



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

TÜRK İŞ HUKUKUNDA İKALE (BOZMA) SÖZLEŞMELERİ

Serkan Taylan KARAÇ

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2020

TÜRK İŞ HUKUKUNDA İKALE (BOZMA) SÖZLEŞMELERİ

Serkan Taylan KARAÇ

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2020

ÖZET

KARAÇ, Serkan Taylan. *Türk İş Hukukunda İ kale (Bozma) Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.

Sözleşmeler Hukuku bakımından, özel hukuk kişilerince meydana getirilen sözleşmelerde “sözleşme özgürlüğü” ilkesi hakimdir. Bu ilke, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 48 hükmünde düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hükme göre, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir”. Bu ilkenin bir sonucu olarak da özellikle İş Hukuku alanında “ikale sözleşmeleri” karşımıza çıkmaktadır.

İ kale sözleşmeleri, “İşçi ile işverenin, hâlihazırda geçerli olan bir iş sözleşmesini, sözleşme özgürlüğü kapsamı içerisinde karşılıklı olarak anlaşıp sona erdirmeleri” şeklinde tanımlanmaktadır. Henüz mevzuatımız içerisinde düzenleme altına alınmayan bu ikale sözleşmelerinin kurulması, Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerine tabi olsa da İş Hukukunu ilgilendiren bir alan olmasından dolayı özellik arz etmektedir. Zira İş Hukuku, işçiyi koruma prensibi çerçevesinde şekillenen bir alandır. İşçi-işveren ilişkilerindeki eşit olmayan iş ilişkisi de göz önüne alındığında, ikale sözleşmelerinin işçinin aleyhine sonuç doğurabilecek bir potansiyele sahip olduğu açıktır. Söz konusu olumsuz sonuçların ortaya çıkmaması için Yargıtay ve öğreti tarafından birtakım kriterler belirlenmiş ve bu olumsuz sonuçların önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Çalışmamız temelde, hukukumuz bağlamında genel olarak sözleşme ve iş sözleşmesinin değerlendirmesi ile ikale sözleşmelerinin, öğreti ve Yargıtay kararları ışığında etraflıca incelenmesini amaç edinmiştir.

Anahtar Kelimeler: İ kale sözleşmesi, bozma sözleşmesi, ikale, iş sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü, iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi, sona erme, iş güvencesi, makul yarar.

ABSTRACT

KARAÇ, Serkan Taylan. *Mutual Rescission Contracts in Turkish Labour Law*, Master's Thesis, Ankara, 2020.

The principle of freedom of contract is widely accepted about contracts made by private persons within the scope of Contracts Law. This principle is regulated in article 48 in Constitution of Republic of Turkey. As per that article, “*Everyone has the freedom to work and conclude contracts in the field of his/her choice*”. More in particular in the field of Labour Law, “mutual rescission contracts” come into view as a consequence of the principle.

Mutual rescission contracts are defined as “a termination an existing employment contract concurringly within the scope of freedom of contract by an employee and employer”. Even if drawing up a mutual rescission contracts, which has not been regulated in our legislation yet, is subject to general provisions of Turkish Code of Obligations, it has also special importance by virtue of being a field regarding of Labour Law. Because Labour Law is a field taken shape within the framework of the principle of preservation of employee. Taking into consideration that nonequivalent employment relation between employee and employer, it is quite apparent that mutual rescission contracts have a potential may cause aftermath against employee. In an attempt to prevent to cause these undesired results, certain criterions are specified by doctrine and Supreme Court of Turkish Republic and it is aimed to prohibit these unwanted results. Fundamentally, our study aspires to evaluate contract and labour contract in general within the context of our judicial system and consider mutual rescission contracts in the light of doctrine and legal precedents of Supreme Court.

Keywords: Mutual rescission contract, rescission, labour contract, employment agreement, freedom of contract, the cancellation of a contract by mutual agreement of the parties, termination, labor-job protection, reasonable benefit.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	ii
ETİK BEYAN.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
§ 1. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞME VE ÖZELLİKLERİ.....	3
1.1. GENEL OLARAK	3
1.2. KAVRAMSAL OLARAK SÖZLEŞME	3
1.3. HUKUKUMUZDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	5
1.4. ATİPİK (İSİMSİZ) SÖZLEŞMELER.....	9
1.4.1. Sui Generis (Kendine Özgü) Sözleşmeler	10
1.4.2. Birleşik Sözleşmeler	10
1.4.3. Karma Sözleşmeler	11
1.5. GEÇERLİ BİR SÖZLEŞMENİN MEYDANA GETİRİLMESİ	12
1.5.1. Klasik Yöntem	13
1.5.2. Metnin Birlikte Benimsenmesi	14
1.5.3. Genel İşlem Şartlarına Sözleşmenin Diğer Tarafının Katılması.....	15
1.6. SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ.....	16
1.6.1. Genel Şartlar	16
1.6.1.1. Ehliyet	16
1.6.1.2. Ahlaka, Kişilik Haklarına, Emredici Hukuk Kurallarına ve Kamu Düzenine Aykırılık.....	17
1.6.1.3. İmkânsızlık.....	19
1.6.1.4. İrade Beyanları.....	20
1.6.1.5. Muvazaa	22
1.6.2. Özel Şartlar	24
1.6.2.1. Gabin (Aşırı Yararlanma)	24
1.6.2.2. Şekle Uygunluk.....	25
1.6.2.3. Şekle Aykırılığın Neticeleri	28

1.7. SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI	29
§ 2. TÜRK HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ	31
2.1. GENEL OLARAK	31
2.2. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI İLE ROMA VE İSLAM HUKUK SİSTEMLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	32
2.2.1. İş Sözleşmesi Kavramı	32
2.2.2. Roma Hukukunda İş Sözleşmesi	32
2.2.3. İslam Hukukunda İş Sözleşmesi	33
2.3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	34
2.3.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme	35
2.3.2. Karşılıklı (İvazlı) Sözleşme	35
2.3.3. Özel Hukuk Sözleşmesi	36
2.3.4. Süreklilik Arz Eden Sözleşme	36
2.3.5. İşçinin Kişiliğinin Önemli Olduğu Sözleşme	37
2.4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	37
2.4.1. Genel	37
2.4.2. İş Görme	38
2.4.3. Ücret	39
2.4.4. Bağımlılık	41
2.5. BAĞIMLILIK UNSURUNUN VARLIĞININ BELİRLENMESİNDE KULLANILAN YARDIMCI ÖLÇÜTLER	44
2.5.1. İş Organizasyonu Ölçütü	44
2.5.2. İşyeri Ölçütü	45
2.5.3. İş Süresi Ölçütü	46
2.5.4. Kullanılan Araç ve Gereç Ölçütü	46
2.5.5. Yapılan İşin Yönetim ve Denetim Ölçütü	46
2.5.6. Başkası İçin Çalışma ve Adam Çalıştırma Ölçütü	47
2.5.7. Serbest Girişimcilik ve Müşteri Çevresi Ölçütü	47
2.6. İŞ SÖZLEŞMESİNİN NİTELİKLİ BİÇİMLERİ	48
2.6.1. Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m.448-460)	48
2.6.2. Evde Hizmet Sözleşmesi (TBK. m.461-469)	50
2.6.3. Tele Çalışma Sözleşmesi	52
§ 3. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ	53
3.1. GENEL SONA ERME SEBEPLERİ	53
3.1.1. Tarafların Anlaşması (İkale)	53

3.1.2. Ölüm	53
3.1.3. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Sürenin Sona Ermesi.....	54
3.2. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ.....	55
§ 4. İKALE (BOZMA) KAVRAMI VE HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ.....	58
4.1. GENEL OLARAK.....	58
4.2. İKALE (BOZMA) KAVRAMI VE TANIMI	58
4.3. İKALE SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI BAKIMINDAN FAYDA VE SAKINCALARI.....	61
4.3.1. İşveren Bakımından	61
4.3.2. İşçi Bakımından	62
4.4. İKALE SÖZLEŞMELERİNDE İŞÇİ YARARINA YORUM İLKESİ.....	62
4.5. İKALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ DAYANAĞI.....	65
4.6. İKALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ İTİBARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ	66
§ 5. İKALE SÖZLEŞMELERİNİN DİĞER BENZER HUKUKİ İŞLEMLERDEN FARKI.....	68
5.1. FESİH BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA	68
5.2. FERAGAT BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA.....	71
5.3. SULH SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA.....	72
5.4. İBRA SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA	72
5.5. TASFİYE SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA	74
5.6. YENİLEME SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA.....	75
5.7. ARABULUCULUK BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA	75
§ 6. İKALE SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI.....	79
6.1. İKALE SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ	79
6.2. KARŞILIKLI VE BİRBİRİNE UYGUN İRADE BEYANLARI.....	80
6.3. EHLİYET VE ŞEKİL.....	82
6.4. DİĞER HUSUSLAR.....	83
§ 7. İKALE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ.....	85
7.1. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE UYGUNLUK.....	86
7.2. AHLAK KURALLARINA UYGUNLUK	86
7.3. DAR YORUM İLKESİ.....	87
7.4. İŞÇİNİN EĞİTİM DÜZEYİ VE İŞLETMEDEKİ KONUMU	87

7.5. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	88
7.6. İRADE BOZUKLUĞU ÖLÇÜTÜ.....	89
7.6.1. Yanılma (Hata).....	89
7.6.2. Aldatma (Hile)	90
7.6.3. Korkutma (İkrah)	91
7.6.4. İrade Bozuklukları Dolayısıyla İkale Sözleşmesinin İptali.....	92
7.7. MUVAZAA.....	93
7.8. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ	94
7.9. MAKUL YARAR ÖLÇÜTÜ VE KANUNA KARŞI HİLE.....	95
7.10. İKALE SÖZLEŞMESİNİN ŞARTA BAĞLANMASI	100
7.11. İKALE SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI.....	101
§ 8. İKALE SÖZLEŞMESİNİN MEVCUT İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ VE GEÇERSİZ İKALE SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI	103
8.1. YAN YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN ETKİLERİ.....	103
8.2. ÜCRET ALACAKLARI BAKIMINDAN ETKİLERİ	104
8.3. TAZMİNATLAR VE İŞE İADE DAVASI BAKIMINDAN ETKİLERİ.....	105
8.4. İŞSİZLİK ÖDENEĞİ BAKIMINDAN ETKİLERİ	107
8.5. İKALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME ZAMANI BAKIMINDAN ETKİLERİ.....	108
8.5.1. Derhal Sona Erme	108
8.5.2. Geçmişe Etkili Olarak Sona Erme	108
8.5.3. Geleceğe Etkili Olarak Sona Erme	109
8.6. İKALE SÖZLEŞMESİNİN TOPLU İŞTEN ÇIKARMA BAKIMINDAN ETKİSİ.....	109
8.7. İKALE SÖZLEŞMESİNİN İŞYERİNİN DEVRİNE ETKİSİ	110
8.8. GEÇERSİZ İKALE SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI	110
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA	121
EK-1 : ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU	151
EK-2 : ORJİNALLİK FORMU	155

KISALTMALAR

ADR	: Alternative Dispute Resolution/Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
A.e. / a.e.	: Aynı eser
A.g.e. / a.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.m. / a.g.m.	: Adı geçen makale
AY.	: Anayasa
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
A.y.	: Aynı yere
BİK.	: Basın İş Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız / bakınız
C.	: Cilt
Doç. Dr.	: Doçent Doktor
Dr.	: Doktor
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EİK.	: Elektronik İmza Kanunu
Ed.	: Editör
e-imza	: elektronik imza

f.	: fıkra
GVK.	: Gelir Vergisi Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK. / YHGK.	: Hukuk Genel Kurulu / Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK.	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
ILO	: International Labour Organization/Uluslararası Çalışma Örgütü
İşK.	: İş Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
Prof. Dr.	: Profesör Doktor
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TİSK	: Türkiye İşverene Sendikaları Konfederasyonu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
UCL	: University College London

Vol.	: Volume
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Türk Pozitif Hukuku, kişi olarak kabul görmüş varlıkların, aralarında oluşturacağı hukuki ilişkiler bakımından belirli istisnalar hariç “özgürlüğü” esas almaktadır. Bu müessesenin hukuki dayanağı olarak da, en temel anlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 48 ve daha özel anlamda Türk Borçlar Kanunu madde 26 gösterilmektedir. İşçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden sözleşme, her ne kadar mevzuatımız açısından farklı biçimlerde nitelendirilmiş olsa da genel olarak iş sözleşmesi olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda iş sözleşmesi; işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise buna karşılık bir miktar ücret ödemeyi üstlendikleri sözleşmedir.

Hâlihazırda geçerli bir biçimde devam eden bir iş sözleşmesi, belli durumların oluşması ile sona erebilmektedir. Bu durumlardan biri de tarafların anlaşarak mevcut sözleşmeyi sona erdirmesidir. Kelime manası bakımından; *kaldırılma, bir şeyi iptal etmek veya feshetmek* daha Türkçe bir deyişle, *bozma* manasında kullanılan ikale ile, taraflar anlaşarak aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi ortadan kaldırabilmektedir. İ kale sözleşmesinin, herhangi bir sözleşmesel ilişkiyi ortadan kaldırmasına yönelik bir engel bulunmamaktadır. Yani ikale sözleşmesi, her ne kadar uygulama açısından iş sözleşmelerinin sona ermesi bakımından gündeme gelse de diğer sözleşmelerin sona ermesi açısından da meydana getirilmesi mümkün olan bir sözleşme biçimidir. Konu sınırlaması bakımından çalışmamızda ikale sözleşmelerini, iş ilişkisini ortadan kaldıran bir sözleşme olarak ele alacağız.

Her ne kadar mevzuat içerisinde hala özel bir düzenlemede yer almasa da ikale sözleşmeleri, uygulama açısından özellikle 2003 yılındaki iş güvencesi ile ilgili hükümlerin kanuna girmesi ile birlikte çok sık karşılaşılabir durum olmuş ve konu ile ilgili ihtilaflar açısından yargı makamları önüne birçok hadise gelmeye başlamıştır.

Yukarıda izah edildiği üzere, sadece uygulama bakımından var olan fakat herhangi bir düzenlemede yer almayan ikale sözleşmelerinin kuruluşu, işleyişi, geçerliliği ve sonuçları ile ilgili ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Mevcut sorunların ortadan kaldırılması ve bir sonuca bağlanması açısından Türk Öğretisi ve Yargıtay, konu ile ilgili birtakım

ölçütler belirleyerek bu hukuki kurumun işleyişini sağlamaktadır. Bu ölçütlerin bir kısmı genel kurallar aracılığıyla hüküm altına alınmış ölçütler olup diğer bir kısmı ise, ikale sözleşmesinin kendine has niteliği gereği ilaveten göz önüne alınmış ve yerleşmiş uygulama şekline gelmiş ölçütlerdir.

Bu genel bilgiler ışığında, çalışmamıza konu olan ikale sözleşmeleri incelenmeden evvel özel hukukun alanına giren sözleşmeler, kavramsal boyutuyla incelenecektir. Akabinde, ikale sözleşmeleri ile sona erdirilmesi amaç edinilen iş sözleşmeleri genel bir ekseninde değerlendirilecektir. Devam eden ve çalışmamızın temel alanını oluşturan sonraki bölümlerde ise, en genel anlamda ikale kavramı değerlendirilecek ve bir özel hukuk sözleşmesi olarak incelenerek benzer kurumlarla arasındaki farklar ifade edilecektir. Devamında ikale sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması için gerekli olan hususlar ve bu geçerliliğin denetiminde nazara alınan ölçütler özellikle Yargıtay kararları ışığında ve öğretiden faydalanılarak etüt edilecektir. Son aşamada, işçi ve işveren arasında geçerli bir biçimde kurulan ikale sözleşmesinin, mevcut iş ilişkisi bakımından etkileri incelenecek ve ikale sözleşmesinin geçersiz olması durumunda karşılaşılabilecek sonuçlara yer verilecektir.

§ 1. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞME VE ÖZELLİKLERİ

1.1. GENEL OLARAK

Toplumsal ilişkilerin en yoğun yaşandığı çağımızda kişiler, temel seviyedeki gündelik ihtiyaçlarından, daha stratejik ihtiyaçlarına kadar olan neredeyse tüm bu ihtiyaçlarını sözleşme meydana getirerek karşılamaktadır. Hem gerçek kişi hem de tüzel kişiler bakımından geçerli olan bu durum, market ihtiyaçları gibi basit ya da şirket birleşmeleri gibi daha kompleks olabilmektedir.

Sosyal düzen içerisinde birlikte yaşama zorunluluğu bulunan insanlar, birbirleriyle yardımlaşma durumunda kalmaktadırlar. Kişileri akit yapmaya yönelten temel sebep, işbölümü ve yardımlaşma olgularıdır. Dolayısıyla sosyal ve toplumsal ilişkiler, insanları sözleşmeye yapmaya mecbur etmektedir.¹

1.2. KAVRAMSAL OLARAK SÖZLEŞME

Kişi davranışlarının, hukuki olarak netice yaratabilmesi, hukuki işlemler ve günümüzde en sık başvurulan biçimi olarak sözleşmeler ile mümkün olmaktadır. Sözleşme kelimesi ile ifade edilen kavram, esasen hukuki alanda farklı terminolojik ifadeler ile anılmaktadır. Geçmiş döneme ait birtakım mevzuat metinlerinde, halk arasında yahut hukuk uygulamasında “mukavele, akit, protokol, anlaşma, tutanak” gibi kelimelerin sözleşme terimi yerine kullanıldığı gözlenmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, belirtilen tüm bu terimlerle anlatılmak istenen aynı şeydir.² Mülga 6762 sayılı TTK.

¹ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 16. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s.185.

² Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.3.

m.1464 “*Gerek bu kanunda gerekse diğer kanunlardaki (Mukavele) ve (Akit) sözleri aynı mânaya gelir.*” hükmü de yukarıdaki ifademizi destekler niteliktedir.

Herhangi bir şekil şartı gerektirmeksizin meydana getirilen, karşılıklı mutabakata ve belgeye dayanan ilk yazılı sözleşme örneğini hukuk tarihine kazandıran Roma Hukuk Sistemi’nde, taahhüt ve karşılıklı yükümlülükleri düzenleme adına ilk sistematik adımlar atılmıştır.³ Buna göre sözleşme / kontrat, herhangi bir yükümlülük getiren hemen hemen tüm hukuki davranışlar/işlemler olarak görülmektedir.⁴

Kelime manası bakımından sözleşme, “*Hukuki sonuç doğurmak amacıyla iki veya daha çok kişinin, kuruluşun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleşen işlem, bağıt, akit, mukavele, kontrat.*” olarak tanımlanmaktadır.⁵ Hukuki bakımdan sözleşme, insan-insan yahut insan-eşya ilişkisidir. Söz konusu ilişkilerin hukuki açıdan değerlendirilmesi, hukuksal işlemin bir türü olarak ifadesini bulmaktadır. “*Sözleşme*”, bir yandan sorumluluk hukuku bakımından sınırlarının çizilmesi diğer yandan sözleşmenin özgün bir hale getirilmesi amacıyla kullanılmaktadır.⁶

Hukuki işlem ifadesinden, genel anlamda “*hukuk düzeni tarafından korunan bir neticeyi doğurmaya yönelik birbirine uygun irade beyanları*” anlamı çıkarılmaktadır. Hukuki işlem, kişi sayısı dikkate alınarak hukuksal bir neticeyi meydana getirmek üzere açıklanan iradeye göre “tek taraflı hukuki işlemler, iki ya da çok taraflı hukuki işlemler” olarak iki ana başlığa ayrılmaktadır.⁷ Bu ve benzeri şekillerde farklı kategorilerde sınıflandırılmaya tabi tutulan hukuki işlemlerden iki taraflı hukuki işlem, “*sözleşmeler*” olarak ifadeye yer bulmaktadır.⁸

TBK. m.1. hükmünde, “*Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemlerdir.*” şeklinde ifade edilmiştir. TBK. m.1-40 arasında bulunan hükümlerde sözleşme, bir borç kaynağı olarak düzenlenme altına alınmıştır. Fakat sözleşme kavramı, yalnızca borç sözleşmesinden ibaret olmayan esasında daha geniş bir

³ Brian H. Bix, *Contract Law: Rules, Theory and Context*, New York, Cambridge University Press, 2012, s.5.

⁴ A.y.

⁵ (Çevrimiçi) www.sozluk.gov.tr/, 03 Ocak 2020.

⁶ Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.5.

⁷ Aydoğdu, Kahveci, a.g.e., s.3.

⁸ Işıktaç, a.g.e., s.203.

kavram olarak görülmektedir. Zira sözleşme kavramına sadece Borçlar Hukukunda değil tümüyle Medeni Hukuk içerisinde ve hatta diğer hukuk alt disiplinleri muhtevasında da rastlanmaktadır. Diğer yandan, sözleşme yalnızca hukuki anlamda bir borç ilişkisini kurma amacıyla değil, aynı zamanda var olan bir ilişkiyi uyarlamak ya da ortadan kaldırmak amacıyla da yapılmaktadır.⁹

Yukarıda da izah edildiği üzere Türk Hukukunda TBK. dışında diğer genel ve özel nitelikteki düzenlemeler içerisinde de sözleşmelere dair çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu'nda bazı iş sözleşmeleri, 6102 sayılı TTK.'da ticari satış, sigorta sözleşmesi, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununda finansman sözleşmesi gibi.

1.3. HUKUKUMUZDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Bir ilke olarak sözleşme özgürlüğü, *“bir kimsenin kendi arzu ve iradesi ile dilediği konuda ve şartlarda sözleşme yapabilme ve kendi adına hak ve borçlar doğurabilme özgürlüğü”* olarak ifade edilmektedir.¹⁰

Sözleşme özgürlüğü ile doğrudan bağlantısı olan bir diğer husus ise, ahde vefa ilkesidir. Bu ilke gereği, bir kimseye karşı edim yükümlülüğü altına giren kişi, meydana getirilmiş olan anlaşmaya uygun bir biçimde söz konusu yükümlülüğünü yerine getirme durumundadır.

Liberalizm tarafından savunulan irade özgürlüğü fikri, kişilerin irade özerkliğine sahip olarak hukuksal ilişkiler ile borç ilişkilerini istedikleri şekilde düzenleyebilecekleri esasına dayanmaktadır. İrade serbestisi olarak da anılan bu müessese, kişilerin özel hukuka dayanan ilişkilerini yine kendi özgür iradeleri doğrultusunda düzenleme yetkisini içermektedir.¹¹ Esasen hukuk-öncesi bir hak olarak nitelenen sözleşme özgürlüğü, hukuken tanınan kişilere kısıtlı ve sınırları çizilmiş bir alanda bir başkasıyla

⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s.97-98.

¹⁰ Tan Tahsin Zapata, *Borçlar Hukuku*, 17. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016, s.112.

¹¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.313.

anlaşma meydana getirip getirmeyeceği, sözleşme taraflarının kimler olacağı ve belirlenen sözleşme koşulları içerisinde karşı tarafa dair mükellefiyetlerin temelini oluşturacak bir sözleşme yapma hususunda tümüyle özgür bir yetki tanımaktadır.¹² O halde sözleşme özgürlüğü, bir "bağımsızlık alanına" işaret etmektedir. Ancak günümüzde sözleşme özgürlüğünü en üst seviyede savunan hukukçular dahi, örneğin sözleşme taraflarından birinin, diğerinin kölesi olma ihtimalini yaratan sözleşmelerin meydana getirilemeyeceğini/getirilmemesi gerektiğini benimsemektedir.¹³ Kişiler, söz konusu alan itibariyle, şahsına ait yükümlülüklerinin tümünden sorumludur. Kişilerin sözleşmeye dair mükellefiyetlerinin sınırları sadece *ne yapması gerektiğini* değil, bununla birlikte diğerlerinin özgürlüklerini sınırlamak amacıyla ifade edilmiş yükümlülükleri dışında, *neleri yapma mecburiyetinde olmadığını* da ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu da en temel anlamda "*sözleşme yapma hakkı*"nı elinde bulundurmaya anlamına gelmektedir.¹⁴

Hukuk sistematiğimiz içerisinde sözleşme özgürlüğü, temel hak ve özgürlük olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile hüküm altına alınmıştır. AY. m.48'de "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı içerisinde düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hüküm gereği, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahiptir. AY.'da güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü, yalnızca kamu yararı amacıyla sınırlanabilmektedir. Zira AYM. tarafından 2008 yılında verilen bir içtihadta sözleşme özgürlüğü, "*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 ulaşılabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına*

¹² Robin, West, "The Right To Contract As A Civil Right", **St.Thomas Law Review**, Vol.26, s.553 (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2546840, 03 Ocak 2020.

¹³ Bix, a.g.e., s.11.

¹⁴ West, a.g.m., s.554

alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.” biçiminde tanımlanmıştır.¹⁵

Tıpkı AY.’da olduğu gibi Türk Borçlar Hukukumuzda da söz konusu özgürlük, paralel biçimde, yasalarca belirlenen sınırları aşmamak şartıyla, hukuki ilişkilerin kişilerce dilendiği şekliyle düzenlenebileceğini hüküm altına almıştır.¹⁶ Her ne kadar 6098 sayılı TBK. m.26. “*Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” ifadesiyle sözleşme özgürlüğünü yalnızca konu bakımından ele almışsa da sözleşme özgürlüğü ilkesi, diğer özgürlükleri de bünyesinde barındıran ziyadesiyle kapsamlı bir kavramdır.¹⁷ Zira sözleşme özgürlüğü kişilere, istedikleri kişiler ve konularda mukavele yapma özgürlüğü tanımakta ve kesin bir biçimde gerekli olmadıkça kanun ve mahkemelerce müdahale edilmemesini amaçlamaktadır.¹⁸

Bir sözleşme meydana getirip getirmeme, sözleşme tarafını belirleme, içeriğin düzenlenmesi, sözleşmenin şeklinin belirlenmesi, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve sözleşme içeriğinin değiştirilmesi de, sözleşme özgürlüğü içerisinde yer almaktadır.¹⁹ Sözleşme özgürlüğü denince ilk akla gelen, sözleşme yapıp yapmama konusundaki özgürlüktür. Kişiler, istedikleri kimseler ile istedikleri türdeki sözleşmeleri yapıp yapmamakta serbestir ve ayrıca hiçbir sözleşmeyi yapma zorunluluğu da bulunmamaktadır.²⁰ Her ne kadar mevcut durum konusunda TBK.’da açık bir hükme yer verilmemiş olsa da bu husus, sözleşme özgürlüğünün tabii bir sonucudur. Nitekim sözleşme meydana getirme yahut getirmeme özgürlüğünün bulunmadığı bir hukuki düzende “sözleşme özgürlüğü”nden söz etmek mümkün olmayacaktır.²¹ Fakat

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2005/128, K.2008/54, T.01.07.2008 ve 26923 sayılı RG, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr>, 03 Ocak 2020.

¹⁶ Erol Cansel, Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s.125.

¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.501.

¹⁸ Chris Monaghan, Nicola Monaghan, *Beginning Contract Law*, London and New York, Routledge, 2013, s.1.

¹⁹ Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.71.

²⁰ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.24.

²¹ Altunkaya, a.g.e., s.72.

belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki, istisnaen de olsa sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlar da vardır.²²

Sözleşme özgürlüğü dendiğinde akla gelen bir diğer anlam, sözleşmenin karşı tarafını belirleyebilme serbestisidir. Hiç kimse istemediği bir kişi ya da kişiler ile sözleşme yapmaya mecbur değildir. Hukukumuzda kişiler, sözleşme yapacakları kişileri özgür iradeleri ile kendileri belirlemektedir.²³

Diğer yandan sözleşme tarafları, meydana getirdikleri bir sözleşmeyi tamamıyla ya da kısmi olarak ortadan kaldırma veya uyarlama özgürlüğünü de ellerinde bulundurmaktadırlar. Bununla birlikte sözleşme taraflarının, var olan bir sözleşme üzerinde düzeltme yahut birtakım ilaveler yapma hakları da mevcuttur.²⁴

Sözleşme özgürlüğü ile ilgili bir diğer husus ise, şekil serbestisidir. TBK. “Özel Borç İlişkileri” başlığı altında sosyal ve ekonomik hayatta en sık rastlanan sözleşme türlerini hüküm altına almış ancak bunların sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmadıkları hususunu da ilk bölümde yer alan genel hükümler içerisinde bulunan 12. madde ile hüküm altına almıştır.²⁵

Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü de sözleşme özgürlüğünün bir diğer yansımasıdır. Sözleşmenin içeriği; sözleşme taraflarının karşılıklı davranışları, edimler ve bunların yerine getirilme biçimi ve ne tür taleplerde bulunma konusunda hak sahibi oldukları gibi konuların bir araya gelmesiyle oluşmaktadır. TBK. m. 26 hükmü ile sözleşme taraflarına sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla taraflar, mevcut sözleşmeyi mevzuatta yer alan sınırlar dahilinde istedikleri içeriği barındıracak şekilde düzenleyebilecekler ve sözleşme tipini serbestçe belirleyebileceklerdir.²⁶

Hayatımızda çok önemli bir yere sahip olan, kişilerarası ilişkilerin tümüyle düzenlenmesine ciddi manada fayda sağlayan ve temel araç vazifesi gören

²² Detaylı bilgi için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014. s.78.

²³ A.e., s.81.

²⁴ Eren, a.g.e., s.316.

²⁵ TBK. m.12: “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir.”

²⁶ Altunkaya, a.g.e., s.73.

sözleşmelerin, hukuksal fonksiyonunu tam olarak yerine getirebilmesi amacıyla sözleşme özgürlüğü ilkesi hayati bir nitelik taşımaktadır. Fakat belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki, söz konusu ilkenin, hakkaniyete uygun ve meşru bir biçimde kullanılması önem arz etmektedir. Dolayısıyla modern hukuk sistemleri sözleşme hürriyeti ilkesinin, sözleşme hukukuna en uygun oranda teşmilinin çözümünü, söz konusu ilkeyi belli ölçüde sınırlandırmakta bulmuştur.²⁷ Yine bahsi geçen ilkenin sınırları, bu ilkeyi tanıyan kanunlarda bulunmaktadır.²⁸ Kanuna ya da mevcut hukuk kurallarına aykırılık içeren sözleşmelerin geçersiz olacağı açıktır. Dahası sözleşmelerin ahlaka ve adaba da aykırılık teşkil etmemesi aynı zamanda kamu düzenine de mugayir olmaması gerekmektedir.

Bütün çağdaş hukuk sistemleri tarafından, sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenerek uygulanan temel nitelikli bir ilkedir. Mevzubahis ilkenin sağlamış olduğu imkanlar, tümüyle olmasa da toplumun ekonomik ihtiyaçlarına ve düşünce yapılarına göre şekil almaktadır.

1.4. ATİPİK (İSİMSİZ) SÖZLEŞMELER

Türk Hukukunda sözleşmeler sınıflandırılırken iki temel yaklaşım söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, TBK.'da "Özel Borç İlişkileri" kısmında ya da özel bir kanun tarafından düzenlenen sözleşmeler "İsimli ya da Tipik Sözleşmeler" olarak sınıflandırılmakta olup sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda, kanunen düzenlenmemiş bir türde sözleşme meydana getirilmesi de mümkün kılınmıştır. Bahsi geçen sözleşmeler de "İsimsiz ya da Atipik Sözleşmeler" olarak adlandırılmaktadır. Atipik sözleşmeleri de kendi bünyesinde, tümüyle atipik karakterde olan "kendine özgü ya da sui generis sözleşmeler", içeriklerinin tamamı tipik sözleşmelerle aynı nitelikte olan ancak bunların mevzuatta belirlenmemiş bir şekilde birleştirilerek meydana getirildiği "karma ya da karışık muhtevalı sözleşmeler" ile belirtilen iki tür arasında

²⁷ Arzu Küçükyalçın, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S.4.

²⁸ TBK. m.27: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

kalan, “unsurlarının bir bölümünü isimli, diğer bölümünü ise isimsiz sözleşmelerden alan sözleşmeler” olmak üzere üç temel ayırım altında değerlendirmek mümkün olmaktadır.²⁹

1.4.1. Sui Generis (Kendine Özgü) Sözleşmeler

“Kendine özgü sözleşmeler”, mevzuat içerisinde düzenleme altına alınmış sözleşme türlerinden herhangi birine dâhil olmayan unsurları tümüyle yahut kısmi anlamda bünyesinde barındıran sözleşmeler olarak ifade edilmektedir.³⁰ Bahsi geçen sui generis sözleşmeler, iyi niyet kurallarına ve teamüller dikkate alınarak yorumlanarak tamamlanmaktadır. Niteliklerine uygun düştüğü ölçüde söz konusu sözleşmelere, benzer yönleri bulunan sözleşme türlerine ilişkin mevzuat hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. Ve hatta gereksinim durumunda TBK.’nın genel hükümlerine de bu sözleşmeler ile ilgili sorunları çözüme kavuşturmak amacıyla başvurmak mümkündür.³¹

1.4.2. Birleşik Sözleşmeler

“Birleşik Sözleşmeler”, sözleşme taraflarınca asgari iki bağımsız isimli sözleşmeyi, kendilerine has özelliklerini bozmadan, sözleşmelerden bir tanesinin geçerliliğini diğerinin geçerliliğine mecbur tutarak bir araya getirilmeleri ile meydana gelen sözleşmelerdir.³² Bu tür sözleşmeler, taraflarına karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edimin bağlı olduğu şekliyle bağlıdır. Bunlardan bir tanesi geçersiz olur yahut ortadan kalkarsa diğeri de geçersiz olacak ya da ortadan kalkacaktır. Böylelikle mevzubahis akitlerden her birinin mevcudiyeti ve geçerliliği, diğerlerinin mevcudiyetine ve geçerliliğine bağlı olmaktadır.

²⁹ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.277.

³⁰ Erdem Erdenk, *İş Hukukunda İsimsiz Sözleşmeler*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s.68; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.13.

³¹ Tandoğan, a.g.e., s.13.

³² Erdenk, a.g.e., s.72.

Karma sözleşmelerde, birden çok türe ait unsurlar tek bir sözleşme bünyesinde birleştirildiği ve meydana yeni türde bir sözleşme çıktığı halde birleşik sözleşmelerde, birden çok türden birer unsur değil, birden çok bağımsız türün her birinin tamamı birleştirilmiştir.³³

Birleşik sözleşmenin belirlenmesinde unsurların bir belge içerisinde bir araya gelip gelmediğinin tespitinden ziyade sözleşme taraflarının iradesi ve söz konusu unsurlarla bir araya gelen sözleşmelerin bir bütünü meydana getirip getirmediğine dikkat edilmelidir.³⁴

1.4.3. Karma Sözleşmeler

Sosyal ve ekonomik düzen içerisinde şahısların, mevzuat içeriğinde düzenleme altına alınan sözleşme türlerinden yalnızca birini seçmeyip bu sözleşmeler bakımından esaslı unsur niteliğindeki birkaç unsuru bir araya getirerek yeni ve bağımsız bir sözleşme oluşturmaları mümkündür. Meydana getirilen bu bağımsız sözleşmeler, mevzuat içerisinde öngörülen unsurların, mevzuat tarafından öngörülmeyen bir biçimde birleştirilmesi sonucu meydana gelmekte olup bu sözleşme türüne hukukumuzda “karma ya da karışık muhtevalı sözleşmeler” denmektedir.³⁵ Bu sözleşmelerle ilgili olarak öncelikle belirtilmesi gereken husus, mevzubahis sözleşmelerin var olabilmesi için unsurlarından en azından bir bölümünün kanunda var olan sözleşme biçimine ait olması gerekmektedir.³⁶

Karma sözleşmelerin temel özelliği, tümüyle dikkate alındığında mevzuat içerisinde düzenlenmemiş ancak unsurları ya da edimler bakımından kanunen düzenlenen bir sözleşme niteliğine sahip olmasıdır. Örneğin; ülkemizde çok sık görülen ve uygulama alanı bulan sosyo-ekonomik ihtiyaçlar doğrultusunda ortaya çıkmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapı inşa ederek arsa sahibine teslimine karşılık

³³ Tandoğan, a.g.e., s.75-76.

³⁴ Yargıtay 6.HD., E. 1978/4149, K. 1978/4536, T. 07.06.1978, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁵ Erdenk, a.g.e., s.43.

³⁶ Doğan Şenyüz, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 7. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2013, s.247.

arsa sahibi, arsasının belirli payını/paylarını yükleniciye devretmektedir. Bu karma yapılı sözleşme türü içerisinde hem eser sözleşmesi hem de satış vaadi sözleşmesi izlerine rastlanmaktadır. Yine yaygın bir biçimde karşılaşılan kapıcılık sözleşmelerinde de bir taraf diğerine taşınmazın bir kısmının kullanımını devrederken, sözleşmenin diğer tarafı da bu kullanıma karşılık olarak bina temizliği ve yine binaya veya ikamet edenlere yönelik birtakım hizmetleri yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu karma türde ise, hem kira sözleşmesi hem de iş sözleşmesine dair unsurları görmekteyiz.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay, karma nitelikte olan sözleşmelerin, esas niteliğinin sözleşme koşulları doğrultusunda ayrıca tanımlanması, hak ve borçların da aynı koşullar dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.³⁷

Nihayetinde karışık muhtevalı akitlerin belirlenmesinde, yalnızca tek bir görüş, yerine her bir sözleşmenin nitelikleri göz önünde bulundurularak farklı görüşlerin dikkate alınmasının doğru olacağı söylenebilir.

1.5. GEÇERLİ BİR SÖZLEŞMENİN MEYDANA GETİRİLMESİ

Sözleşmeleri oluşturan unsurlardan en fazla öneme sahip unsur, irade beyanıdır. Fakat sadece irade beyanının var olması, istenen hukuki etkinin meydana gelmesi için her zaman yeterli olmayabilmektedir. Zira hukuk sistematığı bir akit için, taraflarca ulaştırılması istenen hukuki neticeleri meydana getirebilmesi amacıyla irade beyanı ile birlikte diğer unsurların da mevcudiyetini aramaktadır.

