

Arař. Gör. M. Gökhan TÜRE*

Makale Gönderim Tarihi: 10 Mayıs 2019

Makale Kabul Tarihi: 17 Mayıs 2019

İř Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi

Öz

Bu çalışmada, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçinin hilesinin hüküm ve sonuçları, işçinin sahip olduğu varsayılan yalan söyleme hakkı ve İş Kanunu m. 25/II,(a) alt bendinde işçinin hilesine ilişkin olarak yer verilen özel düzenleme çerçevesinde, Alman ve İsviçre hukukları da göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin neticesinde, işverenin soru sorma hakkı, işçinin aydınlatma yükümlülüğü ile yalan söyleme hakkı arasında-

ki ilişki ortaya konulmuş ve İş Kanunu'nda geçen "esaslı nokta" ifadesinin ne anlama geldiği ve esaslı noktadan hareketle yaratılan ayrımın iş sözleşmesine ve işverenin tazminat hakkına etkilerinin ne olduğu tespit edilmiştir. Tüm bunların sonucunda iş sözleşmesinin kurulmasında işçinin hilesinin hüküm ve sonuçlarının Türk Borçlar Kanunu'nun hile kurumuna ilişkin genel rejiminden büyük ölçüde farklılaştığı anlaşılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

İş sözleşmesinin kurulması, iş görüşmesi, işçinin hilesi, işverenin soru sorma hakkı, işçinin yalan söyleme hakkı, esaslı nokta, sözleşmenin feshi.

Employee's Fraud In The Conclusion Phase Of Employment Contract

Abstract

In this study, the terms and results of employee's fraud in the conclusion phase of employment contract are examined within the frame of employee's presumed right to lie and the special provision for employee's fraud in Art. 25/II,(a) of Labor Code and considering German and Swiss law. As a result of this, the relationship between employer's right to question, employer's right to lie and the obligation to disclose is stated and

the meaning of the context of "essential point" regulated in Turkish Labor Code and the effects of this distinction on the employment contract and employee's liability are determined. In conclusion, it is understood that the terms and results of employee's fraud in the conclusion phase of employment contract differ from the general order of the fraud institution in Turkish Obligation Code.

Keywords:

Conclusion of employment contract, contract negotiation, fraud of employee, employer's right to information, employee's right to lie, essential point, termination of contract.

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
mgokhanture89@gmail.com

Giriş

Sözleşmenin kurulması aşamasında kanun koyucuyu meşgul eden önemli meselelerden birisi de, irade özerkliğinin korunmasıdır. Zira kişinin iradesinin normal surette oluşmadığı durumlarda, irade özerkliği prensibinden söz edilemediği gibi kendisine büyük değer atfedilen sözleşme özgürlüğü ilkesi de anlamını yitirmektedir¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde yer alan hileye (aldatma) ilişkin hüküm de, irade özerkliğinin, bir diğer ifadeyle kişilerin kararla özgürlüklerinin korunması amacına hizmet etmektedir. Söz konusu hükme göre, "*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeye bağlı değildir*". Bu hüküm, kural olarak, her türlü hukuki işlem açısından uygulanma kabiliyetine sahip olmasına rağmen, borçlar hukukunun klasik yapısına uzak hukuki işlemler bakımından hilenin hüküm ve sonuçlarında genel rejime kıyasla çeşitli değişikliklerin meydana geldiği görülmektedir². Bu bakımdan iş sözleşmesi, bu

dönüşümün izlerinin takip edilebileceği hukuki işlemlerden birisini oluşturmaktadır.

Oldukça benzer şekilde kaleme alınmış olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 24/II,(a) ve m. 25/II,(a) alt bentlerinde, iş sözleşmesinin kurulmasında taraf hilesinin hüküm ve sonuçları, TBK m. 36/1'den farklı ele alınmaktadır. Gerçekten de her iki hüküm gereğince, taraflardan birinin sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek, gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle karşı tarafı aldatması halinde, aldatılan taraf iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, TBK m. 36/1'de *niteliğinin bir önemi olmaksızın sözleşmeyi iptal hakkı veren hile, iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, ancak sözleşmenin esaslı noktalardan biri üzerinde gerçekleşmesi halinde taraflara haklı nedenle fesih hakkı veren bir hüviyet kazanmaktadır*.

İş sözleşmesinin kurulmasında hilenin hüküm ve sonuçlarına ilişkin bu dönüşüme rağmen, hile kurumu esas olarak işverenin soru sorma hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır³. Alman hukukunda buna gerekçe olarak, iş sözleşmesinin kurulmasında hilenin hüküm ve sonuçlarının, işçinin sahip olduğu yalan söyleme hakkı bir yana bira-

1 Schmidlin, Bruno; BK- Berner Kommentar, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2013, Art. 28 / I.-III, Rn. 5; Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 331; Pellegrini, Bruno; Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willenmängeln, Stämpfli Verlag, Bern 1983, s. 8.

2 Gerçekten de iş hukukundan başka aile hukuku ve miras hukuku içerisinde yer alan bazı hukuki ilişkilerde bu amaçla yapılan dönüşümün izleri, açıkça teşhis edilebilmektedir. Aile hukuku bakımından evlenmede iptal müessesesinin düzenlendiği TMK m. 150/1'de hileye yer verilmiştir. İlgili hükme göre, eşlerden birinin hile nedeniyle evlenmenin iptalini dava edebilmesi ancak iki halde mümkündür. Bunlar; "eşinin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı olması" ile "davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığın kendisinden gizlenmesi" halleridir. Dolayısıyla borçlar hukukunda aldatmanın konusunun bir önemi olmaksızın aldatılan tarafa tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeyi iptal etme hakkı tanıyan hile kurumu; aile hukuku bakımından evlenme söz konusu olduğunda, yalnızca "eşin namusu", "eşin onuru" ve "sağlık için ağır tehdit" halleriyle sınırlı iptal hakkı tanıyan bir kuruma dönüşmektedir. Miras hukukunda irade sakatlığı halleri bakımından en büyük farklılık, hata kurumuna ilişkin olmakla beraber,

şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin olarak hile açısından da borçlar hukukundan ayrılan bir yön bulunmaktadır. Nitekim şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda üçüncü kişinin hilesi olgusuna, borçlar hukukuna nazaran daha ağır bir sonuç bağlanmıştır. TBK m. 36/2 gereğince üçüncü kişinin hilesinde aldatılan tarafın sözleşme ile bağlı olmaması için, karşı tarafın sözleşmenin yapıldığı sırada aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekirken; TMK m. 504 gereğince ölüme bağlı tasarrufun iptali bakımından böyle bir şart aranmamaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin hilesi bilinmese veya bilinebilecek durumda olunmasa da, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilecektir. Doktrinde haklı bir görüş, bu hükmün yalnızca vasiyetname için uygulanabileceğini, buna karşılık bir sözleşme olması dolayısıyla miras sözleşmesinin TBK m. 36/2'de yer alan kurala tabi olacağını ifade etmektedir (Yıldırım, Mustafa Fadil; Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayınları, Ankara 2002, s. 91).

3 Kamanabrou, Sudabeh; Arbeitsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, Rn. 710; Preis, Ulrich; Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2017, Rn. 748.

kıldığında, büyük oranda borçlar hukuku kurallarına tabi olması ve yalnızca borçlar hukukunda yer alan belli bazı boşlukların, iş hukukunun kendine özgü niteliğinden hareketle doldurulması gösterilmektedir⁴. İsviçre hukukunda ise bunun sebebi olarak, iptal kurumunun iş hukukuna yabancı olmasının yanı sıra sözleşmeyi fesih özgürlüğü çerçevesinde sözleşmenin sona erdirilmesinin her zaman mümkün olmasına işaret edilmektedir⁵.

Kanaatimizce iş sözleşmesinin kurulmasında hileye ilişkin özel düzenlemenin bulunduğu Türk hukuku açısından bu argümanlara katılmak mümkün değildir. Zira İş Kanunu'nda yer alan hileye ilişkin hükümler, yalnızca hilenin değil, diğer irade sakatlığı hallerinin (hata ve tehdit) dahi iş hukukundaki hüküm ve sonuçlarını etkileyecek bir anlam taşımaktadır. Bu nedenle bu çalışma, kendisinden öncekilerden farklı bir yol izleyerek, işverenin soru sorma hakkını değil, iş sözleşmesinin kuruluşunda hilenin hüküm ve sonuçlarını odağına almaktadır. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin tartışmalar da bilinçli bir şekilde makalenin kapsamı dışında bırakılmaktadır⁶.

Konunun incelenmesine geçilmesinden önce, çalışmada neden yalnızca işçinin hilesinin değerlendirileceğinin açıklanmasında fayda vardır. Kanuni açıdan iş sözleşmesinin kuruluşu aşamasında hilenin hüküm ve sonuçları, hem işveren

hem işçi açısından benzer şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, işçinin sahip olduğu yalan söyleme hakkı, işçinin hilesinde, işverenin hilesi için aranmayan ek bir unsur teşkil etmektedir. Başka bir ifadeyle işçinin hilesi, unsurları açısından işverenin hilesini de bünyesinde barındırmakta ve buna ilişkin açıklamalar, kendiliğinden işverenin hilesine ilişkin açıklamaları da içermektedir. Bu teorik kolaylığın yanı sıra doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere⁷, işyerindeki çalışma koşulları somut ve önceden belirli olmasına rağmen, işçinin kişilik özelliklerinin esrarlı yapısı, uygulamada işçinin hilesinin, işverenin hilesinden daha önemli bir yer tutmasına neden olmaktadır. Nitekim bu nedenle doktrinde iş görüşmesinde her iki tarafın da aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu, bununla birlikte işçi adayının yükümlülüğünün işverenkinden daha geniş kapsamlı olduğu kabul edilmektedir. İşverenden aydınlatma yükümlülüğü kapsamında beklenen açıklamalar genellikle ödeme gücünün içerisinde olup olmadığı, yakın bir gelecekte işçi çıkarmayı planlayıp planlamadığı⁸, daha önce işyerinde ayrımcılık yasaklarına aykırı bir muamelelerin gerçekleşip gerçekleşmediği veya işyerinde elektronik gözetleme sistemleri kullanılıp kullanılmadığı⁹ gibi hususlarda toplanmaktadır.

I. İşçinin Hilesinin Tanımı ve Unsurları

1. Tanım

Hileye ilişkin olarak ne İş Kanunu'nda ne de TBK'da bir tanım bulunmaktadır. Doktrinde ise hile; "bir kimseyi belli bir irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o kimsede yanlış bir düşünce uyandırma, mevcut olan düşüncesi

4 Kamanabrou, Rn. 709; Benecke, Martina; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2018 (Hrsg. Von Heinrich Kiel/Stefan Lunk/Hartmut Oetker), § 33, Rn. 143.

5 Reh binder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz; BK- Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1, Stämpfli Verlag, Bern 2010, Rn. 29. Türk hukukunda benzer bir görüş için bkz. Taşkent, Taşkent, Savaş; "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", içinde Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 170-181, s. 169.

6 İşçinin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için örneğin bkz. Gürsel, İlke; İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; Ünal, Canan; "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", içinde İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 261-318.

7 Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 522.

8 Kamanabrou, Rn. 734; Reh binder/Stöckli, Rn. 35

9 Yürekli, Sabahattin; İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Sorumluluk (Culpa in Contrahendo), İÜ-HFM, C. 72, S. 2 (Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan), 2014, s. 541-579, s. 554

güçlendirme veya sürdürme amacıyla yapılan eylem¹⁰ olarak tarif edilmektedir. Buna göre, karşı tarafın gerçek durumu bilmesi halinde hiç kurmayacağı ya da mevcut şartlarla kurmayacağı bir sözleşmenin tarafı haline getirilmesi halinde, sözleşmenin kuruluşunda hile gerçekleşmektedir¹¹. Bu bakımdan bir iradenin oluşturulması kadar, mevcut olan iradenin güçlendirilmesi (örneğin aldatılanın *kimsenin gerçek durumu bilse sürdürmeye devam edeceği* sözleşme görüşmelerini tamamlayıp, sözleşmeyi kurması)¹² veya bu iradenin sürdürülmesi (örneğin *karşı tarafta sözleşme için belirleyici bir duruma ilişkin hatalı kanaatin fark edilmesine rağmen giderilmemesi*) de hileye vücut vermektedir. Dikkat edilirse, hile için ne kurulan sözleşmenin ahlaka aykırı veya haksız bir içeriğe sahip olması ne de aldatılanın bir zarara uğraması aranmaktadır. Bu noktada, yalnızca aldatılan tarafın “*kendi kaderini tayin etme*” (Selbstbestimmung) hakkının elinden alınması önem taşımaktadır¹³.

2. Unsurları

İş sözleşmesi, en nihayetinde bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan, hilenin genel unsurları, işçinin hilesi bakımından da aynı oranda aranmaktadır. Dolayısıyla işçinin hilesi için öncelikle somut olayda *hileli davranış*, *hile kastı* ve *illiyet bağının* gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁴.

