

YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞ AKDİNİN GEÇERSİZLİĞİ

*(Nullity of the Labour Contract in the Framework of the
New Obligations Code)*

Sarper SÜZEK*

ÖZET

Yeni Türk Borçlar Kanunu iş akdinin geçersizliğine ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 394/3. maddesi uyarınca; geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca ya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna göre, iş akdinin geçersizliğini bilen işçi, geçersiz iş akdine dayanarak herhangi bir hak talep edemez. Ne var ki, bu hüküm kaynak İsviçre Borçlar Kanunu ile uyumlu değildir. Ayrıca, içtihat ve öğreti, işçi bu durumun farkında olsa dahi, iş akdinin geçersizliğinin geçmişe etkili olmadığını kanıslındadır.

Anahtar kelimeler: İş akdinin geçersizliği, Türk Borçlar Kanunu, geçmişe etki

Abstract

The new Turkish Code of Obligations includes a specific provision regarding the nullity of the labour contract. By virtue of article 394/3 of the Turkish Code of Obligations, a null and void labour contract produces all the legal effects and consequences of a valid labor contract until the the labour contract comes to an end. Accordingly, an employee who is already aware of the fact that the labour contract is invalide can not claim any rights arising out of the invalide labour contract. Nonetheless, this provision is not in concordance with the Swiss Code of Obligations. Moreover, the Turkish jurisprudence and the doctrine is of the opinion that the nullity has no retrospective effect even if the employee is aware thereof.

Keywords: Nullity of the labour contract, Turkish Code of Obligations, Retrospective Effect

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

I. TARAFLARIN EHLİYETİ

İş akdinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için her şeyden önce tarafların bu sözleşmeyi yapabilmeye ehil olmaları gerekir. Tarafların ehliyeti konusunda Medeni Kanunun ehliyete ilişkin hükümleri uygulanır (MK. 9-16, 343, 359, 448, 451)¹. *Fiil ehliyetine* sahip kimseler, kendi fiilleriyle hak edinebilir, borç altına girebilir (MK 9). Ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip, ergin (reşit) ve kısıtlı (mahcur) olmayan kişilerin fiil ehliyeti vardır (MK 10); bu kişiler iş akdi yapabilirler.

İş ilişkilerinde *ayırt etme gücü olmayanlar* adına kanuni temsilcinin iş akdi yapıp yapamayacağı konusunda temsil edilenin kim olduğu önem taşır. Eğer işçi ayırt etme gücüne sahip değilse, kanuni temsilci onun adına geçerli bir iş akdi kuramaz. Çünkü iş ilişkisinde işçinin kişiliği önemlidir ve işin işçi tarafından bizzat ifası gerekir. Buna karşılık, işveren tarafın ayırt etme gücünden yoksunluğu durumunda, örneğin küçüğün (soyut işveren) miras yoluyla işletmenin maliki olması veya işverenin daha sonra akıl hastalığına tutulması gibi hallerde, kanuni temsilci geçerli şekilde iş akdi yapabilir.

Ayırt etme gücüne sahip olmakla beraber ergin olmayan (18 yaşını doldurmuş) ve kısıtlı (hacir altına alınmış) kişileri temsilen yasal temsilcileri (veli veya vasi) iş akdi kurabilir (MK 343, 448) veya yasal temsilcilerin rızasıyla kendileri de bu sözleşmeleri yapabilirler. Yasal temsilci bu rızayı sonradan da verebilir (MK 16/1, 343, 451/1). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ayırt etme gücü olmakla birlikte ergin olmayan küçüğe, çalışmasının karşılığı olarak aylık ücretleri ile izin ücretinin ödenmeyeceğine hükmeden iş mahkemesi kararını, velisinin izniyle çalışmaya başlaması nedeniyle MK 359 uyarınca bozmuştur².

Evlî kadın (veya) koca meslek veya iş seçiminde eşinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, eşlerden her birinin meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur (MK 192).

İşverenin *tüzel kişi* olması halinde iş akdi tüzel kişinin yetkili organı (somut işveren) tarafından yapılır (MK 50). İşveren tüzel veya gerçek kişi olsun, iş akdi yapma yetkisi kendisine verilmiş olan işveren vekili işvereni temsilen sözleşme yapabilir. İşveren vekilinin yetkisi kendisine verilen görev ve yetki alanı ile sınırlı olduğundan, işçi ile iş akdi kurulabilmesi için bu yönde bir yetkiye sahip bulunması gerekir. Bununla beraber, işveren vekili tarafından gerçekleştirilen yetkisiz temsile işverence sonradan icazet verilmesine bir engel yoktur (TBK 46/1)³.

¹ Bkz. S. Süzek, *İş Hukuku*, B.8., İstanbul 2012, 311-312. E. *Akyiğit*, *İş Kanunu Şerhi*, C.I, 438 vd. H. *Mollamahmutoglu-M. Astarlı*, *İş Hukuku*, B.4, 421 vd.

² Y9HD, 12.2.2002, 17321/2667, Mollamahmutoglu-Astarlı, 423, dn. 520.

³ S. Süzek, *İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık*, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, 1, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2012, 63. Ayrıca geniş bilgi için bkz. N. *Kocayusufoğlu*, *Borçlar Hukukuna Giriş*, *Hukuki İşlem, Sözleşme*, C.I., B.5, İstanbul 2010, 629-630, 719 vd.

II. İŞ AKDİNİN ŞEKLİ

1. Şekil Serbestisi ve Sınırları

İş Kanununa göre iş akdi kural olarak herhangi bir *şekle bağlı olmaksızın*, sözlü, yazılı ve hatta örtülü biçimde kurulabilir. Adı geçen yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasına (TBK 394/1) göre “İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir”. Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bir kimse durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığı yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş işveren tarafından kabul edilirse, aralarında iş akdi (hizmet sözleşmesi) kurulmuş sayılır.

Buna karşılık İş Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrası gereğince “Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu belgeler damga resmi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır”. Görüldüğü gibi, her ne kadar İş Kanununa göre iş akitleri kural olarak şekle bağlı değilse de, adı geçen yasa gereğince ancak sınırlı hallerde kurulabilen (İK 11) ve *bir yıl ve daha fazla süreli olan belirli süreli* sözleşmelerin yazılı yapılması gerekir. Belirtelim ki, tarafların yasa uyarınca belirli süreli yapılması zorunlu olmayan bir sözleşmeyi yani belirsiz süreli veya bir yıldan daha kısa süreli bir iş akdini yazılı olarak yapmalarına bir engel yoktur.

Yasada, yazılı iş akdi yapılmayan hallerde işverenin işçiye genel ve özel çalışma koşullarını gösteren bir belge verme yükümlülüğü getirilmiştir. İş Kanununun 8. maddesinin son fıkrasına göre “Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur”⁴.

İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasında ise iş akdinin şekli konusunda yukarıda belirtilen İK 8/2 hükmü ile açıkça çelişen bir hüküm öngörülmüştür. Bilim kurulu taslağında yer almamasına karşın TBMM’de yapılan değişikliklerle, İK 11/1’de süresine bakılmaksızın *tüm belirli süreli iş akitlerinin* yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Başka bir deyişle, İK 11/1 uyarınca örneğin altı aylık bir belirli süreli sözleşmenin de yazılı olarak kurulması zorunlu tutulacaktır ki, böyle bir sonuç İK 8/2 hükmü ile çelişmektedir.