Sözleşmelerin meydana getirilmesi hususu, TBK. m.3-10 hükümlerinde yer alan klasik sözleşme meydana getirmede, icap ve kabulün bir araya gelmesi şartına dayanmaktadır. Ancak belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki, uygulamada farklı yöntemler de oluşmuş, dahası öğretilerde bir kısım yazarlara göre TBK. içeriğinde var olan model doğrultusunda tarafların icap ve kabulü yolu ile meydana getirilen sözleşmeler kural olmaktan ziyade istisna durumuna gelmiştir. Söz konusu görüş, esas olanın müzakere

³⁷ Erdenk, a.g.e., s.43.

nihayetinde hazırlanan metnin benimsenmesi vasıtası ile meydana getirilen sözleşmeler olduğunu savunmaktadır.³⁸

1.5.1. Klasik Yöntem

Sözleşmeler, iki yahut daha çok sayıda kişinin bir hukuksal netice yaratma amacıyla karşılıklı irade beyanlarında bulunma ve söz konusu irade beyanlarının da birbirlerine uygun olması ile kurulmaktadır. Hukuk sistematiğimiz içerisinde de TBK. m. 1 hükmü, “Sözleşme tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” ifadesiyle söz konusu durumu ortaya koymuştur.

Mevzuat içerisinde ifade edilen nitelikte icap ve kabulün bir araya gelmesi, sözleşmenin kurulması bakımından temel oluşturmaktadır. Aksi taktirde “yokluk” müessesesi söz konusu olacaktır.³⁹

Öneri ya da icap, tek taraflı ve karşı tarafa varması zorunlu ilk irade beyanıdır. Diğer bir ifade ile öneri, bir akdin meydana getirilmesi için zorunlu olan iki irade beyanından zaman bakımından öncelikle yapılandır. Bir irade beyanının öneri ya da kabul olup olmadığı belirlenmesi bakımından önem ihtiva eden konu, irade beyanının sahibi değil, zaman bakımından daha önce yapılmasıdır.⁴⁰ Bu ilk irade beyanı süreli yahut süresiz olabilmektedir.⁴¹

Bir önerinin varlığından bahsedebilmek için, evveliyatla iki temel koşulun mevcudiyeti gerekmektedir. Bunlardan ilki önerinin meydana getirilmesi istenen sözleşmeye dair tüm esaslı unsurları bünyesinde barındırmasıdır. Diğer koşul ise, teklifte bulunan tarafın, sözleşmenin kurulması ile ilgili olarak şahsı bakımından son sözü söylemiş olmasıdır. Diğer yandan öneri biçiminde ortaya çıkan irade beyanının, hukuken

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.166.

³⁹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.49.

⁴⁰ A.e., s.51.

⁴¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.64 vd.

uygulanabilir nitelikte olması da gerekmektedir.⁴² Yani karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulması mümkün olacaktır.

Kabul ise, bir sözleşmenin meydana getirilmesi bakımından mühim olan ikinci irade beyanıdır. Öğretide yer alan baskın görüşe binaen, öneriyi öğrenen karşı taraf bu öneri ile birlikte yenilik doğuran bir hakkın sahibi olmuştur. Kabul yönündeki irade beyanı ise yenilik doğuran bir hukuki işlemdir.⁴³ İfade edilmelidir ki, kabul yönündeki irade beyanı, muhteviyatı itibariyle öneriye uygun olmalıdır. İkinci irade beyanında her ne kadar “kabul” kelimesi yer alsın da öneride değişiklik ya da ilave hususlar barındıran beyanlar, kabul niteliğinde değildir.⁴⁴

Kanun koyucu tarafından ya da ilk irade beyanı sahibince özellikle bir şekil şartı belirlenmemişse kabul iradesi, herhangi bir şekli şarta tabi bulunmamaktadır. Kabul ile birlikte, sözleşmesel ilişki kurulmuş olacaktır.⁴⁵

1.5.2. Metnin Birlikte Benimsenmesi

Sosyo-ekonomik hayatta var olan birçok sözleşme, içeriğinde teknik unsurlar barındırmaktadır. Know-how, joint venture ve franchise benzeri sözleşmeler, taraflarla (ki taraflardan biri çoğunlukla yabancı olmaktadır) birlikte bulunan çeşitli teknik personel ve danışmanların katıldığı müzakereler neticesinde meydana getirilmektedir.

Bahsi geçen uzun müzakereler neticesinde meydana gelen sözleşme metni, genel olarak konuların ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği, dolayısıyla da ciddi anlamda husus barındıran bir metin niteliğine haizdir. Bu vasıta ile meydana getirilen sözleşmelerde, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını öneri ve kabul biçiminde nitelendirme olanağının bulunmuyor olması pratik açıdan hiçbir fark yaratmamakta olup mevcutta

⁴² Bix, a.g.e., s.18.

⁴³ Sinan Sami Akkurt, Kemal Erdoğan, Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.109.

⁴⁴ Kocayusufoğlu, a.g.e., s.204.

⁴⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.69.”

yine Borçlar Hukuku ilkeleri ışığında birlikte onama yolu ile meydana getirilmiş bir sözleşme bulunmaktadır.⁴⁶

1.5.3. Genel İşlem Şartlarına Sözleşmenin Diğer Tarafının Katılması

Mevcut düzenimizde, bankalar, sigorta şirketleri ve lojistik firmaları gibi sosyo-ekonomik açıdan güçlü pozisyonu teşkil eden taraflar, kişilerde “kitlesel sözleşmeler” olarak sınıflandırılan sözleşmeler meydana getirmektedirler. Hukuk sistemimizin temel şartlarından olan sözleşme serbestisi, taraflar arası eşitlik ve mutlak rekabet ile sağlanmaktadır. Fakat tekel konumunda bulunan güçlü tarafın, karşı tarafa “kabul et ya da vazgeç” dayatmasıyla meydana getirilen akitlerde, sözleşme serbestisinin yasal düzenlemeler vasıtasıyla teminat altına alınmış olması bir başına yeterli olmamaktadır. Söz konusu özgürlük, ekseriyetle ekonomi, tecrübe ve bilgi bakımından güçlü pozisyonda olanlarca kategorilere ayrılmış olmaktadır.

Hazır vaziyette bulunan tipik sözleşme koşulları, “genel işlem koşulları/şartları” olarak ifade edilmektedir. Kişileri esas almadan genele yönelik olarak hazır edilmiş bu tür sözleşmelerde, sözleşmenin meydana getirilmesi konusunda karşılıklı müzakereler ya da birtakım pazarlıkların konu edilmesi söz konusu olmamaktadır. Yukarıda bahsi geçen ve güçlü tarafta bulunanlarca bireysel nitelikteki sözleşmelerin kurulmasından evvel soyut olarak tek taraflı bir biçimde oluşturulmuş sözleşme şartlarını hazırlamakta ve bu sözleşme şartlarıyla, ileri tarihte meydana getirilecek sayısız ancak aynı şekil ve türdeki hukuksal işlemleri düzenlemektedirler. Bu tür akitler TBK.’da öngörülen şekilde, eşit şartlardaki şahısların müzakereler ve pazarlıklar neticesinde öneri ve kabul vasıtası ile kurdukları sözleşmelerle aynı kefeye koyulmamaktadır.⁴⁷ Çünkü tarafların, yapılan müzakereler vasıtası ile meydana getirdikleri sözleşmelerde kendi çıkarlarını göz önünde bulundurarak hareket etmesi ya da birtakım tavizler vermesi normal karşılanmaktadır. Bahsedilen yol ile, sözleşmenin meydana getirilmesinde kişilerarası adalete ulaşılma olasılığı yüksektir. Lakin sözleşme, bir tarafın, ki bu taraf güçlü bir

⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.168.

⁴⁷ A.e., s.171.

pozisyona sahiptir, hazırlamış olduğu genel işlem şartlarına, karşı tarafın katılması ile meydana geliyorsa sözleşme adaletinden söz etmek ihtimal dışıdır.⁴⁸

Genel işlem şartları, TBK. m. 20-25 arasında yer alan hükümlerde düzenleme altına alınmıştır. TBK. m. 20 hükmünde genel işlem şartlarına yönelik tanım yapılmış olup m.21 hükmünde, “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olduğu, aksi takdirde genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı*” ifade edilmiştir.

1.6. SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ

Geçerlilik şartları, tüm kurucu ve tamamlayıcı unsurları var olan bir sözleşmenin, hükümlerini doğurabilmesi amacıyla gereken koşullardır. Bu şartların bir bölümü, tüm sözleşmeler bakımından aranmaktayken birtakım şartlar ise yalnızca bazı sözleşmeler bakımından gündeme gelmektedir.

1.6.1. Genel Şartlar

1.6.1.1. Ehliyet

Ehliyet, bir sözleşmenin geçerli olarak kabul edilebilmesi bakımından irade beyanlarını ortaya koyan kişilerin, söz konusu hukuki işlemi yapma konusundaki gereken yetkiye haiz olduğunu gösteren hukuksal müessesedir. Bu müessese bakımından temel şart, işlemi yapan tarafının ayırt etme gücüne haiz olması gerekliliğidir.

TMK. m. 13 hükmünde de belirtildiği üzere ayırt etme gücü, şahsın mantığa uygun hareket etme kapasitesi ile ilgilidir. Temyiz kudretinden yoksun olmak, kişinin fiil

⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.226.

ehliyetinden kesin manada yoksun olduğunu gösterir. Aynı zamanda temyiz kudretinden mahrum kişi, hukuksal bir işlemi kanunen temsilcisi olan kişinin müsaadesi dahilinde dahi yapamaz. Hatta geçersiz olan bu hukuki işlem, kanuni temsilcinin onamı ile dahi geçerlilik kazanamaz.⁴⁹ Fakat ayırt etme gücü bulunmayan bir kimsenin, kendi fiili ile bir sözleşme meydana getirememesi ile bir sözleşmeye taraf olması birbirinden farklı şeylerdir. Mevzubahis şahıslar, kendi fiilleri ile bir sözleşme meydana getirememelerine rağmen kanuni temsilcileri vasıtasıyla yapılmış bir sözleşmede taraf sıfatını haiz olabilmektedirler.⁵⁰

Tam ehliyetli kişiler; temyiz kudretine haiz olan, ergin ve kısıtlı olmayan kişilerdir. Ve bu kişiler, serbestçe sözleşme meydana getirebilmektedirler. Fakat önemle belirtilmelidir ki, ayırt etme gücüne sahip olan şahsın ergin olmaması yahut bir kısıtlılığının bulunması durumunda kendisini borç altına sokmak üzere meydana getirdiği sözleşmenin geçerliliği için, kanuni temsilcisi tarafından söz konusu sözleşmeye, öncesinde izin vermesi ya da meydana getirilen sözleşmeyi sonrasında onaması gerekmektedir.⁵¹

1.6.1.2. Ahlaka, Kişilik Haklarına, Emredici Hukuk Kurallarına ve Kamu Düzenine Aykırılık

TBK. m.27/f.1, temelde içeriğin, m. 26 hükmünde belirtildiği üzere serbestçe belirlenmesi prensibi olmasına karşın birtakım koşulların varlığı halinde taraf iradelerinin geçersiz sayılacağını düzenleme altına almıştır. Kanun koyucu, sözleşme konusunun kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamasını, buna ilave olarak yine konunun imkânsız olmamasını şart koşmaktadır.

Sözleşme serbestisini sınırlandıran unsurlardan biri, ahlaka aykırılık teşkil etmesidir. TBK.'da ahlaka aykırılık kavramının tanımı yer almamaktadır. TBK. m. 27 hükmünde yer alan ahlak kavramı ile, orta zekâyaya sahip, makul ve dürüst kişilere ait düşüncelerin,

⁴⁹ Akkurt, Erdoğan, Tokat, a.g.e., s.115.

⁵⁰ A.y.

⁵¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.82.

söz konusu toplumun genel ahlakını oluşturduğu ifade edilmektedir. Ahlaka aykırılık, sözleşmenin ahlaka aykırı bir neticeye yönelmiş olması ya da sözleşmeyle hedeflenen amacın ahlaka aykırı olması gibi durumlarda gündeme gelmektedir.⁵² Muhakeme sürecinde, sözleşme içeriğinin ahlaka aykırı nitelikte olup olmadığı belirlenirken, toplumsal olarak makul düşünen kişilerce, sözleşmenin meydana getirildiği sıradaki ortak düşünceleri dikkate alınmak zorundadır. Dolayısıyla hukukumuzda taraflarca ahlaka aykırı nitelikte sözleşme yapılması yasaklanmıştır.⁵³

Kişilik haklarına aykırılık içeren sözleşmeler, kesin olarak hükümsüzdür. Zira TMK. m. 23 hükmü, kişilik haklarının hukuksal işlemlerle, hukuk ve ahlak kurallarına aykırı bir biçimde sınırlandırılmayacağı ilkesini düzenleme altına almıştır. Kanun koyucu bu vasıta ile şahısların, kişilik haklarını hukuksal işlemlere konu etmelerinin, söz konusu haklardan feragat etmelerinin yahut kişileri ciddi manada sınırlandıran işlemlere başvurmalarının önüne geçmiştir.⁵⁴

Taraf iradeleri ile kaldırılması imkân dışı olan ve mutlak suretle uygulanması gereken hükümler, “emredici hukuk kuralları” olarak ifade edilmektedir. Emredici bir hukuk kuralı var olmasına rağmen sözleşme tarafları bu hükme zıt düşecek nitelikte bir sözleşme meydana getirirlerse, böyle bir durumda sözleşmede yer alan hükümler değil, emredici hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır.⁵⁵ Özellikle ifade edilmelidir ki, yalnızca TBK.’da yer alan emredici hukuk kurallarına olan aykırılık değil, aynı zamanda sözleşme konusunun hukuk düzeninde bulunan herhangi bir emredici hukuk kuralına aykırılık teşkil etmesi de hükümsüzlüğü gündeme getirecektir.⁵⁶ Özel hukukta *yedek hukuk kuralları* olarak ifade edilen kurallara aksi yönde sözleşme yapılabilmektedir. Ancak emredici hukuk kuralları söz konusu olduğunda hiçbir suretle aksi kararlaştırılmayacak dahası, sözleşmenin karşı tarafı rıza verse dahi aksi yönde

⁵² Oğuzman, Öz, a.g.e., s.87.

⁵³ Altunkaya, a.g.e., s.84.

⁵⁴ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku*, I. Cilt, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s.354.

⁵⁵ Kocayusufoğlu, a.g.e., s.534.

⁵⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.83.

sözleşme hükmü konulamayacaktır. Zira bu yönde bir sözleşmenin meydana getirilmesi durumunda, sözleşme bir hüküm ifade etmeyecek ve sonuç doğurmayacaktır.⁵⁷

Nihai olarak, konusu kamu düzenine aykırılık içeren sözleşmeler de hükümsüzdür. “Kamu düzeni” genel olarak, korunmasında ve uyulmasında topluma kesin yarar sağlayan ve takdiri olan kurallar anlamına gelmektedir.⁵⁸ Diğer yandan bu kavram, “hukuk kurallarının tamamının meydana getirdiği düzen” olarak da ifade edilmektedir. Buradan hareketle kamu düzenine dair kuralların sürekli bir biçimde emredici nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

1.6.1.3. İmkânsızlık

TBK. m.27/f.1 hükmü gereği “...konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”. Hemen belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki söz konusu hükümle, sözleşmede karara bağlanan edimin yerine getirilmesinde, bahsi geçen sözleşmenin kurulduğu esnadaki imkânsızlık olasılığı düzenlenmiştir. “Başlangıçtaki imkânsızlık” olarak ifade edilen TBK. m.27/f.1 hükmündeki imkânsızlık, herkes için söz konusu olan yani objektif nitelikte ve süreklilik arz eden bir imkânsızlıktır.

Maddi imkânsızlık, güven ve dürüstlük kuralları gereğince, konu edilen edimin, borçluyu da kapsar biçimde herhangi bir şahıs tarafından ifasının imkânsız olmasına verilen addır.⁵⁹ Bu imkânsızlık, tabii bir hadise ile ya da üçüncü kişinin bir fiili dolayısıyla edimin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlardır.⁶⁰

Hukuki imkânsızlık ise, sözleşme ile belirlenen edim mevcut olmakla birlikte emredici bir hukuk kuralı gereği borçlu da dâhil herhangi biri tarafından ifa edilememe durumudur. Böyle bir durumun varlığı halinde, edimin yerine getirilmesi mantıken ve fiilen olası olmakla beraber, edimin ifasını bir hukuk kuralı engellemekte ve kaynağı da

⁵⁷ Antalya, a.g.e., s.453.

⁵⁸ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s.135.

⁵⁹ Altunkaya, a.g.e., s.94.

⁶⁰ Antalya, a.g.e., s.463.

hukuk kuralı olan ilave bir imkânsızlık çeşidi gündeme gelmektedir.⁶¹ Sonuç olarak, hukuki imkânsızlıktan kasıt hukuk kurallarına aykırılıktır. Sözleşme yapılması akabinde bir hukuk kuralının yürürlüğe girmesi dolayısıyla borçlu edimini ifa edemiyorsa ya da borcun ifası daha evvelden yürürlüğe giren bir hukuk kuralı ile yasak edilmişse, hukuki imkânsızlık söz konusu olacaktır.⁶²

1.6.1.4. İrade Beyanları

İrade sakatlıkları TBK. m. 30-39 hükümleri arasında düzenleme altına alınmıştır. Bu hükümlerde yer alan sakatlık kavramı, sözleşmelerin kurulmasıyla değil, sözleşme iradesinin oluşum ve beyanıyla alakalıdır. Sözleşmelerin kurulmasında bulunan sakatlık halleri, sözleşmelerin kurulmasına engel oluşturmakta olup irade sakatlıklarının söz konusu olduğu durumlarda, sözleşme meydana getirilmiş bulunmaktadır. İradesi sakatlanan taraf eğer isterse geçerli bir biçimde kurulan sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde iptal ederek geçersiz kılmaktadır.⁶³

TBK. m. 30 vd. hükümlerinde irade sakatlıkları, üç şekliyle düzenlenmiştir. Bu sakatlıklar; yanılma, aldatma ve korkutmadır.

Hukuki olarak “yanılma”, bilinçli olmadan gerçek durum hakkında yanlış ya da eksik değerlendirmede bulunma, beklenti yahut öngörülerin isabetsiz olması durumudur. Diğer bir deyişle, sözleşmeyi meydana getiren tarafın, esasen istemediği bir sözleşmenin tarafı olması durumu da “yanılma” olarak ifade edilmektedir. Yanılmanın söz konusu olabilmesi için öncelikle hiçbir suretle bir şüphenin varolmaması gerekir. Fakat yanılmanın haiz olduğu doğru olmayan düşüncenin gerçek olduğu inancıyla hareket etmesi yeterli kabul edilmektedir.⁶⁴ Kişi iradesi ile beyan arasında yanılma neticesinde oluşan söz konusu irade sakatlığı durumunda, yanılan kişi, hukuken sözleşme ile bağlı değildir. Ancak yanılmanın, sözleşmenin iptaline dair yetki sağlayabilmesi, hakkında yanılığa düşülen hususun esaslı nitelikte bir yanılma olmasına bağlıdır. Bu bağlamda,

⁶¹ Altunkaya, a.g.e., s.95.

⁶² A.e., s.99.

⁶³ Eren, a.g.e., s.426 vd.

⁶⁴ Cansel, Özel, a.g.e., s.155.

esaslı yanılma halleri, TBK. m. 31 hükmünde beş bend halinde sıralanmıştır. Fakat sayılan bu esaslı yanılma durumları sınırlayıcı nitelikte değildir, esas olarak yol gösterici bir nitelik taşımaktadır.⁶⁵ Yanılma dolayısıyla gündeme gelen iptal hakkının, yanılan tarafça, yanılmayı öğrendiği tarihten itibaren işleyecek bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde kullanması mecburidir. Bu hakkın kullanımı için, mahkemeye başvuru gerekmemekte olup geçerlilik bakımından herhangi bir şekle de bağlı değildir. Söz konusu beyan karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sözleşme, kesin hükümsüz vaziyete gelmektedir.⁶⁶

Diğer bir irade sakatlığı ise “aldatma”dır. Aldatma, kişinin hukuki bir işlem yapması amacıyla onu bilinçli bir şekilde hataya düşürmek biçiminde tanımlanmaktadır. Hataya düşürme eylemi, kişide gerçeğe aykırı bir düşünce oluşturmak biçiminde olabileceği gibi, mevcut olan hatalı düşüncesini kuvvetlendirmek ve devam ettirmek biçiminde de meydana gelebilmektedir. Söz konusu eylem, aktif hareketlerle ya da aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda susma eylemi ile de gerçekleştirilebilir. Fakat ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin temeldeki amaç yani aldatma mutlaka kasıtlı olarak yapılmalıdır. Özellikle belirtmelidir ki, aldatma ile akdin meydana getirilmesinde illiyet bağının varlığı şarttır. İlliyet bağı da, aldatılan kişinin, aldatma olmasaydı sözleşmeyi hiç bir suretle yapmayacak yahut daha iyi ve düşünülmüş koşullar altında yapacak olması durumunun tespiti ile belirlenmektedir. Bu durumların varlığı, illiyet bağının varlığı anlamına gelmektedir.⁶⁷ Söz konusu irade sakatlığının kanıtlanması, aldatılan tarafa düşer ve söz konusu eylem, haksız bir fiil oluşturduğu gerekçesiyle her türlü delille ispat edilebilir.⁶⁸ Yanılma için tespit edilen süreler, bu irade sakatlığı bakımından da geçerlidir.⁶⁹

Kişilerin özgür iradesini dış bir etkiyle sakatlayan son durum, *korkutmadır*. Bir kimsenin yapmayı düşünmediği bir hukuki işlemi, yapmaması durumunda kendisinin yahut bir yakınının zarara uğrayacağı tehdidi ile rıza göstermesini sağlamak, korkutma olarak adlandırılmaktadır.⁷⁰ TBK. m. 38 hükmünde sözleşmenin geçerliliğini

⁶⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.94.

⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.436.

⁶⁷ Antalya, a.g.e., s.401.

⁶⁸ Eren, a.g.e., s.418.

⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.463.

⁷⁰ Reisoğlu, a.g.e., s.127.

etkileyecek bir korkutmanın; iradesi sakatlanan tarafın bir tehdide maruz kalması, tehdidin ağır ve yakın zamanda vuku bulacak bir tehlikenin varlığı konusunda düşünce yaratması, tehlikenin maruz kalan kişinin kendisine ya da yakınlarından birine yönelik olması, hukuka aykırılık içermesi ve nihayetinde meydana getirilen sözleşmenin, mevzubahis tehdidin oluşturduğu korku neticesinde yapılmış olması gerekmektedir.⁷¹ TBK. m. 37 gereği, ifade edilen durumların varlığı halinde, korkutulan taraf o sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Yanılma ve aldatma için tespit edilen süreler, korkutma için de geçerlidir. Belirtilmelidir ki, korkutulan taraf, korkunun yok olmasından itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyi hükümsüz hale getirmek amacıyla herhangi bir beyanda bulunmazsa sözleşme, geçerli hale gelecektir.⁷²

1.6.1.5. Muvazaa

Muvazaa kavramı öğretide, “ tarafların üçüncü kişileri aldatma kastıyla, yaptıkları sözleşmelerin hiç hüküm doğurmayacağı veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğuracağı hususunda anlaşmaları” şeklinde tanımlanmaktadır.⁷³ Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise muvazaa kavramı, “Gerçekten sade ve yalın anlatımıyla muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek iradelerine uymayan ve bundan dolayı da aralarında hüküm doğurmayan bir görünüş yaratmak konusunda anlaşmalarıdır. Muvazaadan sözedilebilmesi için, görünürdeki sözleşmenin hukukça var sayılamaması gereklidir. Şayet, görünürdeki işlem geçerli ise muvazaadan sözedilemez.” ifadesi ile tanımlanmıştır.⁷⁴ Ancak temel düzenleme niteliğinde bulunan TBK.’da m. 19 hükmünde, “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır” ifadesi yer almaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, TBK. içeriğinde muvazaa kavramının

⁷¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.116 vd.

⁷² A.e., s.118.

⁷³ Antalya, a.g.e., s.346.

⁷⁴ Yargıtay 1.HD., E. 1992/8043, K.1992/10713, T.25.09.1992, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

tanımına yer verilmemiş olup yalnızca muvazaa bulunan hallerde gerçek durumun geçerli olacağı vurgulanmıştır.

Sözleşme taraflarınca yalnızca görünüşte gerçekleştirilen hukuksal işlemin arkasında başkaca bir işlem bulunmuyorsa burada “*basit muvazaa*” gündeme gelmektedir.⁷⁵ Tarafların sırf görünüşte gerçekleştirdikleri işlem, esasen arkasında var olan ve sözleşme taraflarınca istenen bir diğer işlemin gizlenmesi amacıyla yapılmış ise bu da diğer ihtimal olan “*nitelikli muvazaa*” durumunu oluşturmaktadır. Söz konusu işlemde esasen iki ayrı işlem bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşme taraflarının esas iradelerini yansıtmayan sırf üçüncü kişileri yanıltma amacı güderek bir görüntü yaratmak üzere yapılmış “görünüştaki işlem” olup söz konusu işlem, muvazaalı olan işlemi oluşturmaktadır. Diğer işlem ise tarafların esas iradesini yansıtan ve hukuki anlamda netice doğurması amacıyla meydana getirilen “gerçek işlem”dir.⁷⁶

Hem basit hem de nitelikli muvazaanın içeriğinde söz konusu olan, görünüşteki işlemin herhangi bir hukuksal netice oluşturmamasını ve yalnızca görünüşte kalmasını temin eden sözleşmeye, “muvazaa sözleşmesi” adı verilmektedir. Söz konusu sözleşme, geçerlilik bakımından herhangi bir şekil şartına bağlı olmamakla birlikte görünüşteki işlemde önce ya da en geç görünüşteki işlemle beraber meydana getirilmesi gerekmektedir. Zira aksi durumun varlığı halinde meydana getirilen işlem “gerçek” bir işlem haline gelmekte ve hukuksal anlamdaki neticelerini doğurmaktadır.⁷⁷

Muvazaalı olduğu iddia edilen işlem, iddia eden tarafca ispatlanmalıdır. Söz konusu hukuki işlem, adi yahut resmi bir senede bağlanmışsa taraflarca yapılan muvazaa iddiası Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 201 gereği tanık ile ispat edilemeyecektir. Söz konusu hukuki işlemin bir tarafı olan ve bu işlemin muvazaalı olması dolayısıyla geçersizliğini talep eden kişi, iddiasını adi ya da resmi bir senet vasıtasıyla ispatlamak durumundadır.⁷⁸ Önemle belirtmelidir ki Yargıtay’a göre, hukuki işlem resmi şekle tabi olarak meydana getirilmiş olsa bile taraflarca muvazaa iddiaları adi senet

⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.345.

⁷⁶ A.e., s.346.

⁷⁷ A.e., s.347.

⁷⁸ Reisoğlu, a.g.e., s.111.

vasıtasıyla ispat edilebilecektir.⁷⁹ Ancak üçüncü kişiler bakımından, adi veya resmi senede dayanma zorunluluğu bulunmamakta, tanıkla ispat mümkün olmaktadır.⁸⁰ Bir hukuki işlemin muvazaalı olduğu iddiası herhangi bir zamanaşımı ya da hak düşürücü süreye tabi değildir.⁸¹

1.6.2. Özel Şartlar

1.6.2.1. Gabin (Aşırı Yararlanma)

TBK. m.28/f.1 hükmüne göre “aşırı yararlanma”, “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.” biçiminde tanımlanmıştır.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, taraflara yüklenen karşılıklı edimleri içermektedir. Tarafların edimleri çoğu kez tümüyle birbirine eş edimler olmayıp birtakım orantısızlık içerebilmektedir. Lakin karşılıklı edimler arasında bulunan açık orantısızlıkların tümü aşırı yararlanmanın konusunu oluşturmamaktadır. Nitekim sözleşmeler hukuku alanında geçerli olan irade özgürlüğü ile sözleşme serbestisi ilkeleri gereği, taraflar meydana getirecekleri sözleşmelerin içeriklerini ve dolayısıyla karşılıklı edimler arasındaki oranı istedikleri şekilde kararlaştırmaktadırlar. Ancak sözleşme taraflarından biri diğer tarafın içinde bulunduğu zayıf durumdan faydalanma düşüncesinde olabilir. Aşırı yararlanma kavramının gündeme gelebilmesi için edimler arasındaki açık orantısızlığın sebebi, taraflardan birinin içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanma olmalıdır.⁸² Öğreti ile aynı doğrultuda olacak şekilde Yargıtay da bir kararında aşırı yararlanmaya dair şu

⁷⁹ Yargıtay 1.HD., E. 1996/1179, K. 1996/1570, T.14.02.1996, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁸⁰ Reisoğlu, a.g.e., s.112.

⁸¹ YHGK., E. 1991/645, K. 1991/75, T.13.02.1991, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁸² Eren, a.g.e., s.436.

ifadeye yer vermiştir: “Aşırı yararlanma, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir”.⁸³

TBK. m. 28’de ifade edilen koşulların varolması halinde, aşırı yararlanma dolayısıyla zarar gören kişi, somut olayın vasfına göre, ya sözleşmeyi iptal ettiğini karşı tarafa bildirerek ediminin iadesini yahut sözleşmeye bağlı kalarak edim ve karşı edim arasındaki orantısızlığının giderilmesini talep edebilmektedir.⁸⁴

1.6.2.2. Şekle Uygunluk

Özellikle özel hukuk alanında şekil, bir hukuki işlem gerçekleştirmek isteyenleri konu ile ilgili düşünme ve dikkatli davranmaya yönlendirmektedir. Usul hukuku bakımından da şekil, esasen karşı tarafın savunma imkanlarını teminat altına alma manasına gelmektedir.⁸⁵

TBK. m.12/f.1 hükmüne göre, “Sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi görülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”. Sözleşmenin geçerliliği ifadesi ile, anlaşmanın hüküm ve neticelerini geçerli bir biçimde meydana getirmesi kastedilmektedir. Türk Borçlar Kanunumuz, diğer bütün çağdaş hukuk düzenleri ile paralel olarak, sözleşmelerin kurulmasında şekli anlamda özgürlük esasını temel almıştır. Şekil özgürlüğünün sağlanmasının temel amacı da sözleşme taraflarının, günümüz dünyasının ihtiyaçları ile doğru orantıda hareket edebilme imkanının sağlanmasını temin etmektir.⁸⁶

Bir hukuki işlemin geçerli olması, belirlenmiş bir şekilde yapılmasına bağlanmış olabilir. Söz konusu şekil kuralına aykırı davranış, sözleşmenin hüküm ifade etmemesine neden olacaktır. Böyle bir durumda bahsi geçen şekil, geçerlilik şartıdır. Ancak bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için hiçbir şekil kuralına uyulması gerekmiyor fakat uyumsuzluk durumunda işlemin kanıtlanması, yalnızca belirli bir

⁸³ YHGK., E.1971/1 – 376, K. 1971/24, T.24.01.1973, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁸⁴ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.139-140.

⁸⁵ Işıқтаç, a.g.e., s.299.

⁸⁶ Eren, a.g.e., s.282.

biçimde meydana getirilmesine bağlı tutulmuşsa, burada bahsedilen şekil de ispat şartıdır.⁸⁷

Hukuk sistemimiz içerisinde şekil özgürlüğü kural, şekil zorunluluğu ise istisna teşkil etmektedir. Bu istisnalar da kanun koyucu tarafından düzenlemeler içerisinde açık olarak ifadeye yer bulmuştur. Zira TBK. m.237/f.1 hükmü gereği, “*Taşınmaz satış sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekmektedir.*” hükmünü amirdir. Yine TBK. m.184/f.1 hükmü de “*Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*” diyerek şekil kuralı getirmiştir.

TBK. m.13/f.1 hükmü gereği, kanunda yazılı biçimde meydana getirilmesi zaruri görülen sözleşmelerin uyarlanmasında da yine aynı yazılı şekle uyulması mecburidir. Fakat belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki, söz konusu kaide sözleşmenin “esaslı” unsurları bakımından gündeme gelmekte olup sözleşme ile herhangi bir çelişki içermeyen tamamlayıcı hükümler bahsi geçen kuralın kapsamı dışında bırakılmıştır.⁸⁸

Mevzuatımız bakımından öngörülen şekil şartlarını; adi yazılı ve resmi şekil ile tescil ve ilan olarak dört ana başlık altında değerlendirmek mümkündür.

1.6.2.2.1. Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şekil, sözleşmeyi meydana getiren irade beyan/beyanlarının yazılı bir metin içerisinde ifade edilmesi ve beyanda bulunanlarca imzalanması ile gerçekleşmektedir. Bu şekilde meydana getirilen vesika da “adi senet” olarak adlandırılmaktadır.⁸⁹

Söz konusu şekli oluşturan unsurlar, “metin” ve “imza” olarak ikiye ayrılmaktadır. Sözleşme metni, sözleşme taraflarının hukuksal netice iradesini ortaya koymaktadır. El yazısı ile vasiyetname dışında metni kimin ve ne suretle kaleme aldığı bir ehemmiyeti bulunmamaktadır.⁹⁰ Beyanda bulunan taraf, hazırlanan metni imza ederek iradesini ortaya çıkarmaktadır ve kural olarak imza, beyan sahibinin el yazısı ile atılmak

⁸⁷ Reisoğlu, a.g.e., s.81.

⁸⁸ Cansel, Özel, a.g.e., s.199-200.

⁸⁹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.144.

⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.277.

zorundadır. TBK. m.14/f.1 hükmü gereği, sözleşme ile borç altına girecek tarafın/ tarafların imzası zorunlu ve yeterlidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki tarafın da borç altına girdiği gerçeği düşünüldüğünde, sözleşme taraflarının tamamının imzası mecburidir.

Hukukumuzda, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile elektronik imza kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin m. 5 hükmü gereği, meydana getireceği hüküm ve neticeler itibarıyla güvenli elektronik imza (e-imza), doğrudan elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahiptir. Buna ilave olarak söz konusu hüküm TBK. m.14/f.1’de düzenleme altına alınmıştır. EİK. m.5/f.2 hükmünde iki ayrı istisnaya yer verilmiştir. Bunlardan ilki, “kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler”, diğeri ise “teminat sözleşmeleri”dir.⁹¹ Bu kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte internet vasıtası ile meydana getirilen sözleşmeler de geçerli vaziyete gelmiştir.

1.6.2.2.2. Resmi Şekil

Resmi olarak görevli bir memur tarafından, konu ile ilgili belirlenen usule uygun bir biçimde gerçekleştirilen şekle, “resmi şekil” denmektedir.⁹² Mevzubahis biçimde düzenlenen belge ise “resmi senet” olarak anılmaktadır.⁹³

TBK. hükümlerinde resmi yazılı şekil için özel olarak bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK. ve TBK.’da yer alan istisnalar dışında resmi şekil ile alakalı hükümler, 1512 sayılı Noterlik Kanunu gibi özel nitelikteki yasal düzenlemeler kapsamında yer almaktadır.⁹⁴ Hukukumuzda, bu şekli meydana getirme konusunda bir kamu hizmetini icra etmeleri doğrudan yasa ile belirlenen noterler, genel anlamda yetkili kılınmıştır. Noterlik Kanunu m.60/f.2 hükmü gereği, “*Kanunlarda resmi olarak yapılmaları*

⁹¹ Eren, a.g.e., s.297.

⁹² Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.301.

⁹³ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.153.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, a.y.

emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak” noterlerin görevleri arasında sayılmıştır.⁹⁵

1.6.2.2.3. Tescil

Bazı durumlarda yasalar, bir hukuksal işlemin geçerli olmasını belli bir sicile kaydedilmesine bağlamaktadır. Söz konusu işleme, “tescil” adı verilmektedir. TMK. m.764/f.1 hükmü, bu duruma örnek teşkil etmektedir.⁹⁶

1.6.2.2.4. İlan

Kanun koyucu, birtakım hukuksal işlemlerde de ilan edilmeyi öngörmekte olup söz konusu ilana da belirli hukuksal neticeleri bağlamaktadır. Nitekim TBK. m. 550 hükmü de bu hukuki müesseseye örnektir. Söz konusu hüküm gereği, *“Temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilmediği sürece, bu yetki iyiniyetli üçüncü kişiler için geçerliliğini korur.”*⁹⁷

1.6.2.3. Şekle Aykırılığın Neticeleri

TBK. m.12/f.2 hükmünde ifade edidiği üzere, yasa tarafından geçerlilik şartı olarak aranan şekle aykırı yapılan sözleşmeler hüküm doğurmamaktadır. Yargıtay da söz konusu durumu kararlarında onamakta ve kesin hükümsüzlük yani butlan ile karara bağlamaktadır. Bahsi geçen hükümsüzlük, zaman geçmesiyle yahut onama ile ortadan

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s.302.

