

## İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAZILI YAPILMASI ŞARTI VE UYULMAMASININ SONUÇLARI

### I- Giriş

İş Kanununun 8 inci maddesinde "İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur" hükmü yer almaktadır.

İş Kanunundaki esas, iş sözleşmelerinin herhangi bir şekle bağlı olmamasıdır. İş sözleşmesi Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir. Aksinin Kanunda gösterildiği durumlarda ise belirtilen şekle uymak zorunluluğu bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği Borçlar Kanununda bulunmamakta ancak İş Kanununda (Madde 8) , Deniz İş Kanununda (Madde 5) ve Basın İş Kanununda (Madde 4) bu hususun zorunlu olduğu yer almaktadır. Bu üç İş Kanununda öngörülen "yazılılık" şartının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu madde içeriğinde belirtilmemiş olması karşısında tereddüt duyulmaktadır. Örneğin, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan "toplular iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça geçerli değildir." ifadesi gibi geçerlilik şartı olduğu vurgusu yapılmamıştır.

Hizmet akitlerinin yazılılığı zorunlu olduğu kaleme alınmış ise de öğretici ve uygulamada ispat açısından önemi vurgulanmıştır. Bu yolla yazılı hizmet akdi bulunmayan işçinin tanık ve diğer delillerle ispatını kolaylaştırmış böylece korunmaya çalışılmıştır[1].

### II-Genel Olarak Şekil Şartı

İrade açıklamalarının hüküm doğurabilmesi için şekil şartı öngören hükümler istisnai nitelikte olmakla birlikte; irade açıklamalarına ciddiyet, kesinlik ve açıklık kazandırmak, sözleşmelerin taraflarını üstlendiklerini yükümlülükler üzerine iyice düşünmeye sevk etmek gibi kaygılarla, bazı irade açıklamaları ve sözleşmeler için şekil şartları öngörülmüştür[2].

Gerek İş Kanununda gerekse de diğer Kanunlarda bir sözleşmenin yazılı yapılması hususu belirtilmiş ise, bu zorunluluk bazen geçerliliği bazen de ispatı vurgular. Dolayısıyla şekille ilgili olarak getirilen zorunluluğa uymamanın sonucu ortada geçerli olmayan bir sözleşmeyi yapmak olmayacaktır.

### III- İş Sözleşmesinin İspatındaki Deliller

Kanunda yer almasına rağmen iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmamış ise, sözleşme hükümsüz sayılmayacak ancak, yazılı olmayan iş sözleşmesinin ispatında hangi delillerin kullanılacağı önem kazanmaktadır.

Sözleşmelerin ispatında taraflardan biri yazılı belge/ sözleşme ibraz etmişse, aksini iddia eden tarafın Usul Hukuku bakımından aynı kuvvette delillerle karşı iddiayı çürütmesi gerekecektir (HUMK m.290). Ancak, mahkemeye, her iki tarafça da yazılı belge ibraz edilemiyorsa, iddiaların takdiri deliller dahil, her türlü delille ispatlanması yolunda bir engel bulunmadığının kabulü yerinde olur. Aslen, Yargıtay kararlarında ispat şartı olarak nitelenen yazılı şekil şartının, Yüksek Mahkemece, sözleşmenin, takdiri delillerle ispatlanmasına cevaz verildiği de göz önünde bulundurulduğunda, HUMK.m. 287/I, 288 anlamında bir ispat şartı olarak algılanmadığı, açıkça ortaya çıkmaktadır[3].

Öngörülen yazılı şekil şartının HUMK m.287/I, 288 anlamında ispat şartı olduğunun kabulü durumunda, yazılı şekilde yapılmayan sözleşmenin varlığının ispatı için tek çare böyle bir sözleşme bulunmadığını iddia eden tarafa *yemin* teklif etmek ya da *ikrarını* beklemektir. Bu durumda takdiri delil ileri sürülemez; örneğin tanık dinletilemeyecektir<sup>39</sup>. Görüleceği gibi, yazılı şekil şartının ispat şartı olarak kabulü, asıl etkisini Usul Hukuku alanında doğurmaktadır<sup>40</sup>. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığını takdiri delillerle ispatlama şansı bulunmaması nedeniyle mağdur olan taraf için pratik olarak varılacak sonuç, *çoğu zaman*, şekil şartının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesinden farklı olmayacaktır<sup>41</sup>.