Diğer yandan işçinin, işveren karşısındaki konumu, işverenin sorduğu soruların işçinin kişilik

haklarına müdahale teşkil etme tehlikesi taşıması gibi nedenlerden ötürü, işçinin hilesi için *hukuka aykırılık* unsuruna da ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Doktrinde bir görüş, hukuka aykırılığı, kastın bir unsuru olarak ele almaktayken¹⁵, hâkim görüş¹⁶ ve bu arada Alman Federal İş Mahkemesi¹⁷, kastın unsurları ve işverenin bilgilenme isteğinin hukuka uygunluğu ya da aykırılığı arasında bir bağlantı kurmayı istememekte; hukuka aykırılık unsurunu bağımsız bir unsur olarak değerlendirmeyi tercih etmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, hile için hukuka aykırılık unsurunun aranmamasının sebebi, kanun koyucunun hukuka uygun davranışları da hile olarak değerlendirmesinden değil, hile açısından hukuka aykırılığın her durumda oluşacağını varsaymasından ileri gelmektedir. Oysaki iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, işverenin hukuka aykırı sorularına işçi adayının vermiş olduğu gerçeğe aykırı cevaplarda, bir aldatma kastı bulunmasına rağmen, hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Buna göre TBK m. 36’da işçinin yalan söyleme hakkı açısından bir boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk, hükümün kanun koyucunun amacının dışında sonuçlar doğurmasına yol açtığından, amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) kapsamında giderilmelidir.

Son olarak, İş Kanunu m. 25/II,(a) hükmünde, yalnızca sözleşmenin esaslı noktalarındaki hilenin, haklı nedenle feshe imkân verdiği düzenlenmiştir. Dikkat edilirse bu unsur, hilenin mevcudiyetine değil, fesih hakkının doğumuna ilişkindir. Başka bir deyişle işçinin hilesi, sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olmasa da diğer dört unsuru taşıması halinde hile olarak değerlendirilecek, yalnızca işverene bu hüküm kapsamında haklı nedenle fesih hakkı vermeyecektir. Bununla beraber hilenin sözleşmenin esaslı noktaları ile ilişkisi, hüküm ve sonuçlarını önemli ölçüde değiştirdiğinden, beşinci unsur olarak *hile-*

10 Wolf, Manfred; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 Allgemeiner Teil 2 §§ 104-224, W. Kohlhammer, Stuttgart 1999, §123, Rn. 2; Musielak, Hans-Joachim/ Hau, Wolfgang; Grundkurs BGB, 15. Auflage, C. H. Beck, München 2017, Rn. 416; Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 397; Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 452; Yıldırım, s. 8; Kurşat, Zekeriya; Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınları, İstanbul 2003, s. 2.

11 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 7; Schwenger, Ingeborg; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016, Rn. 38.10.

12 Musielak/Hau, Rn. 420.

13 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 8; Schwenger, Rn. 28.02; Musielak/Hau, Rn. 424; Tunçomağ, s. 351; Kurşat, s. 6-7

14 Musielak/Hau, Rn. 416; Kurşat, s. 11; Yıldırım, s. 95-96.

15 Görüş için bkz. Benecke, § 33, Rn. 142.

16 Schwenger, Rn. 38.09; Kamanabrou, Rn. 791; Preis, Rn. 953; Rehbinder, s. 758; Kocayusufpaşaoğlu, s. 455; Yıldırım, s. 126.

17 Örneğin bkz. BAG, v. 21.2.1991 – 2 AZR 449/90.

nin esaslı noktalara yönelik olması unsurunun da incelenmesi gerekmektedir.

A. Hileli Davranış

Hileli davranışlara ilişkin ana ayırım, davranışın aktif olup olmamasına göre yapılmaktadır. Aktif bir davranışa dayanan hile, aktif hile; pasif bir davranışa (eylemsizlik) yani susmaya dayanan hile ise, pasif hile olarak adlandırılmaktadır¹⁸.

Aktif hilede, davranışın ne şekilde gerçekleştiğinin bir önemi bulunmamaktadır. İşçi adayının sözlü, yazılı veya görsel iletişimde, aktif bir şekilde yapması şartıyla, var olmayan gerçekleri iddia etmesi, var olanları gizlemesi veya farklı şekilde iletmesi halinde, hileli davranış gerçekleşmiş olmaktadır¹⁹. Buna karşılık pasif hilede, davranışın niteliği önem taşımaktadır. Zira bir susma eyleminin hileli davranış teşkil edebilmesi için, bu davranışta ayrıca aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden bir yön bulunmalıdır²⁰. Aksi takdirde, bu eylemsizlik, karşı tarafın aldanmasına yol açsa dahi, hileli davranış niteliği taşımamaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü hukuka aykırılık unsuru ile yakın ilişkisi nedeniyle, hukuka aykırılık başlığı altında incelenecektir.

Hilenin hüküm ve sonuçları bakımından TBK m. 36'da hileli davranışta bulunan kişinin kimliğinde hareketle, taraf hilesi (beyan muhatabının hilesi) ile üçüncü kişinin hilesi arasında bir değer farkı yaratılmış durumdadır. TBK m. 36/2 gereğince, üçüncü kişinin hilesinin aldatılana sözleşmeyi iptal hakkı vermesi bakımından, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması²¹ aranmaktadır.

İş Kanunu m. 25/II,(a)'da üçüncü kişinin hilesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrindeki bir görüş bu nedenden ötürü, üçüncü kişinin hilesinin, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı vermeyeceğini belirtmektedir²². Kanaatimizce üçüncü kişinin hilesi, aksine bir hüküm bulunmadığı için, iş sözleşmesini kuran irade beyanlarına da uygulanabilme kabiliyetine sahiptir. Zira üçüncü kişinin hilesine ilişkin kuralın tek istisnasını, varması gerekli olmayan irade beyanları oluşturmaktadır; bu irade beyanları için üçüncü kişinin hilesinin sözleşme tarafı açısından bilinmesinin bir önemi olmaksızın beyanda bulunana iptal hakkı tanımaktadır²³. Bu nedenle İş Kanunu m. 25/II,(a)'da üçüncü kişinin hilesine ilişkin olarak bulunan boşluk, TBK m. 36/2'nin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulmalıdır²⁴.

TBK m. 36/2 anlamında üçüncü kişi, sözleşme tarafları dışındaki herkesi üçüncü kişi kabul eden genel hukuk terminolojisinden daha kısıtlı bir şekilde ele alınmakta ve tarafların iradelerinin oluşmasına katkıda bulunan kişiler, üçüncü kişi olarak kabul edilmemektedir. Bu anlamda sözleşme taraflarının yanında sözleşmeye katılan veya hukuki işlem hayatında davranışları sözleşme taraflarının davranışları olarak kabul edilen kişilerin hileleri, üçüncü kişinin hilesi değil, bizzat taraf hilesi teşkil etmektedir²⁵. Bu

kişinin hilesi arasında bir değer farkı yaratmış olmasıdır. Nitekim sözleşme tarafının üçüncü kişinin aldatmasını bilmediği veya bilecek durumda olmadığı hallere ilişkin olarak, kanun koyucu muhatabın güvenine, irade açıklamasında bulunanın irade özerkliğine nazaran daha fazla koruma bahşetmektedir. Dolayısıyla daha önemli olan taraf hilesi için her halükarda hile kastı aranmasına rağmen, üçüncü kişinin hilesinde hükmün lafzı gereği sözleşme tarafının ihmalinin de karşı tarafa iptal hakkı vermesi bir çelişki yaratmaktadır. Bu nedenle hükmün amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) yöntemine tabi tutulması ve iptal hakkının yalnızca sözleşme tarafının üçüncü kişinin hilesini bildiği durumlarla sınırlanmasına ihtiyaç bulunmaktadır (Schwenzer, Rn. 38.11).

22 Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 439.

23 Wolf, § 123, Rn. 30; Musielak/Hau, Rn. 425.

24 Benzer yönde, Yürekli, s. 572.

25 Wolf, § 123, Rn. 32; Schwenzer, Rn. 38.12.

18 Yıldırım, s. 97-98; Kocayusufpaşaoğlu, s. 453.

19 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 8; Wolf, §123, Rn. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 453; Eren, s. 398.

20 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 16; Wolf, §123, Rn. 6; Schwenzer, Rn. 38.06; Rehbindler/Stöckli, Rn. 35.

21 Bununla birlikte doktrinde bir görüş, sözleşme tarafının üçüncü kişinin hilesini *bilecek durumda olmasının* hile için yeterli sayılması hususuna itiraz etmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun taraf hilesinden farklı olarak üçüncü kişinin hilesinde ancak belli şartların bulunması halinde aldatılana iptal hakkı tanınmasının mantıklı açıklaması, kanun koyucunun taraf hilesi ile üçüncü

kapsamda temsilcinin, sözleşme görüşmelerini yürüten kişilerin veya görüşme yardımcılarının (simsar, satış temsilcisi, vekil, acente vb.) hile açısından üçüncü kişi niteliği taşımadığı belirtilmektedir²⁶.

İşçinin hilesi açısından üçüncü kişinin hilesi esas olarak, referanslar ve özellikle işçinin eski işverenleri tarafından düzenlenen çalışma belgeleri açısından önem taşımaktadır²⁷. Bu belgeleri düzenleyen kişiler, müstakbel iş sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumundadır ve bu durum, iş sözleşmesinin kurulmasında üçüncü kişinin hilesinin rol oynaması ihtimalini doğurmaktadır. Nitekim TBK m. 426/3'te bu ihtimal gözetilerek, hizmet belgesinde doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören yeni işverenin, eski işverenden tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan hükümden düzenlenmemiş olsa da, yeni işverenin çalışma (hizmet) belgesinde bulunan doğru olmayan bilgiler nedeniyle iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/II,(a) çerçevesinde haklı nedenle feshetmesi mümkündür. Ancak bunun için çalışma (hizmet) belgesinde bulunan yanlış bilgilerin, iş sözleşmesinin kurulmasında rol oynaması ve işçinin çalışma belgesinde yanlış bilgilerin bulunduğunu bilmesi veya bilebilecek bir durumda olması gerekmektedir. Normal şartlar altında işçinin, bu belgede yer alan bilgileri bilmediğine yönelik savunmasına itibar edilmeyecektir. Zira çalışma belgesi bizzat işçinin kendisine verilmekte ve hatta bu belgede yer alan işçinin iş görmesindeki becerisi ile tutum ve davranışlarına ilişkin bilgiler, işçinin açıkça istemde bulunması halinde belirtilmektedir (TBK m. 426/2). Buna karşılık, yeni işverenin iş sözleşmesini kurmasında çalışma belgesi değil de, kendi araştırması kapsamında eski işverenden edindiği hatalı referanslar rol oynamışsa, bu durumda iş sözleşmesinin

üçüncü kişinin hilesi kapsamında haklı nedenle feshedilmesi mümkün gözükmemektedir.

B. Hile Kastı

İşçinin hilesi için aranan ikinci unsur, hile kastıdır. Hile kastı ile kastedilen, hileli davranışın, irade açıklamasında bulunan kimseyi yanıltmak kastıyla yapılmasıdır. Buna göre hile için, aldatanın kusurlu olması yeterli değildir, kast boyutuna ulaşan bir kusur bulunmalıdır. Başka bir deyişle, ne hafif ihmal ne ağır ihmal hileye yol açar ve işçinin hileden sorumluluğunu gerektirir²⁸. Ancak burada aranan kast, bir çıkar kastı değildir²⁹; aldatan taraf herhangi bir menfaat elde etmiş olmasa dahi hile hükümlerine başvurulabilir.

Hile kastı, doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Bu iki kast türü arasındaki farkı, hileli davranışın hukuka aykırı sonuçlarına ilişkin isteğin (aldatma isteği) yoğunluğu oluşturmaktadır. İşçi adayının, hukuka aykırı sonuçlarını bildiği veya öngördüğü hileli davranışlarının bu sonuçlarını *istememesi* halinde doğrudan kasttan; bu sonuçları *onaylaması*³⁰ veya *göze alması*³¹ halinde ise dolaylı kasttan söz edilmektedir. Dolayısıyla hile kastının varlığı için işçinin hileli davranışının hukuka aykırı sonuçlarını bilme veya öngörmesi (*aldatma bilinci*) ve bu sonuçları en azından onaylaması (*aldatma niyeti*) gerekmektedir.

Aldatma bilinci; işçi adayının, hilenin hukuka aykırı sonuçlarının doğacağını bilmesi veya öngörmesidir. Hilenin hukuka aykırı sonuçlarından anlaşılması gereken, işverende gerçek durumu bilmesi halinde hiç yapmayacağı ya da mevcut içeriği ile yapmayacağı bir sözleşmeyi kurma iradesi oluşturmaktır. Dolayısıyla işçide aldatma bilinci ancak işvereni hiç istemeyeceği ya da mevcut şartlarla yapmayacağı bir sözleşmeyi

26 Eren, s. 400-401; Schwenger, Rn. 38.12. Dolayısıyla işveren açısından değerlendirildiğinde, bu kişilerin mutlaka işveren vekili sıfatı taşımasına gerek yoktur; ilgili sözleşmenin kurulması aşamasında işvereni temsil etmek, yapılan hilenin taraf hilesi olarak değerlendirilmesi açısından yeterlidir.

27 Rehbinder/Stöckli, Rn. 38.

28 Schwenger, Rn. 38.07.

29 Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 113.

30 Musielak/Hau, § 421.

31 Kurşat, s. 28; Yıldırım, s. 126.

kurmaya yönelteceğinin öngörülebildiği yanlış bilgiler bakımından oluşmaktadır. Bu nedenle işçinin, işverenin sözleşmeyi kurma isteği ile ilgili açıklamaları veya dürüstlük kuralı gereği işverenin ciddiye almayacağı iddia ve övünmeleri hileye vücut vermemektedir³². Aldatma niyeti ise, işçi adayının hileli davranışlarda bulunma amacının, işvereni normal şartlar altında kurmayacağı bir sözleşmeye yöneltmeyi istemesi veya bu sonucu onaylamasıdır. Bu anlamda işçinin davranışının altında işverenin aldatma amacı bulunmadığı durumlarda, yani işçinin iyi niyetini koruyarak hareket etmesi halinde, aldatma niyetinden söz edilememektedir³³.

