişi, 18 yaşını doldurmuşsa -cinsiyeti fark etmeksizin- İK’nın 73. maddesine göre sanayiye ait gece işlerinde çalıştırılmaz. Ancak 18 yaşını doldurmuş erkek işçiler, bu kanun düzenlemesi karşısında sanayiye ait gece işlerinde hiçbir tereddüt olmaksızın çalışabilecektir.

¹³⁹ GÜLTEKİN, Ömer, *İş Sağlığı ve Güvenliğine Giriş*, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 1. Basım, 2018, s.4.

18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalışmasına ilişkin esaslar, İK'nın 73. maddesine göre bir yönetmelik ile belirtilir. Söz konusu yönetmeliğin¹⁴⁰ Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacağı belirtilmiştir. Söz konusu yönetmelik, 18 yaşını doldurmuş kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Yönetmeliğin 4. maddesi, tanımları belirlemesi açısından önemlidir.¹⁴¹ Tanımda ve yönetmeliğin temel dayanağı olan İK maddesinde de görüleceği gibi gece postalarında çalışabilecek kadınların on sekiz yaşını doldurmuş olması gerekir. Buradaki "gece postası" kavramı da gece çalışma sürelerini kapsayıp yedi buçuk saati geçmeyen çalışma zamanını ifade etmektedir.

Tanımda da görüldüğü gibi yönetmelik, kadınların gece postalarında çalışma süresini yedi buçuk saatle sınırlamıştır. Buna göre, yedi buçuk saati aşan çalışma süresi öngören sözleşmeler, bu yönetmeliğe aykırı olacaktır. Fakat yine yönetmelik hükümleri gereği, yedi buçuk saatlik yasağın istisnası öngörülmüştür. Buna göre "*...Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü iş yerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.*" şeklinde düzenleme, yedi buçuk saatin hangi durumlarda aşılabileceğini göstermiştir. Yedi buçuk saatlik çalışma limitinin belli durumlarda aşılabilmesi için kadın çalışanın yazılı onayının alınması, iş sağlığı ve güvenliği anlamında yerinde bir şekil şartıdır.

Kadın çalışanların gece postalarında çalışabilmesi için sağlık gözetiminden geçmesi gerekir. Bu durum da İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku ile ilgili öngörülen bir tedbirdir. Nitekim sanayi devriminin çalışanlar üzerinde yarattığı olumsuz koşullar, işçileri koruyucu anlamda düzenlemeler yapılması gerekliliğini doğurmakla özellikle çocuk ve kadın çalışanların gece postaları ile bazı ağır işlerde çalıştırılmasının yasaklanması ve bu konuda bir denetim sisteminin kurulmasının ön görülmesi- her ne

¹⁴⁰ Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik, 28717 Sayılı Resmî Gazete, Resmî Gazete Tarihi: 24.07.2013.

¹⁴¹ Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'in 4.maddesi: "

(1) Bu Yönetmelikte Geçen;

a. Gece postası: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 69 uncu maddesinde belirtilen gece çalışma sürelerini kapsayan ve yedi buçuk saati geçmeyen çalışma zamanını,
b. Kadın çalışan: On sekiz yaşını doldurmuş kadın çalışanı,
İfade eder."

kadar aktif bir denetim mekanizması kurulamamış olsa da- İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku'nun en azından temellerinin atılmasında ve öneminin anlaşılmasına başlamasında etkili olmuştur.¹⁴² İşte, geçmişten günümüze kadar gelen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbir ve düzenlemeler, günümüzde bu alanda daha etkin bir koruma mekanizmasının oluşmasını sağlamıştır.

Kadın çalışanların gebelik ve analık durumunda çalışması ile ilgili olarak da Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesinde ayrıntılı düzenlemeye gidilmiştir.

Yine kadın çalışanların "analık halinde çalışma ve süt izni" başlığı altındaki durumları da İK 74'te ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Kadın işçiler lehine söz konusu hükümlerin getirilme amacı; kadın işçilerin hem doğurganlığının korunması hem de doğum öncesi, sırası ve sonrasında birtakım tedbirlerin alınıp işçinin rahat etmesi, dinlenmesi gibi imkanların sağlanarak işten çıkarılmasının da önüne geçilmesidir.¹⁴³ Elbette, bu hükümlere uyulması noktasında işverenlere de büyük görevler düşmektedir. Nitekim işverenin görev ve yükümlülüklerinden biri de işçiyi, işten kaynaklanan her türlü tehlikeye karşı korumak noktasında her türlü güvenlik ve koruyucu tedbiri almak, hatta işçi seçiminde de dikkatli davranarak işçileri; mesleğin gerekleri, nitelikleri ve zorlukları konusunda uyarmaktır.¹⁴⁴

İK'nın 74. maddesindeki düzenlemelerin içeriği hakkında bilgi verilecek olursa: Kadın işçilerin doğum dolayısıyla çalıştırılmaması gereken süre, sekizer hafta şeklinde belirlenmiştir. Yani kadın işçiler gerek doğumdan önce gerek de doğumdan sonra sekizer hafta çalıştırılmayacaktır. Bu süre de toplam, 16 hafta olur. Fakat gebelik, normal bir gebelik değil de çoğul gebelik ise bu durumda da doğumdan önceki çalıştırılmayacak olan sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenecektir.

Kanundaki süreler, açık bir şekilde düzenlendiği için doğum izni biten kadının normal şartlarda işine devam etmesi beklenir. Aksi takdirde -durum ve koşullara göre- kadın işçi, devamsızlık yapmış olabilir. Nitekim konu ile ilgili bir Yargıtay kararında da özetle, doğum izni süresi bitmesine rağmen işe gitmeyen kadın işçinin iş akdinin

¹⁴² EYRENCİ, TAŞKENT vd. *Bireysel İş Hukuku*, s.362.

¹⁴³ YEMİŞKEN, *Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*, s.138.

¹⁴⁴ SENYEN-KAPLAN, *Bireysel İş Hukuku*, s.448.

haklı nedenle feshedildiği ve bu sebeple de işçinin kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹⁴⁵

Kadın işçinin sağlık durumu iyiyse ve kadın işçi de istiyorsa -doktorun da onayı ile- doğumdan önceki üç haftaya kadar işçi, iş yerinde çalışabilir. Ancak bu durumda işçinin çalıştığı süreler, doğum sonrası sürelerine eklenecektir.

Doğum ve analık izni ile ilgili vurgulanması gereken diğer bir durum da erken doğum durumudur. Nitekim bu duruma da İK, dikkat çekmiştir. Buna göre kadın, normal doğum değil de olması gerekenden daha kısa bir süre önce doğum yaparsa bu durumda, doğumdan önce kullanmadığı çalıştırılmayacağı süreler, doğum sonrası sürelerine eklenerek kullanılacaktır.

Eğer anne, doğum anında ya da doğumdan sonra, hayatını kaybederse bu durumda doğum sonrası kullanılmayan süreler, babaya kullanılır.

Kanun, doğum sonrası için de kadın işçileri koruma amacı gütmüş ve ücretsiz izin verilmesine ilişkin esasları da belirtmiştir.¹⁴⁶ Söz konusu fıkra da çocuğun bakımı ve büyümesine katkı sağlamak amacıyla getirilmiştir. Bu sebeple, aile sağlığının korunması ile nesillerin yetişmesine destek olması açısından isabetli bir hükümdür.

¹⁴⁵ “...Dosya içeriğinden, davacının 08.01.2013 tarihinde doğum iznine ayrıldığı ve 29.04.2013 tarihinde doğum izninin bittiği anlaşılmaktadır. Davacı taraf her ne kadar 30.04.2013 tarihinde doğum izni bittikten sonra işine döndüğünde iş akdinin feshedildiğinin şifaen bildirildiğini ve bunun üzerine 09.05.2013 tarihli ihtarname ile haksız sebeplerle istifaya zorlandığını, kendi isteği ile işyerinden ayrılmadığını, işten çıkartıldığını belirterek kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesini istediğini beyan etmiş ise de, davalı tarafça 30.04.2013 tarihinden itibaren davacının işe devam etmediğine dair devamsızlık tutanakları tutulmuş olup davalı tanıkları da davacının doğum izninden sonra çalışmadığına dair beyanda bulunmuşlardır. Davalı tarafından 10.05.2013 tarihinde noterden gönderilen ve davacı tarafa 15.05.2013 tarihinde tebliğ edilen ihtarnamede de, doğum izninin 30.04.2013 tarihinde bitmiş olmasına rağmen, geçen on gün boyunca iş başı yapmadığı, işten çıkartmanın söz konusu olmadığı belirtilerek işe başlaması ihtaren bildirilmiştir. Davacı tarafından noterden gönderilen ihtarnamenin tarihi doğum izninin bittiği tarihten dokuz gün sonra olup davacı bu süre içinde davalı işyerinde çalıştığını ispatlayamamıştır. Diğer taraftan davacı istifa etmeye zorlandığına dair iddiasının ispatına yönelik bir delil de ibraz etmemiştir. Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında davacının iş akdinin davalı tarafça haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde kabulü yönünde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 03.04.2019 Tarih, 2016/8683 Esas, 2019/7526 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 01.12.2019)

¹⁴⁶ 4857 Sayılı İK 74/2: “(Ek fıkra: 29/1/2016-6663/22 md.) Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hali izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri halinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum halinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması halinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.”

Fıkıradaki görüleceği gibi doğumun ilk doğum, ikinci doğum ya da daha sonraki sayıda doğum olmasına göre verilecek iznin süresi değişmektedir. Nitekim doğum sayısı arttıka verilecek iznin süresi de artmaktadır. Bunun dışında çoğul gebelik hali için de ek süreler ngrlmştir. Nitekim oğul gebelik halinin daha zor geçmesi düşüncesiyle bu şekilde ek süre öngörülmesi de isabetli bir düzenlemedir. Son olarak da çocuğun engelli doğması hali için verilecek süre, 360 gün olarak belirlenmiştir. Bu durum da engelli olarak doğan çocuğun daha çok ilgi, bakım ve eğitime ihtiyaç duyabilmesi düşüncesiyle getirilen yerinde bir düzenlemedir. Kanun, grldği gibi durum ve koşullara göre sürede artırıma gitmiştir.

İK 74, yukarıdaki düzenlemelerin yanı sıra, hamilelik sürecindeki kontroller için de işçilere kolaylık tanıyacak bir hüküm koymuştur. Buna göre periyodik kontroller için hamilelik boyunca kadın işçiye ücretli izin verileceği ngrlmştir.

Yine İK 74'n devam eden fıkrasındaki " ...*Hekim raporu ile gerekli grldği takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz...* " düzenleme de yine kadın işçiler için büyük avantaj sağlamaktadır. Nitekim hamile kadının daha hafif işlerde çalışabileceğinin öngörülmesi, o dönem için en azından işinden geri kalmaması sonucunu doğurur. Üstelik sırf bu nedenle, yani daha hafif bir işte çalıştı diye de -kanun hükmü gereği- işçinin ücretinde bir indirim de yapılmayacaktır. Ancak bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için hekim raporu ile durumun gerekli görülmesi ve uygun bulunması şarttır.

İK'da kadın işçinin belirli şartlarda ücretsiz izin alabileceği belirtilmiştir. Bunun için de öncelikle kadın işçinin istek ve rızası olmalıdır. İzin; normal gebelikte on altı haftalık sürenin tamamlanmasından sonra; çoğul gebelikte ise on sekiz haftalık sreden sonra, altı aya kadar ücretsiz izin verilecektir. Üstelik doğumu dolayısıyla kadın işçiler lehine getirilmiş olan bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında da dikkate alınmayacaktır.

Uygulamada "süt izni" olarak geçen ve kanunda da düzenlenen, kadın işçiler için getirilmiş önemli bir konu daha vardır. Yargıtay önce, süt izni verilmemesi halinin

idari para cezası yaptırımına tabi olduğunu ve bunun için ücret istenemeyeceğini belirtmiştir.¹⁴⁷

Fakat Yargıtay daha sonra, süt izni alacağı karşılığı -şartlar oluşmuşsa- ücret istenebileceğine hükmetmiştir.¹⁴⁸ Görüldüğü gibi Yargıtay, içtihadında bir değişikliğe gitmiştir. Nitekim söz konusu içtihat, kadın işçilerin daha fazla korunması gereken bir hale bürünmüştür.

Kadın işçilerle ilgili mevzuattaki hükümlerle Yargıtay uygulamaları dikkate alınarak bir yorum yapılacak olursa, söz konusu hüküm ve içtihatların kadın işçileri koruma amacı güttüğü görülecektir. Nitekim kadın işçilerle erkek işçilerin fizyolojik özellikleri ile çalışma kapasiteleri ve toplumda üstlendiği roller, aynı değildir. Bu durum sonucunda da özellikle Anayasa'daki eşitlik maddesi de gözetilerek cinsiyetten kaynaklanabilecek eşitsizliklerin önüne geçebilmek düşüncesiyle düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin geneline bakıldığında kadın işçilerin korunması düşüncesinin gelişmesi, yerindedir. Ancak her ne kadar kadın işçilerin daha çok korunması düşüncesiyle de olsa bu durum, çalışma özgürlüğüne engel olabilecek bir boyuta da ulaşmamalıdır. Çünkü ekonominin ve çalışma hayatının zorlu yapısı göz

¹⁴⁷ “...Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde bir buçuk saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 74. Maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da anılan Kanun'un 104. Maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kanuni düzenleme veya sözleşme yoktur. Hal böyle olunca mahkemece bu gerekçe ile süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalıdır...” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 06.05.2015 Tarih, 2014/4635 Esas, 2015/16494 Karar (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.12.2019)

¹⁴⁸ “...4857 Sayılı Yasanın 74. Maddesine göre kadın işçilere 1 yaşından küçük çocuklarını emzirebilmeleri için günde 1,5 saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır. İşçi süt iznini toplamak suretiyle toplu kullanma talebinde bulunamaz. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, idari para cezası olarak anılan yasanın 104. Maddesinde öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki ceza yaptırımına bağlanan bir davranışın hukuki bir yaptırımı da olmalıdır.

Süt izni yasadan kaynaklanan bir mazeret iznidir ve yasal haktır. Kural olarak da ücrete tabidir. Ancak ertelenmeme özelliği vardır ve sonradan kullanılamaz. Bu nedenle de doğduğu an kullanılması işçi tarafından talep edilmesi gerekir. Her ne kadar süt izni karşılığı ücret öngörülmemiş ise de işçiye verilmemesi halinde bağlanan cezai yaptırım gibi hukuki bir yaptırım da bağlanmalıdır.