⁹⁶ TMK. m.764/f.1: *“Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur.”*

⁹⁷ Konu ile ilgili bir diğer benzer hüküm ise TBK. m. 202 hükmüdür. Hükme göre, *“Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.”*

kalkmamakta olup herkes tarafından ileri sürülebilmekte ve aynı zamanda yargıç tarafından da kendiliğinden dikkate alınmaktadır.⁹⁸ Fakat özellikle belirtilmelidir ki, bir sözleşmenin şekil eksikliği dolayısıyla hükümsüzlüğünü ileri sürmek, hakkın kötüye kullanımını niteliğindeyse, TMK. m.2/f.2 hükmü gereği, yasa bunu korumamaktadır. Söz konusu sözleşme geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve neticelerini doğurur.⁹⁹ Örnek vermek gerekirse TBK. m.12/f.2 gereği, resmi şekilde düzenlenmeyen taşınmaz satış sözleşmeleri, geçersizdir. Ancak taşınmazı satan tarafın, taşınmazı satın alan tarafa tesliminden ve de satış parası olan belli bir meblağdaki parayı almasından sonra satın alan tarafta sözleşmenin geçersizliğinin öne sürülmeyeceği konusunda haklı bir güven temin ettiğinden sözleşmenin geçersizliğini öne sürerek taşınmazın tahliyesini talep etmesi, dürüstlük ilkesi ile bağdaşmayacak ve dahası söz konusu sözleşme geçerlilik kazanacaktır.¹⁰⁰

1.7. SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

Taraflar arasında meydana getirilen sözleşmelerde belirlenen yükümlülükler, sözleşme taraflarınca imza edildikten sonra sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği gerçekleşen hadiseler dolayısıyla etkilenmemektedir. Fakat söz konusu ilkenin tüm koşullarda uygulanması olası değildir. Taraflarca sözleşmelerim imza edilmesinin ardından içeriğinde bulunan şartlarda kayda değer değişiklikler ortaya çıkabilmektedir. Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması, “*sözleşmelerin uyarlanması*” olarak adlandırılmaktadır.¹⁰¹

Türk Borçlar Hukukumuzda iki önemli ilke bulunmaktadır. Bunlar, ahde vefa ve sözleşmeye saygı ilkeleridir.¹⁰² Söz konusu ilkeler, borçluların meydana getirilen sözleşmelere bağlı kalmasını, koşulların kendi aleyhine olsa dahi sonrasında ağır bir biçimde değişse de ediminin aynen ifasını gerektirmektedir. Ancak bahsedilen bu ilkenin, borçlu aleyhine adil olmayan durumlar meydana getirmesi aynı zamanda

⁹⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.157.

⁹⁹ A.e., s.159.

¹⁰⁰ Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s.62.

¹⁰¹ Eren, a.g.e., s.499.

¹⁰² Yargıtay 13.HD., E. 2003/1281, K. 2003/3909, T. 03.04.2003, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

hakkaniyet ve dürüstlük kurallarını çiğneme anlamına gelebilir. Zira doğal afet ve savaş benzeri borçlu tarafından öngörülemeyen hadiselerin negatif etkisini doğrudan borçlu üzerine yüklemek, sözleşme tarafları arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.¹⁰³

Öğreti ve yargı merciileri, sözleşme koşullarının sonradan önemli derecede değişmesi, hukuki işlem temelinin kısmi olarak ya da tümüyle çökmesi durumunda, adalet ve dürüstlük kuralları gereği uyarlama olabileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁴ Zira TBK. m. 138 hükmü, hukukumuz bakımından uyarlama hususunu düzenleme altına alan genel hükümdür. Yukarıda izah edilen imkânsızlık müessesesinden farklı olan “aşırı ifa güçlüğü”nü temel alan uyarlama sisteminin esası, TMK. m. 2 hükmünde ifadeye yer bulan dürüstlük kuralıdır. Sözleşmenin uyarlanması, geleceğe dair bir konudur ve özellikle uzun vadeli sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır.¹⁰⁵

Meydana getirilen bir sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, taraflarca sözleşmede kararlaştırılacak hükümlerle ya da yasalarda yer alan mevcut kurallarla olabilmektedir. Bahsedilen iki şekilde uygulama imkanının bulunmaması halinde ise hâkim de uyarlama konusunda karar verebilmektedir.¹⁰⁶

¹⁰³ Eren, a.g.e., s.500.

¹⁰⁴ A.y.

¹⁰⁵ A.e., s.501.

¹⁰⁶ A.y.

§ 2. TÜRK HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ

2.1. GENEL OLARAK

İşçi ve işveren arasındaki bağ, en genel anlamda “iş ilişkisi” olarak ifade edilmektedir. Burada ifade edilen iş ilişkisinin doğum anı ile ilgili olarak da öğretilerde iki kuram bulunmaktadır. Bunlardan biri olan *katılma kuramına* göre iş ilişkisinin başlaması için işçinin işyerinde aktif olarak çalışmaya başlaması gerekirken, *sözleşme kuramına* göre ise, iş ilişkisi sözleşmenin geçerli bir biçimde meydana getirilmesi ile başlamaktadır.¹⁰⁷

Türk hukukunda, “iş sözleşmesi” ile “iş ilişkisi” kavramlarının birbirinden çok büyük bir farkı bulunmamakta hatta geniş bir kavramı bir araya getiren daha küçük yapılar olduğu değerlendirilmektedir.¹⁰⁸ Ancak 4857 sayılı İş Kanunu tasarısına yönelik madde gerekçesinde bu iki ibarenin aynı anlama sahip olduğu¹⁰⁹ ifade edilmekte hatta öğretilerde de, mevzuat içeriği dikkate alındığında iş ilişkisi ile iş sözleşmesini birbirinden farklı olarak yorumlamaya elverişli hükümler olmadığı belirtilmektedir.¹¹⁰

Çalışmamızın anlam ve konu bütünlüğünü sağlamak ve anlaşılmasını kolaylaştırmak adına İş Hukukuna dair temel kavramların açıklanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

¹⁰⁷ Nuri Çelik, Nurşen Canikoğlu, Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 29.Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2016, s.115; Turhan Esener, *İş Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1978, s.142 vd.; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri*, C. 1, 5. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2014, s.242.

¹⁰⁸ Esener, a.g.e., s.144.

¹⁰⁹ “... “iş sözleşmesi” ve “iş ilişkisi” deyimleri özdeş olup, iş ilişkisi deyimi iş sözleşmesi dışında başka aktitleri de içeren ve hedef alan bir ilişkiyi, dolayısıyla işçi kavramının genişletilmiş biçimi olduğu” belirtilmektedir. (Çevrimiçi) <https://tisk.org.tr/>, 03 Ocak 2020.

¹¹⁰ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.363-364; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.190.

2.2. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI İLE ROMA VE İSLAM HUKUK SİSTEMLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.2.1. İş Sözleşmesi Kavramı

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisini düzenleyen bu sözleşme biçimi, Türk hukuk düzeni içerisinde farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin; 4857 sayılı İş Kanunu'nda “iş sözleşmesi”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda “hizmet sözleşmesi”, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda “iş akdi” ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda ise “hizmet akdi” olarak yer almaktadır. Öncelikle ifade edilmelidir ki, tüm bu kavramlar aynı müesseseyi işaret etmekte olup aralarında, sözleşmenin niteliği bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır. Çalışmamızda İş Kanunu'nda yer alan “iş sözleşmesi” ifadesi kullanılacaktır. İş Kanunu m. 8'de iş sözleşmesi; “İşçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise ücret ödemeyi taahhüt etmesinden doğan bir sözleşmedir ve aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir” şeklinde tanımlanmıştır. Yine Türk Borçlar Kanunu m.393'te, “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” biçiminde ifade edilmiştir.

2.2.2. Roma Hukukunda İş Sözleşmesi

Roma Hukuk Sistemi'nde, bir kişinin bir başka kişiye belli bir ücret karşılığında bir şeyi kullandırması ya da bir edimde bulunması (bir şey yapması) veya *bir hizmet görmesi* durumlarında söz konusu olan sözleşme türüne “*Locatio Conductio*” denilmektedir.¹¹¹ Görüldüğü üzere, modern hukuk sistemleri tarafından üç farklı sözleşme olarak ayrılan hukuki ilişki, Roma Hukuku'nda tek bir sözleşme olarak yer almıştır. Daha dar anlamda ise, bir kişinin belli bir ücret karşılığında, belirlenmiş bir süre ile başka bir kişi yararına belli bir hizmette bulunmasına ise “*Locatio Conductio Operatum (Hizmet Sözleşmesi)*” denmektedir.¹¹² Tıpkı modern hukukta olduğu gibi, bu sözleşmeler de rızai

¹¹¹ Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, Der Yayınevi, 2000, s.220.

¹¹² Özgür Türksever, *Roma Hukukunda ve Günümüz Hukukunda İş Sözleşmesi*, 2011, s.42.

sözleşmeler¹¹³ olup tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Ayrıca yine aynı şekilde, söz konusu sözleşmenin meydana getirilmesi için karşılıklı ve uygun irade beyanları ile anlaşması yeterli görülmüş, ilave bir şekil şartı öngörülmemiştir.¹¹⁴

2.2.3. İslam Hukukunda İş Sözleşmesi

Mecelle bakımından iş sözleşmeleri incelendiğinde ise, iş sözleşmesi ile ilgili bölümün Mecelle'nin ikinci kitabı olan "*Kitâbü'l-İcarât*" içerisinde düzenlendiği görülmektedir. Ancak bu kısım yalnızca iş sözleşmesine yönelik değildir. "*İcâre akdi*" olarak ifade edilen sözleşmenin esasında, menfaatin ücret karşılığında karşı tarafa geçirilmesini konu alan kira sözleşmesi, iş sözleşmesi ve kısmen de olsa istisna sözleşmesini, kapsamı içerisine aldığı görülmektedir. *İcâre*, "belli bir karşılık verip, belirli bir menfaat üzerine akit yapmak", "menfaatin satılması", "ücret" ve "kiralamak" gibi birtakım anlamlarda kullanılmaktadır. Hukuki açıdan ise, "malum bir menfaati, malum bir ivaz karşılığında satmak" olarak tanımlanmıştır. *İcâre-i âdemi* ise, "Süre açıklanması veya yapılacak işin miktarının ve keyfiyetinin tayin edilmesi şartıyla belli bir hizmeti ifa veya herhangi bir iş ya da sanatı icra gayesi ile insanları belli bir bedel karşılığında çalıştırmaktır" şeklinde ifade edilmektedir. İcare akdinin unsurları; tarafların anlaşması, ücret ve kiraya verilen şey olarak ifade edilmiştir. Mecelle, icâre-i âdemiye ikiye ayırmıştır. Birincisi "*belirli süreli bir işin yapılması*", ikincisi ise "*bir neticenin taahhüt edilmesi*" şeklindedir. Bir sonucun taahhüt edilmesi, esasında iş sözleşmesini değil eser sözleşmesini işaret etmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere, Mecelle'de iş sözleşmesi ve eser sözleşmesi, birlikte değerlendirilmiştir. İşK. m.8/f.1'de iş sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre iş sözleşmesi; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarını içermektedir. Modern iş sözleşmesi tanımı, Mecelle'de yer alan tanım ile kıyaslandığında küçük gibi görünen bir farklılık arz etmektedir. Ancak bu fark, ki bu fark bağımlılık unsuru olarak ele alınmaktadır, bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesini sağlayan ölçütlerden en önemlisidir. İslam Hukuku'nda

¹¹³ Stella Vettori, *The Employment Contract and the Changed World of Work*, Ashgate Publishing Limited, 2007, s.2.

¹¹⁴ Tahiroğlu, a.g.e., s.220.

yapılan iş akdi tanımı, konusu çalışma olan, diğer bir deyişle iş görme olan her akdi kapsamına almaktadır. Lakin çağdaş hukuktaki tanımlar daha dar kapsamlıdır.¹¹⁵

Hem Roma Hukuk Sistematiği hem de Mecelle içerisinde iki yahut üç sözleşmenin birlikte değerlendirildiği bu sözleşmeler, günümüz modern toplumlarında tamamıyla birbirinden ayrı sözleşmeler olarak düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu sözleşmelerin ayrıca ele alınmasının ardında yatan sebep ise, kuşkusuz insan hakları konusunda yaşanan gelişmeler doğrultusundaki bakış açısının değişmesidir. Zaman içerisinde gelişen modern bir ideolojik yaklaşım neticesinde, insanın bir eşya olmaması ve dolayısıyla kiraya konu olamayacağı sonucu, sözleşmelerin farklı biçimlerde ele alınmasının temel nedenini oluşturmaktadır.

İşK. m.2/f.1 göz önüne alındığında, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye *işçi*, işçi çalıştıran gerçek ya da tüzel kişiye veya herhangi bir kişiliğe sahip olmayan kurum ve kuruluşlara *işveren* denilmektedir. Burada önem arz eden nokta, işçi sadece gerçek kişi olabilirken, işveren herhangi bir kişi (gerçek veya tüzel) ya da kişiliği olmayan varlık da olabilmektedir. *İşyeri* ise, “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak ifade edilmektedir.”

2.3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

İş sözleşmesinin, genel anlamda bir sözleşme ekseninde değerlendirilmesi, konu bütünlüğü açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla çalışmamızın bu kısmında, TBK. ve İşK. hükümleri dikkate alınarak iş sözleşmesinin genel manadaki özellikleri incelenecektir.

¹¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Aykanat, *Mecelle'de İş Akdi*, 2011, s.17 vd.

2.3.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme

Geçerli bir biçimde kurulan iş sözleşmesinde işçiye, işverenin denetimi ve gözetimi altında iş görme borcu yüklenmişken; işverene, işçinin burada ifade edilen iş görme edimine karşılık ücret ödeme borcu yüklenmiştir.¹¹⁶ Görülmektedir ki, iş sözleşmesi de örneğin bir kira sözleşmesi gibi sözleşmenin her iki tarafına borç yükleyen bir sözleşmedir.¹¹⁷ İşverenin ücret ödeme yükümlülüğü, işçinin iş görme edimini sözleşme şartları doğrultusunda ifa etmesiyle başlamaktadır. Keza Yargıtay da bir kararında, “...Dosya içeriğine göre davacının İçişleri Bakanlığından alınan vize ile çalıştırıldığı son olarak 31.12.2001 tarihinden itibaren yeni vize alınuncaya kadar hizmet akdinin askıya alınmış olduğu ve hizmet akdi askıda iken 20.3.2002 tarihi itibarıyla işine son verildiği anlaşılmaktadır. Davacının 2002 yılında çalışması bulunmamaktadır. İş Hukukunda ücret çalışma karşılığı olup, kural olarak çalışılmayan süre için ücret talep edilemez. Mahkemece davacının çalışmadığı 2002 yılı Ocak, Şubat ve Mart ayları ücretlerinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü de ayrı bir bozma nedenidir.” diyerek, işçi tarafından çalışılmayan süre için ücret talebinde bulunulamayacağına hükmetmiştir.¹¹⁸

2.3.2. Karşılıklı (İvazlı) Sözleşme

Yukarıda kısaca değinildiği ve çalışmamızın ilerleyen kısmında daha detaylı inceleneceği üzere ücret, iş sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biridir.¹¹⁹ Zira bu unsur, iş sözleşmesini karşılıklı bir sözleşme olma niteliğine haiz kılmaktadır. Aksi takdirde, herhangi bir karşılığın olmaması durumunda iş sözleşmesi değil vekâlet sözleşmesi söz konusu olacaktır.

¹¹⁶ Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.150. Aynı yönde: Hugh Collins, *Employment Law*, Second Edition, **Clarendon Law Series**, Ed. by, Paul Craig, London, Oxford University Press, 2010, s.6.

¹¹⁷ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.125; Eren, a.g.e., s.539; Murat Demircioğlu, Tankut Centel, *İş Hukuku*, 19. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2016, s.68; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 18. Baskı, Mimoza Yayınları, 2014, s.39; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2016, s.256; Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.454.

¹¹⁸ Yargıtay 9.HD., E. 2003/5096, K. 2003/17138, T. 15.10.2003, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹¹⁹ Erzurumluoğlu, a.g.e., s.151.

2.3.3. Özel Hukuk Sözleşmesi

Sözleşme özgürlüğü, hukuk sistemimiz açısından hem Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 48 hem de TBK. m. 26 ile kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kanun tarafından gerekli görülen ehliyete sahip olan kişilerin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşme meydana getirilmektedir.¹²⁰ İşçinin gerçek kişi olmasına karşın işveren tarafın, gerçek veya özel/kamu tüzel kişisi olması da herhangi bir farklılık yaratmamaktadır.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta, iş görme ediminin herhangi bir şekilde zorunluluğa dayanmıyor olması gerekliliğidir. Yani kanundan doğan zorunlu çalışmalar (askerlik hizmeti gibi), serbest irade ile kurulmadığı için iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹²¹ Buradan hareketle iş sözleşmesinin, özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.¹²²

2.3.4. Süreklilik Arz Eden Sözleşme

Borç ilişkileri, edimlerin süreklilik arz edip etmemesine göre de bir sınıflandırmaya tabi olmakta, ani ve sürekli edimli borç ilişkisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ani edimli borç ilişkisinde, edimin ifası ile alacaklının elde etmeyi istediği fayda sağlanmış olmakta ve borç ifa ile sona ermektedir. Sürekli edimin söz konusu olduğu borç ilişkilerinde ise, sağlanması gereken fayda ve karşılığında üstlenilen borç, tekrarlanarak devam etmektedir. Sözleşme tarafları karşılıklı borçlarını belirli bir süre için yüklenmişlerdir. Buradaki süre, iş görme eyleminin devam edeceği süre olup sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olmasının süreklilik açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Geçerli bir iş sözleşmesinde, işçi iş görme yükümlülüğünü, işveren de buna karşılık ücret ödeme yükümlülüğünü sürekli olarak ifa etmek durumundadır. Zira iş

¹²⁰ TBK. m.1: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.

¹²¹ Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.67; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.174.

¹²² Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.124; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.67; Esener, a.g.e., s.129; Sümer, a.g.e., s.39.

sözleşmeleri; zamana bağlı, devamlı ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir akit niteliğindedir.¹²³

2.3.5. İşçinin Kişiliğinin Önemli Olduğu Sözleşme

İş sözleşmesinin bir tarafı olan işçinin esas yükümlülüğü, iş görme edimidir. Bu iş görme edimi de işçinin emeğidir. İşveren ile işçinin, iş sözleşmesini meydana getirmesinde tarafların objektif ve subjektif özellikleri ön plandadır.¹²⁴

TBK. m. 395'e göre de kural olarak, aksi anlaşılmadıkça işçi yüklendiği iş görme borcunu fiilen kendisi yerine getirmelidir. İşçinin kişiliğinin sözleşme bakımından ön planda olmasının bir başka sebebi de, iş ilişkisinin güven ilişkisine dayanan bir sözleşme niteliğinde olmasıdır.

2.4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

2.4.1. Genel Olarak

Taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin, iş sözleşmesi olup olmadığı söz konusu ilişkide belirli unsurların varlığıyla ilgilidir. Yani bir akdi ilişkide iş görme ediminin fiilen ifa edilmesi üstleniliyor, buna karşılık bir ücret ödeniyor ve iş görme edimi bağımlı olarak görülüyorsa, burada iş sözleşmesi söz konusu olacaktır.¹²⁵ Nitekim Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi de iş sözleşmesi unsurlarının; iş, ücret ve bağımlılık olduğu konusunda büyük ölçüde görüş birliği içerisindedir.¹²⁶ Öğretide yer alan bir

¹²³ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.125; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.69; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.403; Süzek, a.g.e., s.256-257.

¹²⁴ Narmanlıoğlu, a.g.e., s.167.

¹²⁵ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e, s.113 vd.; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.65 vd.; Esener, a.g.e., s.127; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.342; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.164; Süzek, a.g.e., s.247 vd.; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.452 vd.; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1997, s.95.

¹²⁶ “...Hizmet akdinin temel unsurları ise, iş görme, ücret, bağımlılıktır.” Yargıtay 21.HD., E. 2017/1525, K. 2018/7593, T.18.10.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/ ; “...Hizmet akdi 3 unsuru kapsar: 1- İş unsuru, 2- Ücret unsuru, 3- Bağımlılık unsuru. Bu akdi, iş görmeye ilişkin diğer akidlerden ayıran, bu

görüŖe göre, iŖ sözleşmesinin iŖ, ücret ve bağımlılık unsuruna ilave olarak zaman unsurunun da bulunduğu ifade edilmektedir.¹²⁷ Ancak yine aynı görüŖe göre, zaman unsuru diğer unsurlardan bağımsız bir biçimde ele alındığında iŖ sözleşmesinin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesinde yeterli olmayacaktır.¹²⁸ Dolayısıyla zaman unsuru, diğer unsurların yanında yardımcı bir mahiyete sahiptir. Yargıtay kararları incelendiğinde de, hala bazı dairelerin sadece üç unsuru dikkate aldığı¹²⁹, bazı dairelerin, özellikle Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili ihtilaflarla görevli dairelerin, ise zamanı da bir unsur olarak değerlendirmeye aldığı görülmektedir.¹³⁰ İŖ sözleşmesi, bu unsurların bir araya gelmesiyle oluşmakta ve bu unsurlar vasıtasıyla diğer benzer sözleşmelerden ayrılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu unsurlar, iŖ sözleşmesinin varlığı için zorunlu unsurlardır.¹³¹

2.4.2. İŖ Görme

İŖ, fiili veya fikri nitelikte olabilen ve işverenin bir ihtiyacının giderilmesine yarayan her türlü faaliyettir.¹³² Yani iş, bedensel bir faaliyet olabileceği gibi düşünsel ve sanatsal bir

bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar. Bu akdin bir yanında işveren, öteki yanında işçi vardır. Söz geliŖi, istisna akdinin ise, bir yanında iş sahibi, öteki yanında müteahhit, vekalet akdinde de bir yanda vekalet veren, öteki yanında vekil vardır. Müteahhit ve vekil işçi değildirler.” Anayasa Mahkemesi, E. 1963/336, K. 1967/26, T. 27.9.1967, Resmî Gazete, 19.10.1968, 13031, (Çevrimiçi) www.resmigazete.gov.tr/, 03 Ocak 2020.

¹²⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.342, 345 vd.

¹²⁸ A.e., s.348.

¹²⁹ “...İŖ sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Dolayısıyla ücret, emek ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.” Yargıtay 13.HD., E. 2016/29618, K. 2018/8549, T. 27.09.2018. Aynı yönde: Yargıtay 7. HD., E. 2013/25282, K. 2014/232, T. 14.01.2014, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹³⁰ “...Hizmet akdini karakterize eden unsurlar; “ücret”, “bağımlılık” ve “zaman” olarak sıralanabilir.” Yargıtay 21.HD., E. 2016/15235, K. 2018/5991, T. 03.07.2018. Aynı yönde: Yargıtay 21.HD., E. 2013/955, K. 2013/2512, T. 14.02.2013, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹³¹ Deborah J. Lockton, *Employment Law*, Third Edition, Macmillan Law Masters, London, Palgrave Macmillan, 1999, s.22.

¹³² Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.116; Erzurumluoğlu, a.g.e., s.149; Esener, a.g.e., s.127; Güzel, a.g.m., s.95; Süzek, a.g.e., s.248; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.453.

faaliyet de olabilmektedir. Buradaki işin niteliği, iş sözleşmesinin mevcudiyetinin tespiti bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir.¹³³

TBK. m. 395 gereği işçi, üstlendiği iş görme edimini fiilen kendisi ifa etmek durumundadır. Ayrıca iş görme edimi, her zaman olumlu bir faaliyettir ancak bu her zaman aktif bir fiil olacağı anlamına da gelmemektedir. Zira garson olarak çalışan bir kişinin, müşteri gelmesine kadar olan süre içerisinde beklemesi de iş görme kapsamında değerlendirilmektedir. Olumlu bir faaliyeti kapsamına alması dolayısıyla yapmama gibi edimler, iş görme olarak nitelendirilememektedir.¹³⁴ Aynı şekilde işin icrası sırasında bir eşya kullanılıp kullanılmamasının da bir önemi bulunmamaktadır.

İş sözleşmesinde işçi, işverene fayda sağlayacak bir fiili, belirli şartlarda ve yine belirli bir süre ile yerine getirmeyi üstlenmektedir.¹³⁵ Eser sözleşmesi ile arasındaki en belirgin fark bu husus üzerindedir. Eser sözleşmesinde iş gören, işin sonucuna yönelik bir taahhüt altındadır ve işe ait riski de üstlenmektedir. Ancak işçi sadece belli bir fiili yapma borcunu yüklenmiştir. Dolayısıyla işe yönelik tüm fayda ve zararlar işveren üzerindedir.¹³⁶

2.4.3. Ücret

İşK. m.32/f.1'e göre ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutarlardır. İş sözleşmesinde işçinin iş görme ediminin karşılığı olan ve sözleşmenin varlığı için zorunlu olan bir diğer unsurdur.¹³⁷ İşçi için ücret sadece emeğinin değeri ve karşılığı değil bunun da ötesinde çoğu halde kendisi ve ailesi için yegâne geçim vasıtasıdır. Ücret ile iş görme edimleri arasında dolaysız bir illiyet bağı bulunmaktadır.¹³⁸ Zira Yargıtay da, “...*Ücret çalışma karşılığı olup davacının fiilen çalışmadığı süre için sözleşmede yazılı ücretin hüküm altına*

¹³³ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.116-117; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.66; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.167; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.453.

¹³⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.344.

¹³⁵ Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.3.

¹³⁶ Güzel, a.g.m., s.100.

¹³⁷ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.117; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.66-67; Erzurumluoğlu, a.g.e., s.151; Süzek, a.g.e., s.248. Benzer yönde: Lockton, a.g.e., s.22.

¹³⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.350.

alınması hatalıdır. Mahkemece ücret alacağına tahsili anlamına gelecek şekilde karar verilmesi de hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir.” ifadesiyle ücretin, bir çalışmanın karşılığı olduğu kanaatinde olduğunu ortaya koymuştur.¹³⁹

İşçinin iş görme eylemine karşılık işveren tarafından sağlanacak ücret, taraflar arasında özgürce kararlaştırılabilmektedir.¹⁴⁰ Ücret, sözleşme ile açık bir biçimde kararlaştırılmamış olabilir. Bu durumda, TBK. m.394/f.2’de hüküm altına alınmış yasal karine gündeme gelmektedir.¹⁴¹ Bir kimsenin, ücret karşılığı yapılabileceği değerlendirilen bir işin yapılmasını üstlenmesi ve karşı tarafın da bunu açık ya da örtülü biçimde kabul etmesi durumunda taraflar arasında iş sözleşmesi kurulmuş sayılmaktadır. Burada henüz ücret kararlaştırılmamış olsa dahi yukarıda bahsi geçen karine dolayısıyla sözleşmenin meydana getirilmiş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁴² Bu durum aynı zamanda, işçi lehine yorum ilkesinin de bir gereği ve sonucudur. Böyle bir belirsizlik durumunda ücretin belirlenmesi bakımından TBK. m. 401¹⁴³ hükmü dikkate alınacaktır.

Ücretin ödenme şekli, ilerleyen bölümde üzerinde kapsamlı bir biçimde durulacağı üzere, bağımlılık unsurunun tespitinde bir kriter olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar iş sözleşmesi ile çalışanlar, parça başına ücret ya da götürü ücret karşılığında çalışabilse de söz konusu ödeme şekli, Yargıtay tarafından da “...*İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın*

¹³⁹ Yargıtay 9.HD., E. 2011/16559, K. 2013/18720, T. 18.06.2013, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁴⁰ Michael Evan Gold, *An Introduction to Labor Law*, Third Edition, Ithaca and London, Cornell University Press, 2014, s.3.

¹⁴¹ TBK. m.394/f.2: “...*Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır*”.

¹⁴² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.350.

¹⁴³ TBK. m. 401: “*İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür*”.

tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır.” ifadesinde görüldüğü üzere yardımcı bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir.¹⁴⁴ Zira bağımsız çalışanlar, genellikle yapılan faaliyet karşılığında toplu bir ücret almaktadırlar. Ancak ifade edildiği üzere ücret, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılacak değerlendirmede yardımcı bir kıstas olarak kullanılmaktadır.

Her ne kadar İşK. m.32/f.1’de ücretin, para ile ödenen bir değer olduğu ifade edilse de yine İşK. m.17/son hükmünde, para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatler olarak ifade ettiği aynı olguları da ücret kapsamına almaktadır. İş Kanunu’nda yer alan ve görülen işin karşılığı olarak ödenen asıl ücret dar anlamda ücreti işaret etmektedir. Nitekim geniş anlamda ücret, asıl ücretten ayrı olarak, belli tazminatların hesaplanmasında veya işin sona ermesi hallerinde yapılan diğer ödemelerde temel alınan miktar olarak algılanmaktadır. Ücretin geniş anlamı asıl ücret yanında ücret eklerini de içerir şekilde anlaşılmalı ve İş Kanunu’nun bazı hükümlerinde geniş anlamda ücrete göre bir belirleme yapılacağı yer almaktadır. İşçiye ödenen ücretin, genel olarak periyodik bir yapıya sahip olması ve doğrudan para ile ödenen bir değer olması, genel olarak hukuk sistemlerince kabul görmüş bir anlayıştır. Ancak öğretide ücretin hangi türde olacağı, sözleşme taraflarının anlaşmasına bağlı olup tamamıyla aynı ya da nakdi olabileceği gibi kısmen aynı ve nakdi de olabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹⁴⁵ Belirtilmesinde fayda olan konu ile ilgili son husus, hatır yahut ahlaki nedenlerle herhangi bir karşılık beklenmeksizin yapılan işlerde iş sözleşmesinden bahsedilemeyeceğidir.¹⁴⁶

2.4.4. Bağımlılık

İş sözleşmesinin unsurları bakımından incelenmesinde en fazla öneme sahip unsur, bağımlılık unsurudur. Bunun nedeni, iş sözleşmesi ve benzer sözleşmelerin ayrımında

¹⁴⁴ Yargıtay 22.HD., E. 2013/5135, K. 2014/3338, T. 21.02.2014, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁴⁵ Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.67; Güzel, a.g.m., s.96; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.455-456.

¹⁴⁶ Güzel, a.g.m., s.96; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.173; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.348; Süzek, a.g.e., s.248.

çok önemli bir rol oynamasıdır.¹⁴⁷ Yukarıda kısaca ifade edildiği üzere, yalnız iş görme ve ücret unsurları, iş sözleşmesinin diğer benzer iş görme sözleşmelerinden ayrılmasında yeterli olmamaktadır. Bu unsurların, bağımlılık unsuru ile de desteklenmesi durumunda iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir.¹⁴⁸

Hukuki bağımlılık, işçinin iş görme borcunu işverenin gözetimi, denetimi ve yönetimi altında ve vereceği emir ve talimatlara uygun şekilde ifa etmesidir.¹⁴⁹ Daha kapsamlı bir tanıma göre ise, işin hangi zaman diliminde, ne sıklıkla, nerede ve içeriğinin ne olacağı konusunun işveren tarafından belirlenmesi, buna karşılık olarak da işçinin ifade edilen düzene dâhil olmasıdır.¹⁵⁰ TBK. m. 399¹⁵¹ hükmüne göre, işçi işin görülmesi bakımından işverenin talimatları ile bağlı olup yine işverence denetlenebilecektir.¹⁵² Bu hüküm, işverenin yönetim hakkını ve işçinin itaat yükümlülüğünü ifade etmekte ve dolayısıyla bu durum da, sözleşmenin bağımlılık unsurunu ortaya koymaktadır. Bağımlılık, kapsam ve aşama bakımından değişkenlik gösteren bir unsurdur.¹⁵³ Yani işveren organizasyonu içerisinde işgal edilen konum, mesleki tecrübe ve işin içeriği bağımlılık unsurunun derecesine etki etmekte ve her somut olayda farklılık gösterebilmektedir. Örnek vermek gerekirse, bir avukat işi ile ilgili uzmanlığa sahip olması nedeniyle genel talimatlar olsa da teknik anlamda bağımsız olacaktır.¹⁵⁴ Ancak bu durum her işçi statüsü için uygulanamamakta sadece teknik uzmanlığın söz konusu olduğu durumlar için uygulama alanı bulabilmektedir.

¹⁴⁷ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.118; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.65,67; Süzek, a.g.e., s.249 vd.; Esener, a.g.e., s.127; Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.457.

¹⁴⁸ Esener, a.g.e., s.127.

¹⁴⁹ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.118; Güzel, a.g.m., s.105 vd.; Süzek, a.g.e., s.250, İştah Cengiz, “Türk İş Hukukunda Dinlenme Hakkı”, **ICPESS-2017**, s.55. Aynı yönde: Arturo Bronstein, *International and Comperative Labour Law: Current Challenges*, **The International Labour Organization**, Palgrave Macmillan, 2009, s.45.

¹⁵⁰ Güzel, a.g.m., s.109 vd.

¹⁵¹ TBK m. 399 : “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”.

¹⁵² “Yönetime dahil olma, yabancı firmanın personeline karşı işverenin en azından kısmen işveren konumunda davranmasını, işçilerin bu şekilde çalıştıkları işverenin talimatlarıyla bağlı olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda eser sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerle iş sahibi arasında böyle bir ilişki mevcut değildir”. Cevat Gökhan Erbaş, *Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, dn.301, s.111.

¹⁵³ Narmanlıoğlu, a.g.e., s.171; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.353-354.

¹⁵⁴ Narmanlıoğlu, a.y.

İşçi ve işveren arasında meydana getirilen iş sözleşmesi ile ortaya çıkan bağımlılık, Türk Hukukunda *kişisel/hukuki* bağımlılık olarak görülmektedir.¹⁵⁵ Zira işçinin, işverenin yönetimi ve denetimi altında çalışması, onun talimatlarına uymakla yükümlü olması mevcut bağımlılığın, işçinin kişiliği ile ilgili olduğunu gözler önüne sermektedir. Nitekim Yargıtay da “...İş sözleşmesini eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayıran en önemli ölçüt bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede, iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağımlılığı vardır. İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukukî-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukukî bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.” kararında olduğu gibi öğreti ile aynı yönde hükümler vermiştir.¹⁵⁶ Özellikle bir kararı, konunun önemini ortaya koymakta ve bağımlılık ilişkisinin net olarak ifade edilmesi açısından önem ihtiva etmektedir. Bu kararda; iş sözleşmesinin, eser ve vekâlet sözleşmesinden ayrılmasındaki en önemli noktanın bağımlılık unsuru olduğu, tüm bu sözleşmelerde iş görenin diğer tarafa ekonomik yönden bağımlı olduğu, bu nedenle iş sözleşmesindeki bağımlılığın kişisel/hukuki nitelik gösterdiği ifade edilmiştir.¹⁵⁷ Hatta İsviçre ve Fransız yargısı da aynı kanaattedir.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Süzek, a.g.e., s.250.

¹⁵⁶ Yargıtay 9.HD., E. 2017/4934, K. 2018/7760, T. 05.04.2018; Yargıtay 9.HD., E. 2015/13369, K. 2018/7437, T.03.04.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁵⁷ “...Gerçek anlamda “hukukî bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil etmez. İşçinin işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kâr ve zarara katılıp katılmaması, karar verme özgürlüğüne sahip bulunup bulunmaması bağımlılık unsuru” açısından önemlidir.” Yargıtay 22.HD., E. 2017/11734, K. 2018/7875, T. 27.03.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁵⁸ Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.413.

İzah edildiği üzere, işçi statüsünü diğer iş gören statülerinden ayıran en önemli kıstas, bağımlılık unsurudur. Ancak bağımlılık unsurunun varlığı, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Bunun nedeni de, işverenin iş güvencesi hükümlerini dolanmak amacıyla kişiyi işçi statüsünden çıkarması olabileceği gibi, aksi yönde işçi statüsüne sahip olmayan kişinin, işçiye yönelik haklardan yararlanması da amaç edinilmiş olabilmektedir. Dolayısıyla *bağımlılık unsurunun varlığının belirlenmesinde* hem öğreti hem de yargı makamlarınca bir takım *yardımcı kriterler* belirlenmiştir.

2.5. BAĞIMLILIK UNSURUNUN VARLIĞININ BELİRLENMESİNDE KULLANILAN YARDIMCI ÖLÇÜTLER

2.5.1. İş Organizasyonu Ölçütü

Gelişen ekonomi ve teknoloji dolayısıyla günümüzde, iş görme ediminin ifa edileceği zaman ve mekânlarda değişimler olmuş, işinin faaliyetini bir bilgisayar ya da telefon vasıtası ile icra edebileceği yahut çağrı üzerine çalışabileceği yeni uygulamalar gündeme gelmiştir. Bu esnekleşme sonucunda da, işverenin denetim ve gözetim hakkında daralma olmuş dolayısıyla da bir takım kuralların yeniden yorumlanmasına ihtiyaç duyulmuştur.

İşçinin, işveren tarafından belirlenen ve sınırlarını çizdiği organizasyon içerisinde yine işverenin talimatları doğrultusunda iş görmesi, bağımlılık ilişkisinin mevcudiyetini ortaya koymaktadır. Bu sistematik içerisinde, işçinin belli oranda serbestliğe sahip olması da, söz konusu bağımlılığın ortadan kalkmasına imkân vermemektedir. Fakat belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki, işverenin yönetim hakkına dayalı yetkileri elinde bulundurması ve gerektiğinde de yetkilerini kullanarak işe müdahale etmesi, işçinin de faaliyeti kapsamında düzenli bilgi vermesi gerekmektedir.¹⁵⁹

İşK. m.2/f.3'e göre, işyerinin kapsamı geniş tutulmuş ve işyerine bağlı yerler ile organizasyon kapsamındaki eklenti ve araçlar da işyeri kavramı içerisinde yer almıştır.

¹⁵⁹ Güzel, a.g.m., s.110-111.

Buradan ulaşılabacak sonuç ise, işveren tarafından iş organizasyonu kapsamında oluşturulan ve kendisine menfaat sağlanan kısımlar, işyeri kavramı içerisinde dâhildir.¹⁶⁰ Netice itibarıyla işçinin, işveren tarafından organize edilen işyeri sınırları içerisinde iş görme edimini icra ettiği anlaşılıyorsa, bağımlılık ilişkisinin de bulunduğu sonucuna varılacaktır.¹⁶¹

2.5.2. İşyeri Ölçütü

Ekonomik faaliyetlerin ve teknolojinin gelişmesiyle, klasik çalışma modelinden ayrı, atipik istihdam modelleri ve bunlara bağlı olarak atipik iş sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.¹⁶² (Örneğin; ilaç mümessilleri). Önceleri işçinin işverenin işyeri içerisinde çalışması, statüsünü ortaya koymaya yeterken¹⁶³ artık bu kriter, esas bir kriter olmaktan çıkmış ve yardımcı bir ölçüt haline gelmiştir.¹⁶⁴⁻¹⁶⁵

¹⁶⁰ Süzek, a.g.e., s.205, 252.