C. İlliyet Bağı

Hile için gerekli olan üçüncü unsur illiyet bağı olup; bu unsur gereğince çarpıtılan veya saklanan gerçeklerin, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklaması için belirleyici olması, irade açıklaması için olmazsa olmaz unsur niteliği taşıması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle aldatılan tarafın hileli davranış söz konusu olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağından ya da kendisi açısından daha elverişli şartlarla yapacağından bahsedilebildiği durumlarda illiyet bağı meydana gelmektedir³⁴. O halde irade açıklamasında bulunan tarafın hileli davranışı dikkate almadığının veya gerçek durumu bilmesine rağmen açıklamada bulunduğunun, bir diğer ifadeyle hileli davranışlar olmasa dahi aldatılan tarafın aynı sözleşmeyi mevcut şartlarla yapacağını varsayılması hallerinde, illiyet bağının oluşmadığı kabul edilmektedir³⁵. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da, işe girerken psikoseksüel (ruhsal) bozukluğu bulunduğunu bildiren işçinin sözleşmesinin, işçi işe alındıktan sonra bilahare bu sebebe dayanılarak işveren tarafından haklı nedenle feshedilemeyeceğine hükmedile-

rek, illiyet bağının gerekliliği vurgulanmıştır³⁶.

D. Hukuka Aykırılık

İş sözleşmesinin kuruluşunda işçinin hilesi bakımından en önemli unsur, hukuka aykırılık unsurudur. Zira kira sözleşmesinde kiracıya, iş sözleşmesinde işçiye tanınan yalan söyleme hakkına başka hiçbir sözleşmede rastlanmamaktadır.

Yalan söyleme hakkının gerekçesi olarak, normal şartlar altında işçinin bir soruya cevap vermektan kaçınmasının veya cevap vermeyi reddetmesinin, işverende sorunun cevabının olumsuz olduğu yönünde bir kanaat oluşturacak olması gösterilmektedir³⁷. İşçinin yalan söylemediği bir durumda işe alınmayacak olmasından hareketle, doktrinde yalan söyleme hakkının, haklı savunma (meşru müdafaa) benzeri bir hak olduğu ifade edilmektedir³⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki, yalan söyleme hakkının kapsamına sadece işçinin yalan söylediği durumlar değil, gerçek duruma ilişkin açıklama yapmak yerine susmayı tercih ettiği durumlar da dâhildir. Dolayısıyla işçinin aktif davranışları kadar pasif davranışları da bu hakkın içerisinde mütalaa edilmektedir.

İşçinin yalan söyleme hakkına aykırı davranışından söz edebilmek için, öncelikle hakkın kapsamının belirlenmesi gerekir. Bununla birlikte işçinin yalan söyleme hakkını, işverenin soru sorma hakkı ile işçinin aydınlatma yükümlülüğünden bağımsız olarak düşünmek mümkün olmadığından, hakkın sınırlarının yalnızca kendisinden hareketle belirlenmesi mümkün değildir.

36 Y7HD, E.2013/27510, K.2014/3891, T.13/02/2014, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4, s.291-292.

37 Benecke, § 33, Rn. 142; Hoffmann, Uwe; Gewerbeordnung: GewO (Hoffmann/Brüning/Storr/et al), 44. Edition, <https://beck-online.beck.de>, § 105, Rn. 138, (E.T. 12.03.2019).

38 Camastral, Claudia; Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rügger AG, Zürich 1996, s.201; Hoffmann, § 105, Rn. 142; Musileak/Hau, Rn. 419. Buna karşılık yalan söyleme hakkını, hakkın kötüye kullanılması yasağının bir uygulaması olarak gören görüş için bkz. Geiser, Thomas/Müller, Roland; Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2015, Rn. 238, s. 88.

32 Wolf, § 123, Rn. 3; Schwenzler, Rn. 38.04; Eren, s. 399; Oğuzman/Öz, s. 113; Tunçomağ, s. 360.

33 Wolf, § 123, Rn. 26.

34 Pellegrini, s. 6.

35 Tunçomağ, s. 361; Narmanlıoğlu, s. 439; Savaş, Fatma Burcu; İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 67.

Zira yalan söyleme hakkının sıfır noktasını, işverenin soru sorma hakkı veya işçinin aydınlatma yükümlülüğünün sona erdiği alan oluşturmaktadır³⁹.

a. İşverenin Soru Sorma Hakkı

Normal şartlar altında kendi çıkarını gözeterek (rasyonel) bir işverenden, işyerindeki mevcut (açık) iş pozisyonunu, en optimal şekilde doldurması; işletmenin verimliliği için, mesleki özellikleri, davranışları, verimliliği gibi hususlar açısından işe en uygun (TBK m. 419) işçi adayını tercih etmesi beklenir⁴⁰. Bu açıdan, işverenin soru sormaya ilişkin menfaatini, genel olarak sahip olduğu bilgilenme hakkının iş hukukundaki bir uzantısı olarak görmek gerekir. Zira kartların açık oynanmadığı iş görüşmelerinde işverenin, yalnızca işe başvuru evraklarından ve işçi adayının iyi yönlerini öne çıkaran açıklamalarından hareketle, mevcut aday hakkında yeterince bilgi sahibi olması mümkün değildir⁴¹. Bu nedenle işverenin, işçi adayının işe ve işyerine uygunluğunu tespit edebilmek için soru sorması gerekmektedir ve nitekim işverenin bu sorulara ilişkin menfaati, ilk aşamada hukuken korunabilir niteliktedir.

Bununla birlikte mesele, "işe uygunluk" kavramının içeriğini doldurmaya geldiğinde, bu kavramın, işverenin değer yargıları, subjektif değerlendirmeleri, belli bir gruba karşı ön yargıları gibi hukuki açıdan tasvip edilemeyen hususlardan etkilendiği görülmektedir. Bu etki ise iş görüşmesine katılan bireylerin kişilik haklarına müdahale teşkil etmenin de ötesine geçerek, belli bir veya birden fazla sosyal grubun, emek piyasasında tamamen dışlanması suretiyle sosyal dışlanma gerçeği ile yüzleşmeleri ihtimalini barındırmaktadır. Dolayısıyla ilk aşamada hukuken korunabilir nitelikteki işverenin bilgilenmeye yönelik menfaati, işçi adaylarının kişilik haklarına müdahale oluşturup, işçinin olumsuz

kişilik özellikleri nedeniyle işi elde etmesini engelleyecek boyuta ulaştığında, bu niteliğini kaybetmektedir. Bu nedenle işverenin bilgilenmeye yönelik menfaati ile işçi adaylarının kişilik haklarının korunması ve de olumsuz özellikleri nedeniyle işi kaybetme riskinden kaçınmaya yönelik menfaatleri arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir⁴² ki bu denge, işverenin soru sorma hakkı ve işçinin yalan söyleme hakkının sınırında oluşmaktadır. Bu dengeye göre işverenin, işçi adayının özelliklerine ilişkin bilgilenme menfaatinin, işçinin özel hayatının ve kişilik haklarının (kişisel verilerinin) korunmasına üstün geldiği durumlar, işverenin soru sorma hakkının kapsamında yer almaktadır. Buna karşılık işçinin özel hayatının ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatinin işverenin bilgilenmeye yönelik çıkarına üstün geldiği durumlar, işçinin yalan söyleme hakkı kapsamında mütalaa edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi içtihadında bu ayırım şu şekilde formüle edilmektedir; iş görüşmelerinde bir soru ancak iş ilişkisi bağlamında soruya verilecek olan cevaba ilişkin işverenin yasal, uygun ve korunmaya değer bir menfaati bulunduğu ölçüde korunur⁴³.

Her bir soru bakımından işverenin bu ölçüde bir menfaate sahip olup olmadığına yönelik genel geçer bir çözümün geliştirilmesi mümkün değildir. Zira bir sorunun, soru sorma hakkının içerisinde yer alıp almadığı, sözleşmenin niteliği, süresi, işçinin işyerinde üstleneceği görev, işyerinin niteliği gibi pek çok değişkene bağlıdır⁴⁴. Örneğin işyerinin eğilimli işyeri olması veya işin otantikliğinin korunması gibi oldukça istisnai durumlar, soru sorma hakkının katı bir şekilde

39 Savaş, s. 70.

40 Junker, Abbo; Grundkurs Arbeitsrecht, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2017, Rn. 149.

41 Junker, Rn. 149; Kamanabrou, Rn. 714.

42 Camastral, s. 198; Preis, Rn. 777; Kamanabrou, Rn. 714; Rehbinder/Stöckli, Rn. 35.

43 Örneğin bkz. BAG v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94.

44 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 49; Geiser/Müller, Rn. 231; Camastral, s. 199; Rehbinder, Manfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", İÜHFİM, C. 45, S. 1-4, s. 745-759, s. 752-753; Preis, Rn. 770; Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 151. Bu hususlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Rudolph, Roger; Stellenbewerbung und Datenschutz, Stämpfli Verlag, Bern 1997, s. 43-47.

sınıflandırılması önünde engel oluşturmaktadır. Bununla beraber, doktrinde bir görüş⁴⁵, işveren tarafından sorulması ihtimali bulunan soruları, genel mahiyette hukuka uygun sorular, sınırlı hukuka uygun sorular ve genel mahiyette hukuka aykırı sorular olmak üzere üç kategoriye ayırmaktadır. Bu kategorilerden ilki olan genel olarak hukuka uygun sorular kapsamında, işçinin mesleki yeterliliğine, eğitim durumuna, mesleki kariyerine yönelik sorular yer almaktadır⁴⁶. Sınırlı olarak hukuka uygun olan sorular ise normal şartlar altında işçinin menfaatinin üstün olduğu bir hususun, sözleşmede öngörülen işin yapılması veya çalışılacak işyeri açısından belirleyici bir öneme sahip olması halinde gündeme gelmektedir⁴⁷. Zira bu takdirde işverenin bilgilenmeye ilişkin menfaati, işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatine üstün gelmektedir. Bunun dışındaki koşullarda ise işverenin bu hususlara ilişkin soru sorması hukuken caiz görülmemektedir. Sınırlı olarak hukuka uygun sorulara örnek olarak, işçinin mevcut işi yapmasını önemli ölçüde güçleştirecek bir hastalığının veya yapılacak işle bağdaşmayacak bir sabıka kaydının bulunması gösterilmektedir⁴⁸. Son kategori olan genel olarak hukuka aykırı sorular ise yapılacak işin veya çalışılacak işyerinin önemi olmaksızın her durumda işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatinin üstün geldiği hususlara ilişkin sorulardır. Örneğin ATAD içtihadında hamileliğe ilişkin sorular, bu kapsamda sayılmaktadır⁴⁹.

b. İşçinin Aydınlatma Yükümlülüğü

Sözleşme görüşmeleri bakımından kural, görüşmecilerin sözleşmenin şans ve rizikolarını şahsen üstlenmeleridir⁵⁰. Başka bir deyişle sözleşme görüşmelerinde taraflar bizzat bilgi edinme yükümü altında olup, sözleşme ile ilgili gerekli gördükleri bilgilere karşı tarafın yardımı olmaksızın ulaşmalıdırlar⁵¹. Ancak istisnai olarak aydınlatma yükümlülüğünün kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklandığı durumlarda⁵², taraflardan her birinin, karşı tarafın sözleşmenin kurulması veya koşulları ile ilgili kararlarını etkileyebilecek konular hakkında doğru bilgi verme ve açıklamada bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu esas, iş sözleşmesi bakımından da aynen geçerlidir; dolayısıyla kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanmadığı müddetçe, işçi adayı kendisi ile ilgili hususlarda işvereni aydınlatmakla yükümlü değildir.

İş hukuku mevzuatı incelendiğinde aydınlatma yükümlülüğünün, esas olarak, işverenin işçileri bilgilendirmesi yükümlülüğü kapsamında düzenlendiği ve bunun da sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte yer alan hususlara (çalışma koşulları, işyerinin devri, toplu işçi çıkarma, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri vb. hakkında bilgilendirme) yönelik olduğu görülmektedir. Öte yandan iş görüşmesinde tarafların sözleşme öncesi döneme ilişkin aydınlatma yükümlülüğü yükleyen ayrı bir sözleşme yapmaları da pek olası değildir. Dolayısıyla normal şartlar altında iş görüşmesinde aydınlatma yükümlülüğünün ne kanuni ne sözleşmesel bir dayanağı-

45 Junker, Rn. 152.

46 Rehbindler, Rehbindler, Manfred; Grundriss des Schweizerischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, Stämpfli&Cie AG, Bern 1975, s. 33; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 86; Preis, Rn. 800. Aday işçiye önceki işine ilişkin kural olarak soru sorulamayacağına ilişkin görüş için bkz. Odaman, Serkan; "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", *Tekstil İşveren Dergisi*, Y. 2002, S. 274, s.40-43, s. 41.

47 Kamanabrou, Rn. 719.

48 Kamanabrou, Rn. 722.

49 ATAD, 04.10.2001 – C. 109/00 – (Tele Danmark v.Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)). Karar metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu>, (E.T. 17.03.2019). Türk hukukunda hâkim görüş, işin gerektirmesi halinde işçiye hamileliğe ilişkin soruların sorulabileceğini ifade ederken (Taşkent, s. 175; Sevimli, s.

154; Akyiğit, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s. 45); aksi görüş, hamileliğin işveren açısından kanunda yer alan koruyucu nitelikteki hükümler nedeniyle katlanılması gereken ek mali külfet yarattığını, bu nedenle işin niteliği gerektirmeksizin aday işçinin aydınlatma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmektedir. Bkz, Odaman, s. 41.

