

T.C.
KADIRHAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNDEN ÖNCE
FESHİ VE BUNUN HUKUKİ SONUÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

ÇİĞDEM KULAT

Danışman: Doç. Dr. NURŞEN CANIKLIOĞLU

İstanbul, 2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ	
I. Konunun Önemi.....	viii
II. Konunun İncelenmesi.....	x

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

§ 1. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

I. Genel Olarak.....	1
II. İş Sözleşmesinin Unsurları.....	2

§ 2. İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ

I. Genel Olarak.....	7
II. İş Sözleşmesi Türleri.....	7
1) Sürekli ve Süreksiz İş Sözleşmeleri.....	7
2) Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri.....	9
3) Deneme Süreli İş Sözleşmeleri.....	10
III. Belirli Süreli İş Sözleşmesi.....	13
1) Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kavramı.....	13
a) Belirli Ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri Ayrımı.....	13
b) Belirli Süreli İş Sözleşmesi Tanımı Ve Unsurları	

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Şekil.....	19
a) Genel Olarak Şekil Serbestisi Ve Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Sözleşmeler	20
Genel Olarak Şekil Serbestisi İlkesi.....	20
bb) Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Sözleşmeler.....	21
b) Yazılı Şeklin Hukuki Niteliği.....	21
c) Yazılı Şeklin Kapsamı Ve İçeriği.....	23
d) İş K. m. 8. Karşısında 11. Maddenin Değerlendirilmesi.....	23
3. Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasını Haklı Kılan Objektif Nedenler.....	25
a) İşin Belirli Süreli Olması.....	27
b) Belirli Bir İşin Tamamlanması Amacıyla Sözleşme Yapılması.....	31
c) Belirli Bir Olgunun Ortaya Çıkması.....	32
d) Diğer Haller.....	34
4) Objektif Nedenin Bulunmamasının Sonuçları.....	35
5) Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Çeşitli Görünümleri.....	35
a) Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri.....	35
b) Zincirleme İş Sözleşmeleri.....	36
6) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı.....	39

İKİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 3. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH DIŞINDAKİ NEDENLERLE SONA ERMESİ.....

42

I. Tarafların Anlaşması (İkale)42

II. Ölüm Nedeniyle Sona Erme.....43

1. İşçinin Ölümü.....43

2. İşverenin Ölümü.....	45
III. Mutlak İfa İmkânsızlığı Nedeniyle Sona Ermesi.....	46
IV. Belirli Sürenin Bitimi İle Sona Ermesi.....	47
V. Sözleşmenin Yenilenmesi.....	50
1. Susma İle Yenilenmesi.....	50
2. Sözleşmenin Yenilenmesinin Bildirim Koşuluna Bağlanması.....	53
§ 4. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH YOLUYLA SONA ERMESİ.....	55
I. Genel Olarak Fesih Kavramı Ve Fesih Türleri.....	55
1. Fesih Kavramı ve Feshin Hukuki Niteliği.....	55
a) Hukuki Niteliği.....	55
2. Fesih Türleri.....	57
II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi.....	57
1. Genel Olarak.....	57
2. Süresi On Yıl veya Daha Fazla olan Sözleşmelerin İhbar Süresi Tanıyarak Feshi.....	58
3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Genel Olarak Bildirim Süresi Tanıyarak Feshinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu ve Öğretideki Görüşler.....	61
a) Haksız Fesih Görüşü.....	62
aa) Haksız Fesih Kavramı.....	62
bb) Haksız Feshin Hukuki Niteliği.....	63
cc) Haksız Fesih Halinde İş Kanununa Göre Bir Çözüm Öneren Görüş.....	63
dd) Öğretide Haksız Fesih Görüşünü Savunan Yazarlar.....	64
b) Alacaklının Temerrüdü Görüşü.....	65
c) Kusurlu İmkansızlık Yarattığı Görüşü.....	66
III. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi.....	68