İşçi süt izni olan günlük 1,5. Saatlik zamanda çalışmış ise bunun karşılığı mesai yaptığından, fazla mesai olarak değerlendirilmeli ve fazla mesainin karşılığı ücret hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta davacı doğum sonrası süt izni kullandırılmadığını iddia etmiş, davalı ise toptan beş gün süt izni kullanıldığını savunmuştur. Öncelikle davacının doğum yaptığı tarihten, doğan çocuğun bir yaşına geldiği tarihe kadar davacının kullandığı doğum ve diğer izinli olduğu günler dışında kullanması gereken günlük 1,5 saatten toplam verilmesi gereken süt izni belirlenmeli, verilen mahsup edilmeli, kalan kısmın kullanılması gereken tarihteki ücret üzerinden fazla mesai ücreti olarak hesaplanıp, süt izni alacağı karşılığı hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile bu alacağın reddi hatalıdır...” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.04.2017 Tarih, 2017/4543 Esas, 2017/7375 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.12.2019)

önüne alındığında iş bulamayan kadınlar, belki de işsiz kalmaktansa yer ve su altında çalışabilmeyi tercih edebilir ve bu konudaki haklarını aramak isteyebilirlerdi. Nitekim, daha önce de kısaca bahsettiğimiz gibi, yer altında ve su altında çalışma noktasında kadın işçiler için sözleşme yapma yasağı getirilmiştir. Günümüz koşullarında bu yasak, yerindedir. Çünkü günümüz teknolojisi ve mevcut bilimsel bilgi birikimi ışığında yer altı ve su altında çalışmak, cinsiyetten kaynaklanan farklılıklar göz önüne alındığında kadın işçilerin sağlığına zarar verebilir. Ancak bu demek değildir ki bu durum, erkek işçilerin sağlığına zarar vermemektedir. Elbette ki, doğa ve çalışma koşulları göz önüne alındığında, özellikle yer altındaki çalışmalar nedeniyle hayatını kaybeden çok sayıda erkek işçi de mevcuttur. Bu duruma ilişkin işi ve işçi sağlığını güvenceye alıcı önlemlerin artırılması gerekirken birlikte konuya özellikle kadın işçiler açısından bakıldığında -eğer çalışma koşulları yeterince iyileştirilebilirse- mevzuattaki gelecek zamandaki hükümlerin kadınların yer ve su altında çalışabilmeleri sonucunu doğurabilecek şekilde düzenlenmeye başladığını görebiliriz. Ancak bunun için de -üstüne basarak söylediğimiz gibi- gerek bilimsel gelişmelerin gerek de teknolojik gelişmelerin hız kazanması ve işçi sağlığına ilişkin önlemlerin artırılmış olması gerekir. İşte o zaman, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün tamamen sağlandığı ve işçi sağlığının da tam olarak korunduğu bir düzen tesis edilmiş olacaktır.

C. Sağlık Durumundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı

Sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağı, sağlık probleminin iş hayatında risk faktörü oluşturmaması düşüncesiyle getirilmiştir. Aslında ‘yaş küçüklüğünden kaynaklanan sözleşme yapma yasağı’ ile ‘cinsiyetten kaynaklanan sözleşme yapma yasağı’ düzenlemelerinin temel amacı incelendiğinde bu yasakların da temelde çocuk ya da kadın sağlığını korumak amacı güttükleri görülecektir. Yani bu iki başlık altında sağlık verilerine ilişkin bilgilere yer verilmişken ‘Neden sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağı ayrı bir başlık altında inceleniyor?’ sorusu gündeme gelebilir. Bu durum da aslında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu¹⁴⁹ (İSGK) ile ilgilidir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu, sağlığa ilişkin birçok düzenlemeyi içermekle temelde İş Hukuku’nun geneli hakkında (işçi ve işveren borçları, iş sözleşmesi, işçi alacakları vb.) düzenlemeler içermektedir. Oysa 6331 Sayılı

¹⁴⁹ 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 28339 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 20.06.2012.

İSGK ise adından da anlaşılacağı üzere temelde, işçi sağlığı ile iş yeri koşulları üzerine düzenlemeler içeren bir kanundur.

Sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağı hakkında ayrıntılı bilgi vermeden önce, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku ile işçi sağlığına ilişkin düzenlemelerin gelişimi hakkında kısaca bilgi vermek gerekir.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gelişmelerin temelinde insanlığa zarar veren birtakım olayların tespit edilip bu olaylara karşı önlemler almak ve gerekli koruma tedbirlerini uygulamak düşüncesi vardır.¹⁵⁰ Nitekim, özellikle sanayi devriminin ortaya çıkardığı olumsuz çalışma koşullarına karşı işçilerin korunması düşüncesi, İş Hukuku'na ilişkin temel ilkelerin gelişimiyle birlikte işçinin sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerin de öneminin anlaşılmasına sebep olmuştur.¹⁵¹ Elbette ki daha sonraki süreçte yaşanan çeşitli toplumsal olay ve olgular, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku'na ilişkin gelişmelerin hızlanmasına yol açmıştır. Bunlardan biri de İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında gelişen toplumsal olaylardır. Nitekim İkinci Dünya Savaşı, büyük çaplı yıkımlar doğurmuştur. Bu yıkımlar, sadece insan sağlığına değil; doğaya, atmosfere, hayvanlara ve daha sayamayacağımız birçok şeye zarar vermiştir. İşte bu durumun önüne geçmek, dünyanın çektiği bu acıların yeniden yaşanmamasını sağlamak amacı ve düşüncesiyle çeşitli Uluslararası Örgütler, faaliyette bulunmuştur. Bu örgütler de çeşitli çalışmalar yapmıştır.

İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında Uluslararası alanda yapılan çalışmalar, iş sağlığı ve güvenliği alanında önemli gelişmelere sebep olmuş ve bu durum, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku'na kaynak olabilecek nitelikte sonuçlar doğurmuştur.¹⁵²

Sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağının Anayasa'da da çeşitli dayanakları mevcuttur. Öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" sayılan "*Cumhuriyetin nitelikleri*" gereği devlet, toplumun huzuru için adalet anlayışı çerçevesinde insan haklarına saygı duymalı ve sosyal devlet anlayışı gereği olarak da vatandaşların

¹⁵⁰ GÜLTEKİN, *İş Sağlığı ve Güvenliğine Giriş*, s.15.

¹⁵¹ SÜMER, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Konya, Mimoza Yay. 20. Baskı, 2015, s.157.

¹⁵²EYRENCİ, TAŞKENT vd. *Bireysel İş Hukuku*, s.363.

güvenliği ve refahı için gerekli önlemleri almalıdır. Bunun dışında, Anayasa madde 5'te sayılan "devletin temel amaç ve görevleri" gereği devlet, yine aynı saiklerle gerekli düzenlemeleri yapmak ve önlemleri almakla yükümlüdür. Ayrıca, Anayasa madde 49'daki "çalışma hakkı ve ödevi", madde 50'deki "çalışma şartları ve dinlenme hakkı" ve madde 56'daki "sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" düzenlemesi ile daha birçok Anayasa hükmü, sağlığın ve çevrenin korunması amacını güden çeşitli hükümler içermektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku'na temel oluşturması açısından 6331 sayılı kanunun konu hakkındaki düzenlemelerini incelemek gerekir. Nitekim 6331 sayılı İSGK'nın temel amacı, birinci maddede açıklanmıştır. Buna göre kanun, "...İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir." şeklindeki ifadesi ile amacını vurgulamıştır.

Sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağının İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku'ndaki en temel dayanaklarından biri, 6331 Sayılı İSGK'nın 15. maddesidir.¹⁵³ Söz konusu düzenleme incelendiğinde bu düzenlemenin sadece yasak koymadığı, aynı zamanda, işçi sağlığının korunması açısından da bir tedbir öngördüğü görülmektedir. İşveren, işin niteliğinden ve şartlardan kaynaklı durumları ön görerek işçileri sağlık denetimine tabi tutar.

¹⁵³ 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15. Maddesi:" (1) İşveren;
a) Çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar.
b) Aşağıdaki hallerde çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır:
1) İşe girişlerinde.
2) İş değişikliğinde.
3) İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra iş dönüşlerinde talep etmeleri halinde.
4) İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla.
(2) Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz.
(3) (Değişik birinci cümle: 10/9/2014-6552/17 md.) Bu Kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları işyeri hekiminden alınır. 50'den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilir. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir.
(4) Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işverence karşılanır, çalışana yansıtılamaz.
(5) Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur."

İşveren, belli durumlarda ise işçilerin sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Buna göre kanunda, konu ile ilgili dört temel durum öngörülmüştür. Kanuna göre işveren; işe giriş, iş değişikliği; iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşma halinin ardından işe tekrar dönüşleri durumunda işçilerin talep etmeleri halinde ve çalışanın, işin niteliği ile iş yerinin girdiği tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla ve işin devamı süresince işçilerin sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Nitekim işçilerin işyerinde bir zarara uğramaması ve işini güvenle yapabilmesi noktasında işçi sağlığına ve güvenliğine ilişkin her türlü önlemi almak, işverenin ‘‘işçiyi gözetme borcu’’ kapsamında mutlaka olması ve değerlendirilmesi gereken bir husustur.¹⁵⁴ Nitekim işverenin ‘‘işçiyi gözetme borcu’’ ve borcun kapsamı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında da özenle vurgulanmıştır.¹⁵⁵

Bununla birlikte -yine Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere- işverenin işçilerin sağlığını korumak ve iş konusunda gerekli güvenlik önlemlerini almak yükümlülüğü, sadece mevzuatta yazılanlarla sınırlı değildir. Nitekim işveren, teknolojik ve bilimsel gelişmelerin gerektirdiği önlemleri de almakla yükümlüdür. İşveren, bu konudaki gerekli önlemleri almadığında kendisinin teknolojik bilgi eksikliğini ve tecrübesizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu durum da Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin verdiği bir kararında vurgulanmıştır.¹⁵⁶

¹⁵⁴ KORKMAZ, ALP, *Bireysel İş Hukuku*, s.306.

¹⁵⁵ ‘‘...İşveren de işçinin kişiliğine saygı göstermek, işçiyi korumak, işyeri tehlikelerinden zarar görmemesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işçinin özlük hakları ve diğer maddi çıkarılarının gerektirdiği uygun bildirimlerde ve davranışlarda bulunmak, işçinin çıkarına aykırı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. İşveren gözetme borcu gereği çalıştırdığı işçileri iş yerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşam, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için iş yerinde teknik ve tıbbi önlemler dahil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır...’’ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.03.2019 Tarih, 2015/2925 Esas, 2019/277 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.12.2019)

¹⁵⁶ ‘‘...İşveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, teknolojinin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer.

Bu önlemler konusunda işveren iş yerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumunun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir...’’ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 13.06.2019 Tarih, 2019/123 Esas, 2019/4328 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.12.2019)

Gerek öğretideki görüşler gerek de Yargıtay kararlarında yapılan vurgular göz önüne alındığında işçiyi gözetme borcunu ve bu borç kapsamına giren sağlık ve güvenliği sağlama yükümlülüğünü, işverenin en temel borç ve yükümlülüklerinden biri olarak sayabiliriz. Çünkü sağlık ve güvenlik önlemi alınmadığında işçinin korunması ilkesi gerçekleşmemiş olacaktır. Yine bunun yanı sıra, olası bir iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu, işçinin sağlığı ciddi zarar görürse ya da belki de işçi hayatını kaybederse bu durumda, aslında işverenin diğer borçlarının çok da bir anlamı kalmayacaktır.

İSGK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasındaki ‘...Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz.’ düzenlemesi de sözleşme özgürlüğü noktasında işverenler açısından bir sınırlama getirmektedir. Elbette ki, sınırlamanın mantık ve amacı aynıdır: İşçinin sağlığını korumak. Ancak İSGK'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında ‘tehtlikeli ve çok tehlikeli sınıf’ kelimelerinin ne anlama geldiği yani hangi tür işlerin tehlikeli ve çok tehlikeli sınıf kapsamına girdiği açıklanmamıştır. Ancak durum, yine İSGK'nın ‘tehtlike sınıfının belirlenmesi’ başlıklı 9. maddesinde açıklanmıştır.¹⁵⁷ Buna göre işyeri tehtlike sınıflarının bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edileceği belirtilmiştir. Bununla ilgili olarak da İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği¹⁵⁸ yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu tebliğin birinci maddesi ‘20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 9 uncu maddesi uyarınca işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından yer aldığı tehtlike sınıfları Ek-1’de yer alan İşyeri Tehlike Sınıfları Listesinde belirtilmiştir.’ düzenlemesini içermektedir. Buna göre söz konusu listede işyerleri ‘Tehlikeli, Az Tehlikeli, Çok Tehlikeli’ şeklinde sınıflara ayrılmıştır. Söz konusu tebliğde, tehtlike sınıflarına yapılan itirazların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca değerlendirileceği belirtilmiştir.

Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alacak bir işte çalıştırmak üzere bir işçi arayan işveren, yukarıda anlatılanlar çerçevesinde işçiye, yapacağı işe uygun olduğunu

¹⁵⁷ 6331 Sayılı İSGK'nın 9. Maddesi:” (1) İşyeri tehtlike sınıfları; 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 83’üncü maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi de dikkate alınarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürünün Başkanlığında ilgili taraflarca oluşturulan komisyonun görüşleri doğrultusunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edilir.

(2) İşyeri tehtlike sınıflarının tespitinde, o işyerinde yapılan asıl iş dikkate alınır.”

¹⁵⁸ İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği, 28509 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 26.12.2012.

belirten sağlık raporu alacaktır. Kanun ifadesinde de grldği gibi bu rapor olmadan işçi, işe başlatılamaz. Yine kanuna göre bu rapor, iş yeri hekiminden alınmalıdır. Ancak 50'den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli iş yerleri için bu raporun kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabileceği belirtilmiştir. Raporlara itiraz yolu da açılmıştır. Buna göre rapora itiraz, Sağlık Bakanlığınca belirlenen hakem hastanelere yapılabilecektir. İtiraz zerine verilen karar da kesindir.

İşçilerin iş yeri güvenliğini sağlamak ve sağlığını korumak noktasında gerekli tedbirleri almak, işverenlerin asli borçlarından biri olduğu için bu kapsamda işveren tarafından yapılan harcamalara yine işverenin kendisi katlanacaktır. Bu sebeple, söz konusu maliyetlerden dolayđ işçi sorumlu tutulamaz. Yani bu maliyetler, işçilere yansıtılmayacak ya da işçilerin ücretinden dşlmeyecektir. Bu durum da işçiyi koruyan bir düzenlemedir.

İSGK'nın 15. maddesinde konuyla ilgili son olarak sağlık bilgilerinin gizliliği hususu vurgulanmıştır. Buna göre de *"...Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur."* düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme, çalışanların sağlık verileri ile kişisel veri niteliğinde sayılabilecek bilgilerinin korunması açısından yerinde bir düzenlemedir.

İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği anlamındaki yükümlülükleri, şu ana kadar anlatılanlarla sınırlı değildir. Nitekim İSGK'nın çeşitli maddelerinde işverenler için birçok yükümlülük daha getirilmiştir. Bunlardan madde 16'daki *"alışanların bilgilendirilmesi"*, madde 17'deki *"alışanların eğitimi"* ve madde 18'deki *"alışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması"* düzenlemeleri önemlidir.