50 Junker, Rn. 150; Schmidlin, Art. 28/I-III, Rn. 62.

51 Preis, Rn. 772; Kamanabrou, Rn. 731; Rehbindler, s.755.

52 Junker, Rn. 150; Rehbindler, s.755; Ertürk, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Kitabevi, Ankara 2002, s.65; Yürekli, s.566.

nın bulunduğu, bu yükümlülüğünün dürüstlük kuralından kaynaklandığı ölçüde varlığını sürdürdüğü söylenebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki aydınlatma yükümlülüğünün yalnızca dürüstlük kuralından kaynaklanıyor olması, kapsamının da dar olması sonucunu doğurmamaktadır. Özellikle iş sözleşmesi gibi karşılıklı ve yoğun güvene dayalı sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerde dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, taraf çıkarlarının daha fazla çatışma içerisinde bulunduğu sözleşmelere (örneğin satım sözleşmesi) nazaran daha geniştir⁵³.

Aydınlatma yükümlülüğünün dürüstlük kuralından kaynaklanabilmesi için kural olarak iki şarta ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar; (i) bir sözleşme görüşmecisinin, karşı tarafın katılımı olmaksızın kendiliğinden bilgi edinmesinin veya edindiği bilgiyi anlamlandırmasının mümkün olmadığı bir hususun, (ii) sözleşmenin kurulması kararının verilmesinde önem taşımasıdır⁵⁴. Dolayısıyla sözleşme görüşmecisi kendiliğinden bilgiyi edinebiliyor veya anlamlandırabiliyor yahut söz konusu bilgi sözleşmenin kurulması kararının verilmesinde önem taşıyorsa, karşı tarafın aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla beraber aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işçiden çoğunlukla şahsı (*sübjektif ve objektif kişilik özellikleri*) ile ilgili açıklama yapması beklenildiğinden, bu yükümlülüğünün işçinin kişilik haklarına müdahale oluşturmayacak bir şekilde yeniden formüle edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda işçinin dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğünün çerçevesi şu şekilde çizilebilir: İşverenin, işçi adayının katılımı olmaksızın bilgi edinmesinin olanaksız bulunduğu ve işçinin özel yaşamı ve kişilik hakları ile kıyaslandığında işverenin sözleşmenin kurulması kararı açısından daha ağır basan haklı bir menfaatinin bulunduğu hususlar⁵⁵ aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Başka

bir ifadeyle, işçinin aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmenin kurulması kararı açısından işverenin bilgilendirme hakkının işçinin kişilik haklarından daha fazla korumaya ihtiyaç duyduğu ve işverenin kendi başına öğrenmesinin mümkün olmadığı bilgileri içermektedir.

Bu tanımdan hareketle işçinin aydınlatma yükümlülüğü ile işverenin soru sorma hakkının kapsamının birbirine eş olduğu düşünülebilir. Zira işverenin soru sorma hakkının sınırını da işçinin özel yaşamı ve kişilik haklarına üstün gelen bir menfaatinin bulunması oluşturmaktadır. Bununla beraber bu iki kurum arasındaki farkı, işverenin sahip olduğu menfaatin yoğunluğu oluşturmaktadır. Gerçekten de, işverenin soru sorma hakkıyla korunan menfaati, işçiye ilişkin bilgilendirme menfaatidir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması kararının alınmasında doğrudan olmasa da, yan rol oynayacak bilgiler de soru sorma hakkının içerisinde yer almaktadır. Buna karşılık aydınlatma yükümlülüğü yalnızca sözleşmenin kurulması kararını doğrudan etkileyecek olgulara ilişkindir. Bu anlamda aralarında edinilmeye çalışılan bilgilerin niteliği bakımından bir yoğunluk farkı bulunmaktadır⁵⁶.

Bir bilginin aydınlatma yükümlülüğüne yol açacak yoğunlukta bir önem taşıması için söz konusu hususun ya işçinin sözleşmede öngörülen işi ifa etmesini önemli ölçüde güçleştirmesi ya da işyeri için belirleyici bir öneme sahip olması gerekmektedir⁵⁷. Bu anlamda sahip olduğu epilepsi hastalığı nedeniyle sık sık bayılma nöbeti geçiren pilot adayının⁵⁸, yoğun fiziksel çalışma gerektiren bir iş için başvuran AIDS hastasının⁵⁹,

56 Aksi yönde görüş için bkz. Kamanabrou, Rn. 720.

57 Grüning, Grüning, Reiner; Datenschutz, Diskriminierungsschutz, Compliance – Wie frei ist der Arbeitgeber bei der Einstellung?, içinde Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht, Nomos, Baden-Baden 2012, s. 11-29, s. 24.

58 Junker, Rn. 150.

59 Zira iyileşme ihtimali bulunmayan bu hastalığın, çalışma gücünün olumsuz etkilediği tahmin edilebilir bir durumdur. Buna karşılık AIDS hastası olmamakla beraber HIV enfeksiyonu taşıyan bir adayın, bu hususa ilişkin bir açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır (Kamanabrou, Rn. 723). Hastalık ve sakatlığa ilişkin sorular hakkında detaylı bilgi için bkz. Caniklioğlu, Nurşen; Has-

53 Wolf §123, Rn. 6; Schwenger, Rn. 38.06; Eren, s. 399; Tunçomağ, s. 358; Yıldırım, s. 109.

54 Schmidlin, Art. 28/I.-III, Rn. 32; Musileak/Hau, Rn. 418.

55 Kamanabrou, Rn. 723.

ceza kovuşturması kapsamında hakkında her an hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi ihtimali bulunan adayın⁶⁰ ortak noktası, taşıdıkları bu özelliklerin, sözleşmede öngörülen işin ifasını önemli ölçüde güçleştirmesidir. Buna karşılık, ayak mantarı bulunan bir pilot adayının⁶¹, yoğun fiziksel çalışma gerektiren iş için başvuran HIV pozitif adayın⁶², hakkında idari soruşturma sürdürülen bir adayın ortak noktası ise bu bilgilerin gizli kalmasındaki yararlarının, işverenin bilgi edinme isteğinden daha fazla korumaya ihtiyaç duymasıdır. Dolayısıyla ilk örnekteki işçi adaylarının sahip oldukları bu özellikleri kapsamında bir aydınlatma yükümlülüklerinin bulunduğu, ikinci örnektekiler içinse en azından bu özelliklerine ilişkin susmanın aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği söylenebilir.

İşyeri için belirleyici olan bilgilere ise, eğilimli işyeri niteliği taşıyan bir siyasi partinin basın sözcülüğü pozisyonunda istihdam edilmek üzere başvuran işçi adayının *politik görüşü*⁶³ veya zimmet suçundan sabıkalı olup da bir işyerinin muhasebe bölümünde çalışmak isteyen adayın *sabıka kaydı* örnek gösterilebilir⁶⁴. Bu kişiler açısından bir aydınlatma yükümlülüğü söz konusu iken, aynı siyasi partinin genel merkezinde gece bekçisi olarak çalışmak isteyen adayın politik görüşü ile trafik güvenliğini tehlikeye düşürmekten sabıkalı olup da yine muhasebe bölümün-

de çalışmak isteyen adayın sabıka kaydı⁶⁵, işyeri için belirleyici bir öneme sahip olmadığından, aydınlatma yükümlülüğüne yol açmamaktadır. Yine bulaşıcı hastalıklar, işyeri için belirleyici nitelikte bir olgu niteliği taşımaktadır⁶⁶.

İşçi adayının sahip olduğu bir özelliğin, işverenin sözleşme kurma kararı açısından önem taşıması konusunda dikkat çeken bir nokta, ilgili özelliğin geçici nitelikte olmamasının gerekesidir. Başka bir ifadeyle işçi adayının sahip olduğu niteliğe ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün bulunması için, bu niteliğin işin görülmesini sürekli bir şekilde önemli ölçüde güçleştirmesi veya işyeri için belirleyici öneminin sürekli bir şekilde devam etmesi gerekmektedir. Bu anlamda Alman Federal İş Mahkemesi'nin hamileliğe ilişkin olarak uzun zamandır sürdürdüğü içtihadında vurguladığı üzere, belirsiz süreli iş sözleşmesinde işçinin hamilelik nedeniyle çalışmasının yasak olduğu dönemde ortaya çıkan geçici iş gücü eksikliği, iş sözleşmesinde uzun dönemde sağlanan dengeye bir zarar vermemektedir⁶⁷.

Kanaatimizce bu görüş, yalnızca hamilelik için değil belirsiz süreli iş sözleşmesinde ortaya çıkabilecek geçici çalışma engellerinin tamamına teşmil edilebilir niteliktedir. Bu anlamda örneğin yakın bir tarihte çok uzun olmamakla beraber belli bir istirahat süresi gerektiren bir cerrahi operasyon geçirileceğinin veya kısa dönem askerlik için birliğe teslim olunmasının gerektiğinin, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işverene bildirilmesine gerek yoktur⁶⁸. Özellikle bu belirleme yapılırken, işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkını kullanamayacağı durumlar kıstas olarak (İş Kanunu m. 25/1, m. 31/1 gibi) kullanılabilir. Buna karşılık yine kana-

talığın ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 265 vd.

60 Hoffmann, § 105, Rn. 159; Preis, Rn. 806.

61 Junker, Rn. 150.

62 Geiser/Müller, Rn. 232, s. 88. Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda tekstil işyerinde baskı ustası olarak çalışan davacının işi ve çalışma yeri göz önüne alınarak, davacı işçinin tek böbrekli olması, fakat işe başvururken doldurduğu formda bunu işverene bildirmemesinin haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir (Y9HD, E.2009/39002, K.2011/50334, T.29.12.2011).

63 Kamanabrou, Rn. 723; Camastral, s.199.

64 Reh binder, Arbeitsrecht, s. 33; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 88. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda da bu hususa dikkat çekilmiş ve güvenlik görevlisi olarak işe giren işçinin sabıkası bulunmadığına ilişkin yalan beyanda bulunmasının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açacağı belirtilmiştir (Y9HD, E. 1997/19393, K. 1998/432, T. 22.01.1998, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs Haziran 1998, s.15).

65 Hoffmann, § 105, Rn. 158.

66 Reh binder, Arbeitsrecht, s. 33; Savaş, s. 71.

67 Hoffmann, § 105, Rn. 146. Alman Federal İş Mahkemesi'nin hamileliğe ilişkin içtihadının gelişim seyri hakkında detaylı bilgi için bkz. Hoffmann, § 105, Rn. 140 vd.

68 Aksi yönde olarak bir görüş işçinin gelecek yıl içerisinde askere gidip gitmeyeceğine veya bir tedavi görüp görmeyeceğine ilişkin sorunun, işverenin işyerinin çalışma planını hazırlaması amacıyla hizmet ettiği için hukuka uygun olduğunu belirtmektedir (Pellegrini, s. 146-147; Reh binder, s. 753; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 88).

atimizce belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu olduğunda iş sözleşmesinin süresi ile geçici çalışma engeli nedeniyle çalışılmayacak sürenin büyük oranda iç içe geçmesi halinde, mevcut olan çalışma engeli sözleşmede öngörülen işin yapılmasını önemli ölçüde güçleştirmektedir ve bu nedenle aday işçinin bu bilgiyi açıklaması zorunludur. Ancak Avrupa Topluluğu Adalet Divanı 2001 yılında verdiği bir kararda⁶⁹, dolaylı olarak, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından işçi adayının hamileliğinin, sözleşme süresinin önemli bir kısmında çalışmasını engelleyecek olsa dahi işçi adayı açısından bir aydınlatma yükümlülüğüne neden olmadığı kanaatinde olduğunu belirtmektedir⁷⁰.

E. Sözleşmenin Esaslı Noktalarına Yönelik Olması

İş Kanunu m. 25/II,(a)'da, işçinin, sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli olan vasıflar veya şartlar hakkında hileli davranışlarda bulunmasının ya da gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söylemesinin, işverene haklı nedenle fesih hakkı vereceği düzenlenmiştir. Hükümde yer alan, "sözleşmenin esaslı noktalarından biri" ifadesi, yukarıda da değinildiği üzere, hilenin meydana gelmesi için değil sadece haklı nedenle fesih hakkının doğumu açısından bir unsur niteliği taşımaktadır.

Hükümün lafzında geçen "vasıflar veya şartlar" ibaresi ile kastedilen, işverenin iş sözleşmesi kurma ya da en azından mevcut şartlarla iş sözleşmesini kurma konusundaki iradesini şekillendiren her türlü husustur. Bu hususların başındaysa işçinin vasıfları gelmektedir; zira işvereni sözleşmeyi yapmaya yönelten esas se-

bep, çoğunlukla, işçinin sahip olduğu varsayılan vasıflarıdır. İşçinin vasıfları, işverenin sözleşmeyi kurma iradesini oluştururken, işçinin sahip olduğunu varsaydığı her türlü objektif ve subjektif nitelikleridir. Bu kapsamda, işçinin fiziksel durumu, mesleki kıdemi, eğitimi, yabancı dil bilgisi, işe yatkınlığı, verimliliği, çalışma arkadaşlarına tutumu⁷¹ gibi subjektif ve objektif kişisel özelliklerinin yanı sıra çalışma izninin olup olmadığı, eski iş sözleşmesinin nasıl sona erdiği, bir rekabet sözleşmesine taraf olup olmadığı⁷² gibi hukuki durumunu ilgilendiren pek çok husus sayılabilir⁷³. Diğer yandan işçinin vasıfları ile ilgili olmamakla beraber, işvereni iş sözleşmesi yapmaya sevk eden başka faktörler de bulunabilir ki bunların başında işçinin ücreti gelmektedir. Bu gibi hususlar da, iş sözleşmesinin kurulmasında hileye neden olabilmektedir.