¹⁶¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.358-359.

¹⁶² Fatma Bengü Uçarol, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.19 vd.

¹⁶³ A.e., 357 dn. 93.

¹⁶⁴ “...İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır.” Yargıtay 22.HD., E. 2017/6066, K. 2017/8947, T. 18.04.2017, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁶⁵ “...Davacı, iş sözleşmesi ile çalıştığını ileri sürmüştü, davalı ise ilişkinin vekalet sözleşmesine dayandığını savunmuştur. Mahkemece sözleşmenin niteliği vekalet akdi olarak nitelendirilirken davacının kendine ait büroda görev yaptığı gerekçe gösterilmiştir. Ancak, işin işverene ait işyerinde yapılmamış olması tek başına ilişkinin iş sözleşmesine dayanmadığını göstermez. Somut olayda, hizmet akdinin iş, ücret ve bağımlılık unsurları yanında yapılan işin sayı ile değil, zamanla sınırlandırılmış olduğu da dikkate alındığında davacının iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9.HD., E. 2005/584, K. 2005/3065, T. 03.02.2005. Benzer yönde: Yargıtay 9.HD., E. 2009/10245, K. 2011/10597, T. 11.04.2011, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

2.5.3. İş Süresi Ölçütü

Yukarıda da kısaca izah ettiğimiz üzere, öğretide zaman kavramının da iş sözleşmesinin bir unsuru olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır.¹⁶⁶ İşçinin, faaliyetini iş sözleşmesi ekseninde belirlenen ya da işverenin talimatı yönündeki süreç içerisinde icra etmesinin, bağımlılığın varlığına bir işaret olduğu ve iş sözleşmesinin mevcudiyetine bir kanıt oluşturduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁷

2.5.4. Kullanılan Araç ve Gereç Ölçütü

TBK. m. 413 hükmüne göre genel kural bakımından, aksi durumun gereğinden anlaşılmadıkça işçinin işin görülmesi amacıyla gerek duyduğu araç ve gereçler, işveren tarafından temin edilmektedir.¹⁶⁸ Yargıtay da, işveren tarafından işin gereği olarak sağlanan araç ve gereçleri, bağımlılık unsurunun tespitinde yardımcı bir kriter olarak dikkate almaktadır. Ancak belirtmekte fayda görülmektedir ki, öğretide işçinin söz konusu üretim araç ve gereçlerine sahip olması durumunda bu araç ve gereçleri dilediği gibi kullanamıyorsa yine bir bağımlılıktan söz edilebileceği ifade edilmektedir.¹⁶⁹

2.5.5. Yapılan İşin Yönetim ve Denetim Ölçütü

Yapılan işin işveren tarafından denetlenmesi, bağımlılık unsurunun varlığının tespiti açısından göz önünde bulundurulmuş bir husustur. Zira Yargıtay, iş sahibinin doğrudan otoritesi altında bulunmayan ancak iş görme faaliyetini kendi düzenlese de söz konusu iş üzerinde işverenin kısmen de olsa denetimi mevcutsa bu kişinin işçi olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Bkz. Bölüm § 2, Başlık 2.4.1.

¹⁶⁷ Güzel, a.g.m., s.121-122.

¹⁶⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.360.

¹⁶⁹ Güzel, a.g.m., s.122-123.

¹⁷⁰ Yargıtay 9.HD., E. 2015/28321, K. 2017/14781, T. 03.10.2017, (Çevrimiçi) www.sinertjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

2.5.6. Başkası İçin Çalışma ve Adam Çalıştırma Ölçütü

Başka bir kişi yararına çalışma, yapılan faaliyete yönelik menfaatin bir başka kişi için meydana gelmesidir. Kendi işletmesi olan ve bu işletme faaliyeti kapsamında iş yapan kişi, işçi olarak nitelendirilememektedir. Zira Yargıtay da, bir kişinin kendine ait bir organizasyona sahip olmaksızın ve herhangi bir sermaye koymaksızın iş görmesini, bağımlılığın tespiti açısından yardımcı bir kriter olarak görmektedir.¹⁷¹

Bir başka kriter açısından Yargıtay, “...*Dikkate alınabilecek diğer bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yaralanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.*” ifadesiyle, bir kişinin belli bir işi görmesi sırasında ücretini kendi ödediği başka kişilerden faydalanmasını bağımsız çalışma olarak değerlendirmektedir.¹⁷²

2.5.7. Serbest Girişimcilik ve Müşteri Çevresi Ölçütü

Kendisine ait müşteri çevresi bulunan, ekonomik riski doğrudan kendi üzerinde taşıyan, işin nevi ve işleyişi konusunda yalnız karar alabilen kişiler, serbest girişimci olarak tanımlanmakta ve iş mevzuatı kapsamındaki işçi olarak kabul edilmemektedir.¹⁷³

¹⁷¹ “...İşçinin önceden iş koşullarını belirleme yetkisi, işin yapılması sırasında kullanılacak araçları seçmesi, işin yapılacağı yer ve zamanı belirleme serbestisi yoktur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir.” Yargıtay 22.HD., E. 2015/19491, K. 2016/15249, T. 30.05.2016. Aynı yönde: Yargıtay 9.HD., E. 2014/33284, K. 2016/10471, T. 26.04.2016, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁷² Yargıtay 9.HD., E. 2015/2903, K. 2015/8612, T. 02.03.2015, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁷³ Güzel, a.g.m., s.96-102.

2.6. İŞ SÖZLEŞMESİNİN NİTELİKLİ BİÇİMLERİ

Çalışmamızın buraya kadarki bölümünde, genel anlamda sözleşme, iş sözleşmeleri ve konu ile ilgili kavramlar incelenmiştir.¹⁷⁴ Bu kısımda ise, temel manada iş sözleşmesi ile aynı kurallara tabi olmasına rağmen bazı özellikleri dolayısıyla nitelikli bir biçim olarak kabul gören *Pazarlamacılık Sözleşmesi* (TBK. m.448-460), *Evde Hizmet Sözleşmesi* (TBK. m.461-469) ve *Tele Çalışma Sözleşmesi* incelenecektir.

2.6.1. Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m. 448-460)

Pazarlamacı, genel anlamda bir ticari işletmeye bağlı olarak çalışan, ticari işletmenin bulunduğu merkez dışındaki müşteri çevresine mevcut ürünlerin tanıtım ve satım faaliyetini üstlenen kişidir.¹⁷⁵ Tanıtım ve satım faaliyetlerinin yapılacağı kişileri genel olarak kendisi belirlese de TBK. m.450/f.2 hükmü gereği, fiyatlar ve satışın hangi koşullarda yapılacağı noktasında işverenin talimatı ile bağlıdır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin konusunu, bir ürünün veya hizmetin merkez dışındaki müşteri çevresine tanıtımı ve bu ürün ve hizmetlerin satışına aracılık edilmesi oluşturmaktadır.¹⁷⁶ TBK. m. 448¹⁷⁷ hükmünde yapılan tanım gereği, iş sözleşmesinin unsurlarından biri olan iş görme edimi, genel olarak her türlü işlemin yapılmasına yönelik aracılık faaliyeti ve yazılı anlaşma olması durumunda anlaşma kapsamındaki diğer işlerin ifasından oluşmaktadır. Ayrıca bu iş görme edimi, bir kez yapıldığında son bulacak şekilde değil bir süreklilik dâhilinde olmalıdır.¹⁷⁸ Pazarlamacı icra ettiği faaliyetlerini, işveren ad ve hesabına yapmakta bir başka deyişle, gerçekleşen işlemler

¹⁷⁴ Bkz. Bölüm § 1 vd.

¹⁷⁵ Süzek, a.g.e., s.298.

¹⁷⁶ Erzurumluoğlu, a.g.e., s.163; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.482.

¹⁷⁷ TBK. m. 448: “*Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

¹⁷⁸ Zevkliler, Gökyayla, a.g.e., s.480.

doğrudan doğruya işveren üzerinde hüküm doğurmakta ve dolayısıyla ilave bir devre gerek duyulmamaktadır.¹⁷⁹

Pazarlama sözleşmesinin diğer bir unsuru da, ücret unsurudur. Pazarlamacının, yaptığı faaliyetler karşılığında alacağı ücret, TBK. m.454/f.1-2¹⁸⁰ hükmü göz önünde bulundurularak, doğrudan para olabileceği gibi kısmen veya tamamen komisyon olarak da belirlenebilir.

Son unsur olan bağımlılık unsuru ise, bu sözleşme bakımından özellik arz etmektedir. Yukarıda bağımlılık ilişkisinin olmasının bir zorunluluk olduğu ve bu bağı tespiti için birtakım kriterlerin varlığından söz etmiştik. Ancak burada işçi yani pazarlamacı, iş görme edimini işverenin işletmesi dışında ifa etmektedir. İşverene ait iş organizasyonu kapsamında yer alan pazarlamacının, kanunun açık hükmü gereği işyeri olarak kabul edilen sınırlar içerisinde bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay da *“Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır.”* ifadesiyle aynı yönde bir karar vermiştir.¹⁸¹ Ayrıca yine hükmün açık

¹⁷⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.481; Süzek, a.g.e., s.300; Umut Akdeniz, *“Pazarlamacılık Sözleşmesi”*, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 4, 2013, s.5-6.

¹⁸⁰ TBK. m.454/f.1-2: *“İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarda birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür.*

Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin yazılı anlaşma, kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması koşuluyla geçerlidir”.

¹⁸¹ YHGK., E. 2009/21-249, K. 2009/291, T. 24.06.2009, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

ifadesinden anlaşılacağı üzere, işverenin de ticari işletme sahibi olması gerekmektedir.¹⁸²

Konu ile ilgili nihai olarak ele alınması gereken husus, uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi sorunudur. Ticari işletme sahipleri ile pazarlamacılar arasında sözleşme ile kurulan ilişkinin genel kabule göre iş sözleşmesi ile meydana getirildiği ve pazarlamacıların, İşK. m. 4 hükmü de dikkate alındığında işçi olarak nitelenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla da uygulanacak hukuk kuralları bakımından, İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.¹⁸³ Zira TBK. m. 469 gereği, pazarlamacılık sözleşmesine dair hüküm bulunmaması durumunda, hizmet (iş) sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacaktır. Ancak öğretilerde aksi kanaatte olan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, TBK. m. 469'da konuya dair hüküm bulunmayan durumlarda, hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağı yönündeki ifade bir çelişki yaratmıştır. İsviçre'de de, pazarlamacı statüsündeki kişilere, İş Kanunu hükümleri uygulanmamaktadır.¹⁸⁴

2.6.2. Evde Hizmet Sözleşmesi (TBK. m. 461-469)

Teknoloji ve ekonomik faaliyetlerin hızla ilerlemesi sonucunda, ortaya çıkan bir başka atipik çalışma şekli de evde çalışmadır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Ancak ülkemiz tarafından henüz bu sözleşme onaylanmadığından, iş sözleşmesinin nitelikli bir hali olarak sadece TBK. içerisinde düzenlemeye yer bulmuştur. *Evde hizmet sözleşmesi* TBK. m. 461 hükmünde; işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde ya da belirleyeceği bir başka yerde, bizzat veya aile üyeleri ile birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁵

Evde çalışma, çok çeşitli biçimlerde görülebilen bir çalışma şeklidir. İşlerin parça başı evde yapılması şeklinde olabileceği gibi bir çeviri faaliyetinin evde yapılması şeklinde

¹⁸² Akdeniz, a.g.m., s.4.

¹⁸³ Süzek, a.g.e., s.299.

¹⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz. Akdeniz, a.g.m., s.11.

¹⁸⁵ Erzurumluoğlu, a.g.e., s.171.

de olabilmektedir. Ancak belirtilmelidir ki, bir başkasının evinde yapılan temizlik veya yemek yapılması gibi faaliyetler, “ev hizmeti” kapsamında yer almakta ve İşK. m. 4 gereği, bu kişiler işçi sıfatına sahip olamamaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken noktalardan biri, iş görme borcunu üstlenen kişinin, faaliyeti sırasında aile bireylerinin yardımını alabiliyor olmasıdır. Görüldüğü üzere, aile bireylerinin yardımı söz konusu olmakta ancak kişinin, faaliyetten tamamen uzaklaşarak işi aile bireylerine yaptırması bahse konu olmamaktadır.¹⁸⁶ TBK. m. 461’den de anlaşıldığı üzere, iş karşılığında bir ücretin ödenmesi gerekmektedir. Burada ödenecek ücret, her ne kadar aile bireylerinden işin icrasında yardım alınmış olsa da işveren ile aile üyeleri arasında bir iş sözleşmesinin olmamasından dolayı işin verildiği kişiye ödenecektir.¹⁸⁷

Bu çalışma biçimi, bir uzaktan çalışma şeklinde olduğu için işverenin işçi üzerindeki yönetim hakkı zayıflamış ve bağımlılık unsurunun belirlenmesinde güçlükler yaşanmıştır. Ancak bağımlılık derecesi azalsa da iş organizasyonu ölçütü ile bu kişilerin, iş sözleşmesi ile çalıştığının kabulü gerekir.¹⁸⁸ Keza TBK. açık hükmünden de evde çalışan kişinin, işçi sıfatına sahip olduğu görülmektedir. Burada işçinin iş görme edimini ifa ettiği yerin işyeri sınırları içerisinde bulunmaması, işverenden talimat almayacağı yönünde değerlendirilmemelidir.¹⁸⁹

Yapılan açıklamalar neticesinde, tıpkı pazarlamacıda olduğu gibi evde çalışanın işçi statüsünde kabul edilmesi, aynı zamanda iş hukuku kurallarının uygulama alanı bulacağı gerçeğini de beraberinde getirmektedir.¹⁹⁰ Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir.¹⁹¹ Lakin pazarlamacılık sözleşmesindeki aynı gerekçe ile, öğretide aksi yönde görüşte olan yazarlar da bulunmaktadır.¹⁹²

¹⁸⁶ Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, **TİSK Akademi**, 2011, s. 17.

¹⁸⁷ Centel, a.g.m., s.17.

¹⁸⁸ Süzek, a.g.e., s.293.

¹⁸⁹ Centel, a.g.m., s.17.

¹⁹⁰ Süzek, a.g.e., s.294.

¹⁹¹ “...Somut olayda davacı, davalı şirketin Ankara Merkez ve Batı Karadeniz bölge satış sorumlusu olarak, home office şeklinde Ankara’da çalıştığını belirterek işçilik alacaklarına ilişkin davayı Ankara İş Mahkemesinde açmıştır. Mahkemece, şirketin faaliyet merkezinin Karaman’da bulunduğu gerekçesi ile Karaman İş Mahkemesine yetkisizlik kararı verilmiştir. Dosya içeriğinden davalı şirketin dava açıldığı tarihteki ikametgahının Karaman’da bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak davacının fiilen işini yaptığı yer

2.6.3. Tele Çalışma Sözleşmesi

Son olarak inceleyeceğimiz ve teknolojideki gelişmeler sonucu ortaya çıkan bir diğer çalışma da tele çalışmadır. *Tele çalışma*, iletişim ve/veya telekomünikasyon vasıtalarından faydalanmak suretiyle herhangi bir işin uzaktan yapılmasıdır.¹⁹³ Bu çalışma şeklinde, önceden belirlenmiş olan bir programa göre teknoloji vasıtaları (internet, bilgisayar ve telefon gibi) kullanılarak iş görme borcu yerine getirilmektedir.¹⁹⁴

Görüldüğü üzere, tele çalışma bakımından önem arz eden husus, iletişim ve telekomünikasyon araçlarının kullanılmasıdır. Bu çalışma türünde, işveren iletişim araçları vasıtasıyla işçiye emir ve talimat verme hakkını daha basit bir şekilde kullanabildiği için iş gören için işçi statüsü nitelendirilmesinin yapılması daha elverişlidir.¹⁹⁵ Burada bağımlılık ilişkisinin varlığının tespit edilmesi durumunda, iş sözleşmesinin varlığı kabul edilecek ve iş hukuku kuralları uygulanabilecektir.¹⁹⁶

konusunda mahkemeye yapılan araştırma yetersizdir. Bu durumda mahkemeye tarafların gösterdikleri şahitler dinlenmeli ve şahit anlatımları dosya içerisindeki tüm delillerle birlikte değerlendirilerek davacının fiilen işini yaptığı yer tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır. Ardından iş mahkemelerinde yetki kuralının işçiyi koruma amaçlı düzenlendiği ve kanunda belirlenen yetkili mahkemelerden birini seçme hakkının işçide olduğu gözetilerek davacı işçiden yetkiye ilişkin tercihi sorulmalı, sonucuna göre yetkili mahkeme belirlenmelidir.” Yargıtay 22.HD., E. 2014/29193, K. 2014/29165, T. 27.10.2014. Benzer yönde: Yargıtay 7.HD., E. 2013/4043, K. 2013/11158, T. 13.06.2013, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

¹⁹² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.477.

¹⁹³ A.y.

¹⁹⁴ A.y.; Süzek, a.g.e., s.297.

¹⁹⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.478.

¹⁹⁶ Narmanlıoğlu, a.g.e., s.167.

§ 3. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

3.1. GENEL SONA ERME SEBEPLERİ

3.1.1. Tarafların Anlaşması (İkale)

İster belirli süreli isterse belirsiz süreli nitelikteki bir iş sözleşmesi olsun geçerli bir biçimde meydana getirilmiş iş sözleşmeleri türüne bakılmaksızın, sözleşme taraflarının ortak iradeleri ile her zaman sona erdirilebilmektedir. Söz konusu durum, esasen Anayasamızda m. 48 hükmünde “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlığı altında teminat altına alınan “sözleşme özgürlüğü”nün bir sonucu niteliğindedir. Çalışmanın temel konusunu oluşturan bu sona erme biçimi, ilerleyen kısımda etraflıca incelenecektir.

3.1.2. Ölüm

Halihazırda var olan bir sözleşme taraflarından birinin ölümü, sözleşmenin sona ermesine neden olabilecek bir hadisedir. İş sözleşmeleri bakımından bu konu, önemi ve iş ilişkisine etkisi dolayısıyla iki ayrı başlık halinde incelenmektedir. Bunlardan ilki “işçinin” diğeri ise “işverenin” ölüm halidir.

Mevcut bir iş sözleşmesinde işçinin ölümü, sözleşmeyi sona erdirmektedir. TBK. m. 440 hükmü söz konusu durumu, “*Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer*” ifadesiyle düzenleme altına almıştır. Çalışmamız içerisinde de bahsedildiği üzere iş sözleşmeleri, işçinin kişiliğinin ön planda olduğu bir sözleşmedir. Dolayısıyla iş sözleşmelerinde işçinin ölümü, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaktadır.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.246; Süzek, a.g.e., s.553-554.

Bir diğ er hal olan “işverenin ölümü”nde ise işçinin ölümündeki neticenin aksine iş sözleşmeleri sona ermemekte olup külli halefiyet gereği söz konusu sözleşmeler işverenin mirasç ıları ile devam etmektedir.¹⁹⁸ Mevzubahis durum TBK. m.441/f.1 hükmünde, “İşverenin ölümü halinde, yerini mirasç ıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleş en hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır” ifadesi ile düzenleme altına alınmıştır. Fakat belirtmelidir ki, iş sözleşmesi işverenin kişiliğ i dikkate alınarak meydana getirilmiş olabilir. Böyle bir durumda TBK. m.441/f.2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükme göre, “Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliğ i dikkate alınmak suretiyle kurulmuş sa, onun ölümüyle kendiliğ inden sona erer”.

3.1.3. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Sürenin Sona Ermesi

Bir sözleşmenin “belirli süreli iş sözleşmesi” olarak nitelendirilebilmesi, İŞK. m. 11 hükmünde belirtildiğ i üzere belirli objektif şartların varlığına bağıldır. Söz konusu hükme göre, “...Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağılı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”. Ancak TBK. kapsamında yer alan ilgili düzenlemelerde belirli süreli iş sözleşmeleri ile ilgili bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Her iki düzenleme göz önüne alındığında belirli sürenin söz konusu olduğı iş sözleşmeleri, belirlenen sürenin sonunda kendiliğ inden sona ermektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde ise, iş sözleşmelerinin feshi halinde gündeme gelecek hukuki sonuçlar doğmayacaktır. Zira mevcut ilişki bir fesihle değil, kendiliğ inden sona ermiştir.¹⁹⁹

TBK. m.430/f.2 hükmü gereği belirli sürenin sonuna gelinmesine rağmen işçi çalışmaya, işveren de onu çalıştırmaya devam ediyor ve mevcut sözleşme iş ilişkisi taraflarınca açık bir biçimde yenilenmez, diğ er bir ifade ile sözleşme örtülü olarak devam ettirilirse sözleşmenin “belirsiz süreli” sözleşmeye dönüştüğü kabul

¹⁹⁸ Akyiğ it, a.y.; Süzek, a.g.e., s. 555.

¹⁹⁹ Narmanlıoğ lu, a.g.e., s.342.

edilmektedir.²⁰⁰ Bu şekilde belirsiz süreli sözleşmeye dönüşme halinde yeni bir sözleşmeden değil, önceki sözleşmenin süre hususu dışında yer alan koşullarla devamından bahsedilmektedir. Fakat taraflar, esaslı bir nedene dayanarak yeni bir belirli süreli sözleşme meydana getirildiği veya farklı şartları taşıyan yeni bir belirsiz süreli sözleşme oluşturulduğunu ispatlayarak karinenin aksini iddia edebileceklerdir.²⁰¹

TBK. m.430/f.1 hükmünde, “*Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla taraflar, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesini, belirlenmiş sürenin öncesinde yapılacak bir bildirim şartına bağlayabilmektedirler. Ancak on yılı aşan süreye sahip iş sözleşmeleri ile ilgili TBK.’da özel hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, “*Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder*”. (TBK.m. 430/f.3)

3.2. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ

Fesih, bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında şöyle tanımlanmıştır: “*Fesih bir irade beyanıdır. Karşı tarafa varmasıyla hukuki sonuçlarını doğurur. Başka bir anlatımla, tarafların iş sözleşmesini fesih hakkı, yenilik doğurucu bir haktır. Bu hak, kullanılmakla tüketilmiş olur. Kullanılan bu hak, karşı tarafa ulaşmadan geri alınabilir veya karşı tarafa ulaştıktan sonra da ancak karşı tarafın muvafakati ile geri alınabilir. Bildirimli fesih, fesih bildirim, bildirim yapılmasıyla değil, önelin sona ermesi ile sonuç doğurur. Fesih ihbar öneli verilmesinin nedeni, işçinin ihbar süresi içinde yeni iş bulmasını sağlamaktır*”.²⁰²

İş Hukuku anlamında feshin tanımı şu şekilde yapılabilir: “*İş sözleşmesinin taraflarından birisince mevcut sözleşmeyi sona erdirme iradesiyle diğer tarafın*

²⁰⁰ Süzek, a.g.e., s.552.

²⁰¹ Yeliz Bozkurt Gümrukçüoğlu, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.266.

²⁰² YHGK., E. 2005/1-631, K. 2005/643, T.23.11.2005, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

kabulüne bağlı olmaksızın ileriye dönük olarak sonlandırılmasıdır".²⁰³ Diğer bir tanıma göre ise fesih, "*Sürekli bir iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdirmeyi amaçlayan tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli bir irade beyanıdır*".²⁰⁴

Mevcut bir iş sözleşmesinin feshi dendiğinde hem süreli fesih hem de haklı nedenle derhal fesih akla gelmektedir. Bir iş sözleşmesinin feshi, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması anlamına gelmektedir.²⁰⁵ Karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmayan fesihte, tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesi o anda veya bildirim süresi nihayetinde ileriye dönük biçimde sona erdirilir. Bu beyanın hüküm ve neticeleri, karşı tarafa vardığında doğmaktadır. Beyanın diğer tarafa varmasının ardından tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Ancak karşılıklı mutabakat ile neticelerini meydana getirmesinin önüne geçilebilmektedir. Tek taraflı olarak geri alabilme, yalnızca en geç fesih beyanı ile birlikte karşı tarafa vardığı hallerde mümkün olabilmektedir.²⁰⁶

İşK. m. 17 hükmü gereği, iş güvencesi hükümleri kapsamı içerisinde bulunan belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile iş gören işçi sözleşmeleri, süreli fesih ile bildirim sürelerine uymak veya söz konusu sürelerle ilişkin ücret peşin ödemek şartıyla sona erdirilebilmektedir. Özellikle belirtmelidir ki, iş güvencesi hükümleri kapsamı dahilinde bulunmayan işçiler açısından süreli fesih hakkının kullanılması için sözleşmenin yalnızca "belirsiz süreli" olması yeterlidir. Ancak kapsamında bulunan işçiler bakımından söz konusu hakkın doğumu yalnızca İşK. m. 18 hükmünde ifade edilen geçerli sebeplerin varlığını şart koşmaktadır.²⁰⁷ İş güvencesi dahilindeki işçilere yapılması gereken yazılı fesih bildiriminde, fesih sebebinin açık ve kati biçimde belirtilmesi gerekmekte olup sebebin işçi davranışı yahut verimi dolayısıyla olması halinde ilaveten savunma alınması da mecburidir. Fakat iş güvencesi hükümleri

²⁰³ Akyiğit, a.g.e., s.253.

²⁰⁴ E. Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2017, s.231.

²⁰⁵ A.y.

²⁰⁶ Fahrettin Korkmaz, Nihat Seyhun Alp, *Bireysel İş Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.187.

²⁰⁷ Süzek, a.g.e., s.556.

haricinde olanlar açısından süreli feshin geçerliliği, fesih sebebinin yazılı olması veya işçi savunmasının alınmasına bağlı değildir.²⁰⁸

İşK. m. 24-25 hükümleri, haklı nedenle derhal feshi düzenlemektedir. Bu fesih türü, yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmelerine uygulama olasılığı bulunan süreli fesihten farklı olarak hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulabilmektedir. İşK. m.24/f.1 ve m.25/f.1 hükümleri göz önünde bulundurularak sona erme zamanları temelinde bir değerlendirme yapıldığında, iş sözleşmesi süreli fesih söz konusu olduğunda bildirim süresi sonunda, haklı nedenle fesih söz konusu olduğunda ise derhal sona ermektedir. Ayrıca süreli fesih hakkının doğumu, iş güvencesi kapsamı haricindekiler bakımından hiçbir sebebin varlığını gerektirmezken, kapsam dahilindekiler bakımından İşK. m.18/f.1 hükmünde ifadeye yer bulan geçerli sebeplerin varlığı gerekmektedir. Benzer biçimde, haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumu için de İşK. m.24/f.1-3 ile m.25/f.1-4 hükümlerinden düzenleme altına alınan haklı sebeplerin varlığı gerekmektedir.²⁰⁹

²⁰⁸ Ünal Ertabak, *İş Güvencesinin Kapsamı, Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri, Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s.141.

²⁰⁹ Süzek, a.g.e., s.557.

§ 4. İKALE (BOZMA) KAVRAMI VE HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

4.1. GENEL OLARAK

Çalışma içeriğinde sıklıkla dile getirildiği üzere, Türk Özel Hukuku'nda genel anlamda sözleşme özgürlüğü hakimdir. Bu durum da özel hukuk kişilerinin, ilk bölümde bahsi geçen sınırlamalar dahilinde kalacak biçimde istedikleri şekilde sözleşme meydana getirebilmesine imkân tanımaktadır. Mevzuatımız da sözleşme özgürlüğü ilkesi bağlamında şekillenmiş ve belli başlı sözleşme türlerine dair düzenlemeler haricindeki sözleşmeler, “genel hükümler” kapsamında değerlendirilmek üzere serbest bırakılmıştır.

Çalışmanın devam eden kısmında hem kavramsal açıdan hem de hukukumuzdaki pratik uygulama göz önünde bulundurularak etraflıca incelenecek ikale sözleşmeleri, esasında yalnızca İş Hukuku bakımından söz konusu olan bir hukuki müessese değildir. Daha Türkçe bir ifade ile “Bozma Sözleşmeleri” olarak da anılan bu kurum, temeldeki mantığı sebebiyle tüm özel hukuk sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulabilecek ve var olan sözleşmesel ilişkiyi sona erdirebilecek kudrete sahiptir. Buradan hareketle, gerektiği şekliyle oluşturulmuş bir kira sözleşmesi, eser sözleşmesi ya da iş sözleşmesi, ikale sözleşmesi vasıtası ile sona erdirilebilir. Her ne kadar hukukumuz bakımından ikale dendiğinde doğrudan İş Hukuku akla gelse de ikale uygulamasının, karma yapıya sahip, temelinde eser sözleşmesi ve satış vaadi sözleşmesi bulunan ve genel olarak “inşaat sözleşmeleri” şeklinde anılan sözleşmeler özelinde de örneklerine rastlamaktayız. Yine buradaki ikale sözleşmesinin geçerliliğinde, tıpkı İş Hukuku ekseninde değerlendirilen ikale sözleşmelerinde olduğu gibi Yargıtay tarafından bir değerlendirme yapılmakta ve sözleşme tarafının bilgi düzeyi, içinde bulunduğu durum

ve ikale sözleşmesi ile mevcut sözleşmeyi sona erdirmenin hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı gibi birtakım kriterlere başvurulduğu görülmektedir.²¹⁰

Konunun sınırlandırılması bakımından “ikale sözleşmeleri”, hukukumuz içerisinde en sık gündeme geldiği ve yine aynı sıklıkta uygulama alanı bulduğu İş Hukuku ekseninde değerlendirilecektir.

4.2. İKALE (BOZMA) KAVRAMI VE TANIMI

İş sözleşmesinin olağan sona erme nedenleri; ölüm, fesih ve belirli süreli iş sözleşmesinin vadesinin dolmasıdır. İkale sözleşmeleri, mevcut hukuk düzenimiz içerisinde ne Türk Borçlar Kanunu ne de İş Kanunu içerisinde herhangi bir yasal düzenlemeye konu olmamıştır. Esasında birçok hukuk sistemi bakımından da hukuk alanında “en belirsiz” konulardan biri olarak değerlendirilmektedir.²¹¹ Hukukumuz bağlamında teorik açıdan hüküm altına alınmayan hususun tanımı konusunda öğretiden ve Yargıtay kararlarından faydalanılmaktadır.

İkale, kelime manası bakımından, Osmanlıca kökenine dayanmakta olup “*kaldırılma*” anlamına gelmektedir.²¹² İslam Hukuku bakımından ise ikale sözcüğü, *bir şeyi iptal etmek, feshetmek* anlamına gelmektedir. Yine İslam Borçlar Hukukunda ikale, “*bir akdin hüküm ve neticelerinin tarafların rızasıyla ortadan kaldırılması*”, “*iki tarafın, önceden gerçekleştirmiş oldukları akdi feshetmek üzere yaptıkları yeni bir anlaşma*” olarak tanımlanmıştır.²¹³ İşçi ile işverenin, hâlihazırda geçerli olan bir iş sözleşmesini, sözleşme özgürlüğü kapsamı içerisinde karşılıklı olarak anlaşıp sona erdirmeleri hukuk terminolojisinde bozma ya da ikale kelimeleri ile ifade edilmekte, yine taraflar arasında kurulan bu yeni sözleşmeye de “*İkale ya da bozma (contrarius actus) sözleşmesi*”

²¹⁰ Yargıtay 23.HD., E. 2015/9708, K. 2018/3902, T. 03.07.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²¹¹ Michael Bryan, “Rescission, Restitution and Contractual Ordering: The Role of Plaintiff Election”, **The Law of Obligations: Connections and Boundaries**, Ed. by. Andrew Robertson, UCL Press, London, 2004, s.59.

²¹² (Çevrimiçi), <https://www.tdk.gov.tr/>, 03 Ocak 2020.

²¹³ Emine Esin Göç, *İslam Borçlar Hukukunda 'İkale'*, 2010, s.30-31.

denilmektedir.²¹⁴ Yargıtay ise bir kararında, “*sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradeleri ile sona erdirilmesi yönündeki işlem*” şeklinde tanımlamıştır.²¹⁵ Alman Hukukunda da 2000 yılına kadar herhangi bir düzenlemeye konu olmayan ikale sözleşmeleri, Alman Medeni Kanunu’nda 01 Mayıs 2000 tarihinde yapılan değişiklikle, tanım olarak değilse de kavram olarak yer almaya başlamış ve sözleşmenin geçerlilik koşulu olarak yazılı şekil belirlenmiştir.²¹⁶

Herhangi bir yasal düzenleme ile hüküm altına alınmamış olması dolayısıyla, teknik anlamda borçlar hukukuna tabi olduğu düşünülse de, ikale sözleşmelerinde tarafların işçi ve işveren sıfatlarına sahip oldukları göz önünde bulundurulmalıdır. Zira özel hukukta liberal düşüncenin ürünü olan irade özerkliği ve Borçlar Hukukuna yansısıyla sözleşme özgürlüğü benimsenmiş, hukuki işlemlerin tarafları sosyal ve ekonomik durumlarına bakılmaksızın eşit konumda kabul edilmiş ve eşit korumaya tabi tutulmuştur. İkalenin alışılmış bir borç sözleşmesi olduğu kanısıyla hareket edilmesi durumunda, taraflardan birinin güçlü bir pozisyonda bulunan işveren ile sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin olduğu göz ardı edilecek ve İş Hukukunda önemli bir konuma sahip işçinin özel olarak korunması ilkesi de tatbik edilmeyecektir. Her ne kadar Alman öğretisinde, işçi ve işverenin eşit konumda olduğu ve işçinin ayrıca korunmasına ihtiyaç bulunmadığı görüşü²¹⁷ hâkim olsa da Türk Hukuku bakımından baskın görüş, ikale sözleşmelerinde işçi ile işverenin eşit olmadığı, bu nedenle işçinin korunması gerektiğidir.²¹⁸ Zira Yargıtay da “...*bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, genel hükümlerin yanı sıra iş hukukundaki “işçi yararına yorum” ilkesi de göz önünde*

²¹⁴ Türk hukukundaki muhtelif tanımlar için bkz. Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda İ kale (Bozma Sözleşmeleri)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.6; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.784; Süzek, a.g.e., s.549; Akyiğit, a.g.e, s.256; Sabahattin Yürekli, *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.116-117; Mustafa Kılıçoğlu, *İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.226; Hasan Nüvit Gerek, “*İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi ile Sona Ermesi*”, **Çalışma ve Toplum**, S. 31, 2011, s.44.

²¹⁵ Yargıtay 22. HD., E. 2018/8116, K. 2018/15946, T. 26.06.2018. Aynı yönde: Yargıtay 9. HD., E. 2017/24377, K. 2018/8696, T. 16.04.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²¹⁶ Astarlı, a.g.e., s.6.

²¹⁷ A.e., s.19.

²¹⁸ A.e., s.18-27; Mahmut Kabakçı, “Sözleşme Özgürlüğü ve İ kale”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 25, 2012, s.25.

bulundurulacaktır.” ifadesiyle ikale sözleşmelerinin geçerliliği bakımından, işçi yararına değerlendirme yapılması şartını ortaya koymuştur.²¹⁹

İkale sözleşmesinin asli amacı, mevcut durumda var olan iş sözleşmesini, tarafların anlaşması suretiyle meydana getirecekleri bir başka sözleşme ile ortadan kaldırmaktır. Bu bozma sözleşmesi, İş Hukuku bakımından var olan tüm sözleşmeler bakımından uygulanabilmektedir.²²⁰

4.3. İKALE SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI BAKIMINDAN FAYDA VE SAKINCALARI

4.3.1. İşveren Bakımından

İkale sözleşmesinin taraflarından biri olan işverenin, işçiye kıyasla daha avantajlı bir konumda olduğu söylenebilir. Bunun sebeplerinden biri, ikalenin bir fesih niteliğinde olmaması ve işverenin fesih hakkını sınırlandıran hükümlerinin uygulanmasını gerektirmemesidir. Bilindiği üzere, iş güvencesi kapsamındaki işçilere ait iş sözleşmelerinin feshedilmesi için kanunda belirlenen usule (İşK. m. 19) uyma gereksinimi yanında feshin son çare olarak uygulandığının da ispatlanması gerekmektedir. İşveren ikale sözleşmesi ile geçerli bir nedene ihtiyaç duymayacak ve ortaya çıkması muhtemel işe iade davası ve bununla ilgili mali yüklerden kurtulmuş olacaktır. Bir başka avantajı da, işe iade davasında geçerli bir nedene dayandığının ispat yükü işverende iken ikale sözleşmesinin geçersizliğinin tespitinde ispat yükü işçide olacaktır. İşveren açısından dezavantaj ise, kendisinin yaptığı ikale önerisi sonucunda işçinin kabul etmesi ile işverenin bir tazminat ödemek durumunda olmasıdır.

²¹⁹ Yargıtay 9. HD., E. 2017/22500, K. 2018/7220, T. 02.04.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²²⁰ Münir Ekonomi, “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesinden Feragat ve Sulh”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, S. 1, 2006, s.36; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.164; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.336; Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s. 336.

4.3.2. İşçi Bakımından

İşçi bakımından ikale sözleşmesinin avantajları değerlendirildiğinde ikalenin nadiren işçinin menfaatine olduğu görülmektedir. Buna örnek olarak, işçinin mevcut bir iş sözleşmesinin bulunduğu sırada daha cazip bir iş teklifi alması ve bu teklifi kabul için hâlihazırda bulunan iş sözleşmesini ikale ile sona erdirmesi gösterilebilir. İkalenin bir fesih niteliğinde olmaması dolayısıyla iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler açısından koruma hükümleri söz konusu olmayacaktır. Yani işçi ihbar tazminatı, koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı talep edemeyecek ve işe iade davası açamayacaktır.²²¹ Bunun yanı sıra, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51.maddesinde ifade edilen işsizlik ödeneğine hak kazanmak için gereken şartlar arasında, tarafların anlaşması ile sona erme durumu bulunmadığı için işçi, bu ödenekten de faydalanamayacaktır.