Nitekim alışanların bilgilendirildiği, gerekli şekilde eğitildiği ve yine gerekli noktalarda görüşlerinin alınıp katılımlarının sağlandığı durumlarda iş yerinin güvenliği daha sağlıklı şekilde sağlanabilecektir. Ancak bu durumun sağlanması için çalışanların da İSGK madde 19'da belirtilen ykmllklere, titizlikle uyması gerekir.

İSGK'nın 26. maddesi, *"idari para cezaları ve uygulanması"* başlığını taşımaktadır. Söz konusu madde, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku alanındaki düzenlemelere uyulması noktasında bir caydırıcılık oluşturabilmesi düşüncesiyle oluşturulmuştur. Nitekim maddenin f fıkrasında kanunun *"15 inci maddesinin birinci*

ve ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, sağlık gözetimine tabi tutulmayan veya sağlık raporu alınmayan her çalışan için bin Türk lirası'' denilerek yükümlülüklere uymayan işverenler aleyhine idari para cezası getirileceği öngörülmüştür.

Türk İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamalardan biri, sözleşme yapma yasaklarıydı. Bunlardan bu başlık altında incelenen "sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağı" aslında yaş ve cinsiyete dayalı sözleşme yapma yasağına benzemektedir. Nitekim gerek yaş küçüklüğü durumu gerek de cinsiyet durumu, sağlığın korunması temel amacını güttüğü için sözleşme özgürlüğü alanında birtakım yasaklar öngörmüştür. İşte, yaş küçüklüğü ile cinsiyete dayalı sözleşme yapma yasağına benzemekle ondan belli noktalarla ayrılan ve temel olarak da 6331 sayılı İSGK baz alınarak anlatılan sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağı, işçileri koruma amacı gütmesinin yanı sıra iş yeri güvenliğini sağlaması açısından da yerinde düzenlemeler içermektedir. Nitekim İSGK 15'te öngörülen düzenleme, işçilerin sağlığının korunması açısından önem arz eder. Eğer söz konusu düzenleme olmasaydı belki de sağlığı açısından son derece uygunsuz bir işte çalışan işçi, sırf bu sebeple hayatını kaybedebilecekti. Söz konusu yasağın yasaktan öte bir tedbire dönüşüp sağlıklı iş koşulları oluşturabilmesi için bu duruma sadece işverenlerin uyması yetmemektedir. İşçiler de bu anlamda kendilerine düşen yükümlülükleri titizlikle yerine getirmelidir. Yine, iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlere yeterince uyulup uyulmadığının denetlenmesi de daha planlı ve programlı bir sistem dahilinde uygulanabilir. Ancak bu durumun çalışma özgürlüğüne engel olacak şekilde bir aşırılık içermemesi gerekir. Elbette, çalışma özgürlüğü kapsamında işçi ve işverenlerin kendi irade ve düşünceleri önemlidir. Ancak kanunların müdahalesi de yine kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu huzurunun sağlanması noktasında önem taşımaktadır. Bu sebeple -yukarıda da vurgulandığı gibi- öğretilerde "sözleşme yapma yasağı" şeklinde geçen konunun isminin aynı olmakla birlikte içeriğinin "iş sözleşmelerinde sağlık durumundan kaynaklı olarak alınması gereken tedbirler" şeklinde algılanması yerinde olacaktır.

D. Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı

Toplu iş ilişkilerine temel oluşturması ve kendine özgü kurallar öngörmesi açısından iş hukukunun özel kaynaklarından biri olan ‘‘toplu iş sözleşmeleri’’ ile yalnızca İş Hukuku alanında karşılaşılmaktadır.¹⁵⁹

İş sözleşmelerinde işçi ve işveren arasındaki iş, ücret ve çalışma koşullarına ilişkin ayrıntılar düzenlenmekle birlikte iş sözleşmelerinden farklılık arz eden toplu iş sözleşmelerine ise iş sözleşmesinde öngörülen asgari şartlara ek olarak işçi lehine birtakım hükümler konulabildiği için bu sözleşmeler-işçinin korunması ilkesinin amaçları göz önünde bulundurulduğunda- İş Hukuku için önemli bir kaynaktır.¹⁶⁰

Toplu iş sözleşmelerine temel oluşturması açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹⁶¹ (STİK), önemlidir. STİK, birinci maddesinde amacını¹⁶² açıklamıştır. Buna göre STİK, sendika ve konfederasyonlara ilişkin usul ve esasları düzenlemesinin yanı sıra işçi ve işverenlerin toplu iş sözleşmesi yapma haklarına ilişkin ayrıntılı hükümler de getirmiştir.

İşçi ve işverenler, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve çalışma şartlarına ilişkin ayrıntıları belirleyebilmek amacıyla toplu iş sözleşmeleri yapabilmektedir. Toplu iş sözleşmeleri, STİK’te düzenlenmekle birlikte STİK’in toplu iş sözleşmelerine ilişkin bu hükümleri de temel olarak Anayasa’nın 53. maddesine dayanmaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinin dayanağı ve amacı, genel hatlarıyla belirtildi. Söz konusu açıklamalardan yola çıkarak toplu iş sözleşmelerinin genel tanımına ulaşmak mümkündür. Nitekim STİK, 2. maddesindeki ‘‘Tanımlar’’ başlığı altındaki düzenlemesinde toplu iş sözleşmesi kavramına da açıklık getirmiştir. Buna göre toplu iş sözleşmesi, ‘‘İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları

¹⁵⁹ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.57.

¹⁶⁰ SENYEN-KAPLAN, *Bireysel İş Hukuku*, s.16.

¹⁶¹ 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, 28460 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 07.11.2012.

¹⁶² 6356 sayılı STİK’in 1.maddesi:’’ *Bu Kanununun amacı, işçi ve işveren sendikaları ile konfederasyonların kuruluşu, yönetimi, işleyişi, denetlenmesi, çalışma ve örgütlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözümlenmelerine, grev ve lokavta başvurmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*’’

düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi...’’ ifade etmektedir.

Diğer bir anlatımla, işçi ve işveren sendikaları ya da sendika üyesi olmayan işverenler arasındaki bir sözleşmenin; kurulması, şartları, içeriği ve sona ermesine ilişkin hak ve yükümlülükleri düzenleyen toplu iş sözleşmeleri -genel olarak- ‘normatif hükümler’’ ile ‘borç ilişkisine dair hükümler’’ şeklindeki içeriklerden oluşmaktadır.¹⁶³

İşçi ile işveren arasında kurulup iş ilişkisinin temel unsurlarını içeren iş sözleşmesi ile işçi sendikası ile işveren sendikası ya da yine işçi sendikası ile sendika üyesi olmayan işveren arasında kurulan toplu iş sözleşmesi, temel olarak bazı açılardan birbirleriyle örtüşmekte ve aksi belirtilmedikçe de iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler taşımamaktadır.¹⁶⁴ Durum, bu olmakla birlikte aslında içerikleri ve hizmet ettikleri amaçlar incelendiğinde iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesi, birbirinden birçok açıdan da ayrılmaktadır. Nitekim iş sözleşmesi, iş ilişkisini oluşturan temel sözleşmedir. Bununla işçi ve işveren arasındaki iş, ücret ve bağımlılık unsurları kapsamında ilişkiler düzenlenir. Yani iş ilişkisi, iş sözleşmesi ile yürür ve yargıya intikal eden bir uyumsuzluk olduğunda -temel olarak- iş sözleşmesinin unsur ve özellikleri dikkate alınır. Buna göre bu iş sözleşmesinin belirli – belirsiz, tam – kısmi, zincirleme ya da daha başka türlerde olup olmasına göre ilişki, şekillenmektedir. Yine çalışma koşulları, çalışma süresi ve ücretin belirlenmesine ilişkin hususlar, iş sözleşmesinde yer alır. Oysa toplu iş sözleşmeleri, toplu iş ilişkileri ile ilgili bir sözleşmedir ve sözleşmenin taraflarını işçi sendikası ile işveren sendikası ya da yine işçi sendikası ile sendika üyesi olmayan işveren oluşturabilir. Ayrıca toplu iş sözleşmesi -tabii olduğu kanun, tanımı, tarafları ve özellikleri göz önüne alındığında- işçi ve işveren arasındaki bireysel ilişkiyi doğrudan düzenlememekte, iş sözleşmesinin yerine geçmemekte ve taraflar arasında bir hizmet ilişkisi kurmamaktadır.¹⁶⁵

Toplu iş sözleşmeleri hakkında genel açıklamalar yapıldıktan sonra bu sözleşmelerden doğan sözleşme yapma yasaklarının neyle ilgili olduğu konusu gündeme gelecektir. Toplu iş sözleşmeleri, kanuna göre yazılı olarak yapılır. Yazılı sözleşme yapılmasında ‘sözleşme özgürlüğü’’ esas olmakla birlikte bu durumun yine

¹⁶³ SUR, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, s.249.

¹⁶⁴ ÖREN, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.200.

¹⁶⁵ SUR, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, s.250.

birtakım istisnaları mevcuttur. İlk bölümde ayrıntılı olarak anlatıldığı gibi sözleşmeler, kanunda öngörülen sınırlara uygun olmak zorundadır. Buna göre “...*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*” genel kuralı gereği taraflar, genel sınırlama sebeplerine uymakla yükümlü olacaktır.

İşçi sendikaları ile işveren sendikaları ya da yine işçi sendikaları ile sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan toplu iş sözleşmelerine taraflar, kanundaki genel sınırlara aykırı olmamak üzere, birtakım durum ve koşullar için iş sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin yasaklar koyabilirler.¹⁶⁶ Taraflar, bu anlamda çeşitli yasaklar koyabilmekle birlikte “askerliğini yapmamış olanların” çalıştırılmaması ile ilgili konulan yasaklar, bu konuya bir örnek olarak gösterilebilir.¹⁶⁷

Gerek Borçlar Hukuku’nun gerek de Türk İş Hukuku’nun -temel olarak- sözleşme özgürlüğünü benimsemesi, sözleşme özgürlüğü alanında getirilen yasak ve istisnaların geniş yorumlanmasına pek imkân vermemektedir. Bu sebeple özellikle toplu iş sözleşmeleri konusunda getirilen yasaklar, tarafların çalışma özgürlüğüne tamamen engel olabilecek nitelikte olmamalıdır. Söz konusu yasaklar, cinsiyet başta olmak üzere, işin niteliği ile bağdaşmayacak derecede ayrımcılık içermemelidir. Ancak toplu iş sözleşmesine konulan yasak, cinsiyet faktörü yüzünden işçilerin sağlığının bozulmasının önüne geçilmesini amaçlıyorsa bu durumda bu yasağın konulabilme ihtimali gündeme gelir. Aksi durumda koyulan yasak, keyfiyet sonucu konulduğu izlenimi uyandırabilecektir.

E. Yabancılık Unsurundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yasağı

İçinde buldukları ülke ile aralarında bir tabiiyet bağı olmayan kişiler, o ülke açısından “yabancı” olarak adlandırılmakla birlikte bu yabancıların o ülkeye hangi şartlar altında giriş yapabileceği ve o ülkede hangi hak ve borçlara sahip olabileceği, yabancılar hukukunun konusunu oluşturmaktadır.¹⁶⁸

¹⁶⁶ SENYEN-KAPLAN, *Bireysel İş Hukuku*, s.144.

¹⁶⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.310.

¹⁶⁸ DOĞAN, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, 2014, s.24.

Yabancılar, bugünkü haklarına aniden ulaşmamışlardır. Vatandaş – yabancı ayrımı, çeşitli toplumlarda ve çeşitli şekillerde uzun süre devam etmiştir. Ancak sanayi devrimi, Rönesans ve Reform hareketleri, daha sonraları da süregelen dünya savaşları ve daha sayamayacağımız birçok ekonomik, siyasi ve sosyal gelişme; yabancıların haklarının öneminin tekrar tekrar sorgulanmasına yol açmıştır. Nitekim kişiler, çeşitli düşünce ve amaçlarla başka ülkelere gitmektedir. Bu durumun çeşitli nedenleri vardır. Özellikle turizm, iş imkanları, savaş ve yerleşme başta olmak üzere çeşitli sebeplerle başka ülkelerin topraklarına gidilmektedir. Bu sebeple, bu hususlar göz önüne alındığında yabancıların sahip olduğu hakların önemi daha çok artmıştır.

Günümüzde yabancılik ilişkisi ile ilgili gelişmeler, artan hızla devam etmektedir. Bu noktada önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Buna göre milletlerarası hukukun da yoğun çabaları sonucu, yabancı-vatandaş ayrımının yabancılar aleyhine olan olumsuz sonuçları büyük ölçüde kaldırılmış ve yabancılar da -şahısları ve malları başta olmak üzere- çeşitli hakların sağlandığı bir sistem öngörülmüştür.¹⁶⁹

İşyerlerinde -yaş küçüklüğü, cinsiyet ve sağlık durumundan kaynaklanan sözleşme yapma yasaklarına uymak kaydıyla- uygun şartları taşıyan her Türk vatandaşı çalışabilir. Ancak yabancılar için aynı durum, geçerli değildir. Yabancıların Türkiye’de çalışması, belli şartlar altında olmaktadır. İşte, İş Hukuku’nda işverenlerin sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan biri de yabancıların çalıştırılmasıyla ilgili durumdur.

Türkiye’nin jeopolitik konumu, yabancıların çalışmasına ilişkin düzenlemelerin önemini arttırmıştır. Özellikle Türkiye’nin coğrafi konum olarak dünyada stratejik bir noktada olması, turizm potansiyeli açısından zengin olması, siyasi olarak da Orta Doğu’daki gelişmelerden doğrudan etkilenebilmesi, Türkiye’nin ekonomik ve ticari potansiyel olarak büyük çeşitliliğe sahip olması gibi sebeplerden dolayı yabancılar, Türkiye’ye çeşitli düşüncelerle gelmektedir. Özellikle Suriye’nin içinde bulunduğu karışık durum nedeniyle son yıllarda ülkemize bu ülkeden giren yabancı sayısının artması, yabancıların Türkiye’de çalışmasına ilişkin esasların önemini arttırmıştır. Nitekim yabancılar, özellikle sınır bölgelerine yakın olan Hatay, Gaziantep, Şanlıurfa gibi illerde oransal olarak önemli sayıya ulaştıkları için bu kişilerin hangi usul ve

¹⁶⁹ÇELİKEL, Aysel, ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 21. Bası, 2015, s.37.

esaslarda çalışacağı ya da çalıştırılacağı tespit edilmesi, uygulamada karşılaşılabilecek sorunların çözülmesi açısından önemlidir. Bu sebeple de yabancıların çalışmasına ilişkin esaslar ve işverenin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar incelenecektir.

Yabancıların çalışmalarına ilişkin esasların düzenlenmesi amacıyla 6735 Sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu¹⁷⁰ (UİK) çıkarılmıştır. Söz konusu kanunun amacı, birinci maddesindeki *“Bu Kanunun amacı, uluslararası işgücüne ilişkin politikaların belirlenmesi, uygulanması, izlenmesi ile yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerine dair iş ve işlemlerde izlenecek usul ve esasları, yetki ve sorumlulukları ve uluslararası işgücü alanındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemektir.”* düzenlemesi ile belirtilmiştir.