1. Genel Olarak.....	68
2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haklı Nedenle Feshi (m.24)	71
3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi (m.25)	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 5. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDEN OLMAKSIZIN SÜRESİNDEN ÖNCE FESHİNİN HUKUKİ SONUÇLARI.....74

I. Süresinden Önce Fesih Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazmini;

Bakiye Süre Ücret Alacağı.....74

1. Kapsama Giren Alacak Kalemleri.....74

2. Mahsubu Gereken Unsurlar.....75

a) İşçinin Çalışmamaktan Dolayı Tasarruf Ettiği Değerler.....75

b) İşçinin Kazanmaktan Kasten Kaçındığı Değerler.....76

II. Kıdem Tazminatı Talep Hakkı.....77

III. Süresinden Önce Haksız Fesih Ve Cezai Şart.....78

1. Sözleşmenin İşverence Süresinden Önce Haksız Feshi ve Cezai Şart.....79

2. Sözleşmenin İşçi Tarafından Süresinden Önce Haksız Feshi ve Cezai Şart.....84

§ 6. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE SONA ERDİRİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI.....89

I. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshinde.....91

II. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshinde.....93

§ 7. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNİN BİTİMİ İLE SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	94
I. Kıdem Tazminatı Hakkı Doğurmaması.....	95
II. İş Güvencesinden Yararlanamama.....	99
III. Maddi Ve Manevi Tazminat İstenememesi.....	100

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

KAYNAKLAR	104
-----------------	-----

KISALTMALAR

Ank. BD : **Ankara Barosu Dergisi**

Age : Adı geçen eser

Agm : Adı geçen makale

AY : Anayasa

AYM : Anayasa Mahkemesi

BK. : Türk Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal-İş, İstanbul

Çimento İşv. D.: Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası (ÇMİS) yayın organı, Ankara

E. : Esas

f. : Fıkra

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İHD : İş Hukuku Dergisi, İstanbul

İHU : İş Hukuku Uygulaması, Kararlar ve İncelemeleri, İstanbul

İş K. : İş Kanunu

İşv D. : İşveren Dergisi, Ankara

K. : Karar

Kamu-İş : İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Dergisi, Ankara

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

Legal HD : Legal Hukuk Dergisi, İstanbul

Legal İHD : Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul

m. : Madde

Mercek : Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Dergisi, İstanbul

ÖÖKK : Özel Öğretim Kurumları Kanunları

RG : Resmi Gazete

Sicil İHD : Mess İş Hukuku Dergisi, İstanbul

t. : Tarih

Tekstil İşv. D. : Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Dergisi, İstanbul

TÜHİS: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ankara

Vd. : ve devamı

Yarg. HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Yarg. 9. HD : Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

I. KONUNUN ÖNEMİ

İş Hukuku, Türkiye’de neo-liberal politikaların yoğun olarak uygulandığı son yirmi beş yıl, özellikle de 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanunu ile birlikte ekonomik, siyasal ve teknolojik gelişmelerden kaynaklanan hızlı bir değişim ve hatta dönüşüm yaşamaktadır. Bu yeni kanunla birlikte emek-sermaye dengesi yeniden tanımlanmaya çalışılmış, yeni kavramlar eklenmiştir. İşte bu kavramlardan biri de esnekliktir. Esnek çalışma ile birlikte ortaya çıkan yeni sözleşme biçimleri ihtiyacı doğmuştur. Belirli süreli iş sözleşmeleri de böyle bir ihtiyaca cevaben ortaya çıkmıştır. 1475 sayılı İş Kanununda, belirli süreli iş sözleşmeleriyle ilgili ayrıntılı düzenlemeler bulunmadığı için, özellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının işverence kötüye kullanılması durumunda uygulanacak yaptırımın, daha doğru bir ifadeyle hukuki sonucun ne olacağı, uygulamada üretilen çözümlerle belirlenmeye çalışılmıştı.