⁴ Avrupa Birliğinin 91/533 sayılı çalışma koşulları hakkında işçiyi bilgilendirme yönergesi ve İK 8/ son uyarınca işverenin yazılı belge verme yükümlülüğü konusunda geniş bilgi için bkz. A. Güzel-D. Ugan-E. Ertan, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, 63 vd., E. İren, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008, 79 vd.

Eğer, İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasında öngörüldüğü şekilde, tüm belirli süreli iş akitlerinin süresine bakılmaksızın yazılı yapılması gerektiği kabul edilirse, bu sözleşmenin şeklini düzenleyen 8. maddede yer alan, süresi bir yıl daha ve daha fazla olan sözleşmelerin yazılı yapılması zorunluluğu getiren ve süresi bir ay geçmeyen belirli süreli iş akitlerinde yazılı belge verme zorunluluğunun uygulanmayacağını öngören düzenlemeler anlamsız hale gelecektir. Yasa koyucunun anlamı olmayan böyle düzenlemeler getirmesinin kabulü mümkün olmayacağına göre İK 11/1'deki hükmü, "Tanım ve şekil" başlığını taşıması nedeniyle şekle ilişkin özel düzenlemeyi öngören 8. madde çerçevesinde yorumlamak suretiyle, sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan iş akitlerinin yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılmalıdır⁵.

Ayrıca belirtelim ki, yasa aynı konudaki bir sorunu farklı bir biçimde çözümlen iki açık çelişik hükmü kapsıyorsa, mevcut bir hüküm yasadaki başka bir hükümle açıkça çatışıyorsa bir *çatışma boşluğu* ortaya çıkar ve yargıcın bu boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurması gerekir⁶. Yargı organının bu boşluğu doldururken iş akdinin şeklini düzenleyen İK 8/2'yi esas alması uygun olacaktır. Bununla beraber, kanımıza göre bu çelişik durumu gidermek için yapılacak yasa değişikliğiyle sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan iş akitlerinin yazılı şekilde yapılacağı öngörülmelidir.

İş Kanununda ve diğer yasalarda iş akitlerinin yazılı şekilde yapılmasını öngören düzenlemeler yer almıştır. İş Kanununun 16. maddesinin 2. fıkrasına göre süresi ne olursa olsun takım sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekir. Aynı şekilde, çağrı üzerine çalışmayı konu alan sözleşmeler de yazılı olarak kurulacaktır (İK 14/1). Bunun gibi, Deniz İş Kanunu (m.5) ve Basın İş Kanununda (m.4) iş akitlerinin yazılı yapılması öngörülmüştür. İş akdinin yazılı yapılmasını zorunlu tutan bir diğer yasa da 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunudur (m.9/1).

2. Yazılı Şekle Aykırılığın Hukuki Sonucu

İş yasalarının iş akdinin yazılı yapılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu şekil koşuluna uyulmamasının hukuki sonucu tartışmalıdır. Yargıtay⁷ ve iş hukuku öğre-

⁵ N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, B.23, İstanbul 2010, 88. Süzek, Akdin Kurulması, 64. *Akyiğit*, I, 474. D. Ulucan, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2003, 46-47. A.N. Aktay-K. Arıcı- E.T.S. Kaplan, İş Hukuku, B.3, Ankara 2009, 53. E. Güven-U. Aydın, Bireysel İş Hukuku, B.2, Eskişehir 2007, 73.

⁶ H. Descheneaux, Le titre préliminaire de code civil, T.II.1, Fribourg 1969, 95. M.K. Oğuzman-N. Barlas, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B.11, İstanbul 2004, 72. S. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B.2, Ankara 1983, 125. S. Süzek, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi, 1998, İstanbul 2000, 78. M. Ekonomi, 4847 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu, x (11/1), İHSGHD, 15, 2007, 895-896.

⁷ Y9HD, 28.5.1985, 2971/5867, Tühis, Ocak 1986, 15-16. YHGK, 19.3.1986, 9-555/251, YKD, Ocak 1988, 11-12. Y9HD, 7.5.2009, 41218/12877, M. Kılıçoğlu, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009 134-135.

tisinin bir bölümü⁸ tarafından kabul edilen görüşe göre bu sözleşmelerde yazılı şekil bir *ispat koşuludur*. Bu görüşü savunanlar, şekil koşulunun işçiyi korumak amacıyla getirildiğini, geçersizlik yaptırımının kabul edilmesi halinde iş akdinin baştan itibaren taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğini, bunun işçiyi bazı haklarından yoksun bırakmak sonucunu doğuracağını ve iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına aykırı düşeceğini ileri sürmektedir.

İş hukuku öğretisinde bizim de katıldığımızı diğer görüş ise iş akdinde yazılı şekle aykırılığın *geçersizlik* sonucunu yaratacağı yönündedir⁹. Gerçekten Türk Borçlar Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan genel hüküm gereğince yasanın öngördüğü şekil koşulu kural olarak bir geçerlilik koşuludur¹⁰.

Şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik yaptırımının baştan itibaren hüküm ifade etmesi nedeniyle iş hukukunun koruyucu amacına aykırı düşeceği görüşü güçlü sayılmaz. Çünkü, iş akdinde geçersizlik yaptırımı geçmişe etkili olmayıp ancak ileriye dönük hüküm ve sonuç yaratır (TBK 394/2). İşçinin geçmişe ilişkin haklarının düşmesine neden olmaz.

Öğretide bu konuda ileri sürülen farklı görüşe göre, yazılı şekle aykırı davranışın yaptırımı *belirli süreli iş akdinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi* olmalıdır. Başka bir anlatımla, belirli süreli iş akdinin kurulmasında objektif koşulların yokluğu halinde İK 11'de öngörülen belirsiz süreliye dönüşme sonucunun, yazılı şekil şartına uyulmama haline de uygulanması gerekir¹¹. Avrupa Birliği ülkelerinin birçoğunda da benimsenmiş olan bu çözüm tarzı işçiyi şekil şartlarına karşı korumanın en uygun yoludur¹². Ne var ki Türk Borçlar Kanununun 12/2. maddesi hükmünün açıklığı karşısında hukukumuz açısından bu görüşe katılmak güçtür. Bu nedenle,

⁸ S. Selçuki, İlmî-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, B.3, İstanbul 1973 185. T. Uygur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 1980, 20-21. Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, B.4., İstanbul 2010, 66. E. Akyiğit, İş Hukuku, B. 8, Ankara 2010, 98. G. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, Ocak 2004, 86-87.

⁹ F.H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 474. T. Esener, İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, 150. K. Tunçomağ, İş Hukuku, C. I., Ferdi İş Hukuku, B.3., İstanbul 1987, 92. Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir 1998, 154-155. Süzek, Akdin Kurulması, 65. H. Hatemi-R. Serozan- A. Arpacı, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, 310. S. Başterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 180. Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul.

¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kocayusuflupaşaoğlu, 307 vd. Aynı yönde bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararı için bkz. 30.9.1988, 2/2, Kocayusuflupaşaoğlu, 311.

¹¹ Ekonomi, Şekle Uygunluk, 904. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa, 87. A. Güzel-E. Özkaraca-D. Ugan, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 547.

¹² AB ülkelerinde bu yöndeki düzenlemeler için bkz. Ekonomi, Şekle Uygunluk, 905. G. Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, 142, 144, 146-148. Güzel-Özkaraca-Ugan, 548-549.

yapılacak kanun bakımından yazılı şekle aykırı iş akitlerinin belirsiz süreliye dönüş-tüğünü kabul etmek uygun olacaktır.