UİK’da ‘yabancı’ kavramı, *“Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi”* ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Yabancıların Türkiye’de çalışmaları ile ilgili olarak UİK’nın 6. maddesinde *“çalışma izninde yetki ve yükümlülük”*¹⁷¹ başlığı altında esaslar düzenlenmiştir. Buna göre çalışma izni, bakanlıkça verilecektir. Söz konusu bakanlık da yine UİK’nın 3.maddesindeki tanımlara göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olacaktır. Dolayısıyla -genel kural olarak- yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında çalışma izni almaları gerekir. Buna göre yabancıların söz konusu çalışma iznini almadan Türkiye’de çalışmaları yasak olacaktır. Ancak kanunda *“...Diğer kanunlarda ya da Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar...”* hakkında istisna getirilmiştir. Buna göre bu kapsamda sayılan kişiler, 6735 sayılı UİK’ya göre çalışma izni almadan çalışabileceklerdir.

Çalışma izni başvurusu, UİK’da sayılan şartları taşımazsa reddedilecektir.

¹⁷⁰ 6735 Sayılı Uluslararası İş Gücü Kanunu, 29800 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 13.08.2016.

¹⁷¹ 6735 Sayılı UİK’nın 6.maddesi:” (1) Çalışma izni, 4’üncü maddeye göre belirlenen uluslararası işgücü politikası esas alınarak Bakanlıkça verilir.

(2) Bu Kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır.

(3) Diğer kanunlarda ya da Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler.

(4) 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olanların çalışma hakkı saklıdır.”

Çalışma izni türleri, UİK'nın 10.maddesinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Buna göre çalışma izni, ilk başlarda en çok bir yıl geçerli olmak üzere verilir. Daha sonra eğer uzatma başvurusu, olumlu değerlendirilir ise ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, daha sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir. Ancak bu durum, aynı işverene bağlı olarak yapılan çalışmalar için geçerlidir.

Eğer yabancının Türkiye'de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni varsa bu durumda bu yabancı, süresiz çalışma izni için başvuru yapabilecektir. Nitekim süresiz çalışma iznine sahip olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklardan yararlanabilecektir.

Çalışma izninin yanı sıra, yabancılara "turkuaz kart" verilmesi ile ilgili esaslar UİK'in 11.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre turkuaz kart ancak kanunda nitelikleri sayılan belirli özelliklere sahip yabancılara verilmektedir. Buna göre yabancı; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ile kanunda sayılan diğer nedenlerle ülke ekonomisine olumlu etkisinden dolayı bu kartı almaya hak kazanmaktadır. Ancak bunun için kanundaki prosedürler çerçevesinde başvurusunun uygun görünmesi gerekir. Turkuaz Kart, yabancıya süresiz çalışma izninin sağladığı hakları verir.

Turkuaz Kart ile ilgili hususların uygulanmasını sağlamak için Turkuaz Kart Yönetmeliği¹⁷² çıkarılmıştır. Yönetmeliğin birinci maddesinde "Bu Yönetmeliğin amacı; Turkuaz Kart'a ilişkin başvuru, değerlendirme ve geçiş süresine, Turkuaz Kart sahibine ve yakınına sağlanan haklara ve bu hakların kullanımına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir." ifadeleri ile yönetmeliğin amacı açıklanmıştır.

Genellikle ekonomik ve sosyal problemlerden dolayı ülkelerini terk ederek başka bir ülkeye, ekonomik refah sağlamak veya daha kaliteli bir sosyal hayat sürmek düşüncesiyle giden yabancılar, göçmen olarak adlandırılır.¹⁷³ Ülkemize göç edenlerin sayısının hızla artması sebebiyle göçmen, yasa dışı göçmen vb. kelimeler, son zamanlarda sıkça kullanılmakta ancak bu kelimelerin hepsi temelde Türkiye'ye vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kimseyi yani "yabancıyı" anlatmaktadır.¹⁷⁴

¹⁷² Turkuaz Kart Yönetmeliği, 30007 Sayılı Resmî Gazete, Resmî Gazete Tarihi: 14.03.2017.

¹⁷³ ZİYA, Olcay, "Mülteci-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2012, S.99, s. 232.

¹⁷⁴ ERGİN, Berkiye Gizem, "Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri Hakkında Kanuni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2018, S.135, s.121.

Nitekim göçmenler de yabancı statüsüne girdiği için bu kanunda yazılı tüm hususlar, onlar için de geçerlidir. Örneğin göçmenler de -nitelikleri uygunsa- Turkuaz Kart alabilir ve gerekli faaliyetlerde bulunabilir. Ancak bunun için göçmenlerin en azından yasal yollarla ülkeye giriş yapması ve ülkeye katkı sağlayacak faaliyetlerde bulunması beklenebilir. Nitekim yasa dışı yollarla ülkeye giriş yapan birine Turkuaz Kart verilmesi, pek görülebilecek bir durum değildir.

Turkuaz Kart Yönetmeliğinde Turkuaz Kart, ‘‘Yabancıya, Türkiye’de süresiz çalışma ve ikamet hakkı veren, yakınına ise ikamet hakkı veren belgeyi’’ şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi kart, yabancıya hem ikamet edebilmesine ortam sağlarken hem de sorunsuz şekilde çalışabilmesini öngörmüştür.

Turkuaz Kart Yönetmeliğinde ayrıca bu karta sahip olan kişinin hak ve yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Burada da kart sahibine birçok hak tanınmıştır.

Turkuaz Kart uygulaması, akademik açıdan eleştirilecek olursa söz konusu düzenlemenin yerinde olduğu görülecektir. Nitekim uygulama -eşitlik ilkesini göz ardı etmeden- bilgi birikimi ve faaliyetleri ile ülkeye normal bir yabancıdan daha fazla katkı yapabilecek kişilere çalışma kolaylığı tanımıştır. Bu durum, çalışan kişinin desteklenmesi açısından önemlidir. Nitekim teknolojinin hızla geliştiği, dijitalleşmenin arttığı bir ortamda bilgiye ulaşmak, yeterli değildir. Günümüzde bu bilginin olumlu araçlarla kullanımı önemlidir. Nitekim bilgi, gerekli şekilde depolanmakla dış dünyada bir etki uyandırmamaktadır. Bilginin birikim, tecrübe ve uygulama ile dış dünyada olumlu bir etki yaratması, değer kazanmasına yol açar. İşte Turkuaz Kart uygulamasında tanımlaması yapılan yabancı, söz konusu özelliklere sahip bir yabancıdır. Böylece bilgiye erişen, bunu mesleki deneyimi ve bilimsel faaliyetleriyle birleştiren ve en sonunda da ülke ekonomisine olumlu etkide bulunabilen yabancı, Turkuaz Kart verilmeye aday bir yabancıdır.

Turkuaz Kart sahibine çalışma faaliyetleri ile doğrudan ilgili olmayan birtakım ayrıcalıklar tanınması eleştirilebilir. Bunun yanı sıra Turkuaz Kart sahibi yabancıya eşiyile bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına verilen ve ikamet izni yerine geçen belge düzenlemesi de eleştirilebilir. Şöyle ki, ülke ekonomisine katkılar sunan yabancıya eşinin de aynı niteliklere sahip olup olmadığı bilinemez. Yabancıya kendisi, ülke ekonomisine çok olumlu katkılar yapabilirken eşi, belki de olumsuz faaliyetleriyle kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu huzuru için tehdit oluşturan bir kimse olabilir.

Bu sebeple, kişilerin nitelik ve faaliyetleri bilinmeden onlara böylesine bir kolaylık tanınması, somut durumun göz ardı edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu yüzden, herkesin kendi faaliyet ve değeri göz önüne alınarak bir hukuki sonuca tabi tutulması yerinde olacaktır.

Çalışma izni ile ilgili bu kanun kapsamında bakanlıkça verilen kararlara, bu kararların ilgiliye tebliğinden itibaren otuz gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına itiraz edilebilecektir. Söz konusu itiraz, bakanlıkça reddedildiği takdirde bu redde karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.

İdari yargı -temel olarak- kişiler ile idare arasındaki ilişkileri inceleyen ve bu ilişkilerin sadece kişiler nezdinde değil, kamu nezdinde de önemli sonuçlar doğurabilmesi nedeniyle resen araştırma ilkesinin titizlikle uygulandığı bir alandır.¹⁷⁵

Nitekim yabancıların çalışması ve buna ilişkin uyuşmazlıklar, kamu için de birtakım sonuçlar doğurabileceği için bu uyuşmazlıklara karşı idari yargıya başvuru yolunun öngörülmesi, sadece hak arama hürriyeti için önemli değildir. Aynı zamanda kamu düzeni ve çalışma hayatının refahı için söz konusu yargı yoluna başvuru olanağı önemlidir.

Düzenlemeyi tarafların iradelerine bırakmayan ve herkes tarafından uyulması zorunlu olan emredici hukuk kurallarıyla İş Hukuku'nda da karşılaşılmaktadır ve bu kurallar, sözü edilen niteliklerinden dolayı işverenlerin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.¹⁷⁶ Ülkemizdeki yabancı ve dolayısıyla da yabancı işçi sayısının hızla artması, sözleşme özgürlüğü alanındaki yabancılara ilişkin getirilen sınırlamalara uyulması zorunluluğunu doğurmuştur. Nitekim her önüne gelen yabancı, şartları sağlamadan çalışmaya kalksa bu durum da ülke ekonomisi açısından öngörülemez sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple de sosyal hukuk devleti ilkesi gereği çalışma alanına ilişkin düzenlemelerin de belirli planlar dahilinde yapılması ve bu anlamda da kanunların emredici hükümlerine titizlikle uyulması gerekir. Nitekim, sözleşme özgürlüğü alanındaki birçok hükmün esneklik payı olabilmekle birlikte yabancılara ilişkin getirilen sınırlamaların -konunun hassasiyeti gereği- özveriyle irdelenmesi gerekir. Üstelik -Uluslararası hukuktan doğan sorumluluk da göz önünde

¹⁷⁵ KAPLAN, Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, 2016, s.10.

¹⁷⁶ KORKMAZ, ALP, *Bireysel İş Hukuku*, s.34.

bulundurulduğunda- bir yabancının çalışma izni olmadan çalışması, tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Mesela işçi, çalışması esnasında hayatını kaybedebilir. Bu durum da belki de ülkeler arasında sorunlara yol açabilecek neticeler yaratabilir.

İşte tüm bu açıklamalar göz önüne alındığında sözleşme özgürlüğünden doğan bu yasağa, işverence uyulmaması gerek işçi açısından gerek de ülke açısından birtakım olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple, tüm bu hususların titizlikle değerlendirilmesi ve uygulanması oldukça önemlidir.

IV.TÜRK İŞ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU DOĞURAN HALLER

Gerek “sözleşme yapma yasağı” gerek de “sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller”, Türk İş Hukuku’nda sözleşme özgürlüğünün sınırlarını ve istisnalarını oluşturmaktadır.

Hukumumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi esas olmakla birlikte bazı sosyal nedenlerle işverenlere belli durumlar için “sözleşme yapma zorunluluğu” getirilmiştir.¹⁷⁷ Nitekim bu durum, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında da sıklıkla vurgulanmaktadır.¹⁷⁸ Normalde işverenin istediği kişi ile sözleşme yapma özgürlüğü söz konusu iken “sözleşme yapma zorunluluğu” olan hallerde işveren, istediği kişi ile sözleşme yapamayacağı gibi bunun yanı sıra, kanunun kendisi ile sözleşme yapılmasını zorunlu tuttuğu kişi ya da kişiler grubu ile sözleşme yapmak zorunda kalacaktır.¹⁷⁹

Sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller, çeşitli başlıklar altında incelenecektir.

¹⁷⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.310.

¹⁷⁸ “...Hukuk sistemimizde sözleşme özgürlüğü geçerli olup buna göre kişiler sözleşme yapma yapmama ve sözleşme yapacağı kişiyi seçme serbestisine sahiptir. Ancak iş hukukunda sosyal nedenlerle bazı durumlarda işverene iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmiş ve bu suretle işverenin sözleşme yapma özgürlüğüne bazı sınırlandırmalar getirilmiştir...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.03.2018 Tarih, 2015/1608 Esas, 2018/448 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 09.12.2019)

¹⁷⁹ SÜMER, *İş Hukuku*, s.53.

A. İş Yerlerinde Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu

Sözleşme özgürlüğünün sınır ve istisnalarından birini oluşturan ‘iş yerlerinde engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu’, kanunun birtakım sosyal düşüncelerle geliştirmiş olduğu düzenlemelerden sadece biridir. Sosyal hayat ve çalışma koşulları, bazı kişiler için birtakım şartları zorlaştırabilmektedir. Nitekim içinde bulunduğu durumlardan dolayı iş bulmakta zorluk çekebilecek kişiler için devletin olumlu müdahalesi gerekebilmektedir. Bu düşüncelerle Anayasa’nın 61. maddesindeki ‘sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler’¹⁸⁰ düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu düzenleme, Anayasa’nın temel ilkeleri ile uyumludur. Nitekim Anayasa’nın başlangıç kısmında geçen ‘...Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...’ ifadeleri de konu hakkında alınan önlemleri desteklemektedir.

İş yerlerinde engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu ile ilgili temel düzenleme, İK’nın 30.maddesinde mevcuttur. Öncelikle, konu ile ilgili 30. maddenin birinci fıkrasını incelemek gerekir.¹⁸¹ Buna göre de işverenlerin engelli ve eski hükümlü işçi çalıştırma zorunluluğunun doğabilmesi için öncelikle o iş yerinde çalışan işçi sayısı, en az 50 olmalıdır. Bu yüzden, çalıştırdığı işçi sayısı, 50’nin altında kalan

¹⁸⁰1982 Anayasa’sının 61.maddesi:” Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar.

Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirler alır.

Yaşlılar, Devletçe korunur, Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.

Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.

Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.”

¹⁸¹ 4857 sayılı İK, madde 30/1: “(Değişik : 15/5/2008-5763/2 md.)

İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmeti yaparken 14/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır...”

işverenler için engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.

Çalıştırdığı işçi sayısı 50 veya daha fazla olan işverenlerin bulunduğu sektörün özel sektör işyeri ya da kamu işyeri olmasına göre farklı iki durum ortaya çıkmaktadır. Buna göre eğer işverenin bulunduğu sektör, özel sektör ise bu durumda işverenin çalıştırmakla yükümlü olduğu engelli işçi oranı, yüzde 3 olacaktır. Bu oran, kamu işyerlerinde ise yüzde 4 olarak belirlenmiştir.

Çalıştırdığı işçi sayısı 50 veya daha fazla olan işverenin özel sektörde, eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Oysa aynı işveren, eğer kamu sektöründe işçi çalıştırıyor olsaydı, bu durumda yüzde iki oranında eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü olacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, özel sektör işverenleri için işçi çalıştırma zorunluluğunun sadece engelli işçiler için söz konusu olacağını ve bu oranın da yüzde üç olduğunu söyleyebiliriz. Kamu sektöründe işçi çalıştıran işverenler ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi çalıştırmak zorundadır. Burada görüldüğü üzere ‘‘kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu’’ söz konusu olmaktadır. Nitekim kanun, işçi çalıştırma noktasında iradeyi işverene bırakmamış, belli oranlarda ve belli niteliklere sahip işçileri çalıştırma zorunluluğu getirmiştir.