İşçinin hilesinin, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden teşkil edebilmesi için sözleşmenin esaslı noktalarından birisi üzerinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla burada şu sorunun cevabı bulunmalıdır; iş sözleşmesinin esaslı noktalarından anlaşılması gereken nedir?

Klasik bir yaklaşımla, iş sözleşmesinin esaslı noktalarının, sözleşmenin objektif esaslı unsurları ve subjektif esaslı unsurları olduğu söylenebilir. Objektif esaslı unsurlar, kanunda sözleşmenin kurulması için zorunlu olduğu kabul edilen ve sözleşmeye tipini veren unsurlardır⁷⁴. Bu tanıma göre iş sözleşmesinde objektif esaslı unsurlar, iş görme, ücret ve bağımlılıktır. Subjektif esaslı unsurlar ise, objektif esaslı unsurların dışında kalan ve esasında yan nokta niteliğinde olmasına rağmen, irade özerkliğinin bir sonucu olarak tarafların sözleşmenin kurulması için üzerinde anlaşılmasını zorunlu hale getirdikleri unsurlardır. Bir yan noktanın subjektif esaslı unsur haline geldiğinden söz edilebilmesi için ya sözleşme görüşmecilerinin birlikte kararlaşmalarını ya da görüşmecilerden birinin karşı tarafın anla-

69 ATAD, 04.10.2001 – C. 109/00 – (Tele Danmark v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)). Karar metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu>, (E.T. 17.03.2019).

70 Bu kararda, belirli süreli iş sözleşmesi ile işe alınan bir işçinin, sözleşme kurulurken bilmesine rağmen işverene bildirmediği hamileliği nedeniyle iş sözleşmesinin önemli bir döneminde çalışmamasından ötürü sözleşmesinin feshedilmesi, ayrımcılık yasalarına aykırılık oluşturmasından ötürü haksız bulunmuştur (ATAD, 04.10.2001 – C. 109/00, §19, § 26 ve § 27).

71 Grüning, s. 24.

72 Rehbindler, s.754; Ertürk, s.67.

73 Kamanabrou, Rn. 785; Preis, Rn. 939.

74 Eren, s. 234; Kocayusufpaşaoğlu, s. 174-175.

yabileceği bir beyan veya davranış ile bu noktayı sözleşmenin olmazsa olmaz şartı sayması gerekmektedir⁷⁵.

Bu açıklamaya göre, iş sözleşmesinde öngörülen işin yazılım mühendisliği olduğu bir örnekte, belli bir yazılım dilinin (*Javascript, Php, C* gibi) bilinmesi, sözleşmenin objektif esaslı unsuru niteliğini (iş görme unsuru) taşımaktayken, işçinin çalışırken kendi şahsi bilgisayarını kullanacak olması kural olarak bir yan nokta niteliği taşımaktadır (TBK m. 413/1). Bununla birlikte tarafların kanunun emredici hükümlerine -bu kapsamda özellikle ayrımcılık yasaklarına- ve genel olarak TBK m.27'ye aykırı davranmadığı müddetçe, bir yan noktayı sözleşme için subjektif esaslı unsuru sayması mümkündür. Dolayısıyla bu örnek açısından işçinin kendi şahsi bilgisayarını işe özgülemesi kadar, işin ifası için objektif açıdan gerekli olmayan yabancı dil bilgisi, ehliyet sahibi olmak⁷⁶ ve hatta tartışmalı olmakla beraber sigara kullanmamak⁷⁷ gibi vasıfları da subjektif esaslı unsur niteliği kazanabilir. Zira işverenin, hukuki sınırlara uygun davrandığı müddetçe istediği işçi adayı ile çalışmayı tercih etmesi, sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir. Bu yaklaşım gereğince işçinin, sözleşmenin objektif esaslı noktaları yanında mevcut sözleşme için subjektif esaslı unsur sayılan herhangi bir nokta hakkındaki hilesi de esaslı hile niteliği taşır.

Kanaatimizce böyle bir kabul iki sakıncayı beraberinde getirmektedir. İlk olarak, bir yan noktanın subjektif esaslı unsur niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi, subjektif bir değerlendirme yapılmasını gerektirdiğinden, bu tes-

pitin yapılması oldukça zordur. İkinci olarak -ki bu daha önemli bir sakıncadır- bir yan noktanın subjektif esaslı unsur sayılması için karşı tarafa bildirilmesi şartı arandığından, bu yaklaşım sözleşme görüşmelerinde Kocayusufpaşaoğlu'nun deyişiyle "çok konuşmaya meraklı aldatılanları, az konuşanlara nazaran daha avantajlı duruma sokan bir çözüm"⁷⁸ niteliği taşımaktadır. Gerçekten de, bu yaklaşımın kabul edilmesi halinde, sözleşme görüşmesi sürecinde gerekli gereksiz pek çok vasfı sözleşmenin kurulması için olmazsa olmaz unsur haline getiren bir işveren, İş Kanunu m. 25/II,(a)'nın sağladığı hukuki imkândan, görüşme sürecinde makul davranan işverenlere nazaran daha fazla istifade etmektedir.

Burada ikinci bir yaklaşım olarak, iş sözleşmesinin objektif gerekliliklerinin esaslı noktalara yönelik hile, bunun dışındaki hususlara ilişkin hilenin ise esaslı olmayan noktalara yönelik hile olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Türk iş hukuku doktrininde bu şekilde adlandırılmamasına rağmen, esas olarak bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Nitekim literatürde sıklıkla başvurulan⁷⁹ ve Yargıtay'ın da bir kararına konu olan⁸⁰ *yabancı dil* örneği, aslında bu yaklaşımın

78 Kocayusufpaşaoğlu, s. 406.

79 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 598; Savaş, s. 68; Yürekli, s. 574.

80 "Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının 09.02.2004 tarihinde işyerinde kalite kontrol görevlisi olarak istihdam edildiği, 16.08.2004 tarihinde İngilizce bilmediği halde bildiğini beyan ederek işvereni yanılttığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işyerinde yeteri kadar kalite kontrol elemanı olmasına rağmen İngilizce bildiğini belirten davacının yurtdışına satılan malların kalite standartlarını kontrol etmesi için işe alındığını savunmuştur. Davacının işe alınırken işverence mülakata tabi tutulduğu, lise mezunu olan davacının tercüme seviyesinde yabancı dil bilip bilmediği konusunda test edilmediği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının yabancı dil seviyesinin sözleşmenin esaslı unsuru olduğundan bahsedilemez. Diğer yandan sırf İngilizce bildiği için işe alındığı savunulan davacının yabancı dil bilgisine altı ay kadar ihtiyaç olmaması da olağan değildir. İş talep formundaki "yabancı diliniz var mı" sütununun karşısına "İngilizce" yazmak davacının tercüme gibi ileri seviyede yabancı dil bildiği anlamına gelmez. Dolayısıyla feshin haklı ya da geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmakla davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.". Karar için bkz. Y9HD, E.2005/25404, K.2005/30569, T.19.0.2005, Legalbank.

75 Eren, s. 235; Kocayusufpaşaoğlu, s. 175-176; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 840.

76 Doktrinde aksi yönde bir görüş işçiye, eğer iş ile ilgili değilse ehliyetinin bulunup bulunmadığına ilişkin soru sorulamayacağını ifade etmektedir (Kamanabrou, Rn. 720).

77 Doktrinde bir görüş işçiye sigara içip içmediğine ilişkin soru sorulamayacağını ifade etmektedir (Geiser/Müller, Rn. 232). Buna karşılık Yargıtay'ın bir kararında işçinin sigara içip içmediğine ilişkin soruya yanlış cevabı, taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen bir husus olarak değerlendirilmiştir (Y9HD, E. 2006/4640, K. 2006/7155, T. 21.03.2006, Legalbank).

bir tezahürüdür. Bu örnek gereğince, yapılacak işin iyi seviyede yabancı dil bilgisi gerektirdiği durumlarda, işçinin yabancı dil bilgisinin bulunduğuna ilişkin hilesi, sözleşmenin esaslı noktalarına yönelik bir hile teşkil edecektir. Buna karşılık işverenin sözleşmenin kurulması için yabancı dil bilgisini subjektif esaslı unsur olarak addetmesinin bir önemi olmaksızın, orta seviye yabancı dil bilgisinin yeterli olduğu bir iş için, işçinin yabancı dil bilgisinin bulunduğuna ilişkin hilesi, sözleşmenin esaslı noktalarına yönelik bir hile niteliği taşımayacaktır.

Kanaatimizce bu yaklaşım da, çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. İlk olarak bu yaklaşım, hileye karşı korunmaya çalışılan menfaatin irade özerkliği olduğunu göz ardı etmektedir. Zira burada önemli olan sözleşmenin objektif gereklilikleridir; oysaki işveren sıklıkla yinelediğimiz gibi hukuk kurallarının içerisinde kalmak şartıyla dilediği işçi adayıyla sözleşme kurma hakkına sahiptir. Nitekim işçinin aydınlatma yükümlülüğüne rağmen işverene soru sorma hakkının tanınmasının sebebi de, iş sözleşmesinin yapılması için objektif açıdan gerekli niteliklerin yanında işverenin kendisi açısından gerekli nitelikleri taşıyan işçi adayını tespit ederek, iş sözleşmesini kurmasıdır. Bu yaklaşımın bir diğer olumsuz etkisi, işverenin soru sorma hakkının etkisizleşmesine yol açmasıdır. Bu görüş kabul edildiğinde, işin yapılmasını önemli ölçüde güçleştirmeyen veya iş için belirleyici bir öneme sahip olmayan hususlara ilişkin işverenin soru sorma hakkını kullanması ve işçinin bunlara ilişkin gerçeğe aykırı beyanları, İş Kanunu m. 25/II,(a) kapsamında düşünülemez ve işverenin soru sorma hakkı etkisizleşecektir.

Öte yandan bu görüş, doğası gereği değişikliğe meyilli olan iş sözleşmesinin, bu doğasını da göz ardı etmektedir. Zira işveren, bir iş sözleşmesi kurarken yalnızca mevcut koşullar çerçevesinde bir değerlendirme yapmak zorunda değildir. Kaldı ki normal şartlar altında rasyonel bir işverenin, yalnızca mevcut koşullara en uygun adayı değil, ayrıca işletmesinin müstakbel ve muhtemel koşullarını da dikkate aldığına,

kendisini bu koşullara uyarlaması daha kolay olan bir işçi adayı ile sözleşme yapmayı tercih edeceği söylenebilir. Bu söylediğimiz çerçevede yabancı dil örneği tekrar ziyaret edilecek olursa; yerli turistlere hizmet veren bir otelde misafir karşılama görevlisi olarak çalışmak üzere işe alınacak bir işçiden sahip olması beklenen yabancı dil bilgisi, esas olarak aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değildir ve işçinin bu konuya ilişkin bir açıklama yapması gerekmez. Bununla birlikte işverenin yakın bir gelecekte olmamasına rağmen, belli bir zaman sonra yabancı turistlere de hizmet vermeyi düşünmesi nedeniyle, işçiye buna ilişkin sorular sorması, kanaatimizce soru sorma hakkı çerçevesinde mümkündür. Dolayısıyla işçinin bu sorulara gerçeğe uygun cevap vermemesi halinde, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmekte; öte yandan işverenin bu gerçeğe aykırı bilgiden ötürü diğer işçi adayları arasından bu adayı tercih ederek sözleşme kurması halinde illiyet bağı da kurulmaktadır. Başka bir ifadeyle hile için aranan tüm unsurlar, somut olayda meydana gelmektedir. Böyle bir durumda hilenin haklı nedenle feshe imkân vermediğinin söylenmesi, çok da mümkün gözükmemektedir.

Kanaatimizce esaslı nokta ifadesinin içeriği doldurulmaya çalışılırken benimsenmesi gereken yaklaşım, borçlar hukuku doktrininde mevcut olan ve hilenin sözleşme üzerindeki etkisinden hareketle yapılan asli hile-feri hile ayırımıdır⁸¹.

81 Esasında bu ayırım gerek Alman gerekse Türk-İsviçre borçlar kanunlarında yer almayan bir ayırımdır. Nitekim bu kanunlara göre sözleşmenin kurulmasındaki hile, ister asli hile, isterse ferî hile şeklinde ortaya çıksın, aldatılan tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımaktadır. Buna karşılık Fransız hukukunda hile nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için, hilenin mutlaka asli hile şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Nitekim Fransız Medeni Kanunu m. 1116'da bu durum; "*Hile ancak taraflardan birinin hileli davranışları olmasaydı karşı tarafın sözleşme kurmayacağını açık olması halinde sözleşme için iptal sebebidir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde İtalyan hukukunda da, hilenin ancak asli hile olması halinde aldatılana iptal hakkı vereceği belirtilmektedir (Kocayusufoğlu, s. 462). Ancak önemle ifade etmek gerekir ki Türk Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu ayırımın, kanunun açık hükmü kapsamında Türk iş huku-

Kısaca bu ayrımı açıklayacak olursak; aldatılan tarafın gerçek durumu bilseydi sözleşmeyi hiç kurmayacağına söylenebildiği durumlarda asli hile gerçekleşmektedir. Buna karşılık aldatılan tarafın gerçek durumu bilseydi dahi mevcut sözleşmeyi kuracağı ancak bu sözleşmede kendisinin daha lehine şartlara yer vereceğinin söylenebildiği durumlarda ferî hile meydana gelmektedir⁸². Buna göre işçinin hilesi olmasaydı işverenin iş sözleşmesini hiç kurmayacağı durumlarda, hilenin sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olduğu; buna karşın sözleşmeyi kurmakla beraber kendisinin daha lehine olan şartlara yer vereceği durumlarda ise hilenin esaslı olmayan noktalara ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla işverene İş Kanunu m. 25/II,(a) anlamında haklı nedenle fesih hakkı veren hile, asli hile olup; ferî hile, bu hüküm kapsamında yer almamaktadır.