2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, uygulamanın bulduğu pratik çözümleri bünyesine alarak, hatta bazı konularda daha da ileri giderek, belirli süreli iş sözleşmesini yeniden düzenlemiştir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesinin, bu yeni düzenlemeler karşısındaki durumunun incelenmesinde yarar vardır. Ayrıca 2005 yılının Ocak ayı içerisinde kamuoyunun bilgisine sunulan ve yakın bir zamanda kanunlaşması beklenen Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, genel olarak iş sözleşmesi, özel olarak ise konumuz olan belirli süreli iş sözleşmeleriyle ilgili bazı yeni hükümler getirilmek istenmektedir. Bu hükümlerle, iş hukuku alanında uzun zamandır tartışmalı olan birçok konu da açık yasal düzenlemelere kavuşacaktır. Görüldüğü gibi, gerek 4857 sayılı Kanunun, gerekse de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının yeni hükümleri, belirli süreli iş sözleşmesini incelemeye değer ve güncel bir konu haline getirmiştir.

İş sözleşmesinin türleri denilince, klasik anlamda ilk akla gelenler iş sözleşmesinin bir süreye bağlı olarak yapılması ile belli bir süreye bağlı olmayan bir biçimde yapılmasıdır. İş sözleşmesinin süreye bağlanması ile bağlanmaması arasında, hukuki sonuçları itibariyle birçok bakımdan fark bulunmaktadır. Özellikle, iş sözleşmesinin sona erme zamanı, bildirimli fesih hakkının bulunup bulunmaması ve iş güvencesinden yararlanma bakımından, her iki sözleşme arasında esaslı farklılıklar vardır. Bu nedenle, yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli mi, yoksa belirsiz süreli mi olduğunun tespiti, bu hukuki sonuçlar bakımından son derece önemlidir.

II. KONUNUN İNCELENMESİ

Bu çalışmamızda, öncelikle belirli süreli iş sözleşmesi kavramı ve tanımı açıklanacak, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile farkına değinilecek, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için kanunen aranan objektif koşulların üzerinde durulacak, bunun sonrasında belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi ile bunun hukuki sonuçları anlatılacaktır.

İlk bölümde genel olarak iş sözleşmesini anlattık. Bunu yaparken de, konumuz iş sözleşmesini incelemek olmadığı için ayrıntılara girmeyerek genel olarak değerlendirmeyi tercih ettik. Daha sonra da yine birinci bölüm içerisinde belirli süreli iş sözleşmesi kavramından ne anlaşılması gerektiğinden yola çıkarak belirli süreli iş sözleşmesinin tanımını yaptık. Sonrasında da belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan objektif koşulları değerlendirdik.

İkinci bölümde ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi nedenlerle sona erdiğini ve kim tarafından sona erdirilebileceğini açıkladık. Bunu yaparken de doktrinde ileri sürülen çeşitli görüşler olduğunu ve bunların bazılarının da Yargıtay kararları ile desteklendiğini detaylı olarak açıkladık.

Üçüncü ve son bölümde ise, tez çalışmamızın asli konusunu oluşturan belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarını anlattık. Burada yine tez konusu sözleşme türünün kim tarafından, haklı veya haksız sona erdirildiğine göre hukuki sonuçların değişeceğini ifade ettik. Buna bağlı olarak da maddi ve manevi alacakların farklılık göstereceğini ortaya koyduk.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

§ 1. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

I. Genel Olarak

İş Hukuku her şeyden önce işçi ve işveren ilişkilerini düzenler. Bu sebeple işçi ve işveren İş Kanununun temel kavramlarını oluşturur. 4857 sayılı İş Kanununun¹ 2. maddesine göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye .. işçi denir.” Görülüyor ki, İş Kanununda işçi tanımlanırken “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışması ve gerçek kişi olması” özellikleri aranmıştır. İş sözleşmesi ise Kanunun 8. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşmedir (m. 8/I)². “Ücret karşılığında çalışmak” unsuruna “iş sözleşmesi” tanımında yer verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu öncesi dönemdeki iş yasaları “iş sözleşmesi” kavramını tanımlamadıkları için Borçlar Kanunu’ndaki “hizmet akdi” ne ilişkin tanım, temel alınmıştır. Bu anlamda, Borçlar Kanunu, iş sözleşmesini, “hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi

1 RG 10 Haziran 2003, 25134.

2 Bu kavram hakkında geniş açıklamalar için bkz. *Çelik*; Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, 75 vd.; *Süzek*; Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2006, 189 vd.; *Alpagut*; Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, İstanbul 1999, 5 vd.; *Ekonomi*; Münir, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 15/2007, 894 vd.; *Mollamahmutoglu*, Hamdi; İş Hukuku, Ankara 2008, 246 vd.; *Ekonomi*, Münir; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) –Kavram Süre ve Yenilenme-Legal İHD, 2006/9, 18-19; *Evren*, Öcal Kemal; Çalışma Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı, Ankara 2006, 33.

ona bir ücret vermeyi taahhüt eder” biçiminde tanımlanmıştır (m. 313/I). Ancak, söz konusu tanım, “bağımlılık” unsuruna açıklık getirmeyişi nedeniyle eksik bir tanımlamadır³.

Türk hukukunda “hizmet sözleşmesi (akdi)” ve “iş sözleşmesi” deyimleri, esasında hukuki açıdan bir farklılık taşımamaktadır. Buna karşılık, yabancı hukuk sistemlerinin, bu konuda ayırım gözetdiği görülmektedir. Nitekim, sözgelimi Alman hukukunda “iş sözleşmesi”, Alman Medeni Kanunu’nda yer alan “hizmet sözleşmesi” nin özel bir türü olarak düzenlenmiştir. Ancak İş Kanununda kural olarak, Borçlar Kanunu’nun “hizmet akdi (sözleşmesi)” deyimlerine yer verilmeyip, “iş sözleşmesi” terimi temel olarak kullanılmaktadır⁴.

II. İş Sözleşmesinin Unsurları

Yukarıda yaptığımız tanıma göre iş sözleşmesinin iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Bunlardan iş görme borcu, İşçinin iş sözleşmesiyle yapmayı üstlendiği, yerine getirmeyi taahhüt ettiği işi yapmasını⁵ ifade etmektedir. İş sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için her şeyden önce bir iş görme eyleminin işçi tarafından üstlenilmiş olması gerekir (İK m. 8. BK m. 313). Burada söz konusu olan iş, bir gerçek kişinin ekonomik açıdan iş olarak değerlendirilebilen her türlü çalışmasıdır. İş görme borcunun konusunu oluşturan iş, her türlü beden ve beyin gücüne dayalı, yahut teknik, bilimsel veya artistik olabilir⁶. Söz konusu işin görülmesinde temel ölçüt, insan emeğinin kullanılıp kullanılmadığıdır. Ancak, insan emeğinin dışında, araç ve gereçlerden ve hatta hayvan gücünden yararlanılması da mümkündür.

3 Demircioğlu/Centel, İş Hukuku, İstanbul 2009, 75; Mollamahmutoğlu, 252; Çelik, 79.

4 Demircioğlu/Centel, 76; Süzek, 191; Mollamahmutoğlu, 253.

5 Evren, 39; Mollamahmutoğlu, 254; Süzek, 191; Çil, 37; Ayan, 440.

6 Süzek, İş Hukuku Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, 189-190; Mollamahmutoğlu, 255; Çil, 38.

Bağımlılığın iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olduğu bir Anayasa Mahkeme kararında da dile getirilmiştir. Bu karara göre: “ Hizmet sözleşmesi üç unsuru kapsar: 1. İş unsuru 2. Ücret unsuru 3. Bağlılık unsuru. Bu sözleşme iş görmeye ilişkin diğer sözleşmelerden ayıran bu bağlılık unsurudur. Hizmet sözleşmesinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar”⁷. Aynı şekilde Yargıtay’ında bağımlılık ilişkisinin iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olduğunu hükme bağladığı birçok kararı bulunmaktadır⁸.