Yukarıda da izah edildiği üzere, işverene kıyasla işçinin daha olumsuz sonuçlara maruz kalmasından dolayı, hayatın olağan akışı içerisinde makul bir yararı olmadıkça işçinin, sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından ikale yöntemini tercih etmeyeceğine yönelik bir kanı oluşmuştur.²²²

4.4. İKALE SÖZLEŞMELERİNDE İŞÇİ YARARINA YORUM İLKESİ

Çalışmamızın ilk bölümünde etraflıca bahsedildiği üzere hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenmiş olup meydana getirilecek sözleşmelere hukuki bakımdan müdahale en temel seviyede tutulmuştur. Özel hukuk sistematığımız içerisinde sözleşmelerin, tamamen eşit taraflarca tümüyle özgür iradeleri ile meydana getirildiği kabul görmektedir. Buradan hareketle sözleşme tarafları da, meydana getirecekleri sözleşmelerin özellikle içeriklerini serbestçe meydana getirebilmekte, çeşitli müzakerelerle bu şartları belirleyebilmektedirler. Özellikle ülkelerin ticari faaliyetleri nazara alındığında bu serbestinin, elzem nitelikte bir öneme sahip olduğunu

²²¹ Astarlı, a.g.e., s.14.

²²² Süzek, a.g.e., s.530; Mustafa Alp, "İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, C. 5, S. 17, 2008, s. 36; Kabakçı, Sözleşme Özgürlüğü ve İkale, s.123; Gerek, a.g.m., s.50.

söyleyebiliriz. Zira bu durum kişilere, özellikle zaman bakımından ciddi bir tasarruf sağlamakta ve bu sayede de ticari hayat hız kazanmaktadır.

Özel hukuk içerisinde sözleşme tarafları tamamen eşit pozisyonda olan kişiler olarak kabul edildiğinden, sözleşme taraflarından herhangi birini koruma gibi bir gaye yer almamaktadır. Ancak bilinmektedir ki, her ne kadar özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olsalar da bazı sözleşme tarafları, zayıf-güçlü olarak ifade edilen kutuplarda yer almakta ve bu durum da, tabii olarak taraflar arası eşitsizliğe yol açmaktadır. Bu tür sözleşmelere verilebilecek en güncel örnekler, kira sözleşmeleri ile iş sözleşmeleridir.

Kira sözleşmelerinde bir şeyden yararlanma hususu, belirli bir ücret karşılığında başka bir kişiye bırakılmaktadır.²²³ TBK. m. 299 hükmü de tüm kira sözleşmelerini kapsamına alacak şekilde kira sözleşmesi kavramını, “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlamıştır. Taraflarını kiraya veren ve kiracının oluşturduğu bu sözleşme türü, tarafları bakımından incelendiğinde kiraya verenin, kiracıya kıyasla daha güçlü bir pozisyona sahip olduğu görülmektedir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, kira sözleşmelerinin kurulmasından evvel ya da kurulması sırasında fakat kiralananın tesliminden önce verilen tahliye taahhütleri, zayıf konumda bulunan kiracının baskı altında olması dolayısıyla kesin hükümsüz sayılmaktadır.²²⁴

İşçi ve işveren ilişkilerinin konu edildiği İş Hukuku, tarafların güçlü ve zayıf olarak nitelendirilebileceği bir diğer alandır. Zira işçi-işveren ilişkilerinde zayıf pozisyona sahip işçiyi koruma, bir prensip olarak esas alınmış ve bu prensip temel alınarak iş hukuku mevzuatımız meydana getirilmiştir. Özellikle sanayi devriminin ertesinde, bağımlı çalışan olarak nitelendirilen temel grupta yer alan işçi sayısında ciddi bir artış meydana gelmiş ve iş ilişkilerinde zayıf olan taraf daha görünürlük kazanmıştır.²²⁵

²²³ Erzurumluoğlu, a.g.e., s.7.

²²⁴ Alper Mustafa Gümüş, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 329.

²²⁵ Kübra Yenisey-Doğan, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s.11.

İşçinin zayıf taraf olarak görünmesi esas olarak işverenin ekonomik anlamda daha güçlü olmasından kaynaklanmaktadır.²²⁶ İş sözleşmesinin bir tarafını işgal eden işçi, işe ihtiyaç duyan, çoğunlukla mevcut iş koşullarını müzakere edemeyecek bir pozisyonda olduğundan kabul etmek zorunda kalan taraftır. İşçinin pazarlık şansının olmadığı kabul edilmekte ve işverenin emir ve talimatları ile denetimi ve gözetimi altında bağımlı olarak iş görmesi, onun zayıf konumda olmasını güçlendiren durumlardır.

İkale sözleşmeleri, bilindiği üzere mevcutta var olan bir özel hukuk sözleşmesinin sona erdirilmesi amacıyla aynı taraflarca yeni bir sözleşme meydana getirilmesi durumudur. İş hukuku alanında ikale sözleşmesinin meydana getirilebilmesi, öncelikle mevcut bir iş ilişkisinin varlığına bağlıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde işçi, işverenin talimatları altında çalışıyor bulunmakta ve “bağımlı çalışan” sınıfı içerisinde yer almaktadır. İlerleyen kısımda etraflıca değinileceği üzere, ikalenin geçerliliği belli başlı şartların varlığına bağlanmıştır. Ancak bağımlı bir iş görme faaliyetinde bulunan işçinin, bu sözleşmenin meydana getirilmesi aşamasında bir pazarlık gücüne sahip olmadığı açıktır. Dolayısıyla işçinin korunması prensibi, ikale sözleşmelerinin yorumlanması bakımından da ciddi bir öneme haizdir.

İşçi yararına yorum, İş Hukuku alanında ön plana çıkan bir müessesedir. İşçiyi koruma prensibi, yukarıda kısaca bahsedildiği üzere, işçinin kişisel olarak işverene bağımlı olarak çalışmasından kaynaklanmakta ve buradaki kişisel ve ekonomik bağıllığın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. İkale sözleşmelerinin yorumlanması esnasında da işçi yararına yorum kuralı göz önüne alınmalıdır.²²⁷ Zira her ne kadar günümüz uygulamasında sıklıkla karşımıza çıksa da henüz mevzuatımız bakımından ikale sözleşmeleri ile ilgili herhangi pozitif bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Yapılacak genel bir yorum neticesinde TBK. içerisinde yer alan ve sözleşme ile ilgili genel hükümler koyan düzenlemeler, ikale sözleşmesi bakımından da geçerli olacaktır. Ancak hem öğretide hem de Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere, TBK. genel hükümleri

²²⁶ Hasan Ali Özyörük, *İkale Sözleşmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.39.

²²⁷ Özkan Ertekin, *İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.943.

yanı sıra işçi yararına yorum ilkesi de ikale sözleşmelerinin yorumlanmasında göz önünde bulundurulmalıdır.²²⁸

4.5. İKALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ DAYANAĞI

İrade serbestisi, özel hukuk kişilerine kendi istekleri doğrultusunda kural koyma ve uygulanacak kuralları bizzat belirleme yetkisi vermektedir.²²⁹ İrade serbestisi olarak anılan bu kavram, Borçlar Hukukunda sözleşme özgürlüğü olarak kendini göstermekte ve hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanımlanmış varlıkların, özel borç ilişkilerini yine hukuk düzeni tarafından belirlenmiş sınırlar çerçevesinde serbestçe düzenleyebilmesi anlamına gelmektedir.

Sözleşme özgürlüğünün en temel anlamdaki dayanağı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 48. maddesidir. Bu maddeye göre “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir”. Aynı şekilde daha özele indiğimizde söz konusu husus, TBK.’da da ifade bulmuştur. TBK. m. 26’ya göre, “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”. Sözleşme özgürlüğünün bir başka görünümü mahiyetinde olan sözleşmeyi sona erdirme özgürlüğü de, ikalenin hukuki dayanağını oluşturmaktadır.²³⁰ Nitekim Yargıtay kararlarında da aynı yorum getirilmiş ve ikale sözleşmesine hukuki dayanak olarak sözleşme özgürlüğü gösterilmiştir.²³¹

²²⁸ Ertekin, a.g.e., s.43-44.

²²⁹ Eren, a.g.e., s.16.

²³⁰ A.e., s.316 vd.; Süzek, a.g.e., s.529; Alp, a.g.m., s.29.

²³¹ “...Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesi mümkündür. Sözleşmenin, doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak adlandırılır.” Yargıtay 22. HD., E. 2018/8116, K. 2018/15946, T. 26.06.2018, (Çevrimiçi) www.sinertjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

4.6. İKALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ İTİBARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

Daha öncesinde de ifade ettiğimiz üzere ikale, her şeyden önce tarafları işçi ve işveren olan aralarındaki mevcut iş ilişkisini TBK. m. 1²³² kapsamında sona erdirmeyi amaç edindikleri bir sözleşme biçimidir. Sözleşmeye katılanları göz önünde bulundurduğumuzda, ikalenin iki taraflı bir hukuki işlem olması dolayısıyla da, benzer nitelikteki fesih ve feragat gibi hukuki kurumlardan ayrılmasında önemli rol oynamaktadır.

Hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeni tarafından belirlenen sınırlar çerçevesinde hukuki sonuçlar doğurmaya yöneltilen irade açıklamalarından meydana gelen bir hukuki müessesedir.²³³ Yapılan bu irade açıklamalarının amacı, bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi yahut ortadan kaldırılması biçiminde ortaya çıkabilmektedir.²³⁴ İfadeye yer bulan söz konusu bu hukuki işlemler, meydana getirdikleri etkileri bakımından; borçlandırıcı (taahhüt) ve tasarruf işlemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Borçlandırıcı işlemler*, alacaklı-borçlu arasında bir borç ilişkisi meydana getiren, borçluyu borçlanılan yükümlülüğe karşı uygun bir davranışta bulunma yükümlülüğü altına sokan işlemlerdir. *Tasarruf işlemleri* ise, bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen, onun tarafını ve içeriğini değiştiren, sınırlayan yahut ortadan kaldıran işlemlerdir. İ kale sözleşmesinde, taraflar birbirlerine karşı sahip oldukları mevcut iş sözleşmesine dayanan alacaklarını ve talep haklarını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, ikale sözleşmesi de hak ve borçları kesin bir biçimde ortadan kaldırdığı ve iş ilişkisini de tamamen sona erdirdiği gerekçesiyle bir tasarruf işlemi özelliklerine sahiptir.²³⁵ İ kalenin, tasarruf işlemi olmasının yanı sıra öğretide bir görüşe göre, temelinde bir taahhüt işlemi olduğu da ifade edilmektedir.²³⁶

²³² TBK. m. 1: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir”.

²³³ Astarlı, a.g.e., s.28.

²³⁴ A.e., s.29.

²³⁵ Astarlı, a.g.e., s.31; Mehtap Bozkurt, *İş Sözleşmesinin İ kale Yolu İle Sona Erdirilmesi*, 2017, s.7.

²³⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, a.g.e., s.35.

İkale, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir. Zira ikale sözleşmesi ile işçi bir borç olarak iş sözleşmesinin sona ermesini sağlamakta ve işinden vazgeçmekte, işveren ise buna karşılık makul yarar ölçütü kapsamında işçiye bir tazminat ödemeyi borç edinmektedir. Öğretide bir görüşe göre, ikale sözleşmesinde işverenin ödemekle yükümlü olduğu bir tazminat kararlaştırılmamışsa, o halde bu sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir.²³⁷ Kanaatimizce Yargıtay kararları da göstermektedir ki, işçiye makul yarar sağlanmadığı takdirde ikale sözleşmeleri geçersiz kabul edildiği için bu ölçüt bağlamında ikalenin genel olarak, iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak bu durum zaruri değildir. İstisnai olarak (işçinin yeni iş bir iş fırsatını değerlendirmesi) tek tarafa da borç yükleyecek şekilde meydana getirilebilir.

Her ne kadar Alman Federal İş Mahkemesi bu müessese bakımından ilkin, tek taraflı bir borç doğurduğu yönünde karar verse de sonrasında görüşünden dönerek Alman öğretisi ile aynı yönde, ikale sözleşmesinin her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olduğuna dair görüş birliği oluşturulmuştur.²³⁸

²³⁷ Astarlı, a.g.e., s.35-36.

²³⁸ A.e., s.32-33.

§ 5. İKALE SÖZLEŞMELERİNİN DİĞER BENZER HUKUKİ İŞLEMLERDEN FARKI

5.1. FESİH BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

İş sözleşmesi; belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin dolması, ölüm, tarafların anlaşması, mücbir sebep ve fesihle son bulmaktadır. Tarafların anlaşması ile sona erme ile kastedilen, ikaledir. *Fesih* ise, sürekli bir borç ilişkisi doğuran mevcut iş sözleşmesinin geleceğe etkili bir biçimde tek taraflı olarak sona erdirilmesi anlamına gelmektedir. Bu hak, bozucu yenilik doğuran bir hak olup hüküm ve sonuçlarını, hakka yönelik irade açıklamasının ilgiliye ulaşmasıyla meydana getirmektedir. Fesihte dikkat edilmesi gereken nokta, iş sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli oluşuyla ilgilidir. Belirli süreli bir iş sözleşmesinin bahse konu olması durumunda, vadenin gelmesiyle sözleşme herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ereceğinden fesih hakkının kullanımına ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak sözleşmede bir vade kararlaştırılmamışsa ya da daha açık bir ifade ile, sözleşme belirsiz süreli bir iş sözleşmesi niteliğinde ise, fesih hakkının kullanılması için kanun tarafından veya sözleşme ile karara bağlanmış bir yetkinin bulunması gerekmektedir.²³⁹ Haklı fesih durumu, ayrıca değerlendirilir. Zira bu durum, süreli ihbar bakımından geçerlidir.

Yukarıda da izah edildiği üzere fesih, bozucu yenilik doğuran bir hakkın tek taraflı olarak kullanılması ile sonuçlarını doğurmaktadır. Zira bu hukuki sonuçların meydana gelmesi için fesih beyanının, muhatabı tarafından kabul edilmesine gerek bulunmamaktadır. İ kale ise, temelini sözleşme özgürlüğü ilkesinden alan bir uyuşmanın ürünü olması dolayısıyla sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sonuçlarını meydana getirecektir.²⁴⁰

²³⁹ Astarlı, a.g.e., s.36-37.

²⁴⁰ Ekonomi, a.g.m., s.36-37; Süzek, a.g.e., s.529.

Burada ayrıca ifade edilmesi gereken husus, tarafların ikale yolu ile anlaşmasından önce yapılan fesih dolayısıyla ikalenin geçerli olup olmayacağıdır. İ kale sözleşmesinin, geçerli bir biçimde meydana getirilebilmesi için hâlihazırda tarafların yükümlülüklerini yerine getirdiği geçerli bir iş sözleşmesinin mevcudiyeti gereklidir. Bu nedenle, feshe konu olmuş bir iş sözleşmesinin, ikale yolu ile sonlandırılabilmesi mümkün değildir. Bunun tek istisnası, işveren tarafından bildirim süreleri nazara alınarak yapılan fesih bildirimini, yine bu bildirim, süreleri içerisinde işçinin onayı ile geri alındığında, fesih işlemi hukuki sonuçlarını meydana getirmeyecek, iş sözleşmesi geçerliliğini koruyarak devam edecek ve taraflar geçerli olan bu iş sözleşmesine yönelik ikale sözleşmesi yapabileceklerdir.²⁴¹ Ancak buradaki feshin geri alınmasına yönelik anlaşma, feshin bütün neticelerini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran ve sürdüren bir sözleşme değildir. Nitekim sona eren bir borç ilişkisinin tarafların anlaşması yoluyla eski durumuna getirilmesinin ancak kanunda bu yönde açık bir hükmün bulunması halinde mümkün olacağı belirtilmektedir.²⁴²

İ kale ile fesih arasındaki farklardan biri de, fesih hakkının kullanılabilmesi için bu hakkın, kanuna veya sözleşmeye dayanan bir yetki ile kullanılması gerekmesidir. Ancak ikale sözleşmeleri, hukuki dayanağını sözleşme özgürlüğü ilkesinden aldığından tarafların sözleşme kurma iradesine sahip olmaları yeterlidir.

Bir başka fark ise, her ne kadar ikale sözleşmesi ile işveren tarafından işçiye makul bir yarar sağlanması bir ölçüt olarak belirlenmişse de teorik olarak, iş güvencesine sahip bir işçinin ikale ile iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.²⁴³ Zira iş güvencesi hükümlerinden, İşK. m. 18 kapsamındaki işçiler yararlanabilmektedir.

İ kale sözleşmesi yapma niyetinde olan tarafın önerisi, fesih olarak değerlendirilemez.²⁴⁴ Zira şartları oluştuğunda fesih kurumunda, işçi kıdem ve/veya ihbar tazminatı alabilecekken, ikalede böyle bir durum söz konusu olamaz.²⁴⁵ Yargıtay'a göre de, işçi

²⁴¹ Yargıtay 7. HD., E. 2014/11966, K. 2014/19124, T. 20.10.2014, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²⁴² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.806-807.

²⁴³ Astarlı, a.g.e., s.38.

²⁴⁴ Cevdet İlhan Günay, "İ kale Sözleşmesi", **Çimento İşveren**, S. 5, 2009, s.9.

²⁴⁵ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.338; Süzek, a.g.e., s.549-550; Ekonomi, a.g.m., s.36-37; Günay, a.g.m., s.20; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.337-338; Gerek, a.g.m., s.53.

ve işveren iradelerinin iş sözleşmesinin *feshi* konusunda birleşmesi, bir tarafın *feshi* niteliğinde olmayıp *ikale sözleşmesi* niteliğindedir.²⁴⁶ Yargıtay bir başka kararında ise, tarafların konu ile ilgili iradelerinin uyuşmaması nedeniyle *ikale sözleşmesinin* kurulmadığına hükmetmiştir.²⁴⁷

Uygulamada işçi ve işverenin, iş sözleşmesinin *feshi* konusunda anlaşmalarına ya da işçilerin, işveren tarafından yapılan *feshi* kabul ettiklerine dair sözleşmelerin yapıldığı görülmektedir. Kanımca açık bir biçimde tarafların, fesih şeklinde nitelendirdikleri ve üzerinde anlaşmaya vardıkları hukuki işlem, *ikale*dir. Zira Yargıtay'da benzer nitelendirmelerin yapıldığı birçok olayda söz konusu hukuki işlemi *ikale* olarak kabul etmektedir.²⁴⁸

İkale ile işçi *feshinin* diğer bir deyişle istifasının birbirinden ayrılması gerekir. Yargıtay bir kararında, işçinin haklı bir sebebi bulunmaksızın ve bildirim öneli tanınmaksızın iş sözleşmesini *feshini*, istifa olarak değerlendirilmesi gerektiğini, ancak işçi ve işverenin belli bir süre daha karşılıklı olarak yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde istifadan bahsedilemeyeceğinden kararlaştırılan sürenin sonunda iş sözleşmesinin *ikale sözleşmesi* ile sona erdiğinin kabul edildiği görülmektedir.²⁴⁹ Ayrıca yine Yargıtay'a göre, “*Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla*

²⁴⁶ “...İşçi ve işveren iradelerinin iş sözleşmesinin *feshi* konusunda birleşmesi, bir tarafın *feshi* niteliğinde değildir. İş Kanunu'nda bu sona erme türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı *feshine* dair sözleşme yapılmasını içeren açıklamasının ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile *bozma sözleşmesi (ikale)* kurulmuş olur.” Yargıtay 9.HD., E. 2017/21980, K. 2018/6265, T. 26.03.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020. Aynı yönde: A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E. Tuncay Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013, s.172.

²⁴⁷ “...Somut olayda mahkemenin, iş sözleşmesinin *ikale* ile sonlandırıldığı gerekçesi hatalıdır. Zira *ikale(bozma) sözleşmesi* ile tarafların aynı anda karşılıklı olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi noktasında iradelerinin uyuşması gerekmektedir. Dolayısıyla yargılamaya konu olayda, davalının da bizzat kabulünde olan fesih iradesinin, daha önce davalı işverenden davacı işçiye yönelik ortaya konulduğu, sonrasında makul yararı da içeren sözleşme yapılarak ek menfaat temin edildiği ve dolayısıyla davalının fesih iradesinin davacıya ulaşmasından sonra ek menfaat temin edilmesinin *ikale* olarak değerlendirilemeyeceği dairemizce benimsenmiştir.” Yargıtay 7.HD., E. 2014/22363, K. 2015/7090, T.14.04.2015, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²⁴⁸ Yargıtay 9. HD., E. 2017/22500, K. 2018/7220, T. 02.04.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²⁴⁹ “...İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. İstifanın işverence kabulü zorunlu değilse de, işverence dilekçenin işleme konulmamış olması ve işçinin de işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez. Bununla birlikte istifaya rağmen tarafların belirli bir süre daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde, kararlaştırılan sürenin sonunda iş sözleşmesinin *ikale* yoluyla sona erdiği kabul edilmelidir.” Yargıtay 9. HD., E. 2011/45672, K.2 011/38375, T. 19.10.2011. Benzer yönde: Yargıtay 22.HD., E. 2015/30841, K. 2018/11275, T. 09.05.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir.” ifadesinden anlaşılacağı üzere bir koşula bağlanan istifa geçersiz olduğundan yine iş sözleşmesinin ikale yoluyla sonlandığı yönünde karar verilmektedir.²⁵⁰

Sonuç itibariyle, iş ilişkisinin hangi yolla sona erdiğinin tespiti için, somut olayın özellikleri dikkate alınmalı ve tarafların irade açıklamaları yorumlanmalıdır.

5.2. FERAGAT BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Feragat, Arapça kökenli bir kelime olup *hakkından kendi isteği ile vazgeçme* anlamına gelmektedir.²⁵¹ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 307’ye göre ise feragat, davacının açmış olduğu davadaki talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Esas itibariyle bir usul işlemi olan feragatin, aynı zamanda kesin hüküm niteliği taşıyan ve tekrar dava konusu edilmeyen bir yapısı bulunmaktadır ki bu sebepler dolayısıyla da ikaleden ayrılmaktadır.²⁵²

İkale sözleşmesinde, dava hakkında vazgeçmeye yönelik herhangi bir konu bulunmaz. Zira ikale sözleşmesinin kurulmasının ardından işçi, hakkı olduğu şeylerin verilmesi istemiyle mahkemeye başvurabilmektedir. Hatta ikale sözleşmesinin geçerliliğinin tespiti için de yargı makamlarına gelen hadiseler sıklıkla görülmektedir. Ayrıca ikale sözleşmelerinde, işe iade davasından feragat edildiğine dair bir hüküm bulunması halinde, dava açıldığında bu hükümler geçersiz sayılmaktadır. Ancak mahkemenin ikale sözleşmesini geçerli kabul etmesi halinde işe iade davası reddedilmektedir.²⁵³

²⁵⁰ Yargıtay 9.HD., E. 2015/16084, K. 2018/9793, T. 03.05.2018 (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020; Şentürk Dursun, *İş Hukuku Davalarına İlişkin Bilirkişi Raporları*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.373.

²⁵¹ (Çevrimiçi) <https://www.tdk.gov.tr/>, 03 Ocak 2020.

²⁵² Gerek, a.g.m., s.52.

²⁵³ Gerek, a.y.”

5.3. SULH SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Öğretide sulh sözleşmesi, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden doğan bir uyuşmazlığın, yine taraflar arasında yapılacak bir sözleşme vasıtasıyla karşılıklı fedakârlıklarda bulunarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır.²⁵⁴ Bu sözleşme, HMK. m.313/f.1’de düzenlendiği şekliyle mahkeme içinde veya mahkeme dışında yapılabilmektedir.²⁵⁵

Sulh sözleşmesinin yapılmasındaki amaç, taraflar arasında var olan ihtilafli bir hukuki ilişkinin çözüme kavuşturulmasıdır.²⁵⁶ Bu ihtilafli ilişki, tarafların karşılıklı fedakârlıkları ile çözüme kavuşturulmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, fedakârlığın karşılıklı olmasıdır. Aksi takdirde, meydana getirilen sözleşme bir sulh sözleşmesi değil, feragat ya da ibra sözleşmesi söz konusu olmaktadır.

İkalede, işçi ile işveren arasında bir uyuşmazlık bulunmamasına rağmen iş sözleşmesinin sona erdirilmesi amaçlanırken sulh sözleşmesinde, bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması söz konusudur. Ayrıca ikale, iş sözleşmesinin sona ermesinin bir türü iken, sulh sözleşmesi sözleşmenin sona ermesinden sonra ortaya çıkan ve genellikle parasal konulara yönelik yapılan bir sözleşmedir.

İkalede, biri sona eren iş sözleşmesi ve diğeri ikale sözleşmesi olmak üzere iki ayrı sözleşme bulunmak zorundadır. Sulh sözleşmesinde ise, mevcut hukuki ilişki daima bir sözleşme vasfında değildir. Örneğin, haksız fiilden kaynaklanan bir husus üzerine taraflarca sulh sözleşmesi meydana getirilebilir.

5.4. İBRA SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Borcu sona erdiren bir diğer hukuki kurum da, tarafların aralarında akdedecekleri ibra sözleşmesidir. Bir alacak hakkının mevcudiyetinin sona erdirilmesi için, ilişki taraflarının mevcut konuda anlaşmaları gerekmektedir. TBK. m. 132’ye göre de, “*Borcu*

²⁵⁴ Astarlı, a.g.e., s.45.

²⁵⁵ Hakan Pekcanitez, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Öz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.484 vd.

²⁵⁶ Ekonomi, a.g.m., s.46.

doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır". Bu doğrultuda ibra sözleşmesi ile amaçlanan, alacaklı tarafın borçlu ile anlaşarak mevcut alacağın bir kısmının ya da tümünün ortadan kaldırılmasıdır.²⁵⁷

TBK. m. 420'de iş sözleşmeleri açısından ibra sözleşmesi ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, imzalanacak ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibariyle sözleşmenin sonlanmasından itibaren asgari bir aylık sürenin geçmesi, ibraya konu olan alacağın tür ve miktarının net bir biçimde belirtilmiş olması ve ödemenin, hak tutarına kıyasla eksiksiz ve aynı zamanda banka vasıtasıyla yapılmış olması gerekmektedir. Bu koşullara sahip olmayan ibra sözleşmeleri ise, kesin suretle hükümsüz kabul edilmiştir. TBK.'nın bu hükmü, bu konuda hüküm bulunmayan İş Kanunları bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.²⁵⁸ Uygulamada kimi durumlarda, ikale içeriğinde ibraya ilişkin hükümler de yer almaktadır. Ancak bu hükümler, TBK. m.27/f.2 gereğince hükümsüz sayılacak olup ikalenin tamamen geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.²⁵⁹

Her ne kadar birbirlerine benzer kurumlar olsalar da aralarında farklar bulunmaktadır. Zira ibra sözleşmesi ile tarafların ortadan kaldırdıkları, sözleşme ya da bir borç ilişkisi değildir. Taraflar, bahse konu olan sözleşmeden doğan borçlardan bir kısmını veya tamamını ortadan kaldırmaktadır.²⁶⁰ Oysaki ikalede mevcut iş ilişkisi, tüm hak ve borçları ile bir bütünlük içinde ortadan kalkmaktadır.²⁶¹

İkale sözleşmesi yalnızca iş sözleşmesini sona erdirmekte olup bahse konu sözleşme kapsamında doğmuş olan borçlar bu kapsamda yer almaz. Bu nedenle, doğmuş bulunan borçlar (ücret, izin vb.) talep edilebilir. İbra sözleşmesinde ise, mevcut borçlar ortadan

²⁵⁷ Astarlı, a.g.e., s.42; Eren, a.g.e., s.1296; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.1068 vd.; Çağlar Özel, "İş Hukuku Uygulamasında İbra Sözleşmeleri ve Yargıtay'ın İbra Sözleşmelerine Bakışı", **Çimento İşveren**, C. 19, S. 4, 2005, s.5.

²⁵⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.1189.

²⁵⁹ Muhittin Astarlı, "İkale İçeriğinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.34, 2015, s.46.

²⁶⁰ A.e., s.42.

²⁶¹ Astarlı, a.g.e., s.43; Özel, a.g.m., s.6; Günay, a.g.m., s.7; Gerek, a.g.m., s.51; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi", **İstanbul Barosu 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı**, 2007, s. 45, s. 45. Benzer yönde: Yargıtay 21.HD., E. 2015/13528, K. 2016/6953, T. 19.04.2016, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

kaldırılır. Söz konusu durum, sona eren bir iş ilişkisinin dolayısıyla doğan borçlar olabileceği gibi devam eden bir iş ilişkisinde doğan borçlar da olabilmektedir.²⁶²

İkale sözleşmesi ile kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi gibi yeni borçlar yaratabilmek de mümkündür. Ancak ibra sözleşmelerinde, benzer biçimde yeni bir borç yaratılması mevzu bahis değildir.

5.5. TASFİYE SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Tasfiye sözleşmesi, iş sözleşmesinin feshedilmesi sonrasında sonuçlarına yönelik yapılan sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu sözleşmede, işverenin feshinden sonra iş sözleşmesinin sonuçlarının düzenlenmesi ve taraflar arasındaki iş sözleşmesinin tasfiyesi amaçlanmaktadır.²⁶³

İkale de mevcut bir iş sözleşmesinin sona ermesini amaçlasa da, ikale sözleşmesinin kurulmasından önce bir fesih bulunmamaktadır. Taraflar anlaşarak hâlihazırdaki iş ilişkisini sona erdirir. Tasfiye sözleşmesi ise, iş sözleşmesini sona erdirmez; herhangi bir fesih sebebiyle sona eren iş sözleşmesinde feshe yönelik sonuçların düzenlenmesini ve sona eren iş sözleşmesinin tasfiyesi söz konusudur. Bu sözleşmenin nitelik olarak ikaleden ayrılmasını sağlayan nokta, işveren tarafından yapılan feshin işçi tarafından kabul edilmesi ve buna karşılık bir tazminat almasıdır. Bu anlamda, tasfiye sözleşmesinde işçinin maddi hukuka ilişkin bir hakkı olan dava hakkından vazgeçmesi söz konusudur.²⁶⁴ Yargıtay da benzer nitelikteki bir olayda, yerel mahkeme tarafından ikale sözleşmesi olarak kabul edilen bir sözleşmeyi, fesihden sonra düzenlenen protokolün feshi ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle söz konusu sözleşmenin ikale sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.²⁶⁵

²⁶² Gerek, a.g.m., s.51.

²⁶³ Astarlı, a.g.e., s.47.

²⁶⁴ A.e., s.48-49.

²⁶⁵ “...Somut uyuşmazlıkta, iş sözleşmesi davalı işveren tarafından işletmesel gerekliliklerden dolayı feshedildikten sonra iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarına ilişkin protokolün birlikte imzalandığı, nitekim davalı vekilinin cevabında da açıkça protokolün fesih sonrasında imzalandığının beyan edildiği, fesihden sonra düzenlenen protokolün işveren feshini ortadan kaldırmadığı, iş sözleşmesinin ikale ile sona erdiğinin kabul edilemeyeceği işin esasına girilerek davacının iş sözleşmesinin fesih nedeni olarak

5.6. YENİLEME SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Yenileme; mevcut bir borcun, tarafların sonradan anlaşması ile yeni bir borç yaratılarak sona erdirilmesidir.²⁶⁶ TBK. m.133/f.1'e göre de, “*Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur*”.

Yenileme ile ikale arasındaki fark, yenilemede var olan borcun yerine bir başkasının geçmesidir. Yani ikalede sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu iken bu kurumda bir yenileme, düzenleme iradesi bulunmaktadır.²⁶⁷ Ayrıca ikalede önceki borç taraflar arasında yapılan yeni bir sözleşme ile sona erdirilmektedir. Yenilemede ise, yenilenen borç dışında herhangi bir değişiklik olmamakta mevcut hukuki ilişki aynen devam etmektedir.

5.7. ARABULUCULUK BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Hukuk sistemimiz bakımından genç bir müessese olarak nitelendirilebilecek arabuluculuk ile ikale kavramlarının karşılaştırmasından önce arabuluculuk kurumuna dair kısa bir bilgilendirme çalışmamızın anlaşılabilirliği bakımından faydalı olacaktır. Çok eski çağlardan günümüze kadar uygulanan arabuluculuk, alternatif çözüm yolu olarak hukuk sistematiğimiz içerisinde yerini almıştır. Bu anlamda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 2012 yılında, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ise 2013 yılında kabul edilmiştir. En kısa ve genel tanımı ile arabuluculuk, “*tarafların bir veya daha fazla arabulucunun yardımı ile bir anlaşmaya varmak için ihtilaflı meseleler üzerinde görüşme yaptıkları bir uyuşmazlık süreci*” olarak ifade edilmektedir.²⁶⁸ Bir diğer tanıma göre ise süreç, “*Tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucu, uyuşmazlığın çözümüne imkân sağlayacak bir süreci*

gösterilen işletmesel gerekliliklerin yukarıdaki ilkeler uyarınca irdelenmesi için gerekirse üçlü bilirkişi heyetinden rapor alınarak feshin geçerli olup olmadığı değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD., E. 2014/27253, K. 2014/34788, T. 20.11.2014, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²⁶⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.1071 vd.

²⁶⁷ A.e., s.1072.

²⁶⁸ Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC), m.3/a, (Çevrimiçi), www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/Sayfalar/proje_belgeleri/8.pdf, 03 Ocak 2020.

mümkün kılmak için uyuşmazlık taraflarını bir araya getirmekle sorumludur. Ancak arabulucu, ihtilafın çözümü açısından karar verme gücüne sahip değildir.” şeklinde tanımlanmıştır.²⁶⁹ HUAK. m.2/f.1-b hükmünde de arabuluculuk, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder*” cümlesiyle düzenleme altına alınmıştır.

Genel anlayış olarak uyuşmazlıkların çözümü, devletin yargı organlarıca yargılama yapılması ve nihayetinde de bir karar verilmesi ile mümkün olmaktadır. Devlet yargılamasının aksine arabuluculuk kurumunda, belirli usul kurallarına uyma zorunluluğu bulunmamakta ve uyuşmazlığın çözümü, taraflarca belirlenmektedir.²⁷⁰ Yukarıda yer alan tanımlardan yola çıkarak arabuluculuk faaliyetinin bir yargılama süreci olmadığı, arabuluculuk faaliyetine dair izlenmesi gereken bir yol ve bu sürecin yönetilmesi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.²⁷¹ Arabulucu da, şahsi yetenek ve almış olduğu eğitimi ön planda tutarak taraflar arası uyuşmazlığın yine tarafların isteği doğrultusunda çözüme kavuşturulması için süreci yönetmektedir. Belirli bir uzmanlık eğitim programını tamamlamış, tarafsız ve bağımsız olarak sürece dahil olan üçüncü kişi eşliğinde, gizlilik ve gönüllülük ilkesi ışığında yürütülen bu uyuşmazlık yöntemine de arabuluculuk denmektedir.²⁷² Arabuluculuk sürecine ise eşitlik, iradilik, tarafsızlık, ve gizlilik gibi temel ilkeler hakimdir.²⁷³ Esasında gönüllülük ilkesi, arabuluculuk sürecine hakim olan ve en çok söz edilen ilke olsa da, iş hukuku bakımından dava şartı arabuluculuk sürecinde belirli uyuşmazlıklarda arabulucuya başvuru mecburidir. Her ne

²⁶⁹ Fred B. Kotler, “Alternative Dispute Resolution (ADR) for Workers Compensation in Collective Bargaining Agreements: An Overview”, **DigitalCommons@ILR**, (Electronic Version), Ithaca, NY, School of Industrial and Labour Relations, Cornell University, 2012, s.3.

²⁷⁰ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı, Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.75.

²⁷¹ A.y.

²⁷² Resul Kurt, “İş Yargısında Arabuluculuk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.30, S.135, 2018, s.407.

²⁷³ Serkan Odaman, Eda Karaçöp, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.39, 2018, s.47.

kadar sürecin başlatılmasında bir mecburiyet söz konusu olsa da, sürdürme ya da sona erdirmeye yahut anlaşılma anlaşmama konusunda taraflar özgürlüğe sahiptir.²⁷⁴

Yukarıda da bahsedildiği üzere, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk müessesesi, HUAK. ve ilgili Yönetmelik ile hukukumuz içerisinde yerini almıştır. Bu düzenlemelerde yer alan arabuluculuktan kasıt ihtiyari arabuluculuk müessesesiydi. Fakat sonrasında yürürlüğe giren 7936 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile, dava şartı / zorunlu arabuluculuk kavramını da hukuk sistematiğimiz içerisinde görmeye başlamış olduk.²⁷⁵ Söz konusu düzenleme ile, yargılama sürecindeki mevcut gecikmelerin önüne geçmek, mahkemeler nezdindeki iş yükünün hafifletilmesi ve taraflar açısından daha hızlı ve tatmin edici sonuçlara ulaşılması amaçlanmıştır. Esasında İş Hukuku bakımından dava şartı arabuluculuk kurumu, öğretide çok tartışmalı bir pozisyona sahiptir. İşçiyi koruma prensibi çerçevesinde ele alınmış ve bu temelde düzenlenmiş İş Hukuku alanında arabuluculuk faaliyetinin, taraflar arasında açık bir güç eşitsizliğinin olması, alternatif bir çözüm yolu olarak değil yargıya alternatif bir yol çizildiği ve devletin tekelinde olması gereken yargı sisteminin bir nevi özelleştirildiği gibi haklı gerekçelerle eleştirilmiştir.²⁷⁶

Arbuluculuk sürecinin sonunda, eğer taraflar arasında belirli konularda da olsa bir anlaşma sağlanmışsa, “anlaşma belgesi” düzenlenir. Bu anlaşma belgesi de uyuşmazlık üzerinde varılan mutabakatlara dair şartları içeren bir belge özelliğinde olduğundan ve taraflara birtakım yükümlülükler içerebildiğinden bu yönüyle ikale sözleşmeleri ile ortak yön içerebilmektedir. Ancak burada bu iki müessese arasındaki farkı ortaya koyan en önemli durum, gerektiği şekliyle meydana getirilen bir arabuluculuk anlaşma tutanağının, taraf avukatları, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması halinde yahut mahkemeden alınabilecek bir icra şerhi sayesinde ilam niteliğinde belge haline gelmesidir. Fakat ikale sözleşmeleri, özel hukuk düzeni içerisinde meydana getirilen bir sözleşmeden ibarettir. Dolayısıyla ilam niteliğinde belge haline gelen arabuluculuk anlaşma tutanağına aykırı durumların söz konusu olması halinde taraflar, cebri icra

²⁷⁴ Nezihe Binnur Tulukçu, *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi – İşe İade*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.280.