Her üç yaklaşım arasındaki farkı belirginleştirmesi ve önerimizi somutlaştırması açısından, işçinin önceki işinde aldığı ücretin, sözleşme görüşmelerinde bir kıstas olarak kullanıldığı iş görüşmelerinden hareket edilebilir⁸³. Aksi yönde görüşler bulunmakla beraber⁸⁴, iş görüşmelerinde kural olarak işçinin eski işinde aldığı ücrete ilişkin bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmadığı gibi, işverenin bu hususa ilişkin soruları da hukuka aykırı soru niteliği taşımaktadır⁸⁵. Bununla beraber iş görüşmesinde işçinin eski işinde aldığı ücretin bir alt sınır ya da farklı bir kıstas olarak belirlendiği durumlarda veya ücretin, işçinin nitelikleri hakkında bir çıkarım yapma imkânı vermesi halinde bu hususlara ilişkin işçinin ay-

dınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁶.

Buna göre örneğin işverenin “*eski işinizde aldığınız ücretin 1000 TL fazlasına sizinle iş sözleşmesi kurmaya hazırım.*” şeklindeki önerisine, işçinin gerçeğe aykırı olarak eski işinde aldığı ücretten fazlasını belirtmesi halinde diğer iki yaklaşım bakımından sözleşmenin esaslı noktalarında hile gerçekleşmektedir. Nitekim ilk yaklaşım bakımından ücret, sözleşmenin objektif esaslı unsuru olmasından ötürü, esaslı noktadır; ikinci yaklaşım açısından işçinin ücreti, sözleşmenin objektif gerekliliklerinden olduğundan esaslı nokta teşkil etmektedir⁸⁷. Bununla beraber bizim önerimiz bakımından somut olaydaki hile, sözleşmenin esaslı noktalarında gerçekleşmemektedir. Zira söz konusu örnekte işverenin, gerçek durumu bilseydi dahi, sözleşmeyi kuracağı, yalnızca ücret ödeme borcu açısından daha lehine koşullara yer vereceği söylenebilmektedir. Bu nedenle buradaki hile; asli hile değil, ferî hile niteliği taşımaktadır ve işverenin İş Kanunu m. 25/II,(a)’ya dayanarak iş sözleşmesini feshetmesini engellemektedir.

Bu yaklaşım bakımından işverenin bir zarara uğramasının veya uğradığı zararın boyutunun bir önemi yoktur; önemli olan işverenin karar alma özgürlüğüne ne ölçüde müdahalede bulunulduğudur. Dolayısıyla bu yaklaşımın hareket noktasını, işverenin gerçek durumu bilseydi, sözleşmeyi kurma iradesinin nasıl şekilleneceğinin tespiti oluşturmaktadır. Bu durum ise ister istemez, işverenin farazi (varsayılan) iradesinin araştırılmasını gerekli kılmaktadır. Zira işverenin, işçinin hilesi olmasaydı nasıl davranacağını gerçekten tespit edilmesi çoğu somut olay açısından mümkün değildir; bu nedenle işverenin gerçek iradesinin yerine geçecek bir irade araştırılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki işverenin gerçek iradesinin tespit edilebildiği durumlarda,

kunda kabul edilmesi bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır.

82 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kurşat, s. 58-59; Oğuzman/Öz, s. 112.

83 Benzer bir tartışma için Pellegrini, s. 90-91.

84 İşçiye bu soruların sorulabileceğini belirten görüş için bkz. Rehbindler/Stöckli, Rn. 36

85 Türk hukuku için bkz. Eyrenci, s. 251-252; Ertürk, s. 67; Odaman, s. 41; Alman hukuku için bkz. Kamanabrou, Rn. 722; Preis, Rn. 802; Lingemann, Stefan/ von Steinau-Steinrück, Robert/Mengel, Anja; Employment&Labor Law in Germany, C. H. Beck, München 2012, s. 13; İsviçre hukuku için bkz. Rudolph, s. 57; Geiser/Müller, Rn. 232, s. 86.

86 Kamanabrou, Rn. 722; Preis, Rn. 802; Lingemann/Steinau-Steinrück/Mengel, s. 13

87 Türk hukukunda ücrete ilişkin hilenin haklı nedenle feshe yol açacağı hakkında örneğin bkz. Eyrenci, s. 252; Odaman, s. 41.

farazi iradeye başvurulamaz⁸⁸. Örneğin sözleşmenin geçerliliğini, işçinin sağlık muayenesinin olumlu sonuçlanmasına bağlayan bir şartın bulunduğu bir iş sözleşmesi bakımından, işçinin muayene sonuçlarına ilişkin hilesi bulunmasaydı, işverenin sözleşmeyi kurmayacağına yönelik gerçek iradesi tespit edilebilmektedir.

İşverenin farazi iradesinin tespitinde, farazi iradenin araştırıldığı diğer hukuki kurumlara (sözleşmenin tamamlanması, yorumlanması, kısmi hükümsüzlüğün sözleşmeye etkisinin belirlenmesi gibi) ilişkin geliştirilen ölçütlerden yararlanılabilir. Bu hukuki kurumlara ilişkin olarak geliştirilen ve doktrinde hâkim olan "iki aşamalı farazi iradeler" görüşü gereğince, öncelikle sözleşmenin amacı, işverenin sözleşmeden beklentileri, taraflar arasındaki iş ilişkisi gibi subjektif unsurların normatif bir şekilde ölçümü suretiyle, somut işverenin gerçek durumu bilseydi rasyonel kararının ne olacağı tespit edilmelidir⁸⁹. Ancak bu subjektif unsurlardan hareket edilebilmesi için, tarafların sözleşmede yer verdikleri diğer benzer hükümler, iş görüşmesi kayıtları, iş görüşmesinde tarafların üstünde durdukları hususlar, işverenin takındığı tavır ve davranışları ile soru sorma hakkını kullanım biçimi gibi açık bağlantı noktalarına ihtiyaç vardır⁹⁰. Buna karşılık, subjektif unsurların sözleşmeye hiç yansımadağı, yani açık bir bağlantı noktasının bulunmadığı durumlarda, dürüstlük kuralı, işin mahiyeti ve teamüllerden hareketle makul ve dürüst herhangi bir işverenin gerçek durumu bilseydi rasyonel davranışının ne olacağı tespit edilmelidir⁹¹. Öte yandan bu tespit, uyuşmazlığın çıktığı andaki koşullar değil, sözleşme kurulurken mevcut olan koşullar dikkate alınarak yapılmalıdır⁹².

88 Busche, Jan; Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, C. H. Beck, München 2018, §139, Rn. 29; Aksoy Dursun, Sinem; Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 101.

89 Busche, § 139, Rn. 31; Kırkbeşoğlu, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 193 vd.

90 Detaylı bilgi için bkz. Aksoy Dursun, s. 101 vd.

91 Aksoy Dursun, s. 105; Kırkbeşoğlu, s. 194.

92 Busche, § 139, Rn. 31.

II. İşçinin Hilesinin Sonuçları

İş sözleşmesinin kuruluşunda işçinin hilesinin sonuçları iki noktada toplanabilir. Bunlardan ilki, hilenin sözleşmenin akıbetine etkisidir. Hilenin, irade özerkliği ile ilişkisi dikkate alındığında, esasında bu etkinin, hilenin temel sonucu olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle işçinin hilesinin bulunduğu her durumda bu sonucun tartışılması gerekmektedir. Diğer yandan işçinin hilesinin, aynı zamanda işverenin bir zararına neden olduğu durumlarda, hilenin ikinci sonucu olan işverenin tazminat talebine etkisi gündeme gelir.

1. Hilenin İş Sözleşmesinin Akıbetine Etkisi

İş Kanunu m. 25/II,(a)'da yalnızca sözleşmenin esaslı noktalarına atıf yapılarak, bir bakıma iki hile türü arasında bir ayırım yaratılmıştır. Bu nedenle işçinin hilesinin sözleşmenin akıbeti üzerindeki sonuçları bu ayırım kapsamında incelenecektir.

A. Asli Hile Halinde

Asli hilenin iş sözleşmesinin akıbetine etkisi bakımından tartışma yaratan husus, İş Kanunu m. 25/II anlamında haklı nedenle fesih hakkının yanı sıra TBK m. 39 gereğince iptal hakkının da kullanılıp kullanılmayacağıdır.

Alman ve İsviçre hukuklarında hâkim olan görüş, işçinin hilesi halinde, işverenin iptal hakkının yanı sıra haklı nedenle fesih hakkını da kullanabileceğini, başka bir ifadeyle her iki hakkın bir arada varlığını sürdürdüğünü belirtmektedir⁹³. Bu görüşün dayanak noktası olarak, bu iki hukuki kurumun veya hakkın, farklı amaçlara hizmet etmesine ve farklı hukuki kaynaklarının bulunmasına işaret edilmektedir. Nitekim iptal hakkının kaynağı, iş sözleşmesinin kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulması anında sakatlanan iradenin düzeltilmesidir. Buna kar-

93 Pellegrini, s. 82; Rudolph, s. 130; Rehbinder/Stöckli, Rn. 41; Benecke, § 33, Rn. 146; Hoffmann, § 105, Rn. 139; Kamanabrou, Rn. 784; Preis, Rn. 930.

şılık haklı nedenle fesih hakkı, iş sözleşmesinin kurulmasından sonraki süreçte sözleşmenin ifasının aldatılan açısından beklenilemez olmasından kaynaklanmaktadır⁹⁴. Öte yandan İsviçre hukukunda hilenin, iptale neden olması için esaslı olup olmamasının önem taşımadığı, buna karşılık haklı nedenle fesih için mutlaka esaslı bir hilenin bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁵.

Türk hukuku bakımından hile nedeniyle hem iptal hakkının hem haklı nedenle fesih hakkının kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, Türk hukukunda da haklı nedenle fesih hakkının yanı sıra iptal hakkının kullanılabilirliğini belirtirken⁹⁶, farklı bir görüş haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu bir durumda iptal hakkının kullanılmayacağını ifade etmektedir⁹⁷. Kanatimizce kanun koyucunun hilenin hüküm ve sonuçlarında önemli ölçüde değişiklik meydana getiren bir düzenlemeye İş Kanunu'nda yer vermesi karşısında ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekmektedir. Dolayısıyla işverenin aynı zamanda iptal hakkını kullanması mümkün değildir.

İşçinin asli hilesi, İş Kanunu m. 25'in genel ayırımında, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller kapsamında yer almaktadır. İşçinin hilesi nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinin hüküm ve sonuçları, diğer ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle feshi ile büyük oranda benzeşmekteyse de, burada incelenmeye değer gördüğümüz iki husus bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, işçinin hileli davranışı neticesinde kurulan iş sözleşmesi çerçevesinde elde ettiği işçilik alacaklarının, İş Kanunu m. 26/1'in

son cümlesinde geçen, "işçinin olayda maddi çıkar sağlaması" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu tartışma, işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde, haklı nedenle fesih hakkı için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmayacak olmasından ötürü önemlidir. İş Kanunu m. 26/1'deki istisnanın uygulanması yönünde bir kabul halinde işveren, iş sözleşmesinin kurulmasından sonra bir yıl geçmiş olsa dahi altı iş günlük hak düşürücü süreye uymak suretiyle sözleşmeyi her zaman feshedebilecektir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde, işçinin olayda maddi çıkar sağlaması haline ilişkin istisnai düzenlemeye özellikle bankacılık alanında yaşanan kötü niyetli davranışlar nedeniyle yer verildiği belirtilmektedir. Böylece işçinin kendisine maddi çıkar sağlayacak bir yolsuzluk yaptığının aradan bir yıl geçtikten sonra öğrenilmesi veya anlaşılması durumunda da işveren iş sözleşmesini altı iş günlük hak düşürücü süreye riayet ederek feshedebilecektir. Gerekçeden, bu istisnai düzenlemeye yer verilmesinin iki sebebi olduğu anlaşılmaktadır; işçinin maddi bir çıkarı kötü niyetle elde etmesi ve bu edinimin tespit edilmesinde güçlük bulunması.

Maddi çıkardan anlaşılması gereken, işçinin, işverenin malvarlığından hukuken geçerli bir sebebe dayanmaksızın zenginleşmesidir. Dolayısıyla hukuken geçerli bir sebebin bulunduğu durumlarda, malvarlığı yönünden yaşanan zenginleşmenin maddi çıkar olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu doğrultuda kanun koyucunun asli hileyi, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı veren bir hal olarak düzenlemesi karşısında⁹⁸, işçinin sözleşmeden elde et-

94 Pellegrini, s. 82; Rudolph, s. 131; Rehbindler/Stöckli, Rn. 41; Benecke, § 33, Rn. 146; Kamanabrou, Rn. 784; Hoffmann, § 105, Rn. 139.