Diğer yandan, görülecek işin türü, iş sözleşmesinin varlığı açısından farklı bir anlam taşımaz. Bu anlamda, işin bedensel veya düşünsel olması yahut işçi bakımından kolay veya zor olması önemli değildir. Bunun gibi, iş görmenin işçi tarafından belirli veya belirsiz bir zaman için üstlenilmesi de, iş sözleşmesinin varlığını etkileyen bir ölçüt değildir.

İş sözleşmesinin varlığını kabul için gerekli unsurlardan birisi de, iş görme için bir ücretin üstlenilmesidir. Nitekim, belirli bir karşılığın hukuken üstlenilmediği durumlarda, iş ilişkisinin yerine, bir yardım veya nezaket fiili söz konusu olur.

Gerçekten iş sözleşmesinin tanımında yasa (İş K. m. 8/I), “ücret ödeme” den söz etmiştir. İş Kanununa göre, “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır” m.32/I. Ancak, iş sözleşmesinin varlığını kabulde karşılığın, mutlaka para biçiminde karşılık yani ücret olması gerekmez. Buna göre, iş sözleşmesinde ücretin yerine, yeme-içmenin ve yatma yerinin sağlanması, bazen de eşya biçiminde karşılık olması da mümkündür. Nitekim, işçinin yeme-içme ve yatmasının, işveren ile birlikte oturması halinde işveren tarafından karşılanması, tersine sözleşme hükmü veya gelenek olmadığında, ücretin bir bölümünü oluşturur⁹.

7 AYM, 26-27.9.1967, 336/29, (RG, 19.10.1968, S. 13031); Süzek, 191.

8 Yarg. 9.H.D, 8.11.1984, 8455/ 9548; Aynı yönde kararları için bkz. Yarg. 10.H.D, 8.7. 1977,7813/5401, Yarg. 9.H.D. 27.2.1978, 2806/3343. Kazancı içtihat programı.

9 Demircioğlu/ Centel, 76-77; Süzek, 192; Mollamahmutoğlu, 256; Çil, 38.

İş sözleşmesi bir işin görülmesi diğer tarafın bir ücret ödemesi karşılığında vaad olunur. O halde, bir ücret söz konusu olmadıkça iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez¹⁰. Bu nedenle hatır için veya ahlaki bir amaçla ücretsiz yapılan çalışmalar iş sözleşmesinin oluşumuna yol açmaz¹¹.

İşçi yaptığı iş karşılığında ücret alır. İşçinin ücret karşılığı çalışan kişi olduğu İş Kanununda iş sözleşmesinin tanımında (m. 8/I) yer alan bir esastır¹². Yargıtay'a göre de, ücret bir çalışma karşılığı olduğundan çalışılmayan süre için ücret talebinde bulunulamaz¹³.

Ücretin iş sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olması, bunun her zaman açıkça belli edilmiş olması gerektiği anlamına gelmez. Genel olarak yapılan iş için bir ücret ödenmesinin gerekli ve olağan görüldüğü hallerde kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırıldığı kabul edilir. Esasen yaşamın olağan akışına göre bir işin belirli bir kazanç karşılığında yapılması asıl olandır. Bu yöndeki bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararına göre,¹⁴ “çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da bu ücretin belli edilmemiş bulunmasını birbirinden şüphesiz ayırt etmek gerekir. İkinci halde şayet diğer unsurlar varsa, salt ücretin belli edilmemesinden ötürü iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez. Böyle bir durumda ücret, asgari ücretten az olmamak üzere, rayiç esas üzerinden belli edilir. Nitekim Borçlar Kanununun 323. maddesinde işverenin mukavele edilen yahut adet olan ücreti

10 Yarg.10.H.D, 7.6.1977, 3789/4372. Kazancı İçtihat Programı.

11 Yarg. 9.H.D, 18.6.2001, 8123/10422.Kazancı İçtihat Programı.

12 Eski dönemdeki durumla ilgili olarak bkz. *Çelik*, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 2000, 37, *Mollamahmutoğlu*, 259; *Süzek*, 190.