3. Şekil Noksanını İleri Sürme Hakkının Kötüye Kullanılması

Şekle ilişkin kuraldan, hükmün amacı dışında, objektif iyi niyet kurallarına aykırı olarak yararlanılmak istendiği hallerde, şekil noksanına dayanarak iş akdinin hükümsüzlüğünü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durumda iş akdi baştan itibaren geçerliymiş gibi hukuki sonuçlar doğar¹³.

Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında bu konuda şu ifadelere yer vermiş-tir: “Gerçekten de hukukun her alanda uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kö-tüye kullanılması yasağı kuralının şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil ettiği, buyurucu niteliği hâkim tarafından re’sen gözetilmesi gerektiği bugün İsviçre-Türk öğretisi ve uygulamasında tartışmasız olarak kabul edilmektedir”¹⁴. Bununla beraber yine yüksek mahkemeye göre geçersizliği bu şekilde etkisiz bırak-makta titiz davranılmalı, “her somut olayda...hal ve şartlara bakılmalı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin adalet duygularını rahatsız edici çok açık unsurların varlığı esas alınmalı, tarafların sözleşme yapılırken ve daha sonraki davranış ve tu-tumları da dâhil olmak üzere tüm özellikleri göz ardı edilmemelidir”¹⁵.

Yüksek mahkemenin bu içtihadı *amaca uygun sınırlama* (teleolojik redüksiyon) yöntemiyle¹⁶ açıklanabilir. Bu yönteme göre aşırı ölçüde geniş tutulmuş bir kuralın (şekil noksanı nedeniyle iş akdinin geçersizliği) somut bir olaya uygulanma-sı açık adaletsiz sonuçlar doğuruyor, yasanın korumayı amaçladığı kişinin aleyhine sonuçlar yaratıyorsa, yargı organı geniş tutulmuş bu kuralı bir istisnai kuralla (hak-kın kötüye kullanılması) sınırlayabilir.

MK 2/2'nin uygulanması yani hakkın kötüye kullanılmasına dayanarak söz-leşmenin geçerlilik kazanması sadece *mağdur* (haksızlığa uğramış) *taraf* (örneğin şeklin gerekli olmadığı hususunda işçiyi aldatarak şekil noksanına yol açan işverenin geçersizliği ileri sürmesine karşı işçi) yararına söz konusu olabilecektir. Bu durumda mağdur taraf olan işçi dilerse iş akdinin geçersizliğine dayanarak ifadan kaçınabile-cek dilerse şekil noksanını ileri sürme hakkının kötüye kullanıldığını ileri sürerek sözleşmesinin geçerli olduğunu ve ifasını isteyebilecektir¹⁷.

¹³ H. Tandoğan, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève 1952, 22. M.K. Oğuzman-M.T. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.8., İstanbul 2010, 128 vd. A.M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 10, Ankara 2008, 98 vd. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 312 vd. özellikle 324 vd.

¹⁴ YİBK, 30.9.1988, 2/2, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 324 dn. 9.

¹⁵ Y13HD, 2.12.1991, 7217/10901, YKD, Şubat 1992, 239.

¹⁶ *Kocayusuşpaşaoğlu*, 324. R. Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, 118-120, 131. H. Hatemi, Medeni Hukuka Giriş, B.3, İstanbul 2004, 103 vd. Ç. Kırcı, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHF, 2001, S.1, 98 vd., 102 vd.

¹⁷ *Kocayusuşpaşaoğlu*, 325.

III. İŞ AKDİNİ KURMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü İlkesi

Anayasanın 48. maddesinde “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” denilmek suretiyle sözleşme serbestisi anayasal güvence altına alınmıştır. Bu anayasal esas ve borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü ilkesi (TBK 26) iş hukukunda da geçerlidir. İşçiler ve işverenler kural olarak iş akdi yapma yapmama, bu sözleşmeyi diledikleri kişi ile kurma ve ihtiyaçlarını uygun türde düzenleyebilme (İK 9/1) hakkına sahiptirler. Ancak, iş hukukunda iş akdini kurma özgürlüğü bu hukuk dalının sosyal amacına uygun olarak, işçileri koruma kaygısıyla önemli sınırlara tabi tutulmuştur.

2. İş Akdi Yapma Yasakları

Anayasanın 50. maddesinin 1. fıkrasına göre “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”. Anayasanın bu hükmüne uygun olarak iş mevzuatında işçinin yaş küçüklüğü, cinsiyeti ve sağlık durumuna göre iş akdinin yapılmasına bazı sınırlamalar getirilmiştir.

a) Yaş Küçüklüğü

İş Kanununun 71. maddesine göre on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilir. Bunun gibi, ağır tehlikeli işlerde onaltı yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler ve çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçilerle iş akdi kurulamaz (İK 85/1). Onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde gösterilmiştir (İK 85/2). Ayrıca, yeraltında ve su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerle iş akdi yapılması yasaktır (İK 72).

b) Cinsiyet

Kadınların çalıştırılmayacağı ağır ve tehlikeli işler de Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde belirtilmiştir (İK 85/2). Aynı şekilde, yeraltında ve su altında yapılan işlerde kadın işçilerle iş akdi kurulamaz (İK 72).

c) Sağlık Durumu

İş Kanununun 87. maddesi uyarınca ondört yaşından onsekiz yaşına kadar (onsekiz dahil) çocuk ve genç işçilerin işe alınmadan önce ve altı ayda bir sağlık

muayenesinden geçirilmesi zorunludur. Bu işçilerin beden yapıları dayanıklı değilse iş akitlerinin yapılması mümkün değildir. Öte yandan, ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak tüm işçiler de işe girişlerinde ve işin devamı süresince en az yılda bir bu işlere elverişli oldukları yönünde verilmiş muayene raporu olmadıkça bu işlerde çalıştırılmazlar (İK 86).

d) Yabancılık

27.2.2003 tarihli ve 4857 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun¹⁸ 4. maddesine göre “Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye’de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekir”. Türkiye’de çalışan yabancıların her türlü çalışma izinlerinin verilmesi, sınırlandırılması, iptali, çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar ile bildirim yükümlülüklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin usul ve esaslar bu yasa yanında 6.9.2003 tarihinde yürürlüğe giren Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

Her ne kadar 4817 sayılı yasa ile Türkiye’de yabancıların çalışma özgürlüğü bir ölçüde genişletilmişse de, diğer yasalarda yer alan *yabancıların çalışmayacağı iş ve mesleklere* dair hükümler saklı tutulmuştur. Örneğin avukatlık, eczacılık, veterinerlik, noterlik, kaptanlık, çıraklık, gazete ve dergilerin sorumlu yazı işleri müdürlüğü, borsa komisyonculuğu gibi mesleklere yabancıların çalışmasına özel yasalarında getirilmiş yasaklar bulunmaktadır¹⁹.

qTürkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe *sürelili çalışma izni*, iş piyasasındaki durum, çalışma yaşamındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak yabancıların ikamet izninin süresi ile iş akdinin süresine göre, belirli bir işyeri ya da işletmede ve belirli bir meslekte çalışmak üzere en çok bir yıl geçerli olmak üzere verilir. Bir yıllık çalışma süresinden sonra, aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak üzere çalışma izninin süresi üç yıla kadar uzatılabilir. Üç yıllık çalışma süresinin sonunda ise, aynı meslekte ve dilediği işverenin yanında çalışmak üzere, çalışma izninin süresinin altı yıla kadar uzatılması mümkündür (YÇİHK 5).