95 Pellegrini, s. 80-81; Rehbindler/Stöckli, Rn. 41.

96 Kaplan, Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987, s. 140; Ertürk, s. 141.

97 Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s. 106; Süzek, s. 344; Savaş, s. 72; Yürekli, s. 573

98 Kanunda böyle bir hüküm bulunmasaydı, işçinin iş sözleşmesinden elde ettiği işçilik alacaklarının maddi çıkar olarak değerlendirilmesi gerekecekti. Zira TBK m. 394/3'te geçen "geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi" ifadesine, hile nedeniyle kurulan iş sözleşmesinden daha uygun bir sözleşmenin düşünülmesi mümkün olmayıp, yaygın kanının aksine iş sözleşmesinin hile nedeniyle iptali halinde geçersizliğin ileriye değil, geriye etkili olacağı ve ücretin iş görme ediminin karşılığını aşan oranda maddi çıkar niteliği taşıdığı kabul edilmesi gerekecekti. Mevzuat Kanun'da aynı sonuca varan görüş

tiği işçilik alacakları, işverenin malvarlığından bir zenginleşme oluşturup oluşturulmamasından bağımsız olarak, hukuken geçerli bir sebebe dayanmaktadır ki o da iş sözleşmesidir. Başka bir ifadeyle işçinin hileli davranışları neticesinde kurulan iş sözleşmesinden elde ettiği işçilik alacakları, bir maddi çıkar değil, geçerli bir sözleşme kapsamında doğan hak niteliğindedir ve sözleşme feshedilse dahi hak olarak varlığını sürdürmektedir. Zira asli hilenin, iptal hakkının yerine haklı nedenle fesih hakkı vermesi, asli hile neticesinde kurulan iş sözleşmesinin her durumda geçerli bir sözleşme olarak tasavvur edildiğini göstermektedir. Bu yüzden işçinin kötü niyetinden kaynaklanması ve tespitindeki güçlükler rağmen, hilenin üzerinden bir yıllık sürenin geçmiş olduğu durumlarda, işverenin haklı nedenle fesih hakkı ortadan kalkacaktır. Bu bakımdan Yargıtay'ın işe girerken başkasına ait diplomayı sunan işçinin bu davranışının yaklaşık dokuz yıl geçtikten sonra anlaşılması üzerine yapılan feshin haklı olduğuna hükmeden kararına katılmak mümkün değildir⁹⁹.

Konuya ilişkin olarak tartışılması gereken ikinci husus ise işçinin hilesi tespit edilmeden önce, hakkında yanlış bilgi verilen vasıf veya şartların gerçekleşmesinin, işverenin fesih hakkı üzerinde etki gösterip göstermeyeceğidir. Somutlaştıracak olursak, işçinin B sınıfı ehliyeti bulunduğu hakkında yalan söyleyerek işe girmesinden sonra, henüz bu hile tespit edilmeden ehliyet alması halinde, işveren sözleşmeyi yine de feshedebilecek midir?

İşverenin iş sözleşmesinin kurulması için aradığı bir özelliği (ehliyet, sertifika, yabancı dil bilgisi, eğitim durumu vb.) taşımasına rağmen

99 için bkz. Rehbindler/Stöckli, Rn. 41.

99 "Mahkemece iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğu kabul edilmiş ise de, bu kabul dosya kapsamına uygun değildir. Zira davacının verdiği savunmadan anlaşıldığı üzere, davacı işe girerken kendisine ait olmayan başkasına ait sahte olduğunu bildiği diplomayı vermek suretiyle, bilerek sahte belgeyi kullanmıştır. Bilahare öğrenilen bu durum nedeni ile davacının iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmaktadır. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine kabulü hatalıdır.", Y9HD, E.2010/22804, K.2012/32150, T.01.10.2012.

men gerçeğe aykırı beyanda bulunan bir işçinin, daha sonra bu niteliği kazanması mümkündür. Kanaatimizce böyle bir durumda da işverenin İş Kanunu m. 25/II,(a)'ya dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür. Bir kere, iradeyi sakatlayan haller, kural olarak, sözleşmenin kurulması anında aranır¹⁰⁰. Daha önemlisi işçinin hilesinin işverene haklı nedenle fesih hakkı vermesinin altında yatan sebep, bir yetersizlik yaratması olmayıp, iş ilişkisinin sürdürülmesi için taraflar arasında bulunması gereken asgari güven ilişkisini zedelemesidir. Nitekim asli hilenin, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller kapsamında yer alması da bu hususun bir göstergesidir. Ancak elbette her hak gibi haklı nedenle fesih hakkının da hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla haklı nedenle fesih hakkının kullanılması somut olayda hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecekse, hukuk düzeni, bu hakkı korumayacaktır.

B. Feri Hile Halinde

İş sözleşmesinin kuruluşunda yalnızca asli hileye ilişkin bir düzenleme yapılmasının tercih edilmesi, ferî hilenin sonuçlarını belirsizleştirir. Özellikle, İş Kanunu m. 25/II'de işverene haklı nedenle fesih hakkı veren ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerin sınırlı sayıda düzenlenmemesi ve borçlar hukukunun genel nitelikli hükümlerinde işçinin ferî hilesine uygulanabilecek düzenlemelerin bulunması, bu belirsizliği kuvvetlendirmektedir. Bu şartlar altında ferî hilenin sonuçları bakımından şu dört ihtimal akla gelebilmektedir; i) asli hilenin sonuçlarının kıyasen uygulanması, ii) TBK'da yer alan hileye ilişkin hükümlerin uygulanması, iii) ferî hileye her iki düzenlemeden farklı bir sonucun bağlanması, iv) ferî hilenin iş ilişkisi üzerinde herhangi bir sonucunun bulunmaması.

İlk ihtimali değerlendirecek olursak; İş Kanunu m. 25/II'de yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller sınırlı sayıda düzenlenmediğinden

100 Yıldırım, s. 103; Eren, s. 393.

den, bunlara benzer sebeplere dayanılarak da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkündür. Ancak kanaatimizce ferî hile, benzeri sebepler olarak değerlendirilemez; zira İş Kanunu m. 25/II,(a)'da yalnızca asli hileyi içeren istisnai bir düzenleme yapılmıştır ve "istisnai hükümler, kural olarak dar yorumlanır" kuralı gereğince, ferî hile, bu hükmün kapsamına dâhil edilemez. Aynı şekilde, ferî hileye TBK'da yer alan hileye ilişkin hükümlerin uygulanması da düşünülemez. Zira asli hilenin haklı nedenle fesih hakkı veren bir hal olarak düzenlenmesi karşısında kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir irade sakatlığı haline muhatabı açısından daha ağır sonuçları olan iptal hükümlerinin uygulanması, hatalı sonuçlar doğuracaktır. Diğer yandan kanaatimizce ferî hilenin, iş sözleşmesi üzerinde bir sonucunun olmadığı da söylenemez. Zira iş sözleşmesi, taraflar arasında güven ilişkisinin ön planda olduğu bir sözleşmedir ve işçinin hilesi, bu güven ilişkisini zedeleyici bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle ferî hilenin, kendine özgü sonuçlarının olduğu kabul edilmelidir.

Ferî hile, işverene iş sözleşmesini ne iptal ne de haklı nedenle fesih hakkı vermesine rağmen, kanaatimizce bu hile türü, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi için geçerli bir neden, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi açısından ise makul ve meşru bir neden niteliği taşımaktadır¹⁰¹.

İş güvencesi kapsamında geçerli neden teşkil eden haller, İş Kanunu m. 18'de işçinin yeterliliği, işçinin davranışları ve işletme gerekleri olarak kategorize edilmiş durumdadır. Her ne kadar işçinin vasıflarına (fiziksel durumu, eğitimi gibi) ilişkin olduğu durumlarda hile, işçinin sözleşmede öngörülen işi yapması açısından yetersizliğine neden olmaksızın da, ferî hilenin, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli neden olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira işçiye ilişkin geçerli nedenleri birbirinden ayırırken başvurulan "kusur kıstası" gereğince, işçiye kusur atfedilebilen nedenler işçinin davranışla-

rı, kusur atfedilemeyen nedenler ise işçinin yetersizliği kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰². Hile için kusurun (hile kastı) zorunlu bir unsur niteliği taşıdığı dikkate alındığında, ferî hile halinde işçinin sözleşmeye aykırı davranmasına ve iş ilişkisinin zarar görmesine yol açan kusurlu davranışları bulunmaktadır ve bu nedenle ferî hile, işçinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli neden teşkil etmektedir.

İşçinin ferî hilesi nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinin, işçinin davranışlarından kaynaklanan diğer geçerli nedenle feshlerden esaslı bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle fesih için aranan usul ve şartlar, işçinin ferî hilesinden ötürü sözleşmenin feshi bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Burada dikkate değer bir husus, ferî hilenin niteliği gereği, değişiklik feshinden bağımsız düşünülememesidir. Başka bir ifadeyle ferî hile nedeniyle iş sözleşmesinin feshinden önce, feshin son çare olması ilkesi gereğince işçiye çalışma koşullarında değişiklik önerisi yapılması gerekmektedir¹⁰³. Zira ferî hile, işverenin gerçek durumu bilseydi mevcut sözleşmeyi daha lehine şartlarla yapacak olduğu hallerde gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle işveren, gerçek durumu bilseydi yapacağı sözleşmenin koşullarını, sözleşmeyi geçerli nedenle feshetmeden önce işçiye önermelidir. Aksi takdirde feshin son çare olması ilkesine uygun davranmamanın hüküm ve sonuçları gündeme gelecek ve böylece geçersiz feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır.

2. Hilenin İşverenin Tazminat Hakkına Etkisi

A. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Kaynağı

İşçinin hilesi, işverenin irade özerkliğine müdahalede bulunmasının yanı sıra bir zarara uğramasına da neden olabilir. Ancak işverenin uğradığı bu zararların karşılanabilmesi için zararın

101 Süzek, s. 598.

102 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s. 286.

103 Benzer bir tartışma için bkz. Pellegrini, s. 156.

kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk sebebine dayanması gerekmektedir¹⁰⁴.

İş Kanunu m. 26/2'de ahlak ve iyiniyet kuralına uymayan haller nedeniyle iş sözleşmesini fesheden tarafın, diğer taraftan tazminat isteme haklı saklı tutulmuştur. Dikkat edilirse hükümde yalnızca iş sözleşmesini fesheden tarafın tazminat hakkına atıfta bulunmaktadır; buna karşılık haklı nedenle fesih hakkını kullanmaktan vazgeçen ya da hak düşürücü süreyi geçirmesinden ötürü bu hakkı kullanamayan tarafın zararlarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine de bu durum, kanaatimizce iş sözleşmesini feshetmeyen ya da feshedemeyen işverenin uğradığı zararların genel hükümler çerçevesinde karşılanmasına engel değildir. Zira böyle bir ihtimalde işverenin kötü ifayı kabul etmiş olması ya da kötü ifayı reddetme hakkının olmaması, işçinin sorumluluğuna dayanmaktan feragat ettiği anlamına gelmediğinden¹⁰⁵, TBK m. 400 ve m. 112 gereğince işçi, işverene kusuruyla verdiği bütün zararı gidermekle yükümlüdür¹⁰⁶. Öte yandan TBK m. 39/2'de aldatmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanması halinde dahi tazminat hakkının ortadan kalkmadığının belirtilmesi karşısında, asli hileye rağmen sözleşmeyi feshedemeyen işverenin tazminat hakkının bulunmadığını söylemek güç gözükmektedir. Bu açıklamalar ferî hile açısından da geçerlidir. Zira ferî hile de, iş sözleşmesi tarafları arasındaki güven ilişkisini zedelemekte, ayrıca işverenin sözleşmeyi kurarken sahip olduğu beklentilerin tam olarak gerçekleşmemesine neden olmaktadır. Dolayısıyla ferî hile halinde de, iş sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi söz konusu olmaktadır.

104 Ergüne, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 330.

105 Oğuzman/Öz, s. 467-468

106 Ancak elbette bunun için, işçinin hilesinin işverene bir zarar vermesi gerekir. Salt işverenin irade özerkliğinin sakatlanması, işçinin tazmin yükümlülüğüne yol açmaz. Özellikle de işçinin iş görme edimi ile doğrudan bağlantılı olmayan sübjektif esaslı unsurlar bakımından, işverenin bir zararı doğmayacağından, bir tazminat sorumluluğundan da söz edilemez.

Hileden doğan tazminat hakkı bakımından doktrinde başlıca iki sorumluluk kaynağına işaret edilmektedir; haksız fiilden doğan sorumluluk ve sözleşme öncesi kusur sorumluluğu (culpa in contrahendodan doğan sorumluluk)¹⁰⁷. Gerçekten de hilenin zarara neden olduğu durumlarda, bir yandan haksız fiil için aranan tüm unsurlar (hukuka aykırı fiil, kusur, illiyet bağı, zarar) gerçekleşmekte; diğer yandan hile sözleşme öncesi dönemdeki koruma yükümlülüklerinin¹⁰⁸ kusurlu ihlal edilmesi anlamına geldiğinden, sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna yol açmaktadır.

Bununla beraber iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, üçüncü bir sorumluluk kaynağı gündeme gelmekte ve işverenin culpa in contrahendodan doğan sorumluluğa başvurması mümkün olmamaktadır. Açıklayacak olursak; iş sözleşmesinde hileye bağlanan sonuç, geçerli bir şekilde kurulan sözleşmenin sonradan haklı nedenle feshedilmesidir. Dolayısıyla hile, sözleşmenin ne kurulması ne geçerliliği üzerinde etki göstermekte, yalnızca sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesini engellemektedir. Böylece hile, iş sözleşmesi bakımından sözleşmenin müspet ihlaline yol açan bir ifa engeli görünümüne bürünmekte ve bu haliyle borca aykırılık kapsamında yer almaktadır. Culpa in contrahendodan doğan sorumluluğun, sözleşmeden doğan sorumluluk karşısındaki ikincilliği ilkesi ise işverenin hile nedeniyle culpa in contrahendo hükümlerine başvurmasını engellemektedir¹⁰⁹. Buna göre işverenin, hileden kaynaklanan zararlarının karşılanmasında sözleşmeden doğan sorumluluğun yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu işletmesi mümkünse de, artık culpa in contrahendodan doğan sorumluluktan söz edilememektedir.