13 Yarg. 9. H.D, 19.10.1999,16029/15954.Kazancı içtihat programı.

14 YİBK, 18.11.1964, 2/4, (RG, 27.11.1964). Aynı yönde, Yarg. 9.H.D, 30.5.1967, 4983/5076. Kazancı içtihat programı.

ödemekle yükümlü olduğu öngörölmek suretiyle ücretin belli edilmemiş olması halinde adet olan diğer deyimle rayiç ücretin ödeneceği hükme bağlanmıştır¹⁵.

İş sözleşmesinin bir diğer unsuru da bağımlılık unsurudur. Borçlar Hukukundaki hizmet akdinin özel bir biçimi olarak ortaya çıkan iş sözleşmesi, sözleşmenin taraflar arasında bağımlılık ilişkisi yaratması nedeniyle özellik göstermiş ve bununla birlikte işçi bir ücret karşılığında, belirli ya da belirsiz bir süre işverenin hizmetinde çalışmak yükümü altına girmiştir. Ancak bu çalışma, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, öğretide ve uygulamada öteden beri kabul edildiği ve 4857 sayılı İş Kanununda açıkça belirtildiği (m.8/I) üzere, işverene bağımlı olarak yapılır. Bu sözleşmede bağımlı olmak, işçinin işin yapılması sırasında işverenin emri altında olması ve işverence denetlenmesi anlamına gelmektedir¹⁶.

Yargıtay'a göre, iki ortak tarafından kurulan kolektif şirketin her iki ortağının şirkette ücretle fiilen çalışması, çalışmanın iş sözleşmesine dayandığını göstermez. Bu iki ortak kendi işini kendisi yapan kimse durumundadır ve bunların birbirine bağımlı olarak çalıştıklarından söz edilemez. Zira "Bağımlılık" olgusu gerçekleşmeyince, ücret ödenmiş olsa bile, iş sözleşmesinin unsurları oluşmaz¹⁷.

İş sözleşmesinin belirlenmesinde bağımlılık unsurunun varlığı zorunlu olmakla birlikte, bunun ne tür bir bağımlılık ilişkisi olduğu da önemlidir. Çünkü, işverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olan işçinin iş sözleşmesine bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. Başka bir deyişle, iş sözleşmelerinde diğer iş görme sözleşmelerinde olmayan bir otorite/bağımlılık ilişkisi olması ve işverenin işçinin kişiliği üzerinde başka sözleşmelerde bulunmayan bazı hak ve yetkilere sahip olması iş sözleşmesini farklı kılan özelliđidir¹⁸.

15 *Süzek*, 190; *Mollamahmutoğlu*, 260.

16 *Çelik*, 80 vd; *Süzek*, 190-191; *Mollamahmutoğlu*, 262.

17 Yarg. 10. H.D, 14.9.1987, 4115/4239. Kazancı içtihat programı.

İşin işverene ait işyerinde yapılması, iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun varlığını kanıtlamada yardımcı olmakla birlikte, yeterli değildir. Çünkü bağımlılık ilişkisi açısından önemli olan nokta; işin, işverenin buyruk ve yönergelerine uygun bir biçimde ve onun denetimi altında görülmesidir¹⁹.

İşçinin işverenin bağımlılığı altında olması bir iş sözleşmesinin tarafları arasında olması gereken eşitliği bozar. İş sözleşmesinde var olan otorite/bağımlılık ilişkisi bu sözleşmenin tarafları arasında kaçınılmaz olarak olmaması gereken bir *hukuki hiyerarşi* yaratır. Taraflar arasında olması gereken eşitlik ilkesinden uzaklaşma anlamını taşıyan bu hiyerarşi hukuki dayanağını, sözleşmeyle bağımlılık altına giren işçinin bu hukuki durumu kendi özgür iradesiyle kabullenmesinde bulur. Görüldüğü gibi, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesi ile kurulan bağımlılık ilişkisi aynı zamanda hukuki nitelikte bir bağımlılığı da barındırır. Bu nedenle iş sözleşmesinde bağımlılık, hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır. O halde, iş sözleşmesinden doğan bağımlılığı ifade etmek için her iki terimi (kişisel veya hukuki bağımlılık) de kullanabiliriz²⁰.