Kanunun 30. maddesinin birinci fıkrasında görüldüğü gibi eski hükümlü işçi çalıştırma yükümlülüğü konusunda ‘‘veya...’’ denilerek bir alternatif getirilmiştir. Buna göre kanun, ‘‘...Terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yararlananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler...’’ düzenlemesini getirerek eski hükümlü çalıştırmak istemeyen ya da eski hükümlü çalıştıramayacak durumda olabilecek işverenler için bir alternatif sunmuştur.

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde ‘‘engelli’’ ve ‘‘eski hükümlü’’ çalıştırma zorunluluğundan ve bu zorunluluğun hangi işverenler için hangi sektörlerde, hangi oranlarda geçerli olduğundan bahsedildi. Fakat konunun daha iyi anlaşılabilmesi için konuda geçen ‘‘engelli’’ ve ‘‘eski hükümlü’’ gibi kavramlara açıklık getirmekte fayda vardır.

Engellilerin toplum hayatına sorunsuz bir şekilde katılımının sağlanabilmesi düşüncesiyle 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun¹⁸² (EHK) çıkarılmıştır. Söz konusu kanunun amacı da birinci maddesinde açıklanmıştır.¹⁸³ Engelli kavramı, EHK’da tanımlanmıştır. Buna göre kavramı anlatmak için “...*Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi...*” ifadeleri kullanılmıştır. Buna göre de İK’da geçen engelli kavramının da bu çerçevede anlaşılıp yorumlanması yerinde olacaktır.

Konuyla ilgili gerek kavramlara yer verilmesi gerek de birtakım esasların öngörülmesi sebebiyle önem arz etmesi açısından Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik¹⁸⁴ hükümleri de dikkate alınmalıdır.

Bu yönetmelikte de engelli ve eski hükümlü kavramları açıklanmıştır. Buna göre engelli kavramı bu defa “...*Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri...*” şeklinde açıklanmıştır. Görüldüğü gibi yönetmelik, EHK’dan daha geniş kapsamlı bir tanım getirmiş ve fonksiyon kaybının en az %40 olması durumunda kişinin “engelli” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu tanım, ayrıntılı bir şekilde yapılmıştır. Bu tanım, özellikle İş Hukuku’ndan doğan uygulamadaki problemlerin çözümünde dikkate alınabilecek bir tanımdır.

Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, “eski hükümlü” kavramını da açıklık getirmiştir. Buna göre söz konusu kavram için “...*Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası alan ya da ceza süresine bakılmaksızın Devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giyenlerden cezasını*”

¹⁸² 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun, 25868 Sayılı Resmî Gazete, Yayımlı Tarihi: 07.07.2005.

¹⁸³ 5378 Sayılı EHK’nın 1.maddesi:” (Değişik:6/2/2014-6518/62 md.)

Bu Kanunun amacı; engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasını teşvik ve temin ederek ve doğuştan sahip oldukları onura saygıyı güçlendirerek toplumsal hayata diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması ve engelliliği önleyici tedbirlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktır.”

¹⁸⁴ Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, 27210 Sayılı Resmî Gazete, Resmî Gazete Tarihi: 25.04.2009.

tamamlayanlar, cezası ertelenenler, koşullu salıverilenler, denetimli serbestlikten yararlananlardan eski hükümlü belgesi ile durumlarını belgelendirenleri...’’ ifadeleri kullanılmıştır. Görüldüğü gibi eski hükümlü kavramının geçerli olduğu durumlardan biri, kasten işlenen suçtan dolayı en az bir yıl hapis cezası alanların durumudur. Bu sebeple de taksirli suçları işleyenler, bu kapsama girmeyecektir. Bu ifadelerin anlaşılabilmesi için suçun manevi unsurunu oluşturan kast ve taksir kavramlarına Ceza Hukuku kapsamında açıklık getirmek gerekecektir.

Suçun kasten işlenmiş sayılabilmesi için kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek fiili işlemesi gerekir. Suçun taksirle işlenmesinde ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olmaktadır. Buna göre ceza yargılamasının yapıldığı Asliye Ceza ya da Ağır Ceza Mahkemesi’nin öncelikle suçun kasten mi yoksa taksirle mi işlendiğini bu çerçevede tespit etmesi gerekir. Eğer suç, kasten işlenebilen bir suç ise ve kişinin bu suç karşılığında aldığı en az bir yıllık ceza - devlet memuru olmaya engel suçlarda ceza süresi önem taşımaz- kesinleşmiş mahkeme ilamı ile sabitse kişi, ‘’eski hükümlü’’ sayılacak; eğer suç, taksirle işlenebilen bir suç ise kişi, eski hükümlü sayılmayacaktır. Örneğin ‘’trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma’’ suçunu işleyen kişi, bu kapsama göre ‘’eski hükümlü’’ kavramı çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Çünkü söz konusu suç, kanundaki tanıma göre taksirle işlenebilmektedir.¹⁸⁵ Yine örnek olarak; taksirle yaralama, taksirle öldürme, genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması ve çevrenin taksirle kirletilmesi suçları da taksirle işlenebilen suçlardan olduğu için söz konusu suçları işleyenler, yönetmeliğe göre ‘’eski hükümlü’’ sayılmayacaktır.

Bunun dışında yönetmelik, devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giyenlerin eski hükümlü sayılacağını belirtmiştir. Bu hükmü giyenlerin ceza süresi, önemli değildir. Örneğin dolandırıcılık ya da rüşvet suçunu işlediği kesin hükümle sabit olan kişi -söz konusu suçlar, devlet memuru olmaya engel suçlardan olduğu için- ne kadar ceza alırsa alsın, bu yönetmelik kapsamında ‘’eski hükümlü’’ sayılacaktır.

Her ne kadar birçok suçtan eski hükümlü sayılabilme sonucu doğabilse de Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik’te ‘’... *Eski hükümlü statüsündeki işçi taleplerinde, eski hükümlüler arasında suç tasnifine göre ayırım*

¹⁸⁵ 5237 sayılı TCK’nın 180.maddesi:’’ *Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*’’

yapılamaz.” düzenlemesi mevcuttur. Buna göre kanundaki şartları sağlamak kaydıyla daha ağır bir suçtan eski hükümlü sayılan bir kişi ile daha hafif bir suçtan eski hükümlü sayılan bir kişi arasında ayırım yapılamayacaktır. Bu durumda da eski hükümlüler arasında eşitliğin sağlanması amacı güdülmüştür. Ayrıca düzenlemenin eski hükümlülerin statülerini ayırmaksızın topluma uyumunu kolaylaştırdığı da söylenebilir. Ancak söz konusu hüküm, bazı açılardan eleştirilebilir. Nitekim, çok daha ağır bir suçtan hüküm giyen birisi ile daha hafif bir suçtan hüküm giyen birisinin eşit bir statüye tabi tutulması, tepki yaratabilir. Şöyle ki, bazı suçlar vardır ve toplumda daha çok dikkat çeker, daha çok tepki uyandırır. İşte bu noktada, söz konusu düzenlemenin yerindeliği sorgulanacaktır. Elbette, eski hükümlü de olsa, suç işleyenlerin bir şekilde topluma kazandırılması düşüncesi yerindedir. Fakat bunu öngörürken tüm suçları eşitmiş gibi kabul etmek de özellikle belli suçların mağduru statüsündeki kişilerin ve dolayısıyla da toplumun tepkisine yol açabilir.

Buraya kadar bu başlık altında hangi işverenlerin, hangi sektörlerde, hangi işçileri, hangi oranlarda çalıştırmakla yükümlü olduğu ve özel durumu olan bu işçilerin nasıl tanımlandığı anlatıldı. Şimdi de işçi sayısının tespitinde hangi hususların rol oynadığına bakmak gerekir. Nitekim kanun, bu durumla ilgili “...*Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.*” düzenlemesini getirmiştir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesi ve belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalışanlar, işçi sayısının tespitinde esas alınacaktır. Ek olarak kanundaki “...*Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. İşyerinin işçisi iken engelli hale gelenlere öncelik tanınır.*” düzenlemeleri de konuya eklenmiştir. Özellikle, işyerinin işçisi iken engelli hale gelenlere öncelik tanınması kuralına dikkat etmek gerekir. Görüldüğü gibi kanun, işçi sayısının belirlenmesinde ve oranların hesaplanmasında nelere dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak hangi işçilerin kapsama girmediğini de tespit etmek gerekecektir. Buna göre yer altı ve su altında icra edilen işlerde engelli işçilerin çalıştırılması yasaklandığı gibi yer altı ve su altında çalışan işçilerin işyerlerindeki işçi sayısının hesabına katılmayacağı belirtilmiştir. Yer altı ve su altında yapılan işlerin -daha önce de belirtildiği üzere- tehlike arz eden işlerden olması sebebiyle bu işyerlerinde engelli işçilerin çalıştırılmasının yasaklanması yerindedir. Nitekim

engellilerin bu işlerde çalıştırılması, zaten güvenli olmayan iş ortamında can güvenliklerinin daha da tehlike altına gireceği anlamına gelir.

Yargıtay, iş yerlerinde işçi sayısının belirlenmesi ile ilgili genel esaslara yer vermiştir.¹⁸⁶ Buna göre de işçi sıfatı taşımayan çıraklar, iş yerindeki stajyerler, meslek öğrenimi gören öğrenciler, süresiz işlerde çalışanlar, iş yerinde geçici iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ve alt işveren işçileri o işyerinde işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmayacaktır. Ayrıca İK'nın 7.maddesinde geçen "...Geçici işçi sağlama sözleşmesi ile çalışan işçi, 30 uncu maddenin uygulanmasında özel istihdam bürosu ve geçici işçi çalıştıran işverenin işçi sayısına dahil edilmez..." şeklindeki düzenlemeyi de dikkate almak gerekir. Ek olarak da Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in 11.maddesinin 3.fikrasında da güvenlik elemanı olarak çalışan işçilerle ilgili işçi sayısının tespiti noktasında bir düzenleme mevcuttur.¹⁸⁷

İşverenlerin çalıştırmakla yükümlü olduğu işçileri nereden sağlayacağı sorusu gündeme gelebilir. Ancak bu durum da İK'da belirtilmiştir. Buna göre işverenin çalıştırmakla yükümlü olduğu işçileri, Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlayacağı belirtilmiştir. Bu durum, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'te de belirtilmiştir. Ancak işçileri, Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlamayan işveren için yine yönetmelikte bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu çerçevede, eğer özel sektör işvereni, engelli işçileri kurum aracılığı olmadan istihdam ederse işverenin bu durumu, engelli işçinin işe başlama tarihinden itibaren en geç on beş iş günü içinde Türkiye İş Kurumu'na bildirmesi ve tescil ettirmesi gerekir. Eğer işçinin kurum tarafından tescili yaptırılmazsa işçi, bu durumda engelli statüsünde değerlendirilmeyecektir.

Yargıtay, İK'nın 30.maddesinin kamu düzenini ilgilendirdiğini vurgulamaktadır.¹⁸⁸ Kamu düzenini ilgilendiren konular, hassasiyet gerektiren

¹⁸⁶ "... İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süresiz işlerde çalışanlar, keza iş yerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar..."

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.09.2019 Tarih, 2019/1964 Esas, 2019/15330 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2019)

¹⁸⁷ Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, 11/3:"10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre kurulan özel güvenlik şirketleri ile kurumların kendi ihtiyacı için kurduğu güvenlik birimlerinde güvenlik elemanı olarak çalışan işçiler (Değişik ibare: RG-2/8/2013-28726) engelli, eski hükümlü veya terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralanan işçi sayısının tespitinde dikkate alınmaz."

¹⁸⁸ "...4857 sayılı Kanun'un 30.maddesinin özel durumları itibariyle iş bulma konusunda desteğe daha fazla ihtiyacı olanların, çalışma hayatına katılmalarının kolaylaştırılması gereken kişilerin

konulardır. Toplumdaki önemlerinden dolayı kamu düzenini ilgilendiren davalarda hâkimin daha aktif rol üstlenmesi beklenir. Nitekim kamu düzenini ilgilendiren davalarda yapılacak hatalar, bazen tüm kamunun vicdanına dokunabilecek sonuçlar doğurabilir. Örneğin Medeni Hukuk'taki velayet davaları da kamu düzenini ilgilendirir ve bu davalarda hâkimin araştırma yetkisi, boşanma davalarına göre biraz daha genişleyebilmektedir. Bunun yanı sıra, velayet davalarında delillerin incelenmesi ve takdiri noktasında da daha titiz hareket edilmektedir. Bu durumun İş Hukuku alanındaki kamu düzeni ile ilgili davalar için de benzer olduğunu söyleyebiliriz.

Yargıtay'ın İş Kanunu'nun 30.maddesi hakkındaki kamu düzeni ile ilgili tespiti yerindedir. Nitekim, özel durumları sebebiyle iş bulmada daha çok desteğe ihtiyaç duyan kişilerin çalışma hayatına girmesinin ve uyumunun kolaylaştırılması, İş Hukuku'nun temel amaçlarına hizmet etmektedir. Bu sebeple, konu hakkındaki Yargıtay tespitleri de önemlidir. Kanunun yeterince açık düzenlemediği konulardaki boşlukları doldurabilmek ve somut uyuşmazlıkları, benzer olaylar açısından yorumlayabilmek adına mahkeme kararları, İş Hukuku'nun yardımcı kaynaklarından¹⁸⁹ Fakat Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının -diğer Yargıtay kararlarından farklı olarak- bağlayıcı ve uygulamadaki uyuşmazlıklar açısından emsal olması sebebiyle asli bir kaynak niteliğinde olduğu söylenebilir.¹⁹⁰ Bu sebeple, hukuki uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan yargı organlarının İçtihadı Birleştirme Kararlarını titizlikle incelemeleri gerekir. Kanunun her ayrıntıyı düzenleyemeyeceği bir gerçektir. Hayatın her alanı, o kadar derin ayrıntıları içermektedir ki, bu dış dünyadaki ayrıntıların tümü hakkında mevzuat oluşturmak olanaklı değildir. Bu sebeple, mevzuat dışı kalan ya da kanunda açıkça düzenlenmeyen hallerde yargı kararları ve öğretideki görüşlerin önemi artmaktadır.

Engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna aykırılık halinde hukuki sonucun ne olacağı ile ilgili İK'nın 101. maddesinde “*Bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren*

yararına pozitif bir katkı sağladığı bu açıdan düzenlemenin kamu düzenini ilgilendirdiği dikkate alındığında bu hükme aykırı yapılan iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebebin varlığının kabul edilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile işe iade kararı verilmesi hatalı olup bozma sebebidir.” Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 03.12.2015 Tarih, 2015/30609 Esas, 2015/33630 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 09.12.2019)

¹⁸⁹ ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 32. Bası, 2019, s.33.