Yasa tarafından öngörülen geçerlilik şekline uyulmaması durumunun hükümsüzlükle karşılanması, her zaman adalet duygularını tatmin edici sonuçlar doğurmayabilir, şekil eksikliği nedeniyle hüküm ifade etmeyen bir sözleşme benzer amaca yönelmiş başka bir sözleşmenin şartlarını taşıyorsa bu geçerli sözleşmeye tahvil edilebilir[4].

İş sözleşmeleri bilindiği gibi hem işverene hem de işçiye yükümler yüklemekte, en önemlisi de işçi iş görme, işveren de ücret ödeme borcu altına girmektedir. İşçi iş görme borcunu yerine getirdikten sonra, işveren ücret ödememek/ödedi ise geri almak için hakkını kötüye kullanarak sözleşmenin yazılı yapılmadığı iddiasıyla geçersiz sayılmasını isteyebilir. Ancak Medeni Kanununun 2 nci maddesine göre, hakkın kötüye kullanımı söz konusu ise, geçersizlik iddiası dikkate alınmayacak ve sözleşme geçerliymiş gibi hukuk düzeninde yer alacaktır.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 13 üncü maddesinde çıraklık sözleşmesinin yazılı yapılmasının zorunlu olduğu, 4857 sayılı İş Kanununun 8 inci maddesinde süresi bir yıl ve daha fazla süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu, 11 inci maddesinde belirtilen belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiği,

İş Kanununda yer alan " belirli süresi bir yıl ve daha fazla olan sürekli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunludur" hükmündeki şekil şartı, geçerlilik mi yoksa ispat şartı mıdır?

Kimi yazarlar buradaki yazılı şekil zorunluluğunu geçerlilik şekli olarak değerlendirmektedir. Değerlendirmeye göre, var olan iş sözleşmesi geçersiz de olsa geçerli bir iş ilişkisi vardır. İfasına başlanmış bir sözleşmede hükümsüzlük ileriye dönüktür. Diğer savunulan ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüş ise yazılı şekil şartının ispat şartı olduğu yönündedir[5]. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresi bir yıldan uzun olmasına rağmen yazılı yapılmamış olsa bile ortada geçerli bir sözleşme vardır ancak sözleşme belirli değil belirsiz süreli olarak kabul edilir.

#### İş Sözleşmesinin Yazılı Yapılmaması

İş Kanununun 8 inci maddesinin son paragrafında sözleşmenin yazılı olması kuralının istisnasına uygun hareket etmek gerekmektedir. Bir yıldan az süreli iş sözleşmeleri sözlü de yapılabilir. Bu durumda 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 hükümler uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.

İş sözleşmesi yazılı yapılabileceği gibi, sözlü de yapılabilir. Genel olarak iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması iş sözleşmesinin varlığını etkilememektedir. Takım sözleşmesi,

' Çıraklık sözleşmesi,

' Deneme süresi olan iş sözleşmeleri,

' Bir yıldan fazla süreli belirli iş sözleşmeleri,

' Basın İş Kanunu uyarınca gazetecilerin iş sözleşmeleri,

Yazılı yapılmak zorundadır.

Bu hükmün iş sözleşmelerini "iki ay" içinde yazılı hale dönüştürdüğünü söylemek yanlış olmaz. Ancak, süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde yukarıdaki hükümler uygulanmaz. Son olarak şunu ifade etmek gerekirse, herhangi bir uyuşmazlıkta, özellikle de iş sözleşmesinin feshinde "ispat külfetinin" işverene yüklendiği göz önüne alınırsa iş sözleşmesinin yazılı yapılması yerinde olacaktır

İş Kanunu'nun 8 inci maddesi, işçiye koruyucu özelliğinden ötürü yazılı sözleşme yapılmayan hallerde, işvereni, 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 yükümlü kılınmıştır. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu hüküm uygulanmaz.

İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur. İş Kanununun 99 uncu maddesi gereğince, 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 belgeyi işçiye vermeyen, işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için 2010 yılında 100 TL para cezası verilecektir.