Yargıtay da iş sözleşmesinin kurulabilmesi için kişisel bağımlılık unsurunun varlığını aramaktadır. Nitekim bir Hukuk Genel Kurulu kararına göre: “iş gören ile işi görülen arasında istihdam münasebetinden söz edilebilmesi için şahsi bir tabiiyet rabitasının varlığı şarttır”²¹. Bunun gibi, Yargıtay 9. Ceza Dairesi de şu kararında iş sözleşmesinde hukuki bağımlılık unsurunun varlığını hükme bağlamaktadır: “Hizmet akdinde, işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup ve hukuki nitelikte bağımlılık söz

18 *Süzek*, 191; *Mollamahmutoğlu*, 263.

19 *Demircioğlu/ Centel*, 77; *Mollamahmutoğlu*, 264; *Süzek*, 192.

20 *Süzek*, 192; *Mollamahmutoğlu*, 265.

21 Y.H.G.K., 25.12.1968, 3-964/844. *Süzek*, 192.

konusudur.. İşçi, işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır”²².

İş ilişkisinde işçinin işverene karşı bağımlılığı objektif değil subjektiftir. Başka bir deyişle, her işçinin yaptığı işin niteliğine, işyerindeki hiyerarşik konumuna ve mesleki durumuna göre bağımlılık ilişkisi farklı derecelerde olabilir. İşyerindeki üst düzey yöneticilerinin, uzmanlığa sahip kişilerin (hukukçu, hekim, mühendis vb.), vasıflı ve vasıfsız işçilerin işverene bağımlılığı farklı seviyelerde olabilir²³.

Zaman unsuru 4857 sayılı İş Kanununda yapılan tanımda yer almamaktadır. Öğretide dördüncü unsur olarak kabul eden görüşlere de rastlanılmaktadır²⁴.

§ 2. İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ VE BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ

I. Genel Olarak

İş Kanununun 9. maddesinde Anayasanın 48. maddesinde yer alan sözleşme serbestisi ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Adı geçen maddeye göre “Taraflar iş sözleşmesini, kanun hükümleriyle getirilen sınırlar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler. İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli

22 Yarg. 9.C. D, 5.3.1981, 725/889. Kazancı içtihat programı. *Süzek*, 193.

23 *Süzek*, 193; *Mollamahmutoğlu*, 263.

24 *Mollamahmutoğlu*'na göre: “Buna karşılık, Borçlar Kanunumuzun tanımına göre; işçinin hizmet görme taahhüdü belirli veya belirsiz bir zaman içindir (md. 313/f.1). Borçlar Kanunu zamanı, iş sözleşmesinin ayırt edici temel unsuru kabul etmektedir. Bu değerlendirme, iş sözleşmesinin, diğer sözleşmelerden farklı bir şekilde, işçi ve işveren arasında sürekli bir ilişki tesis etmesi olgusuna dayanmaktadır. Sürekli borç ilişkisi, zaman unsurunun edim sonucuna olan etkisidir. Bu ilişkide edimin sonucu, yani alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşmesi bir süre içinde mümkündür. Zaman, iş sözleşmesini, benzer sözleşmelerden ayırt etmeye yetecek bir unsur olmamakla beraber, belirli veya belirsiz bir süre olarak iş sözleşmelerini hukuki mahiyetleri bakımından farklı iki büyük kategoriye ayıran; buradan da her kategoriye özellikle fesih konusunda farklı hukuk kurallarının uygulanmasına yol açan bir kavramdır. Bu nedenledir ki, 4857 sayılı İş Kanunu, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerini tanımlamakta (md. 11), iki sözleşme arasındaki ayırımı sınırlarını ayrıntılı olarak belirlemektedir (md. 12)”.

ya da diğerk türde oluşturulabilir". Görülüyor ki, bu hükümlerle taraflara yasal sınırlar içinde istedikleri türde iş sözleşmesi yapma özgürlüğü kural olarak getirilmiştir²⁵.