¹⁹⁰ SÜZEK, *İş Hukuku*, s.57.

veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için bin yedi yüz Türk lirası idari para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz.” şeklinde idari para cezası yaptırımını uygulanacağı öngörülmüştür. Ek olarak, İK’nın 108.maddesinde bu idari para cezası yaptırımlarının genel esaslara göre tahsil edileceği belirtilmiştir. Nitekim konu ile ilgili bir Yargıtay kararında da bu durum vurgulanmış; bu kararda, idari para cezalarının genel esaslara göre tahsil edileceği belirtilmiş ve bu konuda yapılacak icra takiplerine karşı bir itiraz olduğunda da söz konusu itirazın iptaline ilişkin açılacak davanın da genel görevli asliye hukuk mahkemesinde açılması gerektiğine hükmedilmiştir.¹⁹¹

İşçinin ekonomik olarak işverene bağımlı olması ve yine ekonomik olarak işveren karşısındaki güçsüzlüğü nedeniyle -sosyal hukuk devletinin ve anayasal hükümlerin bir gereği olarak- çeşitli önlemler alınmış ve işverenlerin sözleşme yapma özgürlüğüne çeşitli sınırlamalar getirilmiştir.¹⁹² İşte, iş yerinde engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu da yine bu amaçlar doğrultusunda getirilmiş bir düzenlemedir. Bu sebeple konu -işverenler için sözleşme yapma yükümlülüğü getiren diğer durumlarda olduğu gibi- İş Hukuku’nun temel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmeli ve İş Hukuku’nun amacına uygun şekilde yorumlanmalıdır. Nitekim – daha önce de vurgulandığı gibi- Yargıtay kararları da bu anlamda İş Hukuku’nun gelişimine hizmet etmektedir. Çünkü kanunlar, bazen her şeyi açıkça düzenlememekte ve bu sebeple de birtakım hükümlerin uygulanması, yargı kararlarının seyri ve öğretideki görüşler çerçevesinde olmaktadır.

¹⁹¹ ‘...Davaya konu istem, davacı ... Kurumu tarafından 4857 sayılı İş Kanunu’nun 30. Maddesi uyarınca davalının engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünü ihlal etmesine dayalı davalı işverene verilen idari para cezasının tahsili amacıyla yapılan icra takibine itirazın iptali isteğine ilişkindir. Somut olayda, taraflar arasındaki uyuşmazlık ticari dava niteliği taşımamaktadır. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’nun 20/son maddesi, idari para cezalarının genel esaslara göre tahsil edileceğini düzenlemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 108.maddesinde de aynı yönde hükme yer verilmiştir. Şu hâlde, uyuşmazlığın çözümünde genel görevli asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Mahkemece, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...’ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 22.02.2018 Tarih, 2016/7483 Esas, 2018/1148 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 09.12.2019)

¹⁹² NARMANLIOĞLU, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 5. Baskı, 2014, s.193.

B. İş Yerlerinde İş Yeri Hekimi ve İş Güvenliği Elemanı Çalıştırma Zorunluluğu

İşverenin en önemli yükümlülüklerinden biri de iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaktır. İşçilerin işini sağlıklı bir şekilde yapabilmeleri için işverenin söz konusu yükümlülüğe mutlaka uyması gerekir. Aksi takdirde ne yapılan işten verim alınabilir ne de işçilerin sağlıklı ve huzurlu bir ortamda iş yapmaları sağlanabilir. İşte gerek işçi sağlığının gerek de işyerinin güvenliğinin sağlanabilmesi için işverenin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir kural getirilmiştir. Bu kurala göre de -gerekli şartların sağlanması durumunda- işveren, işyerlerinde iş yeri hekimi ve iş güvenliği elemanı çalıştırmak zorundadır.

İşverenin söz konusu yükümlülüğe uymasıyla ilgili ayrıntılar, İSGK'da yer almaktadır. İSGK'da işverenin genel yükümlülükleri, 4.maddede sayılmıştır. Buna göre işveren; mesleki riskler konusunda gerekli önlemlerin alınması, eğitim verilmesi, tedbirlerin alınması, risk değerlendirilmesi yapılması gibi genel yükümlülüklere uymalıdır. Bunun dışında işveren, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi görevlendirecektir. Konu ile ilgili olarak İSGK'da "*...Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, iş yeri hekimi ve on ve daha fazla çalışmanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan iş yerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir...*" düzenlemesi mevcuttur. Ancak çalışanlar arasında bu niteliklere sahip kişiler olmayabilir. Bu durumda ne yapılacağına çözüm, yine kanunda sunulmuştur. Buna göre işveren, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yükümlülüğünü yerine getirebilir.

İş yeri hekimi, İSGK'da "*...İş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip...*" şeklinde tanımlanmıştır.

İş güvenliği uzmanı ise yine İSGK'da "*...Usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler ile mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakültelerin mezunları ile teknik elemanı...*" şeklinde tanımlanmıştır.

İş yeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, etik ilkelere uymalıdır. Bunun dışında görevlerini de bağımsızlık içinde yürütürler.

İş yeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, ihmallerinden dolayı hizmet sunmakla yükümlü oldukları işverene karşı sorumludurlar.

İSGK'nın 38. maddesi, "yürürlük" başlığını taşımaktadır. Buna göre kanunun 6.ve 7. Maddelerinin "...4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 81 inci maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1/7/2020 tarihinde..." ve "...50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan iş yerleri için 1/1/2014 tarihinde..." ve "...Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra..." yürürlüğe girer, şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu çalıştırma yükümlülüğünün yürürlük tarihi, kanunda belirtildiği şekilde uygulanacaktır. Bunun için iş yerinin tehlike sınıflarına ve iş yerindeki işçi sayısına göre işverenin söz konusu yükümlülüğünün ne zaman doğacağı tespit edilecektir.

Söz konusu düzenleme, iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi açısından önemlidir. Bu sebeple, işverenin sözleşme özgürlüğünü keyfi bir şekilde sınırlandıran bir düzenleme olarak görülemez. İşte işveren, söz konusu yükümlülüğe uyduğu takdirde işçi sağlığının ve iş yeri güvenliğinin sağlanması noktasında çok önemli bir adım atmış olacaktır.

C. İş Yerinden Malulen Ayrılmak Zorunda Kalıp Maluliyeti Daha Sonra Ortadan Kalkan İşçinin Yeniden İşe Alınması

Söz konusu sözleşme yapma zorunluluğu, işçinin iş yerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da maluliyeti sonradan ortadan kalktığında işe tekrar girmek istediğini işverene bildirmesi sonucu oluşur.

Anlaşılacağı üzere işçinin bu ihtimalde iş yerinden ayrılması, bir keyfiyet içermemektedir. Çünkü işçi, iş yerinden malulen ayrılmak zorunda kalmaktadır. Kanun burada, zorda kalıp da işini bırakanların mağdur edilmemeleri düşüncesiyle onların belirli şartlar altında yeniden işe dönebilmelerine imkân sağlamıştır. Bu yüzden işverenin maluliyeti ortadan kalkan işçiyi -şartlar oluşmuşsa- yeniden işe almak zorunda kalması, sözleşme özgürlüğünü sınırlayıp sözleşme yapma zorunluluğu doğuran bir hal olarak karşımıza çıkar.

Konu, İK'nın 30.maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir.¹⁹³ Yukarıda da belirtildiği gibi işçi, işten malulen ayrılmak zorunda kalmış olmalıdır. İşten bu sebeple değil de başka nedenle ayrılan işçiler, söz konusu düzenlemeden yararlanamaz. Bunun yanı sıra, maluliyet boyutuna ulaşmayıp da ufak düzeyde kalan rahatsızlıklar için de söz konusu hüküm uygulanmaz. Bunun için maluliyetin ve maluliyet oranının tespit edilmesi gerekecektir. İK'da bu konuda bir açıklık yoktur. Kanun, ilgili maddesinde maluliyetin ne olduğunu ve maluliyet oranının ne kadar olması gerektiğini açıklamamıştır.

Maluliyetin tespiti ile ilgili 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹⁹⁴ (SSGSSK) hüküm getirmiştir. SSGSSK'nın 25. maddesi, hangi durumların 'malul sayılma' sonucunu doğuracağını belirtmiştir.¹⁹⁵ Buna göre çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını kaybettiği Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalının 'malul' sayılacağı belirtilmiştir. Ancak İK'nın ilgili maddesinde maluliyetin ne olduğuna ve hangi oranın maluliyet kapsamına gireceğine ilişkin bir açıklamada bulunulmamakla birlikte SSGSSK'ya da herhangi bir göndermede bulunulmamıştır. Bu sebeple İK 30/5 için kastedilen maluliyet oranı, SSGSSK'da belirtilen rakama göre belirlenmeyecektir.

Maluliyeti sona eren işçinin işe tekrar dönüş iradesini işverene bildirmesi gerekir. Bunun üzerine işverenin işçiyi işe alma yükümlülüğü doğacaktır. Ancak bu durum, iş yerinde boş yer varsa gerçekleşecektir. İş yerinde o an için boş yer yoksa da işveren, boşalacak ilk işe, başka isteklilere tercih ederek, maluliyeti sona eren işçiyi yeniden alacaktır. İşveren, işçiyi eski işine veya benzeri bir işe almakla yükümlüdür.

¹⁹³ 4857 Sayılı İK, madde 30/5: " Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder."

¹⁹⁴ 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 26200 Sayılı Resmî Gazete, Yayın Tarihi: 16.06.2006.

¹⁹⁵ 5510 Sayılı SSGSSK'nın 25.maddesi: " (Değişik: 17/4/2008-5754/13 md.)

Sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malul sayılır."

İşverenin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir hal olan ‘‘maluliyeti sona eren işçinin yeniden işe alınması’’ düzenlemesi, çeşitli açılardan eleştirilebilir.

İK 30/5’in maluliyeti sona eren işçiyi koruma amacı gütmesi yerindedir. Hatta işçi, işe tekrar dönmek istediğinde eski işinde ya da eski işine benzer bir işte çalışabilecektir. Kanun burada, işçinin işe yerleşme şansını arttıran bir düzenleme getirmiştir. Ayrıca yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren aleyhine ‘‘eski işçiye 6 aylık ücret tutarında tazminat ödeme’’ yükümlülüğü getirilmesi, işverenlerin söz konusu yükümlülüğe uyması konusunda önemli bir caydırıcılık unsuru olarak görülebilir.

İK 30/5’in maluliyetin tanımına, oranına ve işçinin işe girmek için ne kadar sürede başvurması gerektiğine ilişkin hiçbir hüküm getirmemesi, hükmün net bir şekilde algılanmasını zorlaştırabilir. Anlaşılan kanun burada, yargı kararları ile öğretiyeye bir pay bırakmıştır. Ancak Yargıtay, konu ile ilgili olarak, işçinin işe giriş iradesini makul bir sürede işverene bildirmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁹⁶ Ancak yine de söz konusu belirleme, net bir çözüm sunmamaktadır. Nitekim bu durum, çeşitli olaylarda ve çeşitli şartlarda ‘‘makul sürenin ne olduğunun’’ tartışılmasına sebep olabilmektedir.

Kanımızca İş Hukuku’na hakim olan temel ilkeler, sözleşme özgürlüğünün esasları ve sözleşme özgürlüğünün sınırlanma amaçları göz önüne alındığında işçinin yeniden işe girebilmesi konusunda işverene bildirimde bulunması için gerekli olan ‘‘makul süre’’ tanımını yapacak olursak şöyle bir sonuca ulaşabiliriz: Makul sürede yapılan başvuru; durum ve koşullar, hayatın olağan akışı, iş hayatının gerekleri ile ekonomik hayatın karmaşık yapısı, sözleşme özgürlüğüne temel alınan ilkeler ve her somut olayın kendine özgü şartları dikkate alındığında işçi tarafından geciktirilmeden en uygun zamanda, iyi niyetle ve işverenin mağdur olmasına yol açmayacak bir zaman

¹⁹⁶ ‘‘...Davacı işçi bunun üzerine 19.07.2007 tarihinde işverene başvurarak, maluliyetinin son bulduğunu bildirmek suretiyle işe iadesini talep etmiş, talebi işverence kabul edilmemiştir. Özürlü ve eski hükümlülerin istihdamı ile ilgili 4857 sayılı Kanun’un 30. Maddesi kapsamında belirtilen düzenleme getirilmiştir. İlgili maddede işçinin başvuru süresiyle ilgili bir belirleme yer almamaktadır. Ancak bu başvurunun iş hukukuna hâkim olan genel ilkeler çerçevesinde düşünüldüğünde makul süre içinde yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Davacı işçinin malullük aylığı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 01.08.2003 tarihinde kesilmiş, bunun nedeni kendisine sağlık işleri genel müdürlüğünün 25.02.2004 tarihli yazısı ile bildirilmiştir. İşçinin durumu öğrendikten sonra makul süre içinde işe iadesi için işverene başvurduğu aradan geçen sürenin uzunluğu dikkate alındığında söylenemez...’’ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 28.06.2012 Tarih, 2012/10382 Esas, 2012/14748 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 14.12.2019)

diliminde yapılan başvuruyu ifade eder. Ancak bu şartlar altında yapılan başvuru, tarafları mağdur etmeyecek ve hakkaniyete uygun bir sonuç doğuracaktır.

D. Askeri ve Kanuni Ödev Dolayısıyla İşinden Ayrılanların Yeniden İşe Alınması

Askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılmak zorunda kalan işçilerin yeniden işe alınması kuralı, işveren için sözleşme yapma zorunluluğu doğuran hallerden bir diğeridir. Söz konusu sözleşme yapma zorunluluğu da İK'da düzenlenmesi sebebiyle kanundan doğmuştur. Konu, İK'nın 31.maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir.¹⁹⁷

Askeri ödev sebebiyle işinden ayrılanların yeniden işe alınması yükümlüğünün doğması için bu askeri ödevin hangi askeri ödev olduğu fark etmez. Çünkü kanunda bu durumla ilgili "herhangi bir askeri veya kanuni ödev" ifadesi kullanılmıştır. Nitekim bu durum, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da vurgulanmıştır.¹⁹⁸

Herhangi bir askeri ya da kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçileri işverenin yeniden işe alma yükümlülüğünün doğabilmesi için bu ödevin sona ermesinden itibaren iki ay içinde işçilerin işe girmek istediklerini işverene bildirmeleri

¹⁹⁷ 4857 Sayılı İK'nın 31.maddesi:" Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır.

İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez.

İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin Kanundan doğan başka bir sebebe dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için Kanunun gösterdiği süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ve sözleşme yukarıda yazılı süre içinde kendiliğinden sona eriyorsa bu madde hükümleri uygulanmaz.

Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder."

¹⁹⁸ "...Kanunda "herhangi bir askeri ödev"den söz edildiğine göre sadece muvazzaf askerlik hizmeti için değil her türlü askerlik ödevi nedeni ile işten ayrılmak zorunda kalan işçilerin madde hükmünden yararlanması mümkün olduğu gibi bunların dışında kanuni bir ödev nedeni ile işten ayrılanlar da hüküm kapsamına girmektedirler..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.03.2018 Tarih, 2015/1608 Esas, 2018/448 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 12.12.2019)

gerekir. İki ay geçtikten sonra yapılacak bildirimlerin bu madde kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.