### İş Sözleşmesinin Yazılı Olması Gerekmiyor!..

İşverenle işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir. Ancak, 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen istisnai durumlarda, sözleşmenin geçerli kabul edilmesi için kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulması gerekiyor. Örneğin belirli süresi bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmeleri ile takım sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekiyor. 5953 sayılı kanun gereği gazeteciler ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu gereğince çalıştırılan gemi adamlarının iş sözleşmelerinin de yazılı olması gerekmektedir. Ayrıca Özel Eğitim Kurumları Kanunu gereğince çalıştırılan öğretmenler ile yapılacak olan iş sözleşmelerinin de yazılılık şekli esastır.

4857 sayılı kanun gereğince yazılılık esasının aranmadığı hallerde taraflar kendi aralarında anlaşarak iş sözleşmesinin yazılı yapılmasını kararlaştırabilir. Yazılılık esası, taraflar arasında çıkabilecek hukuki uyuşmazlık hallerinde ispat kuvvetini doğurur. Ayrıca toplu iş sözleşmelerine konulacak bir hükümlerle şekil şartına tabi olmayan iş sözleşmeleri içinde şekil şartı öngörülebilir.

İş sözleşmelerinde yazılılık şartının aranmadığı durumlarda 4857 sayılı İş Kanunu'na göre işveren, işçinin isteği üzerine, kendisine genel ve özel iş koşullarını gösteren ve imzasını taşıyan bir belgeyi, 2 ay içinde vermekle zorunlu kılınmıştır.

İşçinin genel ve özel çalışma şartlarını gösteren belgeyi işçiye veremeyen işverene, İş Kanunu madde 99'a göre idari para cezası uygulanabilecektir. 2009 yılında söz konusu belgeyi vermeyen işverene uygulanabilecek idari para cezası 98 TL'dir. Söz konusu idari para cezası işçi başına uygulanabilecektir.

Değerlendirileceği üzere İş Kanunu'nda belirtilen istisnai hallerin dışında işverenlerin iş sözleşmesi yapma özgürlüğü mevcuttur. Kanun koyucu tarafında işverenlere tanınan bu özgürlüğün sınırları; özür, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu ile düzenlenmiştir.

Buna göre 5763 sayılı kanun sonrasında özel sektör işyerlerinde özür, istihdam oranı yüzde 3 olarak tespit edilmiştir. Yine 5763 sayılı kanun sonrası kamu işyerlerinde ise yüzde 4 oranında özür ve yüzde 2 oranında eski hükümlü istihdam edilmesi gerekiyor.

İki tarafın karşılıklı hak ve borçlarını düzenleyen bir anlaşmayı ifade eden iş sözleşmesini imzalamak yerine işçiye tek taraflı taahhütte bulunan yazılı belge vermek veya iş sözleşmesi yapmamak işverenin lehine bir durum değildir. İş sözleşmesi, ispat hukuku bakımından iki taraf için de iş şartlarını gösteren en önemli delillerdendir. İşçi ile işveren arasında oluşacak bir hukuki

ihtilafta işverenin yazılı delil sunamaması halinde İşçi lehine yorum ilkesi gereği ağırlıklı olarak -ve bence haklı olarak- işçi tanıklarının beyanlarına itibar edilecektir.

Basit bir örnek vermek gerekirse, iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu iddiasında olan bir işveren, yazılı sözleşme sunmadıkça belirli süreli sözleşmeyi ispatlayamaz.

Dolayısı ile iş sözleşmesinin yazılı olmasının gerekmemesi belki idari para cezası tahakkuk ettirilmesine engel olabilir. Ancak iki taraf arasındaki bir hukuki ihtilaf halinde ekonomik bakımdan işverene idari para cezasından çok daha fazla zarar verme olasılığı taşımaktadır.