Buna karşılık, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, Türkiye’de en az sekiz yıl yasal olarak ve kesintisiz ikamet eden ya da toplam altı yıllık yasal çalışması olan yabancılarla, iş piyasasındaki durum ve ça-

¹⁸ Bu yasa hakkında geniş bilgi için bkz. M. Alp, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, AÜHFD, 2004, S.2, s. 33 vd.. H. Ergin, Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi, İHSGHD, 16, 2007, 1359 vd. G.B. Yıldız, Foreign workers in Turkey, their rights and obligations regulated in Turkish labour law, European Journal of Migration Law, 9, 2007, 207 vd. O.E.Civan-A.Gökalp, Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmenlerin İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği, ÇT, 28, 211/1, 240 vd.

¹⁹ Bu konuda bkz. Alp, 36-38, 56.

İşma yaşamındaki gelişmeler dikkate alınmaksızın ve belirli işletme, meslek, mülki ve coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın *süresiz çalışma izni* verilir (YÇİHK 6). Hükümden anlaşılacağı üzere süresiz çalışma izni, bir yabancının iş piyasasında Türk çalışanlar ile hukuken aynı statüyü kazanması anlamına gelmektedir. Ancak özel yasalarda yabancılara yasaklanan meslekler süresi çalışma izni ile de yapılamayacaktır. Öte yandan, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 2. maddesine göre, belirli koşulları taşıyan yabancılar çalışma izninden *muaf tutulmuşlardır*²⁰.

Yabancılara çalışabilecekleri meslek, sanat veya işlerle ilgili çalışma izinleri, ilgili mercilerin mesleki yeterlilik dahil görüşleri alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilir (YHÇİK 13-16). Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının çalışma izni verilmesi veya uzatılması taleplerinin reddedilmesinin ya da çalışma izninin iptal edilmesi veya geçerliliğinin kaybedilmesine ilişkin kararlarına karşı ilgililer tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde bakanlığa *itiraz* edebilirler. Bakanlıkça itirazın reddedilmesi halinde idari yargı yoluna başvurulabilir (YÇİHK 17)²¹.

Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine her bir yabancı için beş bin Türk lirası idari para cezası verilir. Çalışma izni olmaksızın bağımlı çalışan yabancıya beşyüz Türk lirası idari para cezası verilir. Bu fiillerin tekrarı halinde idari para cezaları bir kat arttırılarak uygulanır (YÇİHK 21).

IV. İŞ AKDİNİN GEÇERSİZLİĞİ (KESİN HÜKÜMSÜZLÜK)

1. Genel Olarak Geçersizlik

İş akdinin kurucu unsurlarını oluşturan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde sözleşme hukuken varlık kazanamaz, *yokluk* söz konusudur.

Türk Borçlar Kanununun 26. maddesinde sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Bu hükme göre “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”. Yokluktan farklı olarak kurucu unsurların mevcut olması nedeniyle işlemin meydana gelmesi ancak Türk Borçlar Kanununda belirtilen sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırılığı nedeniyle iş akdinin hüküm ve sonuç doğurmaması halinde geçersizlik (kesin hüküm-butlan) söz konusudur. Diğer sözleşmeler gibi iş akdi yapma özgürlüğünün sınırları Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasında öngörülmüştür. Adı geçen fıkra uyarınca “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

Bu hükme göre iş akdinin geçersizliği üç nedene dayanır. Bunlardan birincisi hukuka aykırılıktır ve emredici hukuk kurallarına, yasanın yasaklayıcı hükümler-

²⁰ Bu durumlar hakkında geniş bilgi için bkz. *Alp*, 42-52. *Süzek*, Akdin Kurulması, 70-71.

²¹ Bu konuda bkz. *Süzek*, Akdin Kurulması, 70-71. *Alp*, 40, 56-57.

rine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık halleri bu kategori içinde yer alır. İkincisi, ahlaka aykırılıktır ve üçüncüsü ise iş akdinin kurulduğu anda mevcut olan sözleşmenin konusundaki imkânsızlıktır. Ayrıca belirtelim ki, ayırt etme gücünden (temyiz kudretinden) yoksun olanların yaptığı veya şekil noksanlığı bulunan işlemler de geçersizdir.

2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki kurallara aykırılıktır. Hukuka aykırılık kategorisi içinde yer alan *emredici hükümler*, taraf iradeleriyle aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan, mutlaka uygulanması gereken normlardır²². İş mevzuatında mutlak emredici hükümlerin yanında işçi aleyhine aksi kararlaştırılmayan nispi emredici hükümler de yer alır²³.

Geniş anlamda emredici hükümler kavramı içinde yer aldığı kabul edilen *yasaklayıcı hükümleri* kişinin irade özerkliği daha baştan yasaklayıcı bir yasa hükmü ile sınırlandıran kurallardır²⁴. Yasa koyucu hukuka aykırı bir işleme (sözleşmeye) geçersizlik yanında bir idari yaptırım (para cezası) veya ceza yaptırımını öngörmüş olabilir. Bu yasaklayıcı hükümlere kural olarak hem geçersizlik yaptırımını hem de idari veya cezai yaptırımlar birlikte uygulanır²⁵. Eğer bir *düzen hükmü* (inzibati hüküm) söz konusu ise, kanuni yasaklara aykırılık halinde yapılan hukuki işlem veya iş akdi geçerliliğini koruyabilir, hükmü ihlal edenler sadece idari veya cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalırlar.

Yasaklayıcı kurallara tek başına idari ve cezai yaptırımların mı uygulanacağı yoksa buna ek olarak aynı zamanda iş akdinin geçersiz mi sayılacağı hükmün anlam ve amacına göre belirlenecektir. Yasaklayıcı kuralın izlediği amacın gerçekleşmesi ancak buna ters düşen işlemin (iş akdinin) geçersiz sayılması ile sağlanabiliyorsa işlem aynı zamanda geçersiz sayılacak; aksi takdirde sadece kamusal yaptırımlar gündeme gelecektir²⁶.

Bu açıdan yasaklayıcı hükmün *iş akdinin içeriğine* ilişkin olup olmadığı önem taşır. Bu hüküm sözleşmenin içeriğine ilişkin ise kural olarak geçersizlik yaptırımını da devreye girecektir. Buna karşılık iş akdinin içeriği ile ilgili olmayan yasaklayıcı

²² Emredici hükümler konusunda geniş bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 534 vd. K. *Doğan Yenisey*, İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I., İstanbul 2011, 40 vd., 46 vd.

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Süzek*, İş Hukuku, B.8, 30 vd. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 40 vd., 52 vd.

²⁴ *Kocayusuşpaşaoğlu*, 536-537.

²⁵ *Kocayusuşpaşaoğlu*, 538. Yasaklayıcı yaptırımların en büyük kaynağının kamusal nitelikte olmasına karşın bunların özel hukuk kökenli yasaklayıcı hükümler de olabileceği konusunda bkz. aynı yer, dn. 43.

²⁶ *Kocayusuşpaşaoğlu*, 539 ve dn.42'de yollama yapılan İsviçre öğretisi. Aynı yönde çok sayıda Federal Mahkeme kararına örnek olarak bkz. BGE, 102, II, 404; 123, II, 299, aynı yer, dn. 42.

hükümlerde sözleşmenin konusunda hukuka aykırılık olmadığından, yasaklayıcı hükmün anlam ve amacı değerlendirilmek suretiyle iş aklının geçersiz olup olmadığı kararlaştırılacaktır.