İşçinin isteği üzerine işveren, işçiyi hemen işe almak zorundadır. Ancak bunun için işyerinde boş yer olması gerekir. Eğer işyerinde boş yer yoksa işveren, işçiyi boşalacak ilk işe -diğer isteklilere tercih ederek- o andaki şartlarla alacaktır. İşveren, işçiyi eski işi veya benzer işlere alacaktır.

Görüldüğü gibi kanun, işçiyi fazla bekletmeden işe alınması düşüncesini benimsemiştir. İşçinin eski işine veya benzer işlere alınacağıının öngörülmesi, işçinin işe uyum sorunu yaşamaması açısından önemlidir.

Tüm şartlar oluşmasına rağmen işveren, kanundan doğan bu sözleşme yapma zorunluluğuna uymazsa bu durumda işveren, eski işçisine üç aylık ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, yükümlülüğe uymayan işveren aleyhine yalnızca tazminat yaptırımına başvurulabileceğini, bu durumun işçiyi işe iade davası açma imkânı vermeyeceğini belirtmiştir.¹⁹⁹

Söz konusu düzenleme, askeri ya da kanuni bir ödev dolayısıyla işinden ayrılanların yeniden işe dönebilmelerini öngördüğü için işçiyi koruyan bir düzenlemedir. Nitekim gerek askeri ödev gerek de kanuni ödev sonucu işten ayrılma, işçilerin keyfi olarak iş bırakması sonucunu doğuran bir durum değildir. Bu sebeple de söz konusu yükümlülükler bitince işçinin yeniden işe dönüşünü isteme hakkı, olağandır. Söz konusu düzenleme ile işçilerin çalışma hakkı ve ekonomik geleceklerini güvenceye alma hakları korunmaktadır. Nitekim söz konusu düzenleme olmasaydı belki de işçiler, işini kaybetme korkusundan dolayı mesela kanuni ödevi dahi yapmaktan çekinebileceklerdi. İşte bu düzenleme, işçilerin gönül rahatlığı ile askeri veya kanuni ödevlerini yerine getirmelerini sağlayabilecektir.

Ancak sırf söz konusu düzenlemenin rahatlığından dolayı, bu sözleşme yapma zorunluluğunun kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek amacıyla kanunda 2 aylık

¹⁹⁹ “...4857 Sayılı İş Kanunu'nun 31/4'üncü maddesi askeri veya kanuni bir ödev nedeni ile işten ayrılan işçiyi Kanunda öngörülen süre içinde başvurması halinde tekrar işe alması konusunda işverene bir yükümlülük getirmiş ise de, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde işçiyi işe alınması konusunda bir dava açma imkanı tanımayıp işverenin Kanunla getirilen yükümlülüğe uymamasının yaptırımı tazminat olarak belirlendiğine göre davacının işe iade istemi ile dava açması mümkün değildir...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.03.2018 Tarih, 2015/1608 Esas, 2018/448 Karar, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.12.2019)

bir süre sınırı öngörölmüştür. Bu süre sınırı da kötüye kullanımların önüne geçmesi açısından önemlidir.

E. İşten Toplu Olarak Çıkarılan İşçilerin Yeniden İşe Alınması

İK'nın 29.maddesinde "toplular işçiler çıkarma" başlığı altında konu düzenlenmiştir. İşverenler, bazen işçileri işten toplular olarak çıkarabilmektedir. İşte, toplular olarak işten çıkarılan işçilerin yerine başka işçiler almak durumu gündeme geldiğinde işverenin sözleşme özgürlüğüne kanun tarafından bir sınırlama getirilmiştir.

İşverenin işçileri toplular olarak işten çıkarma sebepleri değişiklik gösterebileceği gibi genel olarak ekonomik, teknolojik sebeplerle işçiler çıkarılabilmektedir. Nitekim kanun, hangi durumların işçiler çıkarmayı gerektirdiğini belirtmesinin yanı sıra, hangi sayıda işçiler çıkarmanın toplular işçiler çıkarma sayılacağını da belirtmiştir. Ayrıca "..."*Toplular işçiler çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir...*" düzenlemesi de işçilerin iş yerinden toplular olarak çıkarılmalarının hangi usul izlenerek gerçekleşeceğini vurgulamıştır.

İşyerinden işçilerin toplular olarak çıkarılması sonucu hangi durumda işverenin sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlanacağı ve dolayısıyla sözleşme yapma zorunluluğunun doğacağı gündeme gelecektir. Bu konu ile ilgili olarak da kanun, "..."*İşveren toplular işçiler çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçiler almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır...*" düzenlemesini getirmiştir. Görüldüğü gibi işverenin toplular işçiler çıkarmasının kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde yeni işçiler almak durumu ortaya çıkarsa bu halde kanun tarafından kendisinin sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirilecektir. Yani işverenin toplular işçiler çıkarmasının kesinleşmesinden itibaren 6 aylık bir süre için sözleşme özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Altı aylık süre geçtikten sonra - kanunun ifadesinden anlaşıldığı üzere- işverenin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlama, kalkmış olacaktır. Görüldüğü gibi bu altı aylık süreçte işveren, başka işçiler almak isterse bu durumda toplular çıkardığı işçileri, eğer nitelikleri uygunsa, yeniden işe çağırarakla yükümlüdür. Ancak -her ne kadar yeni kanunda açıkça belirtilmese de eski kanun hükümleri ve uygulamada sağlayacağı ispat kolaylığı gereği- durumun uygun

araçlarla yayımlanması, işçinin adresine noter aracılığıyla duyurulması ve bu duyuruda da işçi tarafından makul bir sürede başvurunun yapılması gerektiğinin bildirilmesinin de yerinde olacağını söylemek mümkündür.²⁰⁰

Söz konusu sözleşme yapma zorunluluğu yorumlanacak olursa şunları söyleyebiliriz: Öncelikle, diğer sözleşme yapma zorunluluklarında olduğu gibi bu düzenlemenin de bir gerekçesi ve mantıklı bir açıklamasının olması gerekir. Bu da şudur: İşverenlerin işçileri keyfi olarak topluca işten çıkarıp yerlerine yine bir gerekçe olmaksızın başka işçileri almasının önüne geçmek ve işçilerin çalışma hakkını korumak. Bu açıdan söz konusu düzenleme, önemlidir. Ancak toplu işçi çıkarmanın ardından geçen 6 aylık sürenin işçileri yeterince koruyup korumadığı tartışılabilir. Bunun yanı sıra, konu hakkında kanunda birtakım boşluklar olduğu da söylenebilir. Nitekim işverenin nitelikleri uygun olan işçileri tercihen işe çağırması düzenlemesi de net değildir. Buradaki nitelik, kime ve neye göre belirlenecektir, bu durum açık değildir. Ancak yorum yoluyla da olsa bu durum, işçilerin o anki kabiliyet ve şartlarının işe yeniden çağrılmalarına yetecek düzeyde uygun olması olarak algılanabilir. Ayrıca işverenin işçiyi ne kadar sürede işe çağırması gerektiği net olarak belirtilmemiştir. Her ne kadar öğretideki görüşler ve eski uygulamalar gereği bunun ‘makul sürede’ olması gerektiğini de belirtsek de yine de buradaki makul süre ölçütü, uygulamada belirsizliklere yol açabilir. Yine de bu makul sürenin işverenin, işin ve işçilerin durum ve şartları gereği mağdur olmayacağı şekilde bir süre olması beklenir. Ancak kanunun her zaman, her şeyi tüm ayrıntıları ile yazması zaten mümkün değildir. Nitekim yargı kararları, içtihatlar, öğretideki bilgi ve görüşler ve hukukun genel ilkeleri de bunun için vardır. Önemli olan kanunun ve konunun amacına uygun ve hakkaniyet ilkesini koruyan bir sonuca ulaşmayı bilmektir. Çünkü sözleşme özgürlüğü esas olduğu için sözleşme özgürlüğüne getirilen sınır ve istisnaların da kamuya yarar sağlanacak şekilde yorumlanması gerekir.

²⁰⁰ SENYEN-KAPLAN, *Bireysel İş Hukuku*, s.145.

F. İşçi Kuruluşundaki Görevi Sona Eren İşçilerin Yeniden İşe Alınması

İşçilerin sendikal faaliyetleri kapsamında kuruluşlarda rahatlıkla görev alabilmeleri düşüncesiyle “işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi”²⁰¹ getirilmiştir. Nitekim işçi kuruluşundaki görevlerin devamlılık arz etmemesi sebebiyle işçinin bu görevin sona ermesinden sonra işsiz kalma korkusu taşımayıp görevini özveriyle yapabilmesi için söz konusu güvencenin getirilmesi yerindedir.²⁰²

İşçi, çalışmaktayken sırf işçi kuruluşunda yönetici olduğu için işinden ayrılıyorsa o sırada iş sözleşmesi, feshedilmeyip askıya alınacaktır. Ancak kanun, yöneticiye bunun yanı sıra, iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatı alabilme imkânı da getirmiştir.

İşçi kuruluşunda yönetici olmasına rağmen iş sözleşmesini feshetmeyen yani iş sözleşmesi askıda kalan yöneticinin görevi, çeşitli sebeplerle sona erebilir. Kanunda konu ile ilgili olarak “sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek...” durumları sayılmıştır. Yani bu sayılan sebeplerle yöneticinin görevi sona erebilir. Bu durumda işçi, yöneticilik görevinin sona erdiği tarihten itibaren bir aylık süre içinde eski çalıştığı işin işverenine başvurabilir. Bu durumda işveren, kendisine işe girme isteğinin iletilmesinden itibaren bir ay içinde o işçileri işe almakla yükümlüdür. İşveren, işçiyi eski işine ya da eski işine uygun başka bir işe almak zorundadır. Ancak sözü edilen sürelerde bu işçiler, işe başlatılmazsa bu durumda iş sözleşmeleri, işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır.

²⁰¹ 6356 Sayılı STİK’in 23.maddesi:” (1) İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır.

(2) İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi halinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır.

(3) Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları halinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödenir. Ödenecek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır. İşçinin iş kanunlarından doğan hakları saklıdır.”

²⁰² NARMANLIOĞLU, Ünal, “Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, İstanbul 2014, S.1, s.17.

G. Hastalığı Sebebiyle İşten Çıkarılan Gazetecilerin Yeniden İşe Alınması

Konu ile ilgili temel olarak 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un düzenlemesine bakmak gerekir. Söz konusu kanunun 12.maddesinde konu düzenlenmiştir.²⁰³

Söz konusu düzenlemede öncelikle gazetecinin çalışma hakkı korunmuştur. Buna göre gazetecinin iş sözleşmesi, sırf hastalığı sebebiyle feshedilemeyecektir. Bu düzenleme, sağlık sebeplerinden dolayı gazetecilerin işlerine son verilmesinin önüne geçmesi açısından önemlidir. Ancak bu durumun bir şartı vardır, o da hastalığın altı aydan uzun sürmemesidir. Yani -daha açık bir anlatımla- gazetecinin hastalığı, altı aydan uzun sürmedikçe sırf hastalığı sebebiyle iş sözleşmesi, işvereni tarafından feshedilemeyecektir. Ancak altı aydan uzun süren hastalık halinde işverenin gazetecinin işini feshetmesi -açıklandığı üzere- tazminat ödemesi şartıyla gerçekleşebilir.

Ancak, yukarıda açıklanan sebeplerle -hastalığı dolayısıyla- işini göremeyecek hale düşüp de işveren tarafından işine son verilen gazeteci, bir yıl içinde iyileşirse işine tekrar alınır. Kanun metni, "alınır" eylemi ile bitmektedir. Yani hüküm, bu anlamda, emir kipi içeren bir ifade ile bitmiştir. Bu durum da aslında bu bölümün başından beri anlatılan "sözleşme özgürlüğünün sınırlanması" konusunun Basın İş Hukuku'ndaki yansımasıdır. Çünkü kanun, burada işverene bir serbesti alanı bırakmamıştır. Kanunun açık ifadesinde görüldüğü üzere gazeteci, bir yıl içinde iyileştiği takdirde -elbette durum ve koşullar uygunsa- işveren, gazeteciye işe yeniden almakla yükümlü olacaktır. Buradaki bir yıllık sürenin hakkaniyete uygun olup olmadığı konusu, işçi ve işveren hakları arasında bir denge gözetilerek yorumlanmalıdır. Buna göre bazı hastalıkların bir yılda iyileşmesinin çok zor olması sebebiyle bu bir yıllık sürenin az olduğu ve işçiyi yeterince korumadığı ileri sürülebilir. Ancak işverenin de çok uzun süre, bir işçinin iyileşmesi ihtimaline bağlı kalarak işlerini ayarlayamaması ya da yeni bir işçiyi işe alıp

²⁰³ 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 12.maddesi:" (Değişik: 4/1/1961 – 212/1 md.)

Gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akdi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi cihetine gidilebilir.

Bu maddenin birinci fıkrasında yazılı haller dolayısıyla vazife göremeyecek duruma düşüp de işveren tarafından işinden çıkarılan gazeteci, azami bir yıl içinde iyileştiği takdirde tekrar eski işine tercihan alınır."

almamakta tereddüt yaşayabileceği ihtimali de göz önüne alındığında bir yıllık sürenin aslında hakkaniyete uygun olduğu sonucu çıkacaktır. Nitekim mesela 3 yıl sonra iyileşip gelen işçinin tekrar işe alınması zorunluluğu, işverenin mevcut düzenini bozabilecek bir etki yaratabilir. Bu sebeple söz konusu süre, bu çerçevede yorumlanmalıdır.

Söz konusu konunun geneli ile ilgili bir örnek verilecek olursa, kansere yakalanması sebebiyle işini yürütemeyecek hale gelen ve bu sebeple, hastalığı da 6 aydan uzun süren gazetecinin iş akdi, işveren tarafından tazminat ödenmek suretiyle feshedilebilecektir. Eğer gazeteci, en geç bir yıl içinde iyileşirse ve bu konuda işe girme iradesini, işverene bildirirse işveren -eğer şartlar uygunsa- bu ihtimalde gazeteciyi tekrar işe almak zorunda kalacaktır. Fakat hastalık, 6 aydan çok sürmezse zaten sırf hastalık sebebiyle gazetecinin işi, işveren tarafından sonlandırılmayacaktır. Yine gazeteci, hastalığın ağırlığı sebebiyle ve birtakım başka etmenlerle bir yıl içinde iyileşemezse bu durumda -kanun ifadesi karşısında- işe tekrar girme hakkını kaybedecektir.

Görüleceği gibi gerek sözleşme yapma yasakları gerek de sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller – başlıkları ne kadar farklı olursa olsun- ortak bir amaca hizmet etmektedir. Bu durum da ekonomik gerekler ve sosyal düşüncelerle işçinin korunması, iş yeri düzeninin sağlanması ve İş Hukuku'na ilişkin uyuşmazlıklara makul çözümler bulunması düşünceleriyle ortaya çıkmıştır.