Davacı, ...sitesinde kapıcı olarak çalıştığını ileri sürerek ücret ve bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini istemiştir. Davalı taraf ise, davacının sitenin inşaatı sırasında müteahhit tarafından inşaata bekçi olarak alındığını, site yönetimi ile aralarında herhangi bir kapıcılık sözleşmesinin bulunmadığını savunmuştur. Dinlenen davalı tanıkları, davacının kapıcı dairesinde oturmasına rağmen kapıcı olmadığını, kapıcılık görevini de yapmadığını söylemişlerdir. Bu beyanlara karşı davacı tanıkları, davacının kapıcı olarak sitenin çöplerini topladığını, site sakinlerinin ekmeklerini dağıttığını, belirtmişlerdir. Bu olgular karşısında, mahkemenin yanlış değerlendirme ile davacının .... Sitesi D Blok'un yönetim kurulu ile aralarında bir kapıcılık sözleşmesi bulunmadığından bahisle davanın reddine karar vermiş olması hatalıdır[6]. Görüldüğü gibi bu kararda, iş sözleşmesinin yazılı olmaması durumunda da var olduğu kabul edilmekte, tarafların iş ilişkisini şahitle ispatlaması mümkün olmaktadır.

Basın İş Kanununun 4 üncü maddesine göre, "gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş akdinin yazılı şekilde yapılması mecburidir". Görüldüğü gibi söz konusu hizmet akdinin yazılı şekilde yapılması konusunda bir mecburiyet Yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir. İşte bu yazılı şeklin ne anlama geldiği konusunda Yargıtay, "öncelikle belirtmek gerekir ki 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetler Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinde öngörülen yazılı şekil bir geçerlilik şartı değildir[7]"

1475 sayılı eski İş Kanununun 10 uncu maddesinde "takım sözleşmesinin, süresi ne olursa olsun yazılı yapılması gerekir" hükmü yer almaktadır (aynı husus 4857 sayılı yeni İş Kanununda da yer almaktadır). Bu hüküm konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2000 yılında verdiği bir kararında " Yasada sözü edilen takım sözleşmesinin yazılı yapılması sağlık koşuludur" ifadesiyle geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştir.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 4 üncü maddesine göre "*toplular iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça geçerli değildir*". Madde çok açık bir şekilde düzenlenmiş olup toplu iş sözleşmesinin geçerliliği yazılı olmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile yazılı olmayan toplu iş sözleşmesi geçerli değildir. Ancak bu geçersizlik, geçmişe değil ileriye etkili olarak kabul edilmektedir[8].

### III- SONUÇ

İşçiyi koruma ilkesi, iş sözleşmesinin taraflarından işçinin, işverene göre daha zayıf konumda olduğu gerçeğinin İş Hukukuna yansımalarıdır. İş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını öngören hükümlerdeki amaç, işçiyi korumaya yönelik olmasıdır. Ancak, işçinin tabi olacağı iş sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiğini bilse bile bunu ne ölçüde işverenden talep edebileceği düşünülmelidir. Ceza hükümlerinin işverene yönelik olması, sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını sağlama yükümlülüğünün işverene ait olduğuna işaret eder niteliktedir[9].

İş sözleşmesi yapılmadığı takdirde işçi iş sözleşmesinin yapıldığını ispat etme yükümlülüğü altında iken, işveren iş sözleşmesinin koşullarını, işçinin ücrete ve işine ait sorumluluklarını ispat etme zorunluluğu ile karşı karşıya kalır. Bu anlamda, iş sözleşmesi olmayan bir işçinin durumu hakkında ispat yükümlülüğü bulunan işverenin zor durumda olacağı muhakkaktır.

İş sözleşmesinin yazılı yapılması gerekirken yazılı yapılmaması, sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecektir. Zira, kanundaki bu şart geçerlilik şartı değil ispat şartıdır.

---

[1] Kılıçoğlu s.52.

[2] Ahmet sevimli, s.11.

[3] Ahmet sevimli.....

[4] Ahmet Sevimli, İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı, Çeış Dergisi, Mart 2003, s.12.

[5] Çeis. S.15.

[6] Yrg. 9 HD'nin 08.02.2001 tarihli ve E.2001/1338, K. 2001/1978 sayılı kararı

[7][7][7][7] Yrg 9 HD'nin 18.10.1999 tarih ve E.1999/13238, K.1999/15919 sayılı kararı.

[8] ....62 nolu Ahmet sevimli dip notu.

[9] Ceış 17.