Örneğin, Çalışma Bakanlığında çalışma izni alınmaksızın yabancı çalıştırılması halinde kural olarak iş aklının içeriğinde hukuka aykırı bir yön yoktur; yasaklayıcı hüküm taraflardan birinin sözleşmenin tarafını olmasını engellemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, bu durumda idari yaptırımlar saklı kalmak koşuluyla iş aklının geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, yüksek mahkemeye göre daha ağır basan bir *kamu yararının* bulunduğu hallerde sözleşmenin hükümsüz sayılması gerekir²⁷. Buna karşılık, Alman hukukunda her ne kadar çalışma izni gerekliliği başlangıçta iş akdi yapılmasına bir engel oluşturmazsa da, eğer çalışma izni verilmezse iş akdi baştan itibaren geçersiz sayılır²⁸.

Soruna hukukumuz açısından yaklaşıldığında, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında izin almaksızın kurulan (m.4) iş akitleri kanımıza göre geçersizdir. Yukarıda da görüldüğü gibi, iş aklının içeriği ile ilgili olmayan, sadece idari para cezası getirilmiş olan yasaklayıcı bir hükmün iş aklını geçersiz kılıp kılmayacağı hükmün amacına ve bu konuda bir kamu yararının bulunup bulunmadığına bakılarak belirlenecektir. Normun izlediği amacın gerçekleşmesi ancak buna ters düşen iş aklının geçersiz olması ile sağlanabiliyorsa, sözleşmenin hükümsüzlüğüne hükmetmek gerekir. Anılan yasaya göre, çalışma izni ülke menfaatleri (m.4/2), iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri (m.5/1) dikkate alınarak verilebileceğine veya uzatılabileceğine göre, yasaklayıcı hükmün amacı, olayda belirtilen nedenlerle kamu yararının bulunması, ülkemizin işsizlik ve istihdam gerekleri göz önünde tutulduğunda, çalışma izni alınmaksızın kurulan iş akitlerinin -uygulanacak idari yaptırımların yanında- geçersiz sayılmasını da gerektirir²⁹.

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesi uyarınca iş aklının geçersizliğine yol açan *kamu düzeni*³⁰ öğretide sınırları tam olarak çizilemeyen tartışmalı bir kavramdır. Kamu düzeninin kesin olarak tanımlanamamasının nedeni, onun içinde bulunan ülkeye, hukuk düzenine, zamana göre değişiklik³¹ ve sürekli gelişme gösteren

²⁷ BGE, 114, II. 279, BGE, 117, II, 287, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 540-541 vd dn. 47.

²⁸ H. Ergin, Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi, Karar İncelemesi, YKİ, 4, 2007, 232 vd. ve orada yollama yapılan Alman öğretisi.

²⁹ Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 26.9.2006, 20061, 20061/24888 ve Ergin'in incelemesi, Yabancı İşçi, 215-244.

³⁰ Kamu düzeni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 34 vd., 52 vd., 62 vd.

³¹ Kamu düzeni kavramının ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiğine ilişkin bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, 12.2.1990, 3-527/627, YKD, Mart 1991, 327.

bir yapıya sahip olmasıdır. Bununla beraber kamu düzeninin, toplumun temel yapısı ve temel çıkarları ile hukuk düzeninin özünde yer alan değer ve düzen ilkelelerinin tümünün korunmasını amaçladığı söylenebilir³². Kamu düzenini korumak için öngörülmüş kurallar kamu hukukuna veya özel hukuka ilişkin olabileceği gibi herhangi bir yasa hükmü söz konusu olmaksızın dahi kamu düzeni ihlal edilmiş olabilir³³.

Bu görüşün uzantısında işaret edelim ki, “emredici hüküm” ile “kamu düzenine ilişkin hüküm” kavramları eş anlamlı değildir. TBK 27/1’de emredici hükümler yanında kamu düzenine aykırılığın ayrıca belirtilmesi, bunun başlı başına ayrı ve bağımsız bir geçerlilik nedeni olduğunu kanıtlar. Emredici hükümlerin tamamının kamu düzeni normu niteliğini taşıdığını söyleyebilmek mümkün değildir; kamu düzeniyle ilgili olmaksızın örneğin kişilik haklarını korumak için öngörülmüş emredici hükümler de vardır³⁴.

Kişilik haklarını korumayı amaçlayan kurallar da emredici niteliktedir ve bu kurallara aykırı iş akitleri geçersizdir (MK 23/2, TBK 27/1). Kişilik haklarına aykırılık halinde çoğu kez ahlaka aykırılık da söz konusu olur³⁵. Medeni Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz”. MK 23/2 işçinin de kendi rızası ile yaptığı iş akdiyle işverenin saldırısına karşı kişilik haklarını korumayı amaçlamaktadır. İş mevzuatının değişik hükümlerinde düzenlenmiş bulunan işçinin kişilik haklarını burada eksiksiz saymak mümkün değildir. Bununla beraber, işçinin kişiliğinin korunması, yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin (onurunun), kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşam alanının, ahlaki değerlerinin ve genel olarak özgürlüğünün korunmasını içerir³⁶.

3. Ahlaka Aykırılık

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre ahlaka aykırı iş akitleri geçersizdir. Burada söz konusu olan topluma mal olmuş genel ahlak kural-

³² Bu tanım ve kamu düzenine ilişkin diğer tanımlar için bkz. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 37-38. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 544 vd. *Oğuzman-Öz*, 73. Bu konuda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları için bkz. AYM, 28.1.1964, 128/8, RG, 17.4.1964, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 545 ve dn. 60 YHGK, 12.2.1990, 3-527/627, Mart 1991, 326-327, YHGK, 6.5.1998, 12-187, YKD, Eylül 1998, 1273, *Kocayusuşpaşaoğlu*, 545 ve dn. 61.

³³ *Kocayusuşpaşaoğlu*, 543, 547 vd. *Oğuzman-Öz*, 73, *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 36-37. Y.M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, B.2., Ankara 2001, 184. Buna karşılık yazılı hukuk kuralları dışında kamu düzeni kuralları olamayacağını savunan görüş için bkz. H. *Hatemi*, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, 39 vd. F. Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.12, İstanbul 2010, 288.

³⁴ *Kocayusuşpaşaoğlu*, 547. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 36-37, 40.

³⁵ *Oğuzman-Öz*, 73-74.

³⁶ Bkz. *Süzek*, İş Hukuku, B.4, 346-347 ve orada yollama yapılan yazarlar.

larıdır³⁷. İş akdinde ahlaka aykırılık üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlar, doğrudan doğruya böyle bir sözleşmenin yapılmasının veya sözleşmede vaat edilen edimin ya da sözleşme ile izlenen amacın ahlaka aykırı olmasıdır³⁸.

İşçinin kişisel ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan, onu işverenin keyfi davranışlarına tabi kılan sözleşmeler hükümsüzdür³⁹. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ifade edildiği gibi “bireylerin kişiliklerini, ekonomik varlıklarının temellerini, ahlaki anlayışlarla bağdaşmayacak bir biçimde fiziki, ahlaki, ekonomik bakımdan tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmeler geçersiz sayılırlar”⁴⁰. Belirtelim ki, ahlaka aykırılık sayılan hallerin büyük bir bölümü esasen değişik işçiyi koruyucu emredici hükümlerle iş mevzuatında düzenlenmiş ve yaptırımı bağlanmıştır. Bu gibi durumlarda söz konusu iş akitleri emredici kurallara aykırılık nedeniyle hükümsüzdürler.