SONUÇ

Türk İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının iyice anlaşılabilmesi için öncelikle konunun temelini oluşturan sözleşme, özgürlük ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının ne anlama geldiği ile bu kavramların Borçlar Hukuku, Roma Hukuku, Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku, Medeni Hukuk ve Uluslararası Sözleşmeler alanlarındaki yansımaları, çeşitli başlıklar altında incelenmiştir. Daha sonra da konunun özü olan Türk İş Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğünün kapsam ve sınırları hakkında da sözleşme yapma yasakları ile sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller incelenmiştir. Konu incelenirken mevzuattan, çeşitli kaynak kitaplardan, makalelerden, öğretilerdeki görüşlerden, Anayasa mahkemesi görüşlerinden ve Yargıtay kararlarından da yararlanılmış ve varılan sonuç da sistematik olarak açıklanmıştır.

Sözleşme özgürlüğünün temelini oluşturan sözleşmelerin kurulabilmesi için tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları gerekir. Görüldüğü gibi sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki tarafın bulunması, tarafların irade beyanında bulunmaları ve bu irade beyanlarının da birbirini tamamlaması gerekir. Nitekim irade beyanları birbiriyle uyumsuzsa sözleşme kurulamaz.

Borçlar Hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü ilkesine göre taraflar, kanunda öngörülen sınırlar dahilinde bir sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler. Buna göre öncelikle taraflar, sözleşme yapıp yapmama serbestisine sahiptir. Sözleşme yapma serbestisi durumunda ise kanunda öngörülen sınırlara uyulması zorunludur. Buna göre de sözleşmeler; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olamayacağı gibi sözleşmelerin konusu imkânsız da olamayacaktır. Kanundaki bu sınırlar, sadece Borçlar Hukuku alanındaki sözleşmeler için geçerli değildir. Söz konusu temel hüküm, tüm sözleşmeler için geçerli olabilecek nitelikte bir kural koymuştur. Dolayısıyla bir iş sözleşmesi yapan işverenin de Borçlar Hukuku'ndan kaynaklanan kanundaki bu sınırlara uyması gerekir.

Sözleşme özgürlüğünün Borçlar Hukuku alanındaki temel düzenlemesinden sonra, İş Hukuku alanında da sözleşme özgürlüğünün geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim İş Hukuku alanında da özellikle işçi ve işveren, bir sözleşme yaparak iş ilişkisi kurmaktadır. Söz konusu sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların ne ile bağlı olduğu sorunsalı gündeme gelir. İşte burada da sözleşme özgürlüğüne göre işveren, sözleşme

yapmak istediği kişi ile sözleşmeye ilişkin diğer tüm ayrıntıları, özgür iradesiyle belirleyebilmektedir.

İş Hukuku'nda temel olarak sözleşme özgürlüğü geçerli olmakla birlikte bu özgürlüğün de bir sınırı vardır. Buna göre bazı hallerde işveren aleyhine, sözleşme yapma yasakları konulmuştur. Yine başka bazı durumlarda da işveren, sözleşme yapma zorunluluğuna tabi tutulmuştur. Yani çalışmada sözleşme özgürlüğünün sınırları, iki başlık altında incelenmiştir: Türk İş Hukuku'nda Sözleşme Yapma Yasakları ve Türk İş Hukuku'nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu Doğuran Haller.

Sözleşme yapma yasaklarından ilki olan yaş küçüklüğüne ilişkin getirilen yasaklar, yaş küçüklerin yeterli fiziki ve ruhsal olgunluğa ulaşmaması düşüncesinden hareket edip onları koruma amacı güttüğü için yerindedir. Nitekim İş Hukuku, işçinin korunması ilkesini gütmesinin yanı sıra kamu huzurunun sağlanıp kamu sağlığının da korunması için fiziki ve zihinsel yeterliliği yeterince gelişmeyen yaş küçüklerin tehlike arz eden birtakım işlerde çalışmasını yasaklamıştır.

Sözleşme yapma yasaklarından bir diğeri olan cinsiyete ilişkin getirilen yasakların günümüz teknolojisi çerçevesinde isabetli olduğu söylenebilir. Nitekim gerek yer altında gerek de su altında yapılabilecek işler, sağlık açısından tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple de fiziki yeterliliği bu işler için uygun olmayan kişilerin bu işleri, bugün için yapmaması, sağlıklarının ya da hayatlarının tehlikeye girmemesi açısından önemlidir. Ancak çağımızdaki teknolojik gelişmelerin çok hızlı olduğu göz önüne alındığında geleceğe ilişkin birtakım sonuçlar öngörebiliriz. Eğer yer altı ve su altında yapılan işler için teknolojik gelişmelere paralel olarak sağlığı koruyucu önlemler alınabilirse bu durumda cinsiyete ilişkin sözleşme yapma yasağının gelecekte yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Nitekim ekonomik hayatın zorlu koşulları söz konusu iken hiçbir gerekçe gösterilmeksizin cinsiyete dayalı yasak getirilmesi, anayasadaki eşitlik ilkesine aykırıdır.

Sağlık sebeplerinden kaynaklı sözleşme yapma yasağı, işçinin sağlığının korunması açısından önemlidir. Nitekim İş Hukuku, sadece işçi ve işveren arasındaki ilişkileri düzenlemeyi amaçlamaz. İş Hukuku, çalışma hayatının birtakım riskleri barındırması açısından kamu sağlığını da korumayı amaçlar.

Yabancılık unsurundan kaynaklanan sözleşme yapma yasağı, bugünün şartlarında yerindedir. Nitekim jeopolitik konumunun önem arz etmesi açısından ülkemiz çok fazla göç almaktadır. Bu sebeple, yabancıların Türkiye’de çalışabilmesi için kural olarak çalışma izni alması düzenlemesi yerindedir.

Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan sözleşme yapma yasağının ise tarafların sözleşme yapma özgürlüğünü keyfiyete ulaşacak düzeyde sınırlamaması yerinde olacaktır.

Türk İş Hukuku’nda sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller de çeşitli başlıklar altında incelenmiştir. Normalde işveren, bir işçiyle sözleşme yapıp yapmamakta serbestken sözleşme yapma zorunluluğu olan hallerde söz konusu sözleşmeyi yapmak zorunda kalacaktır.

İşverenin engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu, sosyal düşüncelerle getirilmiş bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile içinde buldukları durumdan dolayı iş bulmakta zorluk çekebilecek kişilerin çalışma hayatına katılımlarının sağlanması amaçlanmıştır. Nitekim bu durum, Anayasa düzenlemeleriyle de uyumludur.

Maluliyeti sonradan ortadan kalkan işçilerin çalıştırılması zorunluluğu, keyfi olmayan durumlarla işten ayrılmak zorunda kalan işçilerin yeniden işe dönebilmelerini amaçlar.

İşçi kuruluşunda görev alanlarla ilgili getirilen sözleşme yapma zorunluluğu da çalışanların sendikal özgürlüklerini güvenceye alması açısından önemlidir.

Gerek işten toplu çıkanların yeniden işe alınması gerek de maluliyeti sonradan ortadan kalkan işçilerin çalıştırılması zorunluluğu konusunda öğretilerde “makul süre” olarak anılan ancak kanunda açıkça düzenlenmeyen bir boşluk söz konusudur. Buna göre öncelikle, işten toplu çıkarma durumunda, toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır düzenlemesinde işverenin işçileri tercihen ama ne kadar sürede çağırması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Yine, maluliyeti sonradan ortadan kalkan işçilerin çalıştırılması zorunluluğunda işçiler, maluliyeti ortadan kalktıktan sonra işe tekrar alınmak için işverene başvurmalıdırlar. Ancak burada da kanun işçinin ne kadar sürede başvurması gerektiği konusunda bir açıklık getirmemiştir. İşte, öğretilerde bu iki hal için genel olarak “makul süre” ifadesi

kullanılmaktadır. Nitekim Yargıtay da aynı görüşü benimsemiştir. Fakat buradaki makul süre; durum ve koşullar, hayatın olağan akışı, iş hayatının gerekleri ile ekonomik hayatın karmaşık yapısı, sözleşme özgürlüğüne temel alınan ilkeler ve her somut olayın kendine özgü şartları dikkate alındığında taraflarca geciktirilmeden, en uygun zamanda, iyi niyetle ve tarafların mağdur olmasına yol açmayacak kadar geçen süre şeklinde algılanmalıdır.

Tüm açıklamalar kapsamında Türk İş Hukuk'undaki düzenlemeler, mutlaka kanunun ifadesi iyi anlaşılacak şekilde yorumlanmalıdır. Buna göre kanunun açık bir şekilde düzenlediği konular, düzenlemelerin amacına uygun olarak uygulanmalıdır. Ancak kanunun açık şekilde düzenlemediği konularda İş Hukuku'nun temel ilkeleri, somut olayın şartları, durum ve koşullar, hakkaniyet ilkesi, Yargıtay kararları ve öğretideki görüşler çerçevesinde makul bir çözüme ulaşmak yerinde olacaktır.

Çalışma hayatının karmaşık yapısı, ekonomideki dalgalanmalar, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların artan nüfusa ve iş hacmine göre her geçen gün artması, yargıya intikal eden davalardaki hukuki sorunlar ve İş Hukuku'nun geleceği düşünüldüğünde mevzuattaki boşlukların ya da açık olmayan hükümlerin bir gün yeniden gözden geçirilmesi, değiştirilmesi ya da bu hükümlere eklemeler yapılması gereği doğarsa bu durumda söz konusu hukuk dalındaki temel sorunlar da göz önüne alınarak makul bir çözüme ulaştırılmalıdır. Bunun için de teknolojik gelişmeler takip edilmeli, iş ve tekniğin sunduğu olanaklar, bilimsel yöntem ve metotlarla yorumlanmalı, uygulamadaki sorunların çözümünde akılcı ve uygulanabilir yöntemlere başvurulmalıdır.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut, **ATEŞ**, Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Beta Yay. 28. Baskı, 2019.

AKTEPE ARTIK, Sezin, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2018, Sayı:134, s.257-292.

ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay. 2. Baskı, 2019.

ASLAN, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Yay. 6. Baskı, 2016.

AYAN, Serkan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, C.54, S.4, s.431-487.

AYKAÇ, Hande Bahar, “Hukuksal Açından Çocuk ve Genç İşçiliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2016, S.116, s.335-386.

BİÇKİN, İnci, “Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2006, Sayı: 63, s.109-126.

BİLGİLİ, Fatih, **DEMİRKAPI**, Ertan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Bursa, Dora Yay. 13. Baskı, 2019.

ÇELİKEL, Aysel, **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 21. Bası, 2015.

ÇELİK, Nuri, **CANIKLIOĞLU**, Nurşen, **CANBOLAT**, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 32. Bası, 2019.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat, **CENTEL**, Tankut, **KAPLAN**, Hasan Ali, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 20. Bası, 2019.

DOĞAN, Murat, **ŞAHAN**, Gökhan, **ATAMULU**, İsmail, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yay. 1.Bası, 2019.

DOĞAN, Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, 2014.

DURAL, Mustafa, **SARI**, Suat, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, 2012.

- ELDENİZ**, Gülperi, ‘‘Şekle Bağlı Sözleşmelerde İmza’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, Sayı: 74, s. 112-120.
- ERDOĞAN**, Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, 2019.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yay. 2019.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yay. 23. Baskı, 2018.
- ERGİN**, Berkiye Gizem, ‘‘Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri Hakkında Kanuni Düzenlemeler’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2018, Sayı: 135, s.119-150.
- EYRENCİ**, Öner, **TAŞKENT**, Savaş, **ULUCAN**, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 9. Baskı, 2019.
- GÖZLER**, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 4. Baskı, 2012.
- GÖZLER**, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 12. Baskı, 2015.
- GÜLTEKİN**, Ömer, *İş Sağlığı ve Güvenliğine Giriş*, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 1. Basım, 2018.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, **GÜNGÖR**, Devrim, ‘‘ Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, Sayı: 69, s.21-50.
- KAPLAN**, Tuncay Senyen, ‘‘İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2017, Özel Sayı, s.225-268.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 18. Baskı, 2019.
- KAYIRGAN**, Hasan, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler*, İstanbul, On İki Levha Yay. 1. Baskı, 2019.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 16. Bası, 2012.
- KOCAAĞA**, Köksal, ‘‘Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, Sayı: 79, s.73-102.

- KORKMAZ**, Fahrettin, **ALP**, Nihat Seyhun, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay. 4. Baskı, 2019.
- KORKUSUZ**, M. Refik, **KORKUSUZ**, M. Halit, *Avukatlık Hukukuna Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, 2014.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, ‘‘Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı’’, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, İstanbul 2014, Sayı: 1, s.11-28.
- OĞUZMAN**, M.Kemal, **BARLAS**, Nami, *Medeni Hukuk*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, 2018.
- OĞUZMAN**, M.Kemal, **SELİÇİ**, Özer, **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 12. Bası, 2012.
- ÖREN**, Kenan, *Bireysel ve Toplu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, Noel Akademik Yayıncılık, 4. Basım, 2019.
- ÖZER SARITAŞ**, Duygu, *Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Bursa, Dora Yay. 2. Baskı, 2018.
- PEKCANİTEZ**, Hakan, **ATALAY**, Oğuz, **ÖZEKES**, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin Yay. 2. Bası, 2014.
- REİSOĞLU**, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yay. 23. Bası, 2012.
- SENYEN-KAPLAN**, Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 10. Baskı, 2019.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Özlem, *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara, Seçkin Yay. 1.Baskı, 2017.
- SUR**, Melda, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 8. Bası, 2019.
- SÜMER**, Haluk Hadi, *Hukuka Giriş*, Ankara, Seçkin Yay. 3. Baskı, 2019.
- SÜMER**, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Konya, Mimoza Yay. 20. Baskı, 2015.
- SÜZEK**, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 18. Baskı, 2019.
- ŞAHANKAYA**, Sarp, ‘‘Belirli Süreli İş Sözleşmeleri’’, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, Sayı: 2016/4, s.179-208.

ŞAHİN, Turan, ‘‘Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2011, Sayı: 95, s.331-376.

ŞEKER, Muzaffer, ‘‘6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK.7)’’ *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, İstanbul 2013, Sayı: 24, s.81-98.

ŞENYÜZ, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Bursa, Ekin Yay. 9. Baskı, 2018.

TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 7. Bası, 2018.

TEZCAN, Durmuş, **ERDEM**, Mustafa Ruhan, **ÖNOK**, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yay. 11. Baskı, 2014.

TUNÇ, Hasan, **BİLİR**, Faruk, **YAVUZ**, Bülent, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, 2015.

TUNÇER, Polat, *İş Hukuku*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, 2019.

URHANOĞLU CENGİZ, İştari, ‘‘4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2012, Sayı: 98, s.203-230.

YEMİŞKEN, Elçin, *Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yay. 1. Baskı, 2019.

ZİYA, Olcay, ‘‘Mülteci-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri’’, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2012, Sayı: 99, s.229-240.