²⁷⁵ A.e., s.125.

²⁷⁶ Detaylı eleştiri için lütfen bkz. Kadriye Bakırcı, ““Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arbuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.31, S. 140, 2019, s.356 vd.; Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.70 vd.

yöntemlerine başvurabileceklerdir. Ancak ikale sözleşmesine dair bir aykırılıktan bahsedildiğinde konu ile ilgili yapılabilecek şey, yalnızca mahkemeler nezdinde dava yoluna başvurmaktır.

İki kavram arasındaki bir diğer fark ise, taraflar bakımından ortaya çıkmaktadır. Arabuluculuk sürecine, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen ve pozitif hukukumuzun imkân tanıdığı tüm uyuşmazlıklar dahil olabilmektedir. Dolayısıyla kira sözleşmesinden kaynaklanan bir ihtilaftan dolayı arabuluculuk sürecine başvurulabilmekte ve anlaşma ile sonuçlanması durumunda kiraya veren ve kiracı, arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarını oluşturabilmektedir. Bununla birlikte arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarını, işçi ve işveren de oluşturabilmektedir. Fakat ikale sözleşmeleri bakımından önemli olan, bu sözleşmenin taraflarının ancak ve ancak işçi ve işverenin oluşturmasıdır. Diğer yandan ikale sözleşmeleri, yalnızca işçi ve işverenin doğrudan katılımları ile meydana getirilebilecekken, arabuluculuk sürecinde resmi sicile kayıtlı bir üçüncü kişi olan arabulucunun katılımı zorunludur.

Diğer bir fark, zaman bakımından söz konusu olmaktadır. Arabuluculuk sürecine, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi devam ederken ya da sonlandıktan sonra dahil olunabilmekte ve çözüm arayışına girilebilmektedir. Dava şartı arabuluculuk bakımından iş kazası ve meslek hastalıkları ile ilgili durumlar istisna tutulmak üzere²⁷⁷, işçilik alacakları bakımından arabuluculuk sürecine, dava açılmasından önce başvurma bir zorunluluktur. Fakat ikale sözleşmeleri, iş ilişkisinin devam ettiği sırada, bu devam eden iş ilişkisini ortadan kaldırmak amacıyla meydana getirilmektedir. Zira ikale sözleşmesinin varlığı, mevcut bir ilişkinin varlığına bağlıdır.

İkale sözleşmeleri ile arabuluculuk arasındaki son fark ise konu bakımından kendini göstermektedir. Zira arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu nedenle, sürece dahil olunmadaki temel amaç mevcut olan bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktır. Ancak ikale sözleşmeleri bakımından, bir uyuşmazlığın bulunması zorunluluk değildir. Bir uyuşmazlık dolayısıyla yapılabileceği gibi örneğin, işçinin başka bir iş fırsatını değerlendirmek istemesi amacıyla da meydana getirilebilmektedir.

²⁷⁷ Cuma Arif Demir, *Açıklamalı ve İctihatlı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.451; Tuğçem Şahin, Yasin Çelik, Ahmet Cemal Ruhi, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.27-28.

§ 6. İKALE SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

6.1. İKALE SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

Çalışmamızın yukarıdaki bölümünde de ifade edildiği üzere ikale, bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşmenin şekli, kapsamı ve geçerliliği genel hükümler esas alınarak değerlendirilmektedir. İ kale sözleşmesinde asgari içerik, iş sözleşmesinin sona ereceği tarihtir.²⁷⁸ Ki bu içerik üzerinde tarafların anlaşmış olmaları zorunlu ve yeterlidir. Objektif esaslı nokta olarak ele alabileceğimiz bu unsur dışında, ikinci derecede öneme sahip yan noktalar bakımından tarafların ikale sözleşmesinde herhangi bir şey kararlaştırmamış olması ya da bu noktalar açısından verilecek kararın ileri bir tarihe ertelenmesi ikalenin kuruluşu ve geçerliliğine etki etmeyecektir. Ancak belirtilmelidir ki, taraflar ikinci derecede öneme sahip bazı hususları sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul etmişlerse, bu konular sübjektif esaslı unsur niteliği gereği ikale sözleşmesinin kurulmamış sayılmasına sebep olmaktadır.

İ kale sözleşmesinde iş sözleşmesinin sona ereceği tarih belirlenmemişse, TBK. m. 90 hükmü gereği, iş sözleşmesinin sona erme tarihi olarak ikale sözleşmesinin tarihi esas alınacak ve bu tarih itibarıyla sona erdiği sonucuna ulaşılabacaktır. İ kale sözleşmesi, bu unsurun dışında sona eren iş sözleşmesinin tasfiye usulü ve buna yönelik hükümleri de ihtiva edebilir. Buna örnek olarak; işin görülmesi sırasında kullanılan eşyaların iadesi ve rekabet yasağı şartı gösterilebilir.²⁷⁹

İ kale sözleşmesinin kurulması açısından önem arz eden bir diğer husus ise, hâlihazırda geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı bir başka deyişle, iş sözleşmesinin öncesinde herhangi bir sebeple sona ermemiş olmasıdır. Aksi takdirde tarafların meydana getirmiş

²⁷⁸ Astarlı, a.g.e., s.51.

²⁷⁹ A.y.

oldukları sözleşme ikale niteliğinde olmamakta²⁸⁰ içeriğine göre sulh sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir.²⁸¹

Son olarak, uygulamada taraflar, ikale sözleşmesi yerine sözleşmeyi birçok farklı isimle nitelemektedir.²⁸² Belirtelim ki, burada TBK. m. 19'daki yorum kuralı gereği tarafların sözleşmeyi nasıl nitelendirdikleri değil, temeldeki gayelerinin ne olduğu ve söz konusu hukuki işlemin kurulması için gerekli olan şartları taşıyıp taşımadığıdır.²⁸³

6.2. KARŞILIKLI VE BİRBİRİNE UYGUN İRADE BEYANLARI

Her ne kadar ikale sözleşmesi, TBK.'da düzenlenen bir sözleşme olmasa da, netice itibariyle bir sözleşmedir. Ve dolayısıyla, sözleşmenin tarafları olan işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulacaktır. (TBK. m. 1) İrade beyanlarının uygunluğu da, sözleşme taraflarının gerçek irade ve beyanlarının, içerik itibariyle birbirine uygunluğu anlamına gelmektedir.²⁸⁴ Bu uygunluğun net bir biçimde belirlenemediği durumlarda, irade beyanları arasındaki hukuki uygunluğun varlığı güven teorisi ile tespit edilmektedir.²⁸⁵ Bu teoriye göre, taraflardan birinin beyanı, diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde bildiği ya da bilmesi gereken koşullar göz önüne alarak yorumlanır ve bu yorum ile beyanların uygunluğu tespit edildiğinde, hukuki uygunluğun da var olduğu kabul edilir.²⁸⁶

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanlarından zaman açısından önce gelene öneri (icap), sonrakine ise kabul adı verilir. Ayrıca sözleşme, açık irade beyanları vasıtasıyla kurulabileceği gibi zımni olarak da kurulabilmektedir. İ kale sözleşmesinin, işçi aleyhine doğurabileceği olumsuz sonuçları göz önünde bulunduran Yargıtay, irade beyanlarının uyumu hususunda şüpheye mahal bırakmayacak bir açıklık ve kesinlik

²⁸⁰ Gerek, a.g.m., s.46.

²⁸¹ Ufuk Aydın, "İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi", *Çimento İşveren*, C. 18, S. 3, 2004, s.3-6.

²⁸² Astarlı, a.g.e., s.57.

²⁸³ Örnek Yargıtay kararları için bkz. Astarlı, a.y.

²⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, a.g.e., s.69; Eren, a.g.e., s.244; Günay, a.g.m., s.6.

²⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, a.g.e., s.246 vd.

²⁸⁶ Eren, a.g.e., s.246.

aramaktadır.²⁸⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konu ile ilgili bir kararında, tarafların kısmen anlaşamadığı gerekçesiyle akdedilen ikale sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği yönünde karar verilmiştir.²⁸⁸

Yukarıda da değinildiği üzere, öncelikle sözleşmenin kurulması açısından bir öneriye gereklilik duyulmaktadır. Bu öneri nitelik itibariyle, karşı tarafa varması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcılığı olan bir irade beyanıdır.²⁸⁹ İ kale sözleşmesi bakımından önerinin, objektif ve sübjektif tüm esaslı noktaları içermesi zorunlu ve yeterlidir. Ayrıca önerinin işverenden geldiği durumlarda, bu öneri bir işçiyi kapsayabileceği gibi birden fazla işçiyi de kapsayabilir. Bu durum, “alenî (herkese açık) öneri” olarak ifade edilmektedir.²⁹⁰ Kabul ise, öneriye karşılık olarak sözleşmenin kurulmasına olanak tanıyan, karşı tarafa ulaşması gerekli, tek taraflı ve kurucu yenilik doğuran bir irade beyanıdır.²⁹¹ Buradaki önem ihtiva eden husus, öneri içeriği ile kabul içeriğinin aynı doğrultuda olması bir diğer deyişle, kabulün, öneride yer alan tüm esaslı noktaları içermeli ve herhangi bir değişiklik yapmamalıdır. Aksi takdirde bu, yeni bir öneri olarak değerlendirilecek ve sözleşmenin kurulması için yeni öneriye uygun doğrultuda bir kabule ihtiyaç duyulacaktır.²⁹² Kabul beyanı her zaman açık olmamaktadır. Taraf kabulünü, öneriye uygun birtakım hareketleri ile de gösterebilmektedir.²⁹³ Gerek öneri gerekse kabul beyanları, değiştirilemez ve bu beyanlardan dönülemez niteliktedir.²⁹⁴ Bu şu anlama gelmektedir ki, ikale sözleşmesi kurmaya yönelik irade beyanları, en geç karşı tarafa ulaşıncaya kadar geri alınabilir, bu andan sonra beyanlar, tarafları bağlamaktadır.²⁹⁵ Ancak yine iki tarafın anlaşarak, kurulmuş bir ikale sözleşmesini geri almalarında da herhangi bir engel bulunmamaktadır. İ kale sözleşmesinin, örtülü (zımni) irade beyanları ile de kurulabileceği hem öğretilerde hem de Yargıtay kararlarında

²⁸⁷ Aynı yönde: Astarlı, a.g.e., s.60.

²⁸⁸ YHGK., E. 2013/2016, K. 2015/14, T. 14.01.2015, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²⁸⁹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.50; Eren, a.g.e., s.258-259; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.85-86.

²⁹⁰ Astarlı, a.g.e., s.63.

²⁹¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.64; Eren, a.g.e., s.269; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.102-103.

²⁹² Astarlı, a.g.e., s.69.

²⁹³ Yargıtay 7.HD., E. 2015/45274, K. 2016/8902, T. 21.04.2016, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

²⁹⁴ Astarlı, a.g.e., s.66. Öneri ve kabul hakkında bkz. Eren, a.g.e., s.265 vd.

²⁹⁵ Astarlı, a.g.e., s.75.

belirtilmektedir.²⁹⁶ Bu durum sözleşmenin kurulmasına etki etmese de, ispatını güçleştirecektir.

6.3. EHLİYET VE ŞEKİL

Bir sözleşme olarak ikalede de, diğer sözleşmelerde olduğu gibi hukuksal ehliyetin varlığı aranmaktadır. Hukuki işlem ehliyeti, bir kimsenin kendisine hak yaratabilmesi ve kendisini borç altına sokabilmesidir.²⁹⁷ Bu kapsamda, ikale sözleşmesinin kurulabilmesi açısından kural olarak tarafların sözleşmenin kurulması sırasında tam ehliyetli olması gerekmektedir. Ancak sınırlı ehliyetliler de, iş sözleşmesi yapabildiği gibi ikale sözleşmesi de yapabilmektedir.²⁹⁸

Bir sözleşmenin herhangi bir şekilde yapma zorunluluğunun bulunup bulunmaması o sözleşmenin şekle bağlı olup olmadığıyla ilgilidir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, ikale sözleşmesi herhangi bir düzenleme içerisinde hüküm altına alınmamıştır. Dolayısıyla hukuki dayanağı da, sözleşme serbestisidir.²⁹⁹ TBK. açısından da m.12/f.1 kapsamında şekil serbestisi geçerlidir. Burada tamamıyla bir şekil serbestisi kabul edilmemekte sadece kanunun aksi yönde emri olmadıkça şeklen serbest sözleşmeler yapılabileceği anlaşılmaktadır. Bir istisna niteliğinde olan bu husus, “kanuni şekil” anlamına gelmektedir. Bir diğer istisna ise, “iradi şekil” olarak ifade edilen tarafların sözleşmenin geçerliliği bakımından belirlediği şekil şartıdır.³⁰⁰ Buna örnek olarak, toplu iş sözleşmelerinin, sona erme anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağına dair hükümler içermesi gösterilebilir.

Öğretide bir görüşe göre, TBK. m. 13 gereği, yazılı şekilde yapılan iş sözleşmelerinin ikale yolu ile sona erdirilmesinde de yazılı şekle uyulması gerekmektedir.³⁰¹ Bu sayede, tarafların sona erdirme iradeleri daha açık bir biçimde ortaya konulacak, ikalenin

²⁹⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.786; Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.337; Ekonomi, a.g.m., s.40; Demircioğlu, Centel, a.g.e., s.164; Aktay, Arıcı, Senyen-Kaplan, a.g.e., s.172.

²⁹⁷ Tanım için bkz. O. Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, Cilt: I, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.248.

²⁹⁸ A.e., s.253.

²⁹⁹ Bkz. Bölüm § 1, Başlık 1.3; Bölüm § 4, Başlık 4.5.

³⁰⁰ Astarlı, a.g.e., s.118.

³⁰¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.787; Narmanlıoğlu, a.g.e., s.336.

hüküm ve geçerliliklerinin ispatı kolaylaşacak ve iş sözleşmesinin sona ermesi konusunda işçiyi bir kez daha düşünmeye sevk edecektir. Ancak bir diğer görüşe göre, ikale herhangi bir şekle tabi değildir. Çünkü TBK. m. 13, sözleşmenin değiştirilerek ayakta tutulmasına ilişkin olup sona ermesi ile ilgisi yoktur.³⁰² Kanımca işçinin zayıf konumu ve dolayısıyla işçiyi koruma ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, ikale sözleşmesinin yazılı olması hem işçi açısından hem de uyuşmazlıkların çözümü açısından faydalı olacaktır. Tekrar ifade edilmelidir ki, Alman Hukukunda ikale sözleşmeleri, 2000 yılından itibaren yazılı olma koşuluna sahiptir.³⁰³

6.4. DİĞER HUSUSLAR

İkale sözleşmesinin taraflarının işçi ve işveren olması dolayısıyla klasik bir borç sözleşmesinden ayrılmakta, İş Hukuku kuralları ve bu hukuk alanında hâkim olan işçiyi koruma ilkesi bakımından değerlendirilmektedir. Dolayısıyla işçinin sözleşme tarafı olarak zayıf konumda bulunması, işverenin bilgilendirme yükümlülüğü bakımından da değerlendirilmeli ve ikalenin muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında ele alınabilir.³⁰⁴

İşverenin bilgilendirme (aydınlatma) yükümlülüğü, hukuki dayanağı bakımından iş sözleşmesinden doğan gözetme borcudur. Bu borcun işçi açısından karşılığı ise sadakat borcu olmaktadır. Türk Hukukunda da bir işverenin, işçiyi ikalenin sonuçları bakımından bilgilendirmesi gerektiği de genel olarak kabul görmektedir.³⁰⁵ Alman Hukuku açısından da, somut olayın şartları nazara alındığında benzer bir yükümlülüğün olduğu görülmektedir.³⁰⁶

İkale önerisinin işçiden geldiği durumlarda, genel olarak işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığı³⁰⁷ ancak işveren tarafından yapılan ikale önerisinde, işçinin eğitim durumu da göz önünde bulundurularak işverenin, dürüstlük kuralları ve

³⁰² Yürekli, a.g.e., s.123.

³⁰³ Astarlı, a.g.e., s.6.

³⁰⁴ A.e., s.124.

³⁰⁵ Süzek, a.g.e., s.531; Ekonomi, a.g.m., s.42; Alp, a.g.m., s.41.

³⁰⁶ Astarlı, a.g.e., s.125.

³⁰⁷ Alpagut, a.g.m., s.49.

gözetme borcunun bir gereği olarak böyle bir yükümlülüğünün bulunduğu görüşü hakimdir.³⁰⁸

Öğretide işverenin işçiyi, ikale sözleşmesinin sonuçları hakkında bilgilendirmesine yönelik yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, işçinin zararlarının tazmininin istenebileceği ancak bu durumun ikalenin geçerliliğine bir etkisinin olmayacağı ve dolayısıyla işe iade davasının da söz konusu olamayacağı görüşü hâkim durumdadır.³⁰⁹

³⁰⁸ Astarlı, a.g.e., s.131; Ekonomi, a.g.m., s.42-43.

³⁰⁹ Ekonomi, a.g.m., s.42-43; Alp, a.g.m., s.41.

§ 7. İKALE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ

İkale sözleşmesi, doğurduğu sonuçlar açısından pek de işçi lehine değildir. Özellikle feshe bağlı ihbar ve kıdem tazminatı, iş güvencesi hükümleri ile işsizlik sigortasından ikale nedeniyle yararlanamıyor olması, ikale sözleşmesinin özel bir denetime tabi tutulması gereğini gündeme getirmektedir. Bu bakımdan ikale sözleşmeleri, irade sakatlıkları, iş güvencesi hükümlerini dolanma amacı bulunup bulunmadığı, kanuna karşı hilenin varlığı, iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiye bir makul yararın sağlanıp sağlanmadığı gibi hususlarda denetlenmektedir.³¹⁰ Yukarıda ifade ettiğimiz aleyhe durumlar, Yargıtay tarafından da dikkate alınmış nitekim ikalenin şekli, kurulması, geçerliliği ve kapsamı konusunda Borçlar Hukuku hükümleri dikkate alınsa da İş Hukuku'nu yakından ilgilendirmesi dolayısıyla hadisenin yorumlanması aşamasında işçi lehine yorum ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir.³¹¹

Türk Hukukunda ikalenin geçerlilik ölçütlerine yönelik birçok görüş bulunmaktadır.³¹² Bu kısımda görüşlerden derlediğimiz hususları, temel başlıklar altında inceleyeceğiz.

³¹⁰ Astarlı, a.g.e., s.157; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.786; Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.339.

³¹¹ "...Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, genel hükümlerin yanı sıra iş hukukundaki "işçi yararına yorum" ilkesi de göz önünde bulundurulacaktır." Yargıtay 9. HD., E. 2017/22500, K. 2018/7220, T. 02.04.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³¹² Astarlı, a.g.e., s.159; Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.339; Aktay, Arıcı, Senyen-Kaplan, a.g.e., 172; Alp, a.g.m., s.37-38.

7.1. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE UYGUNLUK

TBK. m. 26 ile hüküm altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları aynı kanunun 27.maddesinde çizilmiştir. Bu maddeye göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Ehliyet ve şekil şartlarına aykırılık da hükümde ifade edilen kesin hükümsüzlük yani butlan yaptırımına tabidir. Eğer ikale sözleşmesi, içeriği bakımından hukuksal düzenin emredici kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa geçersiz sayılacaktır.³¹³ Emredici kurallara aykırılık, kanuna karşı hile yolu ile dolaylı yoldan yapılsa da hukuka aykırıdır ve aynı yaptırıma tabidir.³¹⁴

7.2. AHLAK KURALLARINA UYGUNLUK

Ahlak kurallarına aykırı bir biçimde meydana getirilen ikale sözleşmeleri de tıpkı kanunun emredici hükümlerine aykırılıkta olduğu gibi butlan yaptırımı ile karşılaşacaktır. TBK. m. 28’de ayrıca düzenlenen aşırı yararlanma (gabin) konusu da bu kapsamda değerlendirmeye alınmalıdır. İ kale sözleşmesinde borçlar arasında aşırı bir orantısızlık varsa ve bu orantısızlığın sebebi, işçinin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanmak suretiyle gerçekleştiriliyorsa ahlak kurallarına aykırılığın varlığı değerlendirilmelidir.³¹⁵ Konu ile ilgili bir Yargıtay kararında, işçiye ikale sözleşmesini okuma, düşünme ve değerlendirme imkânı tanınmadığı, dolayısıyla bu durumun işçi üzerinde manevi bir baskı oluşturduğu gerekçesiyle yapılan ikale sözleşmesini geçersiz kabul etmiştir.³¹⁶

³¹³ Ekonomi, a.g.m., s.38.

³¹⁴ Astarlı, a.g.e., s.160.

³¹⁵ A.e., s.161.

³¹⁶ “...Mahkemece, taraflar arasında ikale sözleşmesi olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de tanık beyanından da anlaşılacağı üzere davacının baskı altında ve şok halinde anlaşmayı kabul ettiği, davacıya sözleşmeyi okuma, düşünüp değerlendirme fırsatının verilmediği, davacının davalı işverence iradesinin bu şekilde fesada uğratıldığı, davalı işyerinde 3 vardiya sistemi ile gün boyunca aralıksız çalışıldığı, geçici işçi alımının yapıldığı, fesihle son çare ilkesine uyulmadığı, ikale sözleşmesinin davacının iradesinin fesata uğratılması sebebiyle geçersiz olduğu anlaşılacakla davanın kabulü yerine yanlış değerlendirme ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD., E. 2016/12695, K. 2017/9516, T. 01.06.2017, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

7.3. DAR YORUM İLKESİ

Uygulamada işverenler tarafından ikale sözleşmesinin, iş güvencesi hükümlerini ortadan kaldırmaya yönelik bir araç olarak kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. İş güvencesi hükümlerinin dolanılmasının amaçlandığı durumlarda, ikale sözleşmesi açık bir biçimde kötüye kullanılmakta, dürüstlük kuralı çiğnenmekte ve kanuna karşı hile yapılmaktadır.³¹⁷ Nitekim bir mahkeme kararında, işçilik haklarının ödenmesinin ikale sözleşmesi yapma koşuluna bağlandığı birtakım durumlarda söz konusu sözleşmeyi geçersiz saymıştır. Buna gerekçe olarak da, işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek amacıyla bu uygulamayı yaptığını göstermiştir.³¹⁸ Dolayısıyla ikale ve içeriğinin yorumunda, dar yorum ilkesi dikkate alınmalıdır.

7.4. İŞÇİNİN EĞİTİM DÜZEYİ VE İŞLETMEDEKİ KONUMU

Uygulamada Yargıtay'ın ikale sözleşmesinin geçerliliği konusunda işçinin eğitim durumu ve işletmedeki pozisyonunu da göz önünde bulundurarak bir ölçüt belirlediği görülmektedir. Bu ölçüte göre, ikale sözleşmesine taraf olan işçinin mevcut durumu göz önüne alınmakta ve çoğunlukla ikalenin geçersizliğinin tespit edilmesine yönelik olarak açılan davalarda bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulmaktadır. İşçinin durumu, ikale sözleşmesinin içeriği ve sonuçları hakkında yorum yapmasına ve sonuçlarını öngörmesine engel değilse Yargıtay mevcut ikale sözleşmesini geçerli saymaktadır.³¹⁹

Ancak ifade edilmelidir ki, her eğitilmiş kişiyi ikale sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını idrak edecek derecede, yüksek eğitimi olmayan kişilerin ise tecrübesiz olacağını düşünmek adil olmayan neticelere sebep olabilir. Misalen, işçinin üniversite eğitimi

³¹⁷ Alp, a.g.m., s.37-38.

³¹⁸ Yargıtay 22 HD., E. 2011/1201, K. 2011/3034, T. 18.10.2011, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³¹⁹ "...Davacının işyerinde idari ve mali işler müdürü olarak yaptığı görev nazara alındığında imzaladığı belgelerin mahiyetini ve sonuçlarını takdir ve tahmin edebilecek durumda olduğu açıktır. Bu yön davacının görevini gereği gibi yapmadığına ilişkin işyeri yazışmaları ve belgelerle değerlendirildiğinde iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi yönünde taraf iadelerinin birleştiğinin ve davacının iradesini sakatlayan bir durumun bulunmadığının kabulü ile ikaleye değer verilmesi gerekir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken kabulü doğru bulunmamıştır." Yargıtay 22 HD., E. 2011/4305, K. 2011/7213, T. 12.12.2011, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

almış olması onun ikalenin hüküm ve sonuçlarını anlayacağını göstermez. Aynı şekilde uzun yıllar bir işletmenin özel bir departmanında çalışan lise mezunu işçinin, ikalenin hüküm ve sonuçlarını daha iyi kavrayabilir.³²⁰ Bu nedenle, her somut olay ayrı ayrı incelemeye tabi tutulmalıdır.

7.5. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Eşit davranma yükümlülüğü, işverenin haklı sebebi olmaksızın işçiler arasında haksız bir ayırmda bulunmaması ve keyfi davranışlardan kaçınmasını ifade eder.³²¹ Her ne kadar işverenin ikale önerisi yapmasında işçilere karşı eşit davranma borcu bulunmasa da iş ilişkisini ikale yoluyla sonlandıranlar ve sonlandırmayanlar arasında sağlanan yararlar açısından ayırım yapabileceği manasına gelmemektedir. Keza Yargıtay da işveren tarafından eşit davranma yükümlülüğüne uygun hareket edilip edilmediğini denetlemektedir.³²²

Diğer yandan, iş ilişkisinin ikale yoluyla sona ermesinde işçilere tazminat ödenmesinin bir işyeri uygulaması durumuna gelip gelmeyeceği ve bu durumun işçiye bir talep hakkı sağlayıp sağlamayacağı da tartışmaya değerdir. Bir uygulamanın işyeri uygulaması haline gelebilmesi için bunun, tekrarlanan, hesaplanabilir ve buna uygun davranılmasının da hukuksal zorunluluk olduğu yönünde bir inancın olmasına ihtiyaç duyulmaktadır.³²³ Eğer bu şartların varlığı değerlendiriliyorsa, iş sözleşmesinin tazminat karşılığı ile sona ermesi bir işyeri uygulaması haline gelebilir.³²⁴

³²⁰ Mahmut Kabakçı, “İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi İkaleye İlişkin İçtihatla Bir Yumuşama mı?”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3-4, 2011, s. 202-203.

³²¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.722-723.

³²² Yargıtay 9. HD., E. 2008/9781, K. 2009/996, T. 02.02.2009, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³²³ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.85.

³²⁴ Örnek için bkz. Astarlı, a.g.e., s.397.

7.6. İRADE BOZUKLUĞU ÖLÇÜTÜ

İrade bozukluğu, hukuki işlemin özü ve temel kurucu unsuru olan iradenin oluşumunda bir bozukluğun olması ya da normal olarak oluşan bir iradenin açıklanmasında istemsiz bir durumun bulunması durumunda ortaya çıkar. Böyle durumlarda, hukuki işlem istenilen hukuki neticeyi doğurmaz. İ kale sözleşmesi ile iş ilişkisinin sona ermesi durumunda işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağından işçinin ikale sözleşmesi kurma yönündeki iradesi, TBK. m. 30-39 hükümleri açısından değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.³²⁵

İrade bozukluğu açısından önemli olan husus, söz konusu irade bozukluğunun sözleşmenin kurulması anındaki sakatlıktan ayrılmasıdır. Bu aşamada oluşan irade bozukluğu, irade beyanları birbirine uymadığı için sözleşmenin hiç kurulmamış olmasına neden olacaktır. Ancak konumuz açısından dikkate alınan irade bozukluğunda, birbiriyle uyumlu irade açıklamaları neticesinde ortaya çıkmış bir sözleşme bulunacak, fakat taraflardan birinin iradesinin oluşum ve beyan aşamasında sakatlanması söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, iradesi sakatlanan kimse isterse mevcut durumda geçerli olan bir sözleşmeyi geçmişe etkili bir biçimde iptal edebilecektir.³²⁶ Ancak Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında, söz konusu irade bozukluklarının somut olaylarla ispatlanmadıkça, ikale sözleşmesini geçerli olarak kabul etmekte olup bu somut vakıaların tanık beyanı, ses kaydı, video ve yazılı delil ve sair her türlü delil olabileceğini belirtmektedir.³²⁷

7.6.1. Yanılma (Hata)

Yanılma, bir hadise ya da konu hakkındaki bilinç dışı olan yanlış ya da eksik düşünce hali veya bir hadise veya konu hakkındaki bilgisizliktir.³²⁸ Ancak tüm yanılmalar değil,

³²⁵ Bektaş Kar, "İş Hukukunda Yorum", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 7, S. 28, 2012, s.78.

³²⁶ Eren, a.g.e., s.425 vd.

³²⁷ "...İş sözleşmesinin ikale yoluyla sonlandırılmasına yönelik iddiaların, başka bir anlatımla ikalenin (sözleşmenin feshi sözleşmesinin) ispatı yazılı şekle bağlı değildir. Her türlü delille ispat edilebilir." Yargıtay 22. HD., E. 2012/2235, K. 2012/16652 T. 12.07.2012, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³²⁸ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.92; Eren, a.g.e., s.393-394; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.256.

yalnızca esaslı nitelikte olan yanılmalar sözleşmenin iptal edilmesine mesnet teşkil edecektir. Esaslı yanılma da, beyanda ve saikte (sebep) yanılma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Beyanda yanılmada, iradede bir sakatlık olmamakta ancak istemeyerek gerçekte olan iradesine aykırı bir biçimde beyanda bulunma söz konusudur. Buna örnek olarak, tazminat miktarının 100 bin TL yerine 10 bin TL olarak ifade edilmesi gösterilebilir.

Saikte yanılmada ise, taraflardan birinin hukuki işlem yapma isteğinin gerçeğe aykırı yanlış düşünceler neticesinde oluşmasıdır.³²⁹ Daha açık bir ifade ile, işçinin sözleşme yapma iradesini etkileyen durumlarda yanılmış olması durumudur. İrade ile beyan arasında bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Fakat iradenin, reel duruma uymayan fikir ve düşünceler neticesinde oluştuğundan irade saikinde bir yanılma söz konusudur.³³⁰ Saikte yanılmanın, esaslı sayılabilmesi için, yanıldığı hususu, sözleşmenin temeli sayması, bunun dürüstlük kuralına uygun olması ve söz konusu durumun, karşı tarafça bilinebilir olması gerekmektedir.

7.6.2. Aldatma (Hile)

Aldatma, taraflardan birinin diğer tarafı mukavele yapmaya yönlendirmek amacıyla söz veya davranış ya da her ikisi ile bilinçli olarak yanlış bir kanı uyandırması ya da var olan yanlış kanıyı sürdürmek ya da güçlendirmek istemesidir.³³¹ Aldatma fiili, aktif bir davranışla olabileceği gibi pasif bir davranışla da olabilir.³³² Bu durumda TBK. m. 36 hükmü gereği, aldatılan kişi yapılan sözleşme ile bağlı olmamaktadır. Misalen, işverenin aksini bildiği halde işçiye mevcut iş sözleşmesi kapsamında iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağını söyleyerek ikale sözleşmesi yapması bu kapsamda değerlendirilecektir. Böyle bir durumda, ikale sözleşmesi iptal edilebilecektir. Yargıtay da verdiği bir kararda, benzer bir olayı aldatma olarak nitelemiş ve ikaleyi geçersiz sayarak sözleşmenin işveren tarafından geçersiz nedenle feshedildiğine karar

³²⁹ Eren, a.g.e., s.395.

³³⁰ Astarlı, a.g.e., s.171.

³³¹ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.109; Eren, a.g.e., s.413; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.276.

³³² Eren, a.g.e., s.414; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.278-279.

vermiştir.³³³ Ancak bir başka kararında da, işçinin işveren tarafından kandırıldığını ispat edemediği gerekçesiyle ikale sözleşmesini geçerli sayarak davayı reddetmiştir.³³⁴

Aldatmanın var olabilmesi için, aldatma kastının bulunması zorunludur. Aldatan taraf, diğerini bir akit meydana getirmeye yöneltmek için kasıtlı bir biçimde gerçek olmayan beyanlarda bulunmalıdır. Aksi takdirde, aldatmadan söz edilemeyecektir. Ayrıca aldatma fiili ile tarafın kabulü arasında bir nedensellik bağının olması da gerekmektedir.³³⁵ Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin aldatmasının söz konusu olması durumunda ise, ikale sözleşmesi bakımından işveren, üçüncü kişinin aldatmasını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa bu durumda da aldatma işveren tarafından yapılmış sayılacaktır.³³⁶

7.6.3. Korkutma (İkrah)

Korkutma, bir kişinin yapmak istemediği bir hukuksal işlemi, yapmaması durumunda zarara uğrayacağı tehdidiyle yapması halidir. TBK. m. 37'deki hükümde sözü edilen korkutma, manevi cebir niteliğindedir. Zira maddi cebir altında yapılan bir sözleşme, irade beyanlarının uyumsuzluğu dolayısıyla kurulmamış sayılmaktadır.³³⁷

TBK. m. 38'e göre, korkutmanın ağır ve derhal gerçekleşecek nitelikte bir tehlike arz etmesi gerekmektedir. Ancak sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin, ikale teklifini kabul etmemesi durumunda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedileceği ve dolayısıyla işçinin işsiz kalacak olması, işçi açısından ağır ve derhal gerçekleşecek nitelikte bir tehlike oluşturacaktır. Ayrıca belirtilmelidir ki, işçinin korkutulmasına konu olan hususun hukuka aykırı olması gerekir.³³⁸ Örneğin işyerindeki disiplinsiz davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedileceği yönünde baskı yapması korkutma olarak değerlendirilemez. Söz konusu eylem, hukuka uygun olup gabin de söz konusu değilse

³³³ Yargıtay 9.HD., E. 2012/16013, K. 2012/34430, T. 15.10.2012, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³³⁴ Yargıtay 9.HD., E. 2016/32009, K. 2017/21166, T. 13.12.2017, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³³⁵ Eren, a.g.e., s.416; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.282.

³³⁶ Astarlı, a.g.e., s.181-182.

³³⁷ Eren, a.g.e., s.418-419.

³³⁸ A.e., s.422; Ahmet M.Kılıçoğlu, a.g.e., s.291.

korkutmadan bahsedilemeyecektir. Ancak örneğin, korkutmanın konusu işverenin haksız ve geçersiz bir feshi ise, bu durumda korkutmanın varlığından bahsedilebilecek ve ikale sözleşmesinin iptali istenebilecektir.³³⁹

Tıpkı aldatmada olduğu gibi korkutma ile ikale sözleşmesinin kabulü arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ayrıca buradaki korkutmanın, muhakkak işveren tarafından yapılması gerekmekte, üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği korkutma, sözleşmenin iptal edilmesine olanak sağlamaktadır. Üstelik işverenin, aldatmadakinin tersine üçüncü kişi tarafından yapılan korkutmayı bilmesine ya da bilebilecek durumda olmasına gerek yoktur. Her halükârda ikale sözleşmesi iptal edilebilecektir.

Yargıtay da önüne gelen hadiseler bakımından yukarıda izah ettiğimiz yönde bir inceleme yapmakta ve işçinin ikale kurma yönündeki iradesinde bir bozukluk meydana getirilip getirilmediğini denetlemektedir.³⁴⁰

7.6.4. İrade Bozuklukları Dolayısıyla İ kale Sözleşmesinin İptali

TBK. m. 30, 37 ve 38 dikkate alındığında, belirtilen şartlar altında sözleşme yapan taraf, sözleşmesi ile bağlı olup sözleşme geçerli bir biçimde kurulmuştur. İradesi sakatlanan kişi, kanunda ifade edilen süre³⁴¹ içerisinde sözleşmenin iptalini talep etmesi halinde, iş sözleşmesinin işveren tarafınca tek taraflı olarak feshedilmiş olduğu kabul edilerek feshin geçerli olup olmadığı incelenecektir. Dolayısıyla burada iş sözleşmesini feshine yönelik hükümler uygulama alanı bulacaktır.³⁴²

³³⁹ Alp, a.g.m., s.37.

³⁴⁰ Yargıtay 9.HD., E. 2015/32376, K. 2015/36622, T. 23.12.2015, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁴¹ TBK. m.39/f.1: “Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır”.

³⁴² Günay, a.g.m., s.17.

7.7. MUVAZAA

Yukarıda da bahsedildiği üzere, ikale sözleşmeleri mevzuat içerisinde düzenleme altına alınmış bir hukuki işlem değildir. Dolayısıyla ikale sözleşmelerinin, TBK. genel hükümleri kapsamında yer alan muvazaalı işlemler bakımından da ele alınması gerekmektedir.