4. İmkânsızlık

İş aklının konusunun sözleşmenin yapıldığı sırada imkânsız bulunması da sözleşmeyi geçersiz kılar. Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre “konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”. Bu imkânsızlık fiili olabileceği gibi hukuki de olabilir⁴¹. Ancak, iş aklının imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması için imkânsızlığın başlangıçta, *sözleşmenin yapıldığı anda* ve *herkes* için (objektif imkânsızlık) söz konusu olması gerekir. Borçlar hukuku açısından imkânsızlık sonradan borçlunun kusuru nedeniyle ortaya çıkmışsa (TBK 112) taraflar arasındaki borç ilişkisi devam eder, ancak alacak hakkının içeriği değişir, o zamana kadar aynen ifa edilmesi gereken alacak tazminat alacağına dönüşür. Borçlunun kusurlu olmadığı sonraki imkânsızlık borçlar hukuku çerçevesinde borç ilişkisini sona erdirir (TBK 136). Ancak, iş hukukunda imkânsızlık kusur olmadan ortaya çıkmış ve geçici ise iş akdi askıya alınır.

5. Geçersizliğin Geçmişe Yürümesi

a) Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Düzenleme

İş akdi, yapıldığı sırada tarafların ehliyeti yoksa veya yasanın aradığı şekil koşuluna uygun olarak kurulmamışsa ya da yasanın emredici hükümlerine, kamu düze-

³⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Hatemi*, Ahlaka Aykırılık, 83 vd. *Oğuzman-Öz*, 74 vd. S.S. *Tekinay-S. Akman-H. Burcuoğlu-A. Altop*, 534 vd. Alman ve İsviçre hukukunda genel ahlak kuralları yanında anayasa ve kanun hükümlerinin temelinde yatan etik değerlerin de ahlaka aykırılık kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, 553 vd.

³⁸ *Kocayusufpaşaoğlu*, 554.

³⁹ *Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop*, 538-539. *Oğuzman-Öz*, 76. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. JdT, 1977, I, 127, JdT, 1980, I, 77, JdT, 1968, I, 576, JdT, 1973, I, 89, *Oğuzman-Öz*, aynı yer, dn. 122-124.

⁴⁰ YHGK, 11.2.1976, 4-1088/209, İKİD, Ağustos 1976, 4748-4749.

⁴¹ *Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop*, 543 vd. *Oğuzman-Öz*, 76 vd. *Akyiğit*, I, 456.

nine, kişilik haklarına, ahlaka aykırı ise yahut konusu imkânsızsa geçersizdir. Borçlar hukuku alanında geçersizlik (butlan-kesin hükümsüzlük) kural olarak *geçmişe etkili* (ex tunc) hüküm ve sonuç yaratır. Başka bir anlatımla, geçersiz sözleşme başlangıçtan itibaren hiç yapılmamış sayılır ve zaman içinde geçerli hale gelmez. Ancak, taraflar arasında uygulanan bir iş akdinin baştan itibaren geçersiz sayılması hem iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına hem de bu sözleşmenin sürekli borç ilişkileri kuran özelliğine uygun düşmediğinden gerek iş hukuku öğretisi gerek yüksek mahkeme kararlarında, 818 sayılı Borçlar Kanununda bu yönde bir kural bulunmamasına karşın iş akdinin geçersizliğinin geriye yürümeyeceği sonucuna varılıyordu⁴².

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 3. fıkrasında bu konuda bir düzenleme yer almıştır. Adı geçen fıkra göre: “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.”⁴³ Görüldüğü gibi bu hüküm uyarınca, iş akdinin geçersizliğinin baştan itibaren hüküm ve sonuç yaratmaması sadece *geleceğe dönük* (ex nunc) etki göstermesi için *geçersizliğin sonradan anlaşılması* gerekir. İş akdinin geçersiz olduğu bilinerek kurulan sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacaktır⁴⁴. Başka bir deyişle, işçi geçersizliği bilerek iş akdini yapmışsa, bu maddeden yani geçersizliğin geçmişe etkilememesi hükmünden yararlanamayacaktır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320/3. maddesinde ise, TBK’daki geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulu yerine “işçinin iyi niyetle iş görme borcunu ifa etmesi” ifadesi yer almaktadır⁴⁵.

TBK 394/3’ün sözünde hareket edildiğinde maddenin uygulama alanı çok daralacaktır. Örneğin, çalışılan işte istihdamın yasak olması halinde kadın ve genç işçiler bu durumu *önceden biliyorlarsa* maddenin uygulanması mümkün olmayacak, sözleşme baştan itibaren hiç yapılmamış sayılacak, işçi bu döneme ilişkin iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarından yoksun kalacaktır⁴⁶. İş akdinin geçersiz olduğunun başlangıçta bilinip bilinmediğinin belirlenmesi çözümlü güç ispat sorunlarını ortaya çıkaracaktır.

Oysa, eski 818 sayılı Borçlar Kanununda iş akdinin geçersizliğinin geçmişe

⁴² Bu konuda bkz. *Süzek*, Akdin Kurulması, 86 vd.

⁴³ Geçersizliğin re’sen nazara alınması ve ileri sürülmesi konusunda bkz. E. *Akyiğit*, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği. İstanbul 1990 vd. B. Güneş- F.B. *Mutlay*, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümleri, ÇT, 30, 2011/3, 238.

⁴⁴ TBK 394/3’e ilişkin gerekçenin bu konuda kendi içinde taşıdığı çelişkiler ve madde metni ile çelişkisi konusunda bkz. M.P. *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 151-152. K. *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, 303.

⁴⁵ Bkz. R. *Wylter*, Droit du travail, éd. 2, Berne 2008, 92. O. *Subilia-J.C. Duc*, Droit du travail, Lausanne 2010, 107. Ph. *Caruzzo*, Le contrat individuel de travail, Genève 2009, 28. C. *Brunner-J.M. Bühler-J.B. Waeber-C. Bruchez*, Commentaire du contrat de travail, éd.3., Lausanne 2010, 52.

⁴⁶ *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 303. *Soyer*, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152. Bu konuda diğer örnekler için bkz. *Subilia- Duc*, 107. *Brunner-Bühler-Waeber-Bruchez*, 52-53.

etkisi konusunda herhangi bir hüküm yer almamasına karşın, iş akdinin geçersizliğinin geçmişe etkili olacak biçimde hüküm ve sonuç doğurması işçinin geçersizlik anına kadar çalışması karşılığında kıdemine bağlı olarak iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan tüm haklarını talep edilemez hale getireceğinden sözleşmenin ancak geleceğe dönük etki göstereceği ve geçersizlik anına kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracağı görüşü, TBK 394/3'de yer alan koşul aranmaksızın öğretide oybirliği ile kabul ediliyordu⁴⁷.

Aynı şekilde, isabetli gerekçelerle Yargıtay içtihadı birleştirme ve özel daire kararlarıyla da iş akdinin geçersizliğinin ancak geleceğe dönük sonuç yaratacağı hükme bağlanmıştı. İçtihadı birleştirme kararına göre "İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belli bir işte çalışması, yaşı ve kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan kimsenin... işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve salahiyetlerden... istifade etmesinin İş Kanunu ve İşçi Sigortaları Kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun olacağına ve iş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine... aykırı düşeceğine (göre) batıl olan iş akdinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması... kanunun ruhuna uygun ve doğrudur"⁴⁸.