107 Rudolph, s. 132; Rehbinder/Stöckli, Rn. 46; Süzek, s. 311. Detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 265 vd.

108 Sözleşme görüşmecileri, aralarında kurulan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kapsamında görüşmeleri dürüstlük kuralına uygun bir şekilde sürdürme, birbirlerini sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında aydınlatma, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme gibi koruma yükümlülükleri yüklenirler.

109 Ergüne, s. 342.

B. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı

Sözleşme öncesi kusur sorumluluğundan kaynaklanan zarar, esas olarak, menfi zarar (olumsuz zarar) olmasına rağmen¹¹⁰, bu kusurun aynı zamanda sözleşmenin müspet ihlaline yol açması halinde artık müspet zararın (olumlu zarar) karşılanması gerekmektedir¹¹¹. Zira menfi zarar halinde karşılanması gereken zarar, sözleşmenin kurulacağına, geçerli olacağına ya da geçersiz olmasına rağmen ifa edileceğine ilişkin duyulan güvenken; müspet zarar da geçerli bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine yönelik taraf menfaatidir¹¹².

Müspet zarar, en genel haliyle sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararlar olup, bir bakıma boşa çıkan ifa menfaatini karşılamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle müspet zarar kapsamında, işverenin sözleşme gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının göstereceği farazi durum ile hâlihazırdaki fiili durumu arasındaki fark giderilmeye çalışılmaktadır¹¹³.

Müspet zarar kapsamında karşılanacak olan zararlar, fiili zarar ve yoksun kalınan kar kalemlerinden oluşmaktadır. Fiili zarar ile kastedilen, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin çoğalmasındır¹¹⁴. Asli hile halinde fiili zarar kaleminin başında, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi nedeniyle ortaya çıkan, vakitsiz iş gücü ihtiyacını gidermek için işverenin yaptığı masraflar gelmektedir¹¹⁵. Bu anlamda yeni bir işçi bulmak için yapılan harcamalar (ga-

zete ilanı vermek, iş görüşmesi süreci tertiplemek gibi), yeni işçi bulununcaya kadar diğer işçilere yaptırılan fazla çalışmadan doğan işçilik alacakları, fiili zararlar kapsamında yer almaktadır¹¹⁶. Buna karşılık feri hile nedeniyle sözleşmenin feshi halinde bu masrafların işçiden talep edilebilmesi mümkün değildir. Zira feri hile halinde sözleşmenin feshi, işverenin sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmenin tarafı olmasından ötürü sahip olduğu sözleşmeyi fesih özgürlüğünün bir uygulaması niteliğindedir; başka bir ifadeyle haklı nedenle fesihte olduğu gibi buradaki fesih, vakitsiz iş gücü ihtiyacı ortaya çıkarmamaktadır. Buna karşılık hem asli hile hem de feri hilede işverenin, işçinin hileli davranışlarından kaynaklanan doğrudan veya dolaylı zararlarını da sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında talep edebileceği açıktır¹¹⁷. Bu anlamda sahte ehliyet ile işe giren işçinin karıştığı trafik kazası nedeniyle meydana gelen zararlar (aracın tamir masrafları, diğer araç sürücüsüne ödenen tazminatlar gibi) işçinin tazminat yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmektedir.

Yoksun kalınan kar ile ifade edilen ise sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden ötürü malvarlığının aktif kısmının artmaması veya pasif kısmının azalmamasıdır¹¹⁸. Yoksun kalınan kâr kapsamında örneğin işçinin yabancı dil bilmesi nedeniyle yurtdışındaki potansiyel müşterilere teklif hazırlanamamasından ötürü, işverenin kuramadığı sözleşmelerden doğan zararını isteyebilmesi mümkündür. Bununla beraber işverenin bu zararı talep edebilmesi için kazancın elde edilebilmesinin çok muhtemel olması zorunludur¹¹⁹.

Sonuç

İş sözleşmesinin kurulması aşaması, kanun koyucunun irade özerkliğinin korunmasına ilişkin endişelerinden bağımsız olmamasına rağmen

110 Rudolph, s. 131; Benecke, § 33, Rn. 149; Sützek, s. 313.

111 Honsell, Heinrich; Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt, <http://www.honsell.at/pdf/FS%20Medicus.pdf>, s. 5, (E.T. 20.03.2019); Rehbinder, s. 747. Esasında koruma yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin kurulmaması ya da geçersizliğinden bağımsızdır. Dolayısıyla koruma yükümlülükleri ihlal edildikten sonra bir sözleşme kurulduğunda artık müspet zarardan söz etmek gerekir (Honsell, s. 5).

112 Detaylı bilgi için bkz. Ergüne, s. 24 vd; Eren, s. 1078 vd.

113 Honsell, s. 5.

114 Eren, s. 1078; Oğuzman/Öz, s. 383.

115 Müller/Gloge, Müller-Gloge, Rudi; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage, C. H. Beck, München 2019, BGB § 628, Rn. 32.

116 Müller/Gloge, BGB § 628, Rn. 34; Rehbinder, s. 757.

117 Ergüne, s. 32.

118 Eren, s. 1079.

119 Eren, s. 549; Ergüne, s. 320.

men, iş sözleşmesinin kurulmasında hileyle ilişkin düzenlemelerde borçlar hukukunun genel rejimine kıyasla çeşitli açılardan değişikliklere gidilmiştir. Bu değişikliklerin neticesinde niteliğinin bir önemi bulunmaksızın, sözleşmeyi iptal hakkı veren hile, iş sözleşmesi söz konusu olduğunda ancak sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olması halinde haklı nedenle fesih hakkı veren bir neden hüviyeti kazanmaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasında işçinin hilesi bakımından önem taşıyan bir husus, ek bir unsur olarak hukuka aykırılık unsurunun aranmasıdır. Bunun sonucunda, işverenin bilgilendirme hakkı kapsamında sahip olduğu soru sorma hakkını hukuka aykırı bir şekilde kullanması halinde işçinin yalan söyleme hakkı kapsamında gerçeğe aykırı beyanları, hile teşkil etmemektedir. Öte yandan işçinin dürüstlük kuralları gereğince aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı hususlar hakkında susması halinde de hileden söz edilememektedir. Başka bir ifadeyle işverenin soru sorma hakkının veya işçinin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı hususlara ilişkin olarak işçinin bir açıklamada bulunması zorunlu olmadığı gibi gerektiğinde yalan söylemesi aleyhine bir sonuç doğurmamaktadır.

İş sözleşmesinin kurulmasında hilenin taşıdığı bir diğer özellik ise borçlar hukukundan farklı olarak sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin hile ile sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olmayan hile ayrımının yapılmasıdır. Bu ayrım, ister istemez hilenin niteliğinin tespitine ilişkin bir belirsizliği de beraberinde getirmektedir. Kanaatimizce İş Kanunu m. 25/II,(a)'daki esaslı nokta ifadesinin içeriği doldurulurken, borçlar hukuku doktrinde hilenin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin yapılan asli hile-feri hile ayrımı benimsenmelidir. Buna göre, işverenin gerçek durumu bilseydi, sözleşmeyi kurmayacağını söylebileceği durumlarda asli hile, sözleşmeyi kurmakla beraber kendisinin daha lehine şartlara yer verebileceğinin söylebileceği durumlarda ise ferî hile söz konusu olmaktadır. Ancak bu noktada işverenin gerçek iradesinin tespiti genellikle olanak dışı olduğundan, işverenin farazi iradesi-

nin araştırılması gerekmektedir.

İşçinin davranışlarının asli hile kapsamında değerlendirilebildiği durumlarda, işveren iş sözleşmesini ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle haklı nedenle feshedebilecektir. Kanaatimizce bu durumda Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak işverenin haklı nedenle fesih hakkının yanı sıra iptal hakkının bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan asli hilenin, işverenin bir zararına yol açtığı durumlarda, işçinin bu zararı tazmin yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Hileden doğan zarar tazmin yükümlülüğü bakımından borçlar hukukunda haksız fiil ve culpa in contrahendo sorumluluklarına işaret edilmekteyse de, iş sözleşmesi bakımından esas olarak sözleşmesel sorumluluktan söz etmek gerekir. Zira iş sözleşmesinin kurulmasında hile ne sözleşmenin kurulmasını ne de geçerliliğini etkileyen bir sözleşme öncesi kusur niteliği taşımakta; kanun koyucunun hilenin hüküm ve sonuçlarında yaptığı değişikliğin neticesinde sözleşmenin müspet ihlaline yol açan bir ifa engeli etkisi göstermektedir. İşverenin sözleşme sorumluluğunun yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu işletmesi de mümkün olmasına rağmen, artık, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu karşısındaki ikincilliği ilkesi gereğince, culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulamamaktadır. Burada karşılanması gereken zarar, müspet zarar olup; işveren işçiden sözleşme gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının göstereceği farazi duruma getirilmesini talep etmektedir.

İşçinin hileli davranışlarının ferî hileye yol açtığı durumlarda ise iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi mümkün olmamakla birlikte bu davranış iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi için bir geçerli neden, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi açısından makul ve meşru bir neden teşkil etmektedir. Önemli bir detay, ferî hilenin tanımı gereği, işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmeden önce işçiye, gerçek durumu bilseydi sözleşmede yer vereceği daha lehe hükümler çerçevesinde bir çalışma koşullarında esaslı

değişiklik teklifinde bulunmasının gerekmesidir. Aksi takdirde feshin son çare olması ilkesine uygun davranmamanın hüküm ve sonuçları gündeme gelecektir. Öte yandan işçinin kusurlu davranışlarının, aynen asli hilede olduğu gibi, işverenin bir zarara uğramasına yol açtığı durumlarda, işçinin tazmin yükümlülüğü gündeme gelecektir.

KAYNAKÇA

- Aksoy Dursun, Sinem; Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Akyiğit, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.
- Benecke, Martina; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2018 (Hrsg. Von Heinrich Kiel/Stefan Lunk/Hartmut Oetker).
- Busche, Jan; Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, C. H. Beck, München 2018.
- Camastral, Claudia; Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rüegger AG, Zürich 1996.
- Caniklioğlu, Nurşen; Hastalığın ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.
- Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Ergüne, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- Ertürk, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Kitabevi, Ankara 2002.
- Eyrenci, Öner; İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, s. 239-262.
- Geiser, Thomas/Müller, Roland; Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2015.
- Grüning, Reiner; Datenschutz, Diskriminierungsschutz, Compliance – Wie frei ist der Arbeitgeber bei der Einstellung?, içinde Rigidität und Flexibilität im Arbeitsrecht, Nomos, Baden-Baden 2012, s. 11-29.
- Gürsel, İlke; İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Hoffmann, Uwe; Gewerbeordnung: GewO (Hoffmann/Brüning/Storr/et al), 44. Edition, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 12.03.2019).
- Honsell, Heinrich; Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt, <http://www.honsell.at/pdf/FS%20Medicus.pdf>, (E.T. 20.03.2019).
- Junker, Abbo; Grundkurs Arbeitsrecht, 17. Auflage, C. H. Beck, München 2017.
- Kamanabrou, Sudabeh; Arbeitsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1987.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan; Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Kurşat, Zekeriya; Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınları, İstanbul 2003.
- Lingemann, Stefan/ von Steinau-Steinrück, Robert/Mengel, Anja; Employment&Labor Law in Germany, C. H. Beck, München 2012.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhitin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhitin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018. (Ders Kitabı)
- Musielak, Hans-Joachim/ Hau, Wolfgang; Grundkurs BGB, 15. Auflage, C. H. Beck, Mün-

- chen 2017.
- Müller-Gloge, Rudi; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage, C. H. Beck, München 2019.
 - Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
 - Odaman, Serkan; "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanılması ve Hukukî Sonuçları", *Tekstil İşveren Dergisi*, Y. 2002, S. 274.
 - Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
 - Pellegrini, Bruno; Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willenmängeln, Stämpfli Verlag, Bern 1983.
 - Preis, Ulrich; Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, Ottoschmidt, Köln 2017.
 - Rehbinder, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz; BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1, Stämpfli Verlag, Bern 2010.
 - Rehbinder, Manfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", *İÜHFM*, C. 45, S. 1-4. (Çev. Ömer Teoman).
 - Rehbinder, Manfred; Grundriss des Schweizerischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, Stämpfli&Cie AG, Bern 1975. (Arbeitsrecht)
 - Rudolph, Roger; Stellenbewerbung und Datenschutz, Stämpfli Verlag, Bern 1997.
 - Savaş, Fatma Burcu; İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
 - Schmidlin, Bruno; BK- Berner Kommentar, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2013.
 - Schwenger, Ingeborg; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
 - Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
 - Süzek, Sarper; İş Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
 - Taşkent, Savaş; "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", içinde Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982.
 - Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
 - Ünal, Canan; İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler, içinde İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018.
 - Wolf, Manfred; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 Allgemeiner Teil 2 §§ 104-224, W. Kohlhammer, Stuttgart 1999.
 - Yıldırım, Mustafa Fadıl; Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Nobel Yayınları, Ankara 2002.
 - Yürekli, Sabahattin; İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Sorumluluk (Culpa in Contrahendo), *İÜHFM*, C. 72, S. 2 (Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan), 2014.