Muvazaa konusundaki genel bilgilere, çalışmamızın yukarıdaki kısmında yer vermiştik. Dolayısıyla tekrara düşmemek adına bu kısımda doğrudan ikale sözleşmeleri ile alakalı olarak bir inceleme yapmak yerinde olacaktır. Her ne kadar uygulamada sıklıkla karşılaşılsa da ikale sözleşmeleri bakımından da muvazaa söz konusu olabilmektedir. Örneğin bir işçinin, icra işlemlerinden kaçmak adına genel itibariyle iş ilişkisini bitirmeyi gerekçe gösterdiği ancak çalışmaya devam ettiği uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu tür durumda iş sözleşmelerinin sona ermesi bakımından en sık karşılaşılan durum, işçinin istifa etmesinin söz konusu olduğu durumdur.³⁴³ Ancak ikale sözleşmelerinin de aynı duruma konu edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örnekte yer alan durum, bir “mutlak muvazaa” örneğidir. Temel gaye alacaklıların, işçi maaşına haciz işlemi uygulamasının önüne geçmek olup görünürdeki ikale sözleşmesi, muvazaalı bir işlemdir. Böyle bir durumun varlığı halinde, açık bir biçimde alacaklı konumunda bulunan üçüncü kişiler zarara uğramaktadır. Üçüncü kişiler söz konusu zararı bertaraf etmek adına, ikale sözleşmesinin muvazaalı olması nedeniyle geçersizliğin tespit edilmesi için yargı yoluna başvurmalıdır.

Diğer yandan muvazaalı işlemler, geçici iş ilişkileri bakımından da söz konusu olabilir. Geçici iş ilişkisinin mevzubahis olduğu bir durumun varlığında, devreden işverenin işçisi ile ikale sözleşmesi yaparak iş ilişkisini görünürde sonlandırması da gündeme gelebilmektedir. Buradaki temel hedef ise, İşK. m. 7 hükmünde yer alan sınırlamaları dolanma gayesidir.³⁴⁴

³⁴³ Özyörük, a.g.e., s.301.

³⁴⁴ Şahin Çil, “İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 8, S. 29, 2013, s.85.

7.8. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Ahde vefa/pacta sunt servanda ilkesi gereği, bir sözleşmenin meydana getirilmesinin ardından tarafların sözleşme hükümlerine uygun davranması beklenmektedir. Kurulan bir sözleşme kapsamında yer alan edimlerin yerine getirilmesi, bazen imkânsız olmasa da borçlunun sebep olmadığı durumlar dolayısıyla ciddi anlamda zor hale gelmiş olabilir. Böyle bir durumun meydana gelmesi olasılığına karşılık TBK. m. 138 hükmü düzenleme altına alınmıştır. TBK. m.138/f.1 hükmüne göre; *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır”*.

Bahsi geçen hüküm ile, aşırı ifa güçlüğü dolayısıyla sözleşme taraflarına mevcut sözleşmeyi uyarlama ya da sonlandırmayı talep hakkı tanınmıştır. Fakat burada sözleşmenin kurulmasının ardından karara bağlanan edimler arasındaki dengenin, borçlunun sorumlu tutulamayacağı derecede bozulmuş olması gerekmektedir.³⁴⁵ Söz konusu bozulmanın da sözleşmenin meydana getirildiği sırada öngörülemez ve bu öngörünün olasılık dışı olduğu olgular dolayısıyla olması şarttır. Ayrıca bu olguların da borçludan kaynaklanmaması gerekmektedir.³⁴⁶ Normal şartlar altında bu müesseseye başvurmak için ifaya başlanmamış olması gerekir. Ancak söz konusu hak saklı tutulmuş ise, ifaya başlansa dahi aşırı ifa güçlüğü talebinde bulunmak mümkündür. Böyle bir durumda da ifa edilen edimlerin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecektir.

Düzenlemenin yer aldığı hükümde ifade edilen şartların gerçekleşmesi ile borçlu ilk önce sözleşmenin uyarlanmasını hâkimden talep etmeli ancak bunun mümkün olmaması

³⁴⁵ Özyörük, a.g.e., s.304.

³⁴⁶ İsmail Kayar, *6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.197.

durumunda sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Ancak belirtilmelidir ki, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı, hâkime başvurunun ön şart olduğu bir durum olmayıp ister mahkemede isterse mahkeme dışında söz konusu hak kullanılabilir.³⁴⁷

Yukarıda genel hatlarıyla izah edilen hukuksal müessesenin, ikale sözleşmeleri bakımından da gündeme gelmesi ihtimal dahilindedir. Ancak ikale sözleşmesinin niteliği gereği özel durumlar söz konusu olmaktadır. Örneğin, iş sözleşmesi taraflarınca meydana getirilen ikale sözleşmesi ile mevcut iş ilişkisi derhal sona erdirilmekte ise edimler ifa edilmiş olacağından aşırı ifa güçlüğü hükümlerine başvurulamayacak ve uyarlama da mümkün olmayacaktır.³⁴⁸

Bir iş ilişkisinin, ikale sözleşmesi ile ileri bir tarihte sona ereceği kararlaştırılmışsa bu defa aşırı ifa güçlüğü hükümlerine başvurmanın mümkün olduğu söylenebilir. Ancak bu durumda iş sözleşmesinin sona erme tarihinin ileri bir tarih olarak belirlenmesi, kanuna karşı hile teşkil etmemelidir. Aynı zamanda ikale sözleşmesinin kurulmasına esas teşkil eden hadise ya da olgunun mevcut iş ilişkisi sona ermeden önce ortadan kalkmış olması da şarttır.³⁴⁹

İkale sözleşmeleri bakımından, aşırı ifa güçlüğü söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin uyarlanması seçeneği mümkün olmamaktadır. Böyle bir durumda işçi temel olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanıp öncesinde var olan iş ilişkisinin sürdürülmesini isteyebilecektir.³⁵⁰

7.9. MAKUL YARAR ÖLÇÜTÜ VE KANUNA KARŞI HİLE

İkale sözleşmesinin temelinde sözleşme özgürlüğünün bulunduğunu yukarıda ifade etmiştik. Ancak doğrudan doğruya bu kabul, işverenlerin ikale sözleşmesini kanunun emredici hükümlerini dolanmak amacıyla kullanamayacağı anlamı taşımamaktadır. Nitekim uygulamada, işverenlerin hukuk düzeni tarafından hüküm altına alınmış feshe karşı koruyucu tedbirleri ve fesih hakkını sınırlayan halleri dolanmak amacıyla fesih

³⁴⁷ Özyörük, a.g.e., s.307.

³⁴⁸ Astarlı, a.g.e., s.254; Özyörük, a.g.e., s.305.

³⁴⁹ Astarlı, a.g.e., s.267.

³⁵⁰ A.e., s.268; Özyörük, a.g.e., s.308.

yerine ikale sözleşmesi yapmayı tercih ettiği görülmektedir. İ kale sözleşmesi ile de, işverenin iş güvencesi hükümlerini devre dışı bırakması, işçileri bu korumanın dışına itmekte ve mağduriyete yol açmaktadır. Zira iş sözleşmesi ikale yerine fesihle sona ermiş olsaydı işçi, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanabilecek, iş güvencesi hükümleri kapsamında işe iade davası açabilecek ve işsizlik ödeneğinden yararlanabilecekti.³⁵¹ Buradan hareketle kanuna karşı hile, sadece kanun hükümlerinin bertaraf edilmesi değil aynı zamanda sözleşme hükümlerinin de bertaraf edilmesi durumunda ortaya çıkabilmektedir.

Yargı makamları önüne gelen uyuşmazlıklara bakıldığında, işverenlerin işe iade davalarını engellemek veya işçilerin istifa yolu ile veya ikale ile aralarındaki iş ilişkisini sona erdirdiklerini iddia ederek iş güvencesi hükümlerini dolanma yoluna gittikleri izlenmektedir. Nitekim Yargıtay da, hem kanuna karşı hilenin hem de işçi bakımından ortaya çıkan olumsuz sonuçların önlenmesi adına işçi tarafından ikale önerisinin kabul edilmesinin hayatın olağan akışına uymadığını, işçinin ikale sözleşmesini kabul etmesi için makul bir yararın işveren tarafından sağlanmasının gerektiğini kabul etmektedir. Makul yarar ölçütü, esasında öğreti tarafından geliştirilmiş bir olgudur. Öğretide makul yarar ölçütü etraflıca irdelenmiş ve uygulanmasına dair örnekler verilmiştir.³⁵² Makul yarar sağlanmaksızın yapılan ikale sözleşmesinde işverenin feshini gizleyerek iş güvencesini dolanmayı amaçladığı ve dolayısıyla kurulan ikale sözleşmesinin kanuna karşı hile oluşturduğu gerekçesiyle geçersiz olduğu sonucuna varmaktadır.³⁵³

İ kale sözleşmesinin, kanuna karşı hile niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde menfaat değerlendirmeleri sonucunda işçinin mevcut iş ilişkisini, fesih yerine ikale sözleşmesi ile sona erdirmesini kabul etmede makul bir yararının var olup olmadığı ölçüt olarak alınmaktadır.³⁵⁴ Makul yarar ibaresi ile kastedilen de, iş sözleşmesinin ikale

³⁵¹ Astarlı, a.g.e., s.215-218.

³⁵² Alp, a.g.m., s.34 vd.; Erdem Özdemir, ““Sulh Sözleşmesi” İ kale Uygulamasının Olumsuzluklarına Çözüm Olabilir mi?”, **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.378.

³⁵³ Yargıtay 9.HD., E. 2015/27608, K. 2016/7212, T. 24.03.2016, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁵⁴ Astarlı, a.g.e., s.218-220.

sözleşmesi ile sona ermesi durumunda sözleşme tarafları arasındaki karşılıklı menfaatlerin dengelenmesidir.³⁵⁵

2007 yılından sonraki süreçte içtihatlar bakımından belirleyici olan makul yararın tespiti için ön şart; karşılıklı, özgür ve uyumlu irade beyanlarının açığa çıkmasıyla, kanuna karşı bir hile niteliği taşımayan ikale sözleşmesinin meydana getirilmiş olmasıdır.³⁵⁶ Bu kapsamda, ikale sözleşmesinin geçerliliği konusunda yalnızca irade bozuklukları çerçevesinde değil aynı zamanda hayatın olağan akışı içerisinde işçinin işveren tarafından yapılan ikale önerisini kabul etmesini mantıklı kılacak makul bir yararın bulunması da aranmaktadır.³⁵⁷

Makul yarar ölçütü, özellikle ikale önerisinin işveren tarafından yapıldığı durumlarda, sonuçları itibariyle işçi açısından daha olumsuz sonuç doğuran bu sözleşmeyi kabul etmesi için elde edeceği bir menfaatin olması gerektiğine dayanmaktadır.³⁵⁸ Aksi takdirde herhangi bir menfaat elde etmeyen işçinin böyle bir sözleşmenin tarafı olmayı istemesi, hayatın olağan akışına pek uygun düşmemektedir.³⁵⁹ Bu ölçüte dayanak olarak ise, işverenin işçiyi gözetme borcu gösterilmekte, bu yükümlülük gereği işverenin, sözleşmenin meydana getirildiği sırada işçiyi baskı yapmaması, onu bilgilendirmesi, ihtiyaç duyduğu bilgileri alması için imkân tanınması ve ikale sözleşmesinin hüküm ve tüm sonuçları hakkında aydınlatması gerekmektedir.³⁶⁰

Bu ölçütte öncelikle belirlenmesi gereken, tarafların sağladıkları menfaatlerdir. Sonrasında ise bu menfaatlerin bir denge sağlayıp sağlamadığı göz önüne alınmalıdır.³⁶¹ Yargıtay, bu ölçütü ikale önerisinin kimden geldiğini ve somut olayın niteliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir.³⁶² Gerçekten de, yargıya intikal eden olayların her biri değişkenlik göstermektedir. Örneğin Yargıtay'ın konu ile ilgili bir kararında, ikale sözleşmesi önerisinin işçiden geldiği, işveren ile bir miktar tazminat kapsamındaki para

³⁵⁵ Yargıtay 9.HD., E. 2010/27811, K. 2010/23146, T. 12.07.2010, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁵⁶ Alp, a.g.m., s.44.

³⁵⁷ Kabakçı, *İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi İkaleyle İlişkin İctihatta Bir Yumuşama mı?*, s.183-184.

³⁵⁸ Kabakçı, *Sözleşme Özgürlüğü ve İkale*, s.123.

³⁵⁹ Alp, a.g.m., s.37.

³⁶⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.786; Ekonomi, a.g.m., s.41; Alp, a.g.m., s.38.

³⁶¹ Astarlı, a.g.e., s.222.

³⁶² Yargıtay 9.HD., E. 2007/30760, K. 2008/9208, T. 21.04.2008, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020. Aynı yönde: Narmanlıoğlu, a.g.e., s.338.

konusunda anlaştıkları bu nedenle sonrasında başka bir alacak kalemi olarak ihbar tazminatının ödenmesinin ileri sürülmesinin haksız bir davranış olduğu gerekçesiyle konunun araştırılmasına gerek olmaksızın ikale sözleşmesinin geçerli olduğuna hükmetmiştir.³⁶³ Yine bir başka kararında, makul yarar açısından iki aylık ücret tutarındaki ek ödemeyi yeterli kabul ederken³⁶⁴, üç aylık ücret tutarındaki ödemeyi yetersiz kabul ettiği yönünde kararı³⁶⁵ da mevcuttur. Bu konuda net bir tutarı esas almamakta farklı tutardaki ek ödemeleri makul yarar ölçütü içerisinde değerlendirmektedir.³⁶⁶ Zira yine bir kararında, ikale önerisinin işçiden gelmesi durumunda kanuni tazminatları haricinde ilave bir menfaatin sağlanmamış olması, ikale sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade etmiştir.³⁶⁷ Bir başka kararında ise, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı sebeple feshedilebilecekken ikale sözleşmesi ile kararlaştırılan tutarın işçiye ödenmesini makul yarar olarak kabul etmiş ilave bir menfaat gözetmemiştir.³⁶⁸ Görüldüğü üzere, Yargıtay tarafından makul yarar ölçütü her olay bakımından ayrı bir değerlendirmeye ve yorumlamaya tabi tutulmaktadır.

Makul yarar ölçütünün amaçla orantılı olarak geniş yorumlanmasında da fayda bulunmaktadır. Çünkü makul yarar ölçütünden, sadece parasal anlamda bir menfaat değil aynı zamanda ikale sözleşmesi yapmaya yönelten doğrudan ve dolaylı tüm menfaatler anlaşılmalıdır. Buna örnek olarak da, bir işçinin daha iyi şartlarda yeni bir iş bulması sonucu, mevcut iş ilişkisini sonlandırarak yeni işine başlamak istemesi ve bu fırsatı kaçırmak istememesi gösterilebilir. Zira ikale sözleşmesi ile herhangi bir ihbar süresine riayet etmeksizin yeni işine başlayabilecek ve kendi adına bir menfaat tesis edebilecektir.

³⁶³ Yargıtay 22.HD., E. 2014/5656, K. 2015/16878, T. 11.05.2015, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁶⁴ Yargıtay 22.HD., E. 2011/876, K. 2011/1287, T. 27.09.2011, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁶⁵ Yargıtay 22.HD., E. 2013/3340, K. 2013/3675, T. 25.02.2013, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁶⁶ Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 22. HD., E. 2014/22359, K. 2014/25557, T. 25.09.2014; Yargıtay 22.HD., E. 2013/34057, K. 2014/5502, T. 11.03.2014, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁶⁷ Yargıtay 22.HD., E. 2011/1723, K. 2011/4286, T. 14.11.2011, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁶⁸ Yargıtay 22.HD., E. 2011/18618, K. 2012/14136, T. 21.06.2012, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

İkale önerisinin işverenden gelmesi durumunda ise Yargıtay, iş sözleşmesinin sonlandırılmasında işçinin bir menfaati bulunmuyorsa makul yararın gerçekleşebilmesi adına işçiye makul bir tazminatın ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu sayede, hem işçi hem de işveren açısından menfaat dengesi kurulacaktır.

Makul yarar kapsamındaki parasal değer ne olması konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kıdem ve ihbar tazminatları ile işe başlatmama ve çalışılmayan süre için dört aylık ücret tutarında ödemenin dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir.³⁶⁹ Diğer bir görüşe göre, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiye kıdem ve ihbar tazminatları yeterliken, iş güvencesi kapsamındaki işçiye iş güvencesi tazminatının da ödenmesi gerekmektedir.³⁷⁰ Bir başka görüşe göre ise, kıdem ve ihbar tazminatı ile işsizlik sigortasından verilecek ödenekler bir ölçüt olarak kullanılabilir.³⁷¹ Burada özellikle belirtmek gerekir ki, kıdem ve ihbar tazminatı olarak ifade edilen parasal değerler, bunların kendileri değil bunlar değerindeki ödemelerdir.³⁷² Yargıtay'a göre ise, ikale sözleşmesi taraflarının kıdem ve ihbar tazminatları, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ile diğer haklardan bir kısmını veya tamamını kararlaştırmaları mümkündür.³⁷³

Görüldüğü üzere, ikale sözleşmesi önerisinin işçiden geldiği durumlarda makul yarar ölçütü daha dar yorumlanmakta, işverenden geldiği durumlarda ise geniş bir yoruma tabi tutulmaktadır. Ayrıca Yargıtay kararlarında açıkça görülmektedir ki, ikale önerisinin işçiden geldiği durumlarda olaya daha hassasiyetle yaklaşmakta, herhangi bir irade bozukluğunun olup olmadığı özellikle incelenmektedir.³⁷⁴ Bu kapsamda, her somut olayın şartlarının farklılık göstermesi nedeniyle net bir geçerlilik ölçütü ortaya

³⁶⁹ Gerek, a.g.m., s.50.

³⁷⁰ Alp, a.g.m., s.39-40.

³⁷¹ Ekonomi, a.g.m., s.37-38; Alp, a.g.m., s.41.

³⁷² Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, a.g.e., s.788.

³⁷³ "...Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir." Yargıtay 9.HD., E. 2015/20354, K. 2015/29742, T. 22.10.2015, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

³⁷⁴ Yargıtay 9.HD., E. 2009/39904, K. 2010/37228, T. 10.12.2010, (Çevrimiçi) www.sinetjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

koymak mümkün olmamakta zaten böyle bir değerlendirme yapmanın da hatalı olacağı değerlendirilmektedir.³⁷⁵

7.10. İKALE SÖZLEŞMESİNİN ŞARTA BAĞLANMASI

Şart, sözleşmede yer alacak bir özel hüküm ile bir hukuksal işlemin hükümlerinin, gelecekte ortaya çıkacak ve gerçekleşmesi müphem (kuşkulu) bulunan bir olaya bağlanmasıdır. İ kale sözleşmesinin tarafları, iş sözleşmesinin sona ermesini gelecekte ortaya çıkması müphem bir olaya bağlayabilirler.

İ kale sözleşmesinin şarta bağlı olarak meydana getirilmesi, bu şartın geçerliliği açısından öğretide tartışmalıdır. İş sözleşmesini sona erdirecek olması nedeniyle bozucu yenilik doğuracak bu şartın gerçekleşmesi durumunda, hâlihazırda bulunan iş sözleşmesi başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın ortadan kalkacak ve işverenin, bildirim süresine uymasına gerek duyulmayacak, sözleşmenin feshinde haklı bir sebep aranmayacak ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, öğretideki hâkim görüş, iş sözleşmesinin sona ermesinin bozucu bir koşula bağlanması durumunda söz konusu koşulun geçersiz sayılması gerektiği yönündedir.³⁷⁶

İş Kanunu, feshi kural olarak belirli bir süreye bağlı kılarak ya da derhal fesih hallerini sınırlandırarak işçi ya da işverenin beklenmedik bir anda fesihle karşı karşıya kalmasının önlenmesini ve tarafların, sözleşmenin fesihten sonraki durumlara karşı kendilerini hazırlamalarına imkan sağlamayı amaçlamaktadır.³⁷⁷ İ kale sözleşmesinde karar alınan bu koşul, ileride gerçekleşmesi müphem bir hadise olması nedeniyle hem erteleyici şarta hem de bozucu şarta bağlı ikalede, iş sözleşmesinin sona ereceği zaman açısından bir belirsizlik söz konusudur. Söz konusu belirsizlik, işçinin beklenmedik bir zamanda işini kaybetmesine neden olacağı için İş Hukuku'nun feshe karşı koruyucu hükümleri açısından bir tezat oluşturmaktadır. Bu itibarla, gerek erteleyici şarta, gerek

³⁷⁵ Kabakçı, *İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi İ kaleye İlişkin İçtihat Bir Yumuşama mı?*, s.185.

³⁷⁶ Astarlı, a.g.e., s.247; Ekonomi, a.g.m, s.39.

³⁷⁷ Astarlı, a.e., s.250.

iradi şarta gerekse bozucu şarta bağlı ikale sözleşmesindeki şart hükmü, kanuna karşı hile sebebiyle hükümsüzdür. Bu durumda, sadece şart değil, ikale sözleşmesi tümüyle hükümsüz olacaktır.³⁷⁸

7.11. İKALE SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

Sözleşmeden dönme hakkı, geçerli bir biçimde meydana getirilmiş akit taraflarından herhangi birisinin karşı tarafa yapacağı tek taraflı beyan ile sözleşmenin geçmişe etkili olacak biçimde ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.³⁷⁹ Bu hukuki müessese ile amaç edinilen durum, bir sözleşmenin meydana getirildiği ana geri dönmektir. İ kale sözleşmeleri bakımından önem arz eden bu konu için, TBK. genel hükümlerine başvurma gereği doğacaktır.

İ kale sözleşmeleri genel olarak, niteliği itibarıyla iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.³⁸⁰ Bu sözleşmede, taraflardan biri olan işçi, işinden vazgeçmeyi diğer taraf olan işveren ise işçiye buna karşılık birtakım menfaatler sağlamayı taahhüt etmektedirler. Dolayısıyla ikale sözleşmelerini, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak nitelendirdiğimiz takdirde sözleşmeden dönme hakkı ile ilgili olarak TBK. m. 123-126 hükümleri gündeme gelmektedir.

Meydana getirilen bir ikale sözleşmesi kapsamında, işveren tarafından ifa edilmesi gereken edim yerine getirilmediğinde TBK. m. 123 hükmü gereği işçi tarafından işverene makul bir süre verilebilecektir. Ancak TBK. m. 124 hükmü kapsamındaki durumlarda bu süreye gerek duyulmamaktadır. İşçi tarafından verilen makul süreye rağmen işverence gereken edim ifa edilmezse işçi, TBK. m. 125 hükmü kapsamında yer alan ve seçimlik hak kategorisinde bulunan “sözleşmeden dönme” hakkını kullanabilmektedir. Fakat sözleşme tarafları, sözleşmeden dönme konusunda düzenleme yapma hakkını ellerinde bulundurmaktadırlar. Böyle bir durumun varlığı halinde de “iradi/sözleşmesel dönme hakkı”ndan bahsedilmektedir.³⁸¹ İş sözleşmesi taraflarınca,

³⁷⁸ Astarlı, a.g.e, s.252-253; Ekonomi, a.g.m., s.39.

³⁷⁹ Cansel, Erol, a.g.e., s.311.

³⁸⁰ İstisnai durumlar için bkz. Astarlı, a.g.e., s.270.

³⁸¹ Yörükoğlu, a.g.e., s.234.

ikale sözleşmesinde tarafların sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığı kararlaştırılabilir. Bu durumda taraflar, sözleşme hakkını kullanamayacaklardır. Fakat önemle belirtilmelidir ki, işveren tarafından edimin ifa edilmemesi durumunda işçi, TBK. m. 125 hükmünde yer alan seçimlik hakları (dönme hakkı hariç) kullanabilecektir.³⁸²

Konu ile ilgili TBK. hükümleri göz önüne alındığında, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile sözleşme ile kurulan ilişkinin tümüyle ortadan kalkması sonucu doğmaktadır.³⁸³ İkale sözleşmesinin de sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile ortadan kalkacağı düşünüldüğünde, bu durumda öncesinde var olan iş sözleşmesinin ortadan kalkmamış sayılacağı gerçeği gündeme gelecektir. Böyle bir durumun varlığı halinde Yargıtay kararlarına göre, ikale sözleşmesi geçersiz sayılacağından işverenin feshinin varlığı kabul edilmektedir.³⁸⁴

³⁸² Astarlı, a.g.e., s.274.

³⁸³ Yörükoğlu, a.g.e., s.235.

³⁸⁴ Yenisey-Doğan, a.g.e., s.320.

§ 8. İKALE SÖZLEŞMESİNİN MEVCUT İŞ İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

8.1. YAN YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN ETKİLERİ

Geçerli bir biçimde kurulan ikale sözleşmesinin ilk ve en önemli sonucu, mevcut olan iş ilişkisini sona erdirmesidir. Bu şekilde, işçi ve işveren arasındaki tüm hak ve borçların doğumu geleceğe etkili olarak ortadan kaldırılmış olmaktadır. İfade edildiği üzere, geleceğe yönelik doğacak hak ve borçlar ortadan kalkmakta ya da bir başka deyişle doğumuna engel olunmakta ancak işçinin doğmuş fakat ödenmemiş ücretlerini, bunların eklerini, kullanılmayan yıllık izin ücretini, fazla çalışma ücretini talep etmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.³⁸⁵

İş sözleşmesinin sona ermesi ile bazı yan yükümlülükler de doğabilmektedir. Sözleşmede, iş sözleşmesinin ileri bir tarihte sona ereceği ve bu tarihe kadar olan süre içerisinde işçinin yeni iş arama izni kullanacağı kararlaştırılabilir. İ kale sözleşmesinde, tarafların karşılıklı olarak anlaşması koşuluyla böyle bir yan yükümlülük düzenlenebilir.³⁸⁶ Burada ifade edilen yükümlülük, İşK. m. 27 gereği kanundan doğan bir yükümlülük değil, sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür. Zira İşK. m. 27 için iş sözleşmesinin süreli fesih nedeniyle son bulması gerekir.

Bir diğer yan yükümlülüğe örnek ise, işverenin işçiye çalışma belgesini vermesidir.³⁸⁷ Gerek İşK. m.28/f.1 ile TBK. m. 426 hükmü gerekse işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun sonucu olarak çalışma belgesi verilmesi gerekmektedir. Yine TBK. m. 443 gereği, tarafların işin görülmesi amacıyla almış oldukları eşyaları geri verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Son olarak, TBK. m.396/f.4 gereği, sır saklama

³⁸⁵ Yenisey-Doğan, a.g.e., s.301.

³⁸⁶ A.e., s.303.

³⁸⁷ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.335.

yükümlülüğü de ikale sözleşmesinin iş sözleşmesini sona erdirmesine rağmen devam eden yükümlülükler arasında sayılabilecektir.

Bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün diğer bir konu ise rekabet yasağıdır. TBK. m.396/f.3 hükmü gereği, işçi iş sözleşmesinin devamı süresince, sadakat yükümlülüğü kapsamında kendi işvereni ile rekabet edemez. Buna göre, işvereni ile kendi adına ya da rakip bir kuruluştaki işe girerek veya ortak olarak rekabet etmesi yasaklanmıştır. Bunlara ilaveten işçinin, iş ilişkisi dolayısıyla öğrenip saklaması gereken bilgileri şahsı için kullanması da rekabet yasağı kapsamında ele alınmaktadır.³⁸⁸ Burada bahsi geçen, iş süresinin devamı boyunca kanundan kaynaklanan bir yasaktır. Normal şartlar altında iş sözleşmesinin sona ermesiyle, rekabet yasağı da sona ermektedir. TBK. m. 444'e göre, işçi işverene karşı her ihtimaldeki rekabetten kaçınacağını yazılı olarak taahhüt edebilmektedir. Bu kapsamda, işçi ve işveren rekabet yasağı koşulunu ikale sözleşmesi içerisinde de kararlaştırabilirler. Ancak bu şartın geçerli olabilmesi bakımından ikale sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekir.

8.2. ÜCRET ALACAKLARI BAKIMINDAN ETKİLERİ

İkale sözleşmesinin kurulmasıyla her ne kadar işçi ve işverenin karşılıklı borçları ortadan kalkmakta ise de geçmişte doğan borçların ifası gerekmektedir. İşK. m.32/f.6 hükmü gereği, ücret ve benzer menfaatlerin tam olarak işçiye ödenmesi için iş ilişkisinin herhangi bir şekilde sona ermesi yeterlidir. Bu nedenle ikale yoluyla sonlandırılan iş ilişkisinde de doğmuş olan borçların işçiye ödenmesi gerekmekte olup parasal değerinde olan menfaatlere yıllık izin, prim, fazla mesai ücretleri ve ikramiye gösterilebilir.

İşçinin, İşK. m. 53 kapsamında hak etmiş olduğu yıllık ücretli izni bulunuyorsa, ikale sözleşmesi ile iş ilişkisinin son bulması nedeniyle bunu kullanması mümkün değildir. Bu kapsamda, işçinin ilgili madde kapsamında hak edip kullanmadığı yıllık izin

³⁸⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.608 vd.

hakkına ilişkin ücreti, sözleşmenin son bulunduğu tarih esas alınarak işçinin kendisine veya hak sahibine ödenmelidir.³⁸⁹

8.3. TAZMİNATLAR VE İŞE İADE DAVASI BAKIMINDAN ETKİLERİ

İkale sözleşmesi ile sona erme, yukarıda da izah ettiğimiz üzere bir fesih özelliğine sahip değildir. Bu nedenle, işçinin feshe yönelik sonuçlardan yararlanması mümkün değildir. Yani usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı ya da 1475 sayılı İşK. m. 14 gereği kıdem tazminatı talep edilemez. Zira 1475 sayılı İşK. m. 14’te kıdem tazminatına hangi sona erme sebepleri dolayısıyla hak kazanılacağı sayılmış ancak ikale ile sona erme bu sebepler arasında gösterilmemiştir.³⁹⁰ Ancak tarafların ikale sözleşmesi ile bu ödemelerin yapılmasını kararlaştırmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hatta Yargıtay bu yönde bir ödemeyi, geçerlilik unsuru olarak değerlendirmektedir. Ayrıca ikale sözleşmesi ile bu yönde bir anlaşma yapmak, 1475 sayılı İşK. m. 14 hükümlerine de aykırılık taşımaz. Zira bu hüküm, mutlak emredici bir hüküm niteliğinde değil nispi emredici bir hüküm niteliğindedir.³⁹¹ Keza ikale sözleşmesine yer alan tazminatlar ihbar ve kıdem tazminatı niteliğinde değildir.³⁹²

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tarafların karara bağladıkları ödemenin tazminat olarak değil ücret olarak nitelendirilmesidir. Öğretide konu ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yapılacak ödeme kıdem tazminatı olarak nitelendirilmeli ve gelir vergisinden muaf tutulmalıdır.³⁹³ Bir diğer görüşe göre ise, yapılan bu ödemenin Gelir Vergisi Kanunu m.25/f.7 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla GVK. m. 61 gereği, ücret olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.³⁹⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı ise, yapılacak ödemenin yapılacak hesaplama

³⁸⁹ Astarlı, a.g.e., s.360; Yürekli, a.g.e., s.134.

³⁹⁰ Astarlı, a.e., s.307.

³⁹¹ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, a.g.e., s.1104.

³⁹² A.e., s.788.

³⁹³ Ersin Nazalı, Ömer Emen, Büşra Kahraman, “İkale Sözleşmeleri ve İkale Sözleşmesi Uyarınca İşçiye Ödenen Tazminatların Vergisel Yönden Değerlendirilmesi”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 289, 2017, s.107.

³⁹⁴ Müjdat Şakar, “İş Hukukunun Yeni Meselesi, Bozma (İkale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 204, 2009, s.188.

ile kıdem tazminatına karşılık gelen kısmın vergiden muaf tutulacağı ancak bunu aşan kısmın ücret kapsamında gelir vergisine dahil olacağı belirtilmiştir.³⁹⁵

İkale sözleşmesinde makul yarar olarak belirlenen tazminatın, sözleşmeye dayanan kendine özgü götürü bir tazminat olduğu söylenebilir.³⁹⁶ Bu tazminatın, hukuki dayanağı ikale sözleşmesi olup tazminatın miktarı tarafların anlaşması koşuluyla serbestçe belirlenebilmektedir. Belirlenen bu tazminatın muacceliyet zamanını, sözleşmede kararlaştırabilmektedirler. Sözleşmenin böyle bir düzenleme içermesi durumunda bu tarih esas alınır ancak bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa TBK. m. 90 gereği borcun, doğumu anında muaccel olduğu sonucuna varılacaktır. Bu durumda borcun muaccel olduğu tarih, ikale sözleşmesinin kurulduğu tarihtir.

Son olarak işçi, iş güvencesinden yararlanıyor olsa bile iş sözleşmesi geçerli bir ikale sözleşmesi ile sonlandırıldığı için işe iade davası açamayacaktır. Çünkü işe iade davası, iş güvencesi kapsamında bulunan işçi tarafından, işverenin feshinin geçerli olmadığını iddia ettiği ve işe başlatılmasını talep ettiği bir davadır.³⁹⁷ İkale sözleşmesi, bir fesih niteliğinde olmadığından bu mümkün olmayacaktır. Ancak ikale sözleşmesinin geçersizliğinin tespit edilmesi durumunda işçi, işe iade davası açabilecektir. Ayrıca ikale sözleşmesinin kurulmasından evvel herhangi bir biçimde iş sözleşmesi sona ermemelidir. Yargıtay, işverenin feshinden sonra yapılan bir ikale sözleşmesinin geçerli olmadığına hükmetmiştir.³⁹⁸ Zaman aşımı bakımından ise, bir ücret olarak nitelendirilmediğinden TBK. m. 147'deki beş yıllık süre değil özel bir düzenleme

³⁹⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı T. 15.12.2010, B.07.1.GİB.4.99.16.02-GVK-94-53 sayılı Özelgesi, (Çevrimiçi) www.gib.gov.tr/node/91501, 03 Ocak 2020. Aynı yönde: Erdem Özdemir, “‘Sulh Sözleşmesi’ Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 30, 2013, s.55.

³⁹⁶ Astarlı, a.g.e., s.341.

³⁹⁷ A.e., s.308.

³⁹⁸ “...Somut olayda davacının iş sözleşmesinin 31.03.2015 tarihinde feshedildiğinin işverence sigortaya gönderilen yazıdan anlaşıldığı ve yazılı fesih bildiri bulunmadığı, ayrıca işverence davacıya sözlü fesih sonrasında ikale teklif edildiğinin tanık beyanlarıyla sabit olduğu ve 07.04.2015 tarihli “İkale Protokolü” başlıklı belgede davacıya kıdem ve ihbar tazminatı tutarının avans borcu düşülerek 11,553,71 TL olarak ödendiği ibaresi mevcuttur. Bu yazılardan sonra SGK ya 09.04.2015 tarihinde İAB verildiği ve fesih kodunun 04 olarak gösterildiği, işverenin kendi bildiriyle bağlı olduğu, fesih 31.03.2015 te yapıldığından bu tarihten sonra yapılan anlaşmaların ikale olarak nitelendirilemeyeceği bu nedenle davanın kabulüne karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsiz olmuştur.” Yargıtay 7. HD., E. 2015/40050, K. 2016/5101, T. 02.03.2016, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

bulunmayan diğer alacaklar gibi TBK. m. 146 gereği on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.³⁹⁹

8.4. İŞSİZLİK ÖDENEĞİ BAKIMINDAN ETKİLERİ

İşsizlik sigortasından faydalanılması için, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında, işçinin isteği dışında işsiz kalması gerekir. Bu kanuna göre işsizlik sigortasından faydalanmanın şartları olarak; işsiz olma, belirlenen süre kadar işsizlik sigortası ödemek, belirlenen nedenlerle iş sözleşmesinin sona ermesi ve Türkiye İş Kurumu'na başvurma olarak belirtilmiştir. Burada önem arz eden husus, iş sözleşmesinin ilgili kanunun 51.maddesinde sayılan hallerden biri ile sona ermiş olmasıdır. Bu hüküm gereği, ikale sözleşmesi sayılan hallerden biri olarak yer almamakta ve dolayısıyla işçi de işsizlik ödeneğinden faydalanamamaktadır.⁴⁰⁰ Yargıtay da, ikale sözleşmesi ile iş ilişkisinin son bulması durumunda işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanamayacağı görüşündedir.⁴⁰¹ Ancak işçi bakımından ikale sözleşmesinin doğurduğu olumsuz sonuçlar dikkate alınarak öğretide ikale sözleşmesi ile sona ermenin de işsizlik ödeneğine hak kazandıran haller arasına eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁴⁰²

³⁹⁹ Astarlı, a.g.e., s.350.

⁴⁰⁰ Özlem Bal Bektaş, *İşsizlik Sigortası*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.138 vd.; Nazalı, Emen, Kahraman, a.g.m., s.104. Aynı yönde: Sami Narter, *İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.77.

⁴⁰¹ "...Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır." Yargıtay 9. HD., E. 2014/36888, K. 2016/8693, T. 07.04.2016, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁴⁰² Günay, a.g.e., s.23.

8.5. İKALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME ZAMANI BAKIMINDAN ETKİLERİ

8.5.1. Derhal Sona Erme

İkale sözleşmesi ile taraflar, iş ilişkisinin ne zaman sona ereceğini özgürce kararlaştırabilmektedir. Ancak sözleşmede bu tarih belirlenmemişse, söz konusu boşluk genel hükümlere göre tamamlanacaktır. Buna göre, tarafların huzurunda meydana getirilen ikale sözleşmesi, hüküm ve sonuçlarını kabul iradesi ile sözleşmenin meydana getirilmesinden itibaren doğuracaktır. Hazır olmayanlar arasında ise, TBK. m.11/f.2 gereği sözleşme kabul beyanının gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuruyorken söz konusu beyanın karşı tarafa varması ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Bu doğrultuda, sona erme tarihi kararlaştırılmamışsa iş ilişkisinin, hazırlar arasında yapılan ikale sözleşmesinde derhal, aksi durumda kabul haberinin gönderildiği sırada sona erdiği kabul edilecektir.⁴⁰³

8.5.2. Geçmişe Etkili Olarak Sona Erme

İkale sözleşmesi tarafları, aralarındaki iş ilişkisini geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırmayı amaçlayan bir ikale sözleşmesi kurabilirler. Burada ikili bir ayırım yapılarak değerlendirme söz konusu olmalıdır. İş sözleşmesinin meydana getirilmesinin akabinde işçi iş görme edimini ifaya başlamışsa hem iş sözleşmesinin tabiatı hem de edimlerin geçmişe etkili olacak şekilde tasfiye edilmesindeki zorluk nedeniyle mevcut iş sözleşmesinin kuruluşuna kadar olan süre içerisinde sona erdiğinin karşılaştırılması mümkün olmayacaktır. İşçinin iş görme edimini ifaya başlamamış olması durumunda ise, ikale sözleşmesinin geçmişe etkili olacak şekilde sonuç doğurabileceği değerlendirilmektedir. Zira böyle bir durumda tarafların iş sözleşmesini hiç kurmamış olma iradesi içerisinde oldukları kabul edilecektir.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Ekonomi, a.g.m., s.39.