Bunun gibi, iş akdinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması halinde tarafların o güne kadar yerine getirdikleri edimlerin *nedensiz zenginleşme* kurallarına göre iadesi (TBK 77 vd.) diğer deyişle sürekli borç ilişkilerinin geriye dönük olarak kaldırılması doyurucu bir biçimde gerçekleştirilemez. Hatta çözülmesi olanaksız bir "tasfiye sistemi" yaratır. Çünkü herşeyden önce işçinin gördüğü işin, iş görme ediminin iadesi çok güçtür. Bu durumda işçinin emeğinin değerinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Buna ise tam bir karşılık sağlamak güçtür. Ayrıca, işçi ile işveren arasında doğmuş olan kişisel ilişkilerin özellikle işçiyi gözetme ve sadakat borçlarının nedensiz zenginleşme kurallarına göre geri verilmesi olanaksızdır. Bu nedenle, sürekli borç ilişkileri doğuran iş akdinin geçersizliği bu sözleşmelerin niteliği gereği geleceğe dönük hüküm ve sonuç yaratır⁴⁹.

⁴⁷ Çelik, 128-129. *Ekonomi*, I, 160-161. *Narmanlıoğlu*, 190-191. *Eyrenci-Taşkent-Ulucan*, 95-96. *Akyiğit*, Hükümsüzlük, 38. K. *Tunçomağ-T. Centel*, 87. H. *Mollamahmutoğlu*, İş Hukuku, B.3, Ankara 2008, 343 vd. M. *Kılıçoğlu-K. Şenocak*, İş Kanunu Şerhi, C.I., 223. *Güven-Aydın*, 82-83.

⁴⁸ YİBK, 18.6.1956, 20/9, RG, 30.9.1958, S. 10020. Aynı yönde, Y9HD, 28.6.2006, 39175/19031, İHSGHD, 13, 354-355.

⁴⁹ F. *Vischer*, Le contrat de travail (Tr. M. Sudan), *Traité de droit privé suisse*, Vol. VII, T.I, 2, Fribourg 1982, 64. Ö. *Seliçi*, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 49 vd., 207 vd. R. *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, 172 vd., S. *Süzek*, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 35-36. V. *Buz*, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 322-323. G. *Baycık*, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, 93. *Güneş-Mutlay*, 237.

İş akdinin kaçınılmaz olarak kabul edilmesi gereken bu özellikleri nedeniyle İsviçre öğretisinin bir bölümü tarafından kaynak İsviçre Borçlar Kanunu 320/3 hükmünde yer alan işçinin *iyi niyeti* (bonne foi) Medeni Kanununun 3. maddesi anlamında geçersizliği bilip bilmemeye ilişkin bir sübjektif iyi niyet olarak değil, işçi tarafından iş görme borcunun iyi niyetle ifa edilmesi biçiminde yorumlanmaktadır. Bu görüşün sonucu olarak işçi geçersizlik nedenini bilse bile, geçersizlik ileri sürülünceye kadar işini iyi niyetle yerine getirmişse, geçersizlik geriye etkili olmayacaktır⁵⁰.

b) Uyarılama Zorunluluğu

Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 3. fıkrasında geçersizliğin “hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını” doğurması için, İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak işçinin iş görme borcunu iyi niyetle ifası değil, açıkça geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşuluna yer verilmiştir. Bu hükmün açıklığı karşısında Türk Borçlar Kanununa tabi hizmet sözleşmelerinde anılan koşulun varlığı aransa bile kanımıza göre İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde bu hükmün aynen benimsenmesi mümkün değildir. Kanımıza göre, bu ilişkilerde iş akdinin geçersizliğinin geçmişe etkili olup olmayacağıının belirlenmesi konusunda bir uyarılama yapılması zorunludur.

İş Kanununda iş akdinin geçersizliğinin geriye yürüyüp yürümeyeceği konusunda bir hüküm yer almadığından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan önceki dönemde daha önce görüldüğü gibi geçersizliğin baştan itibaren sonuç yaratması iş hukukunun niteliğine, işçiyi koruma amacına uygun bulunmadığından Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla bir uyarılama yapılmış ve geçersizliğin ancak ileriye dönük sonuç yaratacağı karara bağlanmıştır.

İş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hükümlerin ancak iş hukukunun *özel niteliğine aykırı düşmediği* hallerde uygulanabilmesi⁵¹ nedeniyle bu konuda bir uyarılama zorunluluğu⁵² ortaya çıkar. TBK'nın iş yasalarına göre genel hüküm

⁵⁰ M. *Rehbinder*, Droit Suisse du travail (Tr. B. Schneider), Berne, 1979, 40. *Brunner- Böhler- Waeber- Bruchez*, 52. *Caruzzo*, 28, bununla beraber bu yazar için arıca bkz. s. 29. Türk hukuku açısından aynı yönde, 496-497. Buna karşılık İsviçre öğretisinde iyi niyeti geçersizlik nedenini bilmeme olarak yorumlayan görüşler için bkz. *Wyler*, 92.

⁵¹ P. *Durand-R. Jaussaud*, Traité de droit du travail, T.I, Paris, 1947, 259. F. *Gaudu-R. Vatinet*, Les contrats du travail, Traité des contrats, Paris 2001, 6. *Esener*, 4. *Saymen*, 76. M. *Çenberci*, İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara 1986, 22. *Çelik*, 15. *Süzek*, Askı, 18. *Narmanlıoğlu*, 25-26. *Mollamahmuttoğlu*, 47. C.İ. *Günay*, İş Kanunu Şerhi, C.I., Ankara 2009, 58.

⁵² İş hukukunda uyarılama zorunluluğu konusunda bkz. S. *Süzek*, İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması, Münir Ekonomi, 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 129 vd. Aynı yazar, İş Hukuku, B.8, 37 vd. Ayrıca bu yönde geniş bilgi için bkz. G. *Lyon-Caen*, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, Rev. Trim. dr. civ., 1974, 230-232. G. *Couturier*, Les techniques civilistes et le droit du travail, Dalloz, 1975, Chr. XXIV, 150 vd. J. *Pélessier*, Droit civil et contrat individuel de travail, Dr. soc., Mai 1988, 392-394. A. *Suptot*, Pourquoi un droit du

niteliği taşıyan 394/3. maddesinin, geçersizliğin ileriye dönük hüküm ve sonuç yaratmasını, bu durumun işçi tarafından bilinmemesi koşuluna bağlayan hükmü iş hukukunun niteliğine ve koruma amacına uygun bulunmadığından bir uyarlama gereği ortaya çıkmıştır.

Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinin 3. fıkrasındaki bu düzenleme, gerek iş hukuku öğretisinde oy birliği ile kabul edilen gerek içtihadı birleştirme kararıyla benimsenen iş hukukunun gereklerine uygun çözümün gerisinde kalmıştır. İş ilişkilerinde TBK 394/3 hükmü aynen uygulandığı takdirde, 6098 sayılı yasadan önceki dönemde yargı kararlarıyla ve öğretilerde benimsenmiş olan işçinin bu hakkı geriye götürülmüş olacağı gibi, ancak sınırlı sayıda işçi bu haktan yararlanabilecek, çözümü güç ispat sorunları ortaya çıkacaktır. Yukarıda belirtilen içtihadı birleştirme kararında da ifadesini bulan, işçinin geçmiş emeğinin ve kıdeminin korunması ilkesi, *işçiyi korumak için getirilmiş kuralların* (geçersizlik nedenlerinin) uygulanmasının işçi *aleyhine sonuç doğurmaması gereği*⁵³, bunun yanında yine öğretilerde kabul edildiği gibi sürekli borç ilişkilerinde nedensiz zenginleşmede edimlerin iadesinin çözümlenmesi olanaksız bir tasfiye sistemi yaratması, iş ilişkisinde -istisnai durumlar dışında- geçersizliğin geriye yürütülmemesini zorunlu kılmaktadır.

Gerçekten, işçi geçersizlik nedenini bilmesine rağmen iş bulma güçlükleri veya başka zorunluluklar nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda kalmış olabilir. Bu durumda, işçinin emeği karşılığında hak ettiği iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan geçmiş haklarından yoksun bırakılmasını hakkaniyetle⁵⁴ ve iş hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Böyle bir durumda yapılacak tercinin işçinin geçmiş haklarının korunması yönünde olması bu hukuk dalının amaçlarına daha uygundur.

Yukarıda belirtilen nedenlerle yargı organı tarafından bir uyarlama yapılmalı, İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulu aranmaksızın, geçersiz iş akdi ortadan kaldırılincaya kadar, *geçerli bir sözleşmenin* bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği kabul edilmelidir⁵⁵.

Belirtelim ki, işçi ile işveren arasında kurulacak iş ilişkisine sonuç bağlanması hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği hallerde, geçersizlik

travail, Dr. soc., Juin 1990, 488. J.M. Béraud, La suspension du contrat de travail, Paris 1980, 17, 19. P. Humbler-M. Rigaux, Aperçu du droit du travail belge, Bruxelles 2004, 8. Gaudu-Vatinet, 8. Narmanlıoğlu, 188-189. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım, YD, Ocak-Nisan 1987, 114 vd., Temmuz 1987, 279 vd., K. Doğan Yenisey, La modification du contrat de travail, Genève 2005, 19 vd. M. Alp, İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İstanbul 2009, 324. İ. Aydınlı, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 286-287. Baycık, 42-43.

⁵³ Brunner- Bühler- Waeber- Bruchez, 52. Rehbinder, 40. Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152. Güneş- Mutlay, 237.

⁵⁴ Vischer, 65. Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152. Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 303.

⁵⁵ Yapılacak kanun bakımından, TBK'nın 394. maddesinin son fıkrası konusunda isabetli bir öneri için bkz. Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, 152-153.

her durumda geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı düşen, kamu düzenini, ahlaki ağır bir biçimde ihlal eden iş akitlerinde geçersizlik geçmişe yürür; bu tür sözleşmeler baştan itibaren geçersiz sayılır. Örneğin, konusu fuhuş, kalpazanlık, kaçakçılık olan iş akitleri başlangıçtan itibaren kesin hükümsüzdür⁵⁶.

6. İş Akdinin Kısmi Geçersizliği

Her ne kadar, iş ilişkilerinde geçersizlik kural olarak geçmişe yürümüyor ve işçinin geçmişteki hakları korunuyorsa da, geçersizliğin geleceğe dönük olması nedeniyle iş akdi sona ermiş olacak ve işçi işini kaybedecektir.

İş akdinin geleceğe dönük olarak ayakta tutulmasında Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrası geniş bir uygulama alanı bulabilir. Adı geçen hükme göre “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşme yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”. Bu hükümleri, sözleşmeleri mümkün olduğu ölçüde ayakta tutacak çözümlere üstünlük tanımak gerektiği yolundaki “favor contractus” ilkesine uygun davranılmakta ve sözleşmenin sadece bir bölümündeki geçersizliğin sözleşme üzerindeki etkisi en düşük düzeyde tutulmaktadır⁵⁷.

Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kısmi geçersizliğin uygulanabilmesi için kural olarak sözleşmenin geri kalan kısmını geçerli tutmanın tarafların *farazi iradesine* uygun olmalıdır. Eğer sakat olan kısım bulunmadıkça tarafların sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna varılırsa, kısmi geçersizlik söz konusu olmaz. Ancak, geçersizliği öngören yasa hükmünün koruyucu amacı veya dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, taraflardan birinin o hükmün geçersiz sayılacağını bilseydi sözleşmeyi yapmayacağı şeklindeki iddiası kabul edilmez ve farazi iradelere bakılmaksızın kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile yetinilir. Bu husus özellikle sözleşmenin geçersiz hüküm olmaksızın varlığını sürdürmesinin ekonomik açıdan *güçsüz tarafın menfaati* doğrultusunda olduğu hallerde söz konusu olur. İş ilişkisinde işçinin korunması için getirilmiş koruyucu kurallar onun işini kaybetmesi sonucunu doğurmamalıdır. Bu nedenle, TBK 27/2'den yararlanmak suretiyle kısmi geçersizlik yoluyla, iş akdinin tümünün değil, sadece hukuka aykırı hükmün geçersizliğini kararlaştırmak ve iş ilişkisinin devamını sağlamak hem iş hukukunun işçinin korunması amacına hem de bu hukuk dalının temel ilkelerinden birini oluşturan iş güvencesi ilkesine uygun düşer⁵⁸.

⁵⁶ *Rehbinder*, 41. *Subilia-Duc*, 100. *Wylar*, 101. *Ekonomi*, 161-162. *Narmanlıoğlu*, 191-192. *Akyiğit*, Hükümsüzlük, 39. *Mollamahmutoglu*, 432-433. *Çenberci*, 66.

⁵⁷ *Kocayusufoğlu*, 598. Kısmi geçersizliğin koşulları konusunda geniş bilgi için bkz. *Eren*, 304 vd. *Oğuzman-Öz*, 143 vd.. *Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop*, 507 vd. *V. Başpınar*, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 54 vd.

⁵⁸ H. *Tandoğan*, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Genève 1952, 86 vd.

İş akdinin kısmi geçersizliği sonucunda geçersiz hükmün oluşturduğu boşluğun doldurulmasında⁵⁹ uygulanabilecek bir yasa veya toplu iş sözleşmesi hükmü yoksa boşluk işverenin *işçiyi gözetme (koruma)* borcu ile doldurulur (değiştirilmiş kısmi geçersizlik)⁶⁰. Örneğin, işveren gözetme borcu nedeniyle, ağır ve tehlikeli bir işte veya sağlığına aykırı olduğu için gece işinde, çalıştırılmaması gereken işçiye daha hafif bir iş veya gündüz işi vermek durumundadır⁶¹.

Tunçomağ, 167-168. *Oğuzman-Öz*, 142. *Eren*, 306. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 59 ve dn.6'da anılan yazarlar. S. *Süzek*, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 185. *Serozan*, Sözleşmeden Dönme, 445-446. *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 69. *Başpınar*, 161-162. *Baycık*, 216. H.H. *Sümer*, İş Hukuku Uygulamaları, B.3, Konya 2009, 159-160.

⁵⁹ Kısmi geçersizlikte boşluğun doldurulması konusunda geniş bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 602 vd.

⁶⁰ *Süzek*, İş Güvenliği, 185-186. Aynı Yazar, Akdin Kurulması, 89-90. *Ekonomi*, İHU, İşK. 14, No. 24. P. *Soyer*, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, 168-169. S. *Odaman*, Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, 272-273. İ. *Aydınlı*, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 135.

⁶¹ *Süzek*, İş Güvenliği, 185-186. Aynı Yazar, Akdin Kurulması, 90. *Ekonomi*, İşK. 14, No. 24. Başka örnekler için bkz. *Oğuzman-Öz*, 142-143. *Eren*, 306. *Kocayusuşpaşaoğlu*, 599-600.