⁴⁰⁴ Astarlı, a.g.e., s.315.

8.5.3. Geleceğe Etkili Olarak Sona Erme

İş sözleşmesinin, ikale yolu ile gelecekteki bir tarihe sona erdirilmesi açısından da herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ancak bu duruma Yargıtay şüphe ile yaklaşmakta ve benzer bir olayda, ileri bir tarihte sona ermesi kararlaştırılan ikale sözleşmesinin, işe iade davası açmayı engeller nitelikte olması sebebiyle geçerli olmadığına hükmetmiştir.⁴⁰⁵ Diğer yandan, taraflar ikale sözleşmesi akdederek iş sözleşmesini sonlandırma amacı değil de belirli süreli bir iş sözleşmesi meydana getirme amacı da güdüyor olabilirler. Yani belirsiz süreli bir iş sözleşmesini belirli hale getirmek istiyor olabilirler. Böyle bir amacın varlığında, objektif neden olmaksızın belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılmak isteniyorsa ikale sözleşmesi geçersiz sayılmalı ve mevcut iş sözleşmesi geçerli bir biçimde devam etmelidir.⁴⁰⁶ İfade edilmesi gerekli bir diğer konu da, ikale sözleşmesinin geleceğe etkili olacak bir biçimde kurulmasının ardından ve iş ilişkisinin sona ermesinden önce haklı bir sebebin varlığı halinde ikale sözleşmesinde belirlenen süre beklenmeksizin haklı sebeple derhal fesih yapılabilir.⁴⁰⁷ Aynı şekilde belirlenen tarihten önce süreli fesih yapılması da mümkündür.

8.6. İKALE SÖZLEŞMESİNİN TOPLU İŞTEN ÇIKARMA

BAKIMINDAN ETKİSİ

Bir işyerinin organizasyon yenilemesi kapsamında bir işçi yapılanmasına gitmesi ve personel sayısında azaltmaya gidilmesinde ikale sözleşmeleri, iş sözleşmelerinin sona ermesi bakımından uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır.⁴⁰⁸ İşK. m. 17 hükmü içerisinde ikale sözleşmeleri yer almadığından, ikale ile iş ilişkileri sonlanan işçiler, toplu işten çıkarılma kapsamında değerlendirilememektedir. Hatta Yargıtay da konu ile ilgili bir hadisede aynı yönde karar vermiştir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Astarlı, a.g.e., s.319.

⁴⁰⁶ A.e., s.330-331.

⁴⁰⁷ Çelik, Canikoğlu, Canbolat, a.g.e., s.354.

⁴⁰⁸ Yargıtay 9.HD., E. 2008/9198, K. 2008/8641, T. 14.04.2008, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁴⁰⁹ "...Somut uyuşmazlıkta, toplu işçi çıkarma kuralına başvuran davalı işveren, öncelikle gönüllü olanları çıkaracağını belirtmiş olup, davacı bu işlemi kabul ederek emekliliğe hak kazanması nedeni ile

Öğretide bir görüşe göre, olması gereken hukuk açısından salt işverenden kaynaklanan nedenlerden dolayı meydana getirilen ikale sözleşmelerinin de toplu işten çıkarma kapsamında bir sona erme biçimi olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır.⁴¹⁰

8.7. İKALE SÖZLEŞMESİNİN İŞYERİNİN DEVRİNE ETKİSİ

Bir işyerinin devri, hem devreden hem de devralan işveren bakımından süreli fesih açısından geçerli bir sebep oluşturmaz. Bu doğrultuda, iş sözleşmesinin feshini de gerektirmez. İkale sözleşmesi, tarafların özgür iradesi ile kurulan ve hukuki dayanağını sözleşme serbestisinden alan bir sözleşmedir. Bu nedenle, işyerinin devri sırasında tarafların ikale sözleşmesi ile iş ilişkisini sona erdirmesinde herhangi bir engel de bulunmamaktadır. Fakat buradaki tek koşul, işçinin devri gerçekleşecek işyerinden kati suretle ayrılmasıdır. Aksi takdirde, işçinin hizmet sürekliliğinin engellenmesinin amaçlandığı değerlendirilmeli ve kanuna karşı hile nedeniyle ikale sözleşmesinin geçersizliğine karar verilmelidir.⁴¹¹

8.8. GEÇERSİZ İKALE SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI

İkale sözleşmelerinde özellikle, yapılacak ödemelerde makul yarar ölçütüne yönelik belirli bir sınırın olmaması, taraflar arasında imzalanan ikale sözleşmelerinin aslında işveren tarafından yapılan fesih niteliğinde olduğu iddiasıyla işçiler tarafında birçok işe iade davası açılmasına neden olmaktadır. Ayrıca irade sakatlığı halleri de göz önünde

ihbar tazminatı da ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesini kabul etmiştir. Toplu işçi çıkarmada gönüllü işçilerin iradesine öncelik verilmesi ve işçi tarafından bu icabın kabul edilmesi halinde, karşılıklı olarak iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile bozulması söz konusu olduğundan, bu işlemde artık işverenin toplu işçi çıkarmaya konu ettiği fesih nedenlerinin geçerli olup olmadığı araştırılmamalıdır. Bir başka anlatımla ikale sözleşmesinin bulunduğu durumda, feshin son çare veya işçinin seçiminin objektif ölçütlere uygun olup olmadığı ayrıca yargı denetimine tabi tutulamamalı, işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılamamalıdır. Davacının iradesinin sakatlayan bir durum söz konusu olmadığı gibi, bu konuda somut bir kanıtta sunulamamıştır, ihbar tazminatının ödenmesi sonuca etkili değildir.” Yargıtay 9.HD., E. 2007/3613, K. 2007/4552, T. 19.02.2007, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁴¹⁰ Eleştiri için bkz. Astarlı, a.g.e., s.379.

⁴¹¹ Astarlı, a.g.e., s.386.

bulundurulmakta, işçinin esas iradesi araştırılmakta, işveren tarafından iş güvencesi hükümlerinin dolanılıp dolanılmadığı irdelenmektedir. Gerçekten de, işçinin ihtirazi bir kayıtla tüm haklarının saklı olduğu yönünde bir ibare ile ikale sözleşmesini imzalaması sorgulamayı gerektirecek bir husustur. Zira bu ibareden, işçinin anlaşma yönünde bir iradesinin olmadığı kanısı uyanmaktadır.⁴¹² Dolayısıyla buna benzer durumlarda işçi lehine yorum ilkesi göz önünde bulundurularak mevcut ihtirazi kaydı koymadaki esas amacı araştırılmalıdır.⁴¹³⁻⁴¹⁴

İşçi tarafından bir ikale sözleşmesinin irade sakatlıkları dolayısıyla iptal edilebilir bir nitelikte olduğu ya da emredici hukuk kurallarına veya ahlaka uygun olmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu iddia ediliyorsa işe iade davası değil öncelikle tespit davası açılmalıdır. Aynı durum, meydana getirilen ikale sözleşmesi gereği işveren tarafın yükümlülüklerini yerine getirmede olduğu durumda işçinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması konusu bakımından da geçerlidir. Zira işe iade davasının konusunu, feshin geçersizliği ve işe başlatmama tazminatının tespiti oluşturmaktadır. Hâlbuki ikale sözleşmesinin geçersizliğinin tespit edilmesinde, HMK. m. 106 hükmü gereği bir tespit davası açılmalıdır. Bu hüküm gereği de, davacı tarafın söz konusu davanın açılmasında hukuki bir yararının bulunması gerekmektedir. Diğer yandan mevzubahis tespit davası, ikale sözleşmesinin bulunmadığı iddiasını bünyesinde barındırdığından, menfi tespit davası niteliğindedir. İşçinin esasında işveren tarafından feshin gizlenmesi için ikale yoluna başvurulduğuna dayanarak ikale sözleşmesinin ve aynı zamanda gizlenmek istenen söz konusu feshin de geçersizliğini talep ettiği durumlarda da tespit davası niteliğine haiz bir işe iade davası söz konusu olmaktadır.⁴¹⁵ Buradaki önemli nokta, işçinin ilk olarak feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, sonrasında ise işe iadesini talep etmesidir. Burada geçersizliğin tespiti öncelikli, işe iade talebi ise fer'i niteliktedir. Özellikle belirtilmesinde fayda bulunmaktadır ki, Yargıtay kararları incelendiğinde, eğer meydana getirilen ikale sözleşmesinin geçersizliğine hükmedilmişse, bunun bir işveren feshi olduğuna yönelik tespit yapılarak ayrıca feshin geçersizliği de hüküm

⁴¹² Yargıtay 7.HD., E. 2015/44357, K. 2016/6071, T. 10.03.2016, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁴¹³ Yargıtay 9.HD., E. 2007/13995, K. 2007/27723, T. 24.09.2007, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁴¹⁴ Yargıtay 9.HD., E. 2015/18088, K. 2015/26148, T. 17.09.2015, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

⁴¹⁵ Yargıtay 22.HD., E., 2018/12743, K. 2018/20819, K. 02.10.2018, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

altına alınmaktadır. Bir tespit davası olması ve konu ile ilgili bir hüküm bulunmaması dolayısıyla davanın açılması bakımından belirli bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Fakat söz konusu durum, sınırsız bir süre zarfında davanın açılacağı şeklinde de yorumlanmamalıdır. İrade sakatlığı bakımından zaten bu hakkın kullanımı ile ilgili bir süre bulunmaktadır. Başkaca sebeplerle geçersizliğin tespitinde ise, dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı nazara alınarak belirlenecektir. Eğer işçinin korumaya değer bir menfaati kalmamış ve somut hadisenin nitelikleri gereği ikale sözleşmesinin geçersiz sayılması için bir sebep yoksa işçinin tespit davası ile ikale sözleşmesinin geçersizliğinin tespitini talep etmesi imkân dâhilinde olmayacaktır.⁴¹⁶

İşçinin açtığı bu davada ispat yükü, işveren üzerindedir. Dolayısıyla işveren ikale sözleşmesinin geçerli şartlar altında yapıldığını kanıtlamak zorundadır. Ancak işçi açtığı davada ikalenin varlığını kabul ediyor fakat bu sözleşmenin kanuna ya da ahlaka aykırı olduğunu veya buna benzer nedenlerle geçersiz hale geldiğini iddia ediyorsa bu iddialarını, HMK. m. 190 gereği kendisi ispat etmek durumunda olacaktır.

Tarafların işçi ve işveren olması dolayısıyla 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 5'e göre görevli mahkeme, iş mahkemesi olup iş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleridir. Yetkili mahkemenin tespiti için ise, İş Mahkemeleri Kanunu m. 6 dikkate alınacaktır.

Çalışmamız içerisinde daha önce de belirttiğimiz üzere, Yargıtay makul yarar ölçütünü bir geçerlilik ölçütü olarak değerlendirmekte ve bunun kararlaştırılmamış olmasını geçersizlik sebebi saymaktadır. İkale sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabulü halinde de, mevcut iş ilişkisinin sona erme nedeni işverenin feshi hükümlerine tabi olacak ve İşK. m. 21 gereği, feshin geçerliliği denetlenerek koşulların varlığı halinde işe iade söz konusu olacaktır.⁴¹⁷ Yargıtay da birçok kararında bu yönde bir değerlendirme yapmış ve hüküm vermiştir.⁴¹⁸

Diğer yandan Yargıtay tarafından ikale sözleşmesi geçersiz olarak kabul edilmişse, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin fesih yoluyla sona erdiği kabul edilmektedir. Bu

⁴¹⁶ Astarlı, a.g.e., s.281-282.

⁴¹⁷ Kabakçı, *İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi İkaleye İlişkin İçtihatla Bir Yumuşama mı?*, s.185.

⁴¹⁸ Yargıtay 9. HD., E. 2015/31900, K. 2016/15609, T. 29.06.2016; Yargıtay 9. HD., E. 2015/32778, K. 2016/14357, T. 15.06.2016, (Çevrimiçi) www.sinerjimevzuat.com.tr/, 03 Ocak 2020.

noktada da Yargıtay, feshin geçerliliğine yönelik bir araştırma yapmakta ve işverenin söz konusu feshi geçerli kılacak bir sebebinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Ve nihayetinde işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, feshin sonuçlarına dair hükümler uygulanmaktadır. Büyük çoğunlukla öğretinin de konuya bakışı aynı doğrultudadır. Ancak yine öğretilerde yer alan bir görüş, ikale sözleşmesinin geçersiz sayılmasına neden olan sebeplerin göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır. Bu anlamda TBK. genel hükümlerine aykırılık dolayısıyla oluşacak geçersizlik halinde, yine TBK. hükümlerinde düzenleme altına alınan sonuçların uygulama alanı bulmasının gerektiği ifade edilmiş ve buna gerekçe olarak da, temel manada ikale sözleşmelerinin, TBK. hükümlerine tabi olduğu ve aynı zamanda bu sonuçların uygulanmasının “işçi lehine yorum” ilkesine de aykırı olmadığı gösterilmiştir. Ancak ikale sözleşmesi, taraf iradelerinin uyuşmaması dolayısıyla kurulamamış ve esasında işveren tarafın feshini gizlemesi konu olduğunda, iş sözleşmesinin feshine dair neticelerin gündeme geleceği ifade edilmiştir.⁴¹⁹

İkale sözleşmelerinin, TBK. hükümleri kapsamında yer alan geçersizlik nedenleri dolayısıyla sona ermesi söz konusu olduğunda, meydana getirilen ikale sözleşmeleri geçmişe etkili olacak biçimde ortadan kalkmaktadır. Bu durumda ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesi amaçlanan iş sözleşmesi mevcudiyetini koruyacaktır.⁴²⁰ Böylesi bir durumun varlığı halinde işçi, iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme yükümlülüğünü ifa etmek durumundadır. Aynı zamanda iş sözleşmesinin devam etmesi nedeniyle, işverenin de iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri devam etmektedir. İşçi tarafından sunulan iş görme ediminin, işveren tarafça haklı bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi de temerrüt olarak yorumlanabilir ve bu durum, işverenin feshi olarak da kabul edilebilir.⁴²¹

Konu ile ilgili olarak değinilmesi gereken son nokta ise, ikale sözleşmesinin geçersizliğinin tespitinin ardından feshin geçerliliği konusundaki değerlendirmede, feshin de geçersiz olması durumudur. Buradaki sorun, ikale sözleşmesi kapsamında ihbar ve kıdem tazminatı dışında yapılan ek ödemelerin, hak kazanılan dört aya kadar ücret ve işe başlatmama tazminatından mahsubunun yapıp yapılamayacağı ile ilgilidir.

⁴¹⁹ Astarlı, a.g.e., s.283.

⁴²⁰ A.e., s.294 vd.

⁴²¹ Astarlı, a.y.

Yargıtay tarafından verilen karar göstermektedir ki, ücret ya da başka bir alacak olduğu ispat edilemeyen ödemenin iş güvencesi tazminatına karşılık olarak verildiği kabul edilecek ve mahsubu yapılacaktır.⁴²² Zira aksi yönde yapılacak bir yorumda işçinin, TBK m. 77 hükmü gereği sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olacaktır.

⁴²² Alpagut, a.g.m., s.48.

SONUÇ

Toplumsal ilişkilerin en yoğun yaşandığı çağımızda kişiler, temel seviyedeki gündelik ihtiyaçlarından, daha stratejik ihtiyaçlarına kadar olan neredeyse tüm bu ihtiyaçlarını sözleşme meydana getirerek karşılamaktadır. Hem gerçek kişi hem de tüzel kişiler bakımından geçerli olan bu durum, market ihtiyaçları gibi basit ya da şirket birleşmeleri gibi daha kompleks olabilmektedir.

Kişi davranışlarının, hukuki olarak netice yaratabilmesi, hukuki işlemler ve günümüzde en sık başvurulan biçimi olarak sözleşmeler ile mümkün olmaktadır. Sözleşme kelimesi ile ifade edilen kavram, esasen hukuki alanda farklı terminolojik ifadeler ile anılmaktadır. Geçmiş döneme ait birtakım mevzuat metinlerinde, halk arasında yahut hukuk uygulamasında “mukavele, akit, protokol, anlaşma, tutanak” gibi kelimelerin sözleşme terimi yerine kullanıldığı gözlenmektedir.

TBK. m. 1. hükmünde, “*Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemlerdir.*” şeklinde ifade edilmiştir. TBK. m. 1-40 arasında yer alan hükümlerde sözleşme, bir borç kaynağı olarak düzenlenme altına alınmıştır. Fakat sözleşme kavramı, yalnızca borç sözleşmesinden ibaret olmayan esasında daha geniş bir kavram olarak görülmektedir. Zira sözleşme kavramına sadece Borçlar Hukukunda değil tümüyle Medeni Hukuk içerisinde ve hatta diğer hukuk alt disiplinleri muhtevasında da rastlanmaktadır. Diğer yandan, sözleşmenin yalnızca bir hukuki anlamda bir borç ilişkisini kurma amacıyla değil, aynı zamanda var olan bir ilişkiyi uyarlamak ya da ortadan kaldırmak amacıyla da yapılmaktadır.

Bir ilke olarak sözleşme özgürlüğü, “bir kimsenin kendi arzu ve iradesi ile dilediği konuda ve şartlarda sözleşme yapabilme ve kendi adına hak ve borçlar doğurabilme özgürlüğü” olarak ifade edilmektedir.

Hukuk sistematığımız içerisinde sözleşme özgürlüğü, temel hak ve özgürlük olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile hüküm altına alınmıştır. AY. m. 48’de “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı içerisinde düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hüküm gereği, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahiptir.

AY.'da güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü, yalnızca kamu yararı amacıyla sınırlanabilmektedir. Zira AYM. tarafından 2008 yılında verilen bir içtihadta sözleşme özgürlüğü, “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 hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Tıpkı AY.'da olduğu gibi Türk Borçlar Hukukumuzda da söz konusu özgürlük, paralel biçimde, yasalarca belirlenen sınırları aşmamak şartıyla, hukuki ilişkilerin kişilerce dilendiği şekliyle düzenlenebileceğini hüküm altına almıştır.

Sözleşmeler, iki yahut daha fazla kişinin bir hukuki netice meydana getirmek amacıyla karşılıklı irade beyanında bulunmaları ve söz konusu bu irade beyanlarının birbirine uygun olması ile kurulmaktadır. Hukuk sistematiğimiz içerisinde de TBK. m. 1 hükmü, “Sözleşme tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” ifadesiyle bu durumu ortaya koymuştur.

Geçerlilik şartları, tüm kurucu ve tamamlayıcı unsurları var olan bir sözleşmenin, hükümlerini doğrulabilmesi amacıyla gereken koşullardır. Bu şartların bir bölümü, tüm sözleşmeler bakımından aranmaktayken birtakım şartlar ise yalnızca bazı sözleşmeler bakımından gündeme gelmektedir.

Taraflar arasında meydana getirilen sözleşmelerde belirlenen yükümlülükler, sözleşme taraflarınca imza edildikten sonra sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği gerçekleşen hadiseler dolayısıyla etkilememektedir. Fakat söz konusu ilkenin tüm koşullarda uygulanması olası değildir. Taraflarca sözleşmelerim imza edilmesinin ardından içeriğinde bulunan şartlarda kayda değer değişiklikler ortaya çıkabilmektedir.

Sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması, “sözleşmelerin uyarlanması” olarak adlandırılmaktadır.

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisini düzenleyen sözleşme, Türk hukuk düzeni içerisinde farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin; 4857 sayılı İş Kanunu’nda “iş sözleşmesi”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “genel hizmet sözleşmesi”, 5953 sayılı Basın İş Kanunu’nda “iş akdi” ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nda ise “hizmet akdi” olarak ifade edilmektedir. İş Kanunu m. 8’de iş sözleşmesi; “İşçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise ücret ödemeyi taahhüt etmesinden doğan bir sözleşmedir ve aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir” şeklinde tanımlanmıştır.

Taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin, iş sözleşmesi olup olmadığı söz konusu ilişkide belirli unsurların varlığıyla ilgilidir. Yani bir akdi ilişkide iş görme ediminin fiilen ifa edilmesi üstleniliyor, buna karşılık bir ücret ödeniyor ve iş görme edimi bağımlı olarak görülüyorsa, burada iş sözleşmesi söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi de iş sözleşmesi unsurlarının; iş, ücret ve bağımlılık olduğu konusunda büyük ölçüde görüş birliği içerisinde. Öğretide yer alan bir görüşe göre, iş sözleşmesinin iş, ücret ve bağımlılık unsuruna ilave olarak zaman unsurunun da bulunduğu ifade edilmektedir.

İşçi ile işverenin, hâlihazırda geçerli olan bir iş sözleşmesini, sözleşme özgürlüğü kapsamı içerisinde karşılıklı olarak anlaşıp sona erdirmeleri ise, hukuk terminolojisinde bozma ya da ikale kelimeleri ile ifade edilmekte, yine taraflar arasında kurulan bu yeni sözleşmeye de “*İkale ya da bozma (contrarius actus) sözleşmesi*” denilmektedir. Yargıtay ise bir kararında, “*sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradeleri ile sona erdirilmesi yönündeki işlem*” olarak tanımlamıştır. İkale sözleşmesinin asli amacı, mevcut durumda var olan iş sözleşmesini, tarafların anlaşması suretiyle meydana getirecekleri bir başka sözleşme ile ortadan kaldırmaktır. Bu bozma sözleşmesi, iş hukukunda var olan tüm sözleşmeler bakımından uygulanabilmektedir.

İrade serbestisi, özel hukuk kişilerine kendi istekleri doğrultusunda kural koyma ve uygulanacak kuralları bizzat belirleme yetkisi vermektedir. İrade serbestisi olarak anılan bu kavram, Borçlar Hukuku’nda sözleşme özgürlüğü olarak kendini göstermekte ve hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanımlanmış varlıkların, özel borç ilişkilerini yine

hukuk düzeni tarafından belirlenmiş sınırlar çerçevesinde serbestçe düzenleyebilmesi anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğünün en temel anlamdaki dayanağı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 48. maddesidir. Aynı şekilde daha özele indiğimizde söz konusu husus, TBK. m. 26'da da ifade bulmuştur.

İkale sözleşmelerinin, benzer hukuki işlemlerden ayrılması önem arz eden bir konudur. İkale, tarafların anlaşması ile sona ermez. Fesih ise, sürekli bir borç ilişkisi doğuran mevcut iş sözleşmesinin geleceğe etkili bir biçimde tek taraflı olarak sona erdirilmesi anlamına gelmektedir. Feragat ise, davacının açmış olduğu davadaki talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. İkale sözleşmesinde, dava hakkında vazgeçmeye yönelik herhangi bir konu bulunmaz. Zira ikale sözleşmesinin kurulmasının ardından işçi, hakkı olduğu şeylerin verilmesi istemiyle mahkemeye başvurabilmektedir. Bir diğer benzer nitelikteki hukuki işlem ise, sulh sözleşmeleridir. Sulh sözleşmesi, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden doğan bir uyuşmazlığın, yine taraflar arasında yapılacak bir sözleşme vasıtasıyla karşılıklı fedakârlıklarda bulunarak sona erdirilmesidir. İkaledede, işçi ile işveren arasında bir uyuşmazlık bulunmamasına rağmen iş sözleşmesinin sona erdirilmesi amaçlanırken sulh sözleşmesinde, bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması söz konusudur. İbra sözleşmesinde, alacaklının borçlu ile anlaşarak alacağın bir kısmının veya tamamının ortadan kaldırılması söz konusudur. İbra sözleşmesi ile tarafların ortadan kaldırdıkları, sözleşme ya da bir borç ilişkisi değildir. Taraflar, bahse konu olan sözleşmeden doğan borçlardan bir kısmını veya tamamını ortadan kaldırmaktadır. Oysaki ikalede mevcut iş ilişkisi, tüm hak ve borçları ile bir bütünlük içinde ortadan kalkmaktadır. Tasfiye sözleşmesi ise, iş sözleşmesinin feshedilmesi sonrasında sonuçlarına yönelik yapılan sözleşmeyi ifade etmektedir. İkaledede mevcut bir iş sözleşmesinin sona ermesini amaçlansa da, ikale sözleşmesinin kurulmasından önce bir fesih bulunmamaktadır. Yenileme; mevcut bir borcun, tarafların sonradan anlaşması ile yeni bir borç yaratılarak sona erdirilmesidir. İkaledede sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu iken bu kurumda bir yenileme, düzenleme iradesi bulunmaktadır.

Türk Hukukunda ikale sözleşmelerinin geçerliliği, birtakım kriterlerin varlığı ile ilgilidir. Bu kriterler, hem öğreti hem de yargı kararları ile geliştirilmiştir. Kanunun emredici hükümlerine ve ahlak kurallarına uygunluk, dar yorum ilkesi, işçinin eğitim

düzeıı ve işletmedeki konumu, işverenin eşit davranma yükümlülüğü, sağlıklı bir iradenin varlığı ve makul yararın sağlanması gibi kriterlere göre yapılacak değerlendirmenin sonucunda geçerli bir ikale sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir.

Geçerli bir biçimde kurulan ikale sözleşmesinin ilk ve en önemli sonucu da, mevcut olan iş ilişkisini sona erdirmesidir. İkale sözleşmesinin sona ermesi ile çalışma belgesinin verilmesi gibi bazı yan yükümlülükler de doğabilmektedir. İkale sözleşmesinin kurulmasıyla her ne kadar işçi ve işverenin karşılıklı borçları ortadan kalkmakta ise de geçmişte doğan borçların ifası gerekmektedir. Zira İşK. m.32/f.6 hükmü gereğı, ücret ve benzer menfaatlerin tam olarak işçiye ödenmesi için iş ilişkisinin herhangi bir şekilde sona ermesi yeterlidir.

İkale sözleşmesinde makul yarar olarak belirlenen tazminatın, sözleşmeye dayanan kendine özgü götürü bir tazminat olduğu söylenebilir. Bu tazminatın, hukuki dayanağı ikale sözleşmesi olup tazminatın miktarı tarafların anlaşması koşuluyla serbestçe belirlenebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tarafların karara bağladıkları ödemenin tazminat olarak değil ücret olarak nitelendirilmesidir.

İşçi, iş güvencesinden yararlanıyor olsa bile iş sözleşmesinin geçerli bir ikale ile sona erdirildiğı için işe iade davası açamayacaktır. Çünkü işe iade davası, iş güvencesi kapsamında bulunan işçi tarafından, işverenin feshinin geçerli olmadığını iddia ettiği ve işe başlatılmasını talep ettiği bir davadır. İşsizlik sigortasından faydalanılması için ise, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında, işçinin isteğı dışında işsiz kalması gerekmektedir. İkale sözleşmesi İşsizlik Sigortası Kanunu ilgili maddesinde sayılan hallerden biri olarak yer almamakta ve dolayısıyla işçi de işsizlik ödeneğinden faydalanamamaktadır.

İkale sözleşmesi ile taraflar, iş ilişkisinin ne zaman sona ereceğini özgürce kararlaştırabilmektedir. Ancak sözleşmede bu tarih belirlenmemişse, söz konusu boşluk genel hükümlere göre tamamlanacaktır.

İkale sözleşmelerinde özellikle, yapılacak ödemelerde makul yarar ölçütüne yönelik belirli bir sınırın olmaması, taraflar arasında imzalanan ikale sözleşmelerinin aslında

işveren tarafından yapılan fesih niteliğinde olduğu iddiasıyla işçiler tarafında birçok işe iade davası açılmasına neden olmaktadır. Ayrıca irade sakatlığı halleri de göz önünde bulundurulmakta, işçinin esas iradesi araştırılmakta, işveren tarafından iş güvencesi hükümlerinin dolanılıp dolanılmadığı irdelenmektedir. İşçi tarafından bir ikale sözleşmesinin geçersiz olduğu iddia ediliyorsa işe iade davası değil öncelikle tespit davası açılmalıdır. Zira işe iade davasının konusunu, feshin geçersizliği ve işe başlatmama tazminatının tespiti oluşturmaktadır. İşçinin açtığı bu davada ispat yükü, işveren üzerindedir. Dolayısıyla işveren ikale sözleşmesinin geçerli şartlar altında yapıldığını kanıtlamak zorundadır. Tarafların işçi ve işveren olması dolayısıyla 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 5'e göre görevli mahkeme, iş mahkemesi olup iş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleridir. Yetkili mahkemenin tespiti için ise, İş Mahkemeleri Kanunu m. 6 dikkate alınacaktır.

İkale sözleşmesinin geçersizliğinin tespitinin ardından feshin geçerliliği konusundaki değerlendirmede, feshin de geçersiz olması durumu da irdelenmelidir. Buradaki sorun, ikale sözleşmesi kapsamında ihbar ve kıdem tazminatı dışında yapılan ek ödemelerin, hak kazanılan dört aya kadar ücret ve işe başlatmama tazminatından mahsubunun yapılıp yapılamayacağı ile ilgilidir. Yargıtay tarafından verilen karar göstermektedir ki, ücret ya da başka bir alacak olduğu ispat edilemeyen ödemenin iş güvencesi tazminatına karşılık olarak verildiği kabul edilecek ve mahsubu yapılacaktır. Zira aksi yönde yapılacak bir yorumda işçinin, TBK m. 77 hükmü gereği sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

Akdeniz, U., (2013), “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 4.

Akipek, J.G., Akıntürk, T., Karaman, D.A., (2014), *Türk Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku*, I.Cilt, Yenilenmiş 11.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Akkurt, S.S., Erdoğan, K., Tokat, H., (2019), *Borçlar Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Aktay, A.N., Arıcı, K., Senyen-Kaplan, E.T., (2013), *İş Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi.

Akyiğit, E. (2018), *İş Hukuku*, 12.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Alp, M., (2008), “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, C. 5, S. 17.

Alpagut, G., (2007) “İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi”, **İstanbul Barosu 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı**.

Altunkaya, M., (2005), *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Antalya, O.G., (2019), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Antalya, O.G., Topuz, M., (2019), *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, Cilt: I, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Astarlı, M., (2015), “İkale İçeriğinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.34.

Astarlı, M., (2016), *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmeleri)*. 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

Aydın, U., (2004), “İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi”, *Çimento İşveren*, C. 18, S.3.

Aykanat, M., (2011), “Mecelle’de İş Akdi”, Selçuk Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Bakırcı, K., (2019), ““Alternatif” Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla “Alternatif” İş Hukukuna Doğru”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.31, S. 140.

Bal Bektaş, Ö., (2016), *İşsizlik Sigortası*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bix, B.H., (2012), *Contract Law: Rules, Theory and Context*, New York: Cambridge University Press.

Bozkurt, M. (2017), “İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Bronstein, A., (2009), *International and Comperative Labour Law: Current Challenges*, **The International Labour Organization**, Palgrave Macmillan.

Bryan, M. (2004), "Rescission, Restitution and Contractual Ordering: The Role of Plaintiff Election", **The Law of Obligations: Connections and Boundaries**, Ed. by. Andrew Robertson, UCL Press, London.

Cansel, E., Özel, Ç., (2014), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Cengiz, İ., (2017), "Türk İş Hukukunda Dinlenme Hakkı", **ICPESS-2017**.

Centel, T., (2011), "Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması", **TİSK Akademi**.

Collins, H., (2010), *Employment Law*, Second Edition, **Clarendon Law Series**, Ed. by. Paul Craig, London: Oxford University Press.

Çelik, N., Canikoğlu, N., Canbolat, T., (2016), *İş Hukuku Dersleri*, 29. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım.

Çiçek, M., (2018), *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Çil, Ş., (2013), "İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 8, S. 29.

Demir, C. A., (2018), *Açıklamalı ve İçtihatlı İş Güvencesi ve İşe İade Davaları İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Demircioğlu, M., Centel, T., (2016), *İş Hukuku*, 19. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım.

Dursun, Ş., (2019), *İş Hukuku Davalarına İlişkin Bilirkişi Raporları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Ekmekçi, Ö., Özekes, M., Atalı, M., Seven, V., (2019), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Ekonomi, M., (2006), “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesinden Feragat ve Sulh”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, S. 1.

Erbaş, C. G., (2013), *Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Erdenk, E., (2008), *İş Hukukunda İsimli Sözleşmeler*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Eren, F., (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Ertabak, Ü., (2012), *İş Güvencesinin Kapsamı, Geçerli/Geçersiz Fesih Sebepleri, Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Ertekin, Ö., (2017), *İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Erzurumluoğlu, E. (2018), *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Esener, T., (1978), *İş Hukuku*, Ankara: Sevinç Matbaası.

Gerek, H.N., (2011), “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 31.

Gold, M. E., (2014), *An Introduction to Labor Law, Third Edition*, Ithaca and London: Cornell University Press.

Göç, E.E., (2010), “İslam Borçlar Hukukunda ‘İkale’”, Marmara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Gümrükçüoğlu, Y.B., (2012), *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Gümüş, A., (2014), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Günay, C.İ., (2009), “İkale Sözleşmesi”, Çimento İşveren, S. 5.

Güriz, A., (2014), *Hukuk Başlangıcı*, 16. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.

Güzel, A., (1997), “Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, Türk Tarih Kurumu Basımevi.

Işıқтаç, Y., (2014), *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, 2.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Kabakçı, M., (2011), “İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi İkaleye İlişkin İçtihadta Bir Yumuşama mı?”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3-4.

Kabakçı, M., (2012), “Sözleşme Özgürlüğü ve İkale”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 25.

Kar, B., (2012), “İş Hukukunda Yorum”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 7, S. 28.

Kayar, İ., (2019), *6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Kılıçoğlu, A. M., (2018), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 18. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

Kılıçoğlu, M., (2009), *İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar*, Ankara: Turhan Kitabevi.

Kocayusufpaşaoğlu, N., (2014), *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6.Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Korkmaz, F., Alp, N. S., (2019), *Bireysel İş Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kotler, F. B., (2012), “Alternative Dispute Resolution (ADR) for Workers Compensation in Collective Bargaining Agreements: An Overview”, **DigitalCommons@ILR**, (Electronic Version), Ithaca, NY, School of Industrial and Labour Relations, Cornell University.

Kurt, R., (2018), “İş Yargısında Arabuluculuk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.30, S.135.

Küçükyalçın, A., (2004), “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S.4.

Lockton, D. J., (1999), *Employment Law*, Third Edition, Macmillan Law Masters, London: Palgrave Macmillan.

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., Baysal, U., (2014), *İş Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

Monaghan, C., Monaghan, N., (2013), *Beginning Contract Law*, London and New York: Routledge.

Narmanlıoğlu, Ü., (2014), *İş Hukuku*, Ferdi İş İlişkileri, Cilt 1, 5. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım.

Narter, S., (2018), *İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Nazalı, E., Emen, Ö., Kahraman, B., (2017), “İkale Sözleşmeleri ve İkale Sözleşmesi Uyarınca İşçiye Ödenen Tazminatların Vergisel Yönden Değerlendirilmesi”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 289, s. 103-108.

Odaman, S., Karaçöp, E., (2018), “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.39.

Oğuzman, M. K., Öz, T., (2106), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Özdemir, E., (2013), ““Sulh Sözleşmesi” Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 30.

Özdemir, E., (2017), ““Sulh Sözleşmesi” İkale Uygulamasının Olumsuzluklarına Çözüm Olabilir mi?”, **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özel, Ç., (2005), “İş Hukuku Uygulamasında İbra Sözleşmeleri ve Yargıtay’ın İbra Sözleşmelerine Bakışı”, **Çimento İşveren**, C. 19, S. 4.

Özyörük, H. A., (2017), *İkale Sözleşmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Pekcanitez, H., Sungurtekin Özkan, M., Öz, M., (2016), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Reisoğlu, S., (2013), *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.

Senyen-Kaplan, E. T., (2017), *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2017, s.231.

Sümer H.H., (2014), *İş Hukuku*, 18. Baskı, Mimoza Yayınları.

Süzek, S., (2016), *İş Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Şahin, T., Çelik, Y., Ruhi, A. C., (2018), *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Şakar, M., (2009), “İş Hukukunun Yeni Meselesi, Bozma (İkale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 204.

Şenyüz, D., (2013), *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 7.Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım.

Tandoğan, H., (2008), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tahiroğlu, B., (2000), *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınevi.

Tulukçu, N. B., (2017), *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi – İş İade*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Türksever, Ö., (2011), “Roma Hukukunda ve Günümüz Hukukunda İş Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Uçarol, F. B., (2017), *İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Vettori, S., (2007), *The Employment Contract and the Changed World of Work*, Hampshire: Ashgate Publishing Limited.

West, R.L., (2015), “The Right To Contract As A Civil Right”, **St.Thomas Law Review**, Vol.26.

Yenisey-Doğan, K., (2014), *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul: Beta Yayınları.

Yürekli, S., (2016), *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Zapata, T.T., (2016), *Borçlar Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi.

Zevkliler, A., Gökyayla, K.E., (2016), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 16. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://www.anayasa.gov.tr/>

<https://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/>

<https://www.calismatoplum.org/>

<https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/>

<https://www.gib.gov.tr/>

<https://www.mess.org.tr/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

<https://www.sozluk.gov.tr/>

<https://www.tbbergisi.barborlik.org.tr/>

<https://www.tdk.gov.tr/>