4857 sayılı İş Kanununda aşağıda inceleneceği gibi bazı yeni atipik iş sözleşmesi türlerine de yer verilmiştir. Böylece, ülkemizde uygulamada ortaya çıkmış bulunan ancak herhangi bir sosyal ve kanuni korumadan yoksun bir biçimde uygulanan bu sözleşme türlerinde işçilerin hakları ve menfaatleri yasal güvence altına alınmaya çalışılmıştır²⁶.

Çalışmamızın konusunu oluşturan belirli süreli iş sözleşmeleri aşağıdaki diğer bölümde detaylı olarak incelenecektir o nedenle bu bölümde değinilmeyecektir.

II. İş Sözleşmesi Türleri

1) Sürekli ve Süreksiz İş Sözleşmeleri

İş Kanununun 10. maddesi işleri sürekli/süreksiz iş olarak ikiye ayırmaktadır. Buna göre, nitelikleri bakımından en çok otuz işgünü süren işler süreksiz iş ve otuz işgününden çok süren işler de, sürekli iş olarak kabul edilir (İş K. m. 10/I). Bu bakımdan, İş Kanunu anlamında sürekli bir işin yapılmasının kararlaştırıldığı iş sözleşmeleri, "sürekli iş sözleşmesi" ve konusunu bu nitelikte olmayan bir işin oluşturduğu iş sözleşmeleri de, "süreksiz iş sözleşmesi" olarak tanımlanabilir²⁷.

İş sözleşmesindeki süreklilik ayrımı, iş sözleşmesinin devamlılık özelliğiyle karıştırılmamalıdır. Gerçekten, iş sözleşmesinde yapılması kararlaştırılan iş süreksiz bir iş olsa dahi, taraflar arasında devamlı bir borç ilişkisi doğar. Bu bağlamda, sürekli/süreksiz iş

25 Güler, 29-30; Ekonomi, 24-25; Evren, 39; Ayan, Serkan; Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s.431, www.aufh.ankara.edu.tr. 26.11.2010;

26 Sözek, 198; Güler 30; Evren, 39; Sözek, Sarper; İş Akdinin Türleri, Mercek Dergisi, Nisan 2001, 17.

27 Mollamahmutoğlu, 335-336; Demircioğlu/Centel, 79; Aktay/ Arıcı/ Senyen/Kaplan, 83; Sözek, 198; Çelik, 86.

sözleşmesi ayrımı, sadece yapılması kararlaştırılan işin uzunluğuna göre yapılmış bir ayrım olup, iş sözleşmesinin devamlılık özelliğini ortadan kaldıran bir özellik değildir.

İş sözleşmesine konu olan işin sürekli veya süreksiz oluşu, objektif ölçülere göre belirlenmek zorundadır²⁸. Buna göre, işin sürekli veya süreksiz oluşu konusunda, tarafların iradesine bakılmaz. Nitekim, kararlaştırılan iş nesnel olarak, yani niteliği gereği otuz iş gününden fazla sürüyor ise, sürekli bir iş olup; işverenin, söz konusu işi ekip çalışmasıyla sözgelimi on iş gününde bitirmek istemesi, işin ve yapılan iş sözleşmesinin niteliğini değiştirmez. Başka bir ifade ile otuz günden az ya da çok olması yani sürenin belirli olması ve diğer objektif nedenlerin varlığı halinde sözleşme belirli süreli olarak değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, işin niteliğinin hangi uzunluktaki bir süreyi gerektirdiği de, işin türüne göre çoğu kez önceden belirlenemez. Bu itibarla, her olayda durumun özellikleri göz önünde bulundurularak, görülecek iş için kaç kişiye gereksinim duyulduğu ve bunların o işi ne kadarlık bir zamanda bitirebileceklerine bakılması gerekir²⁹.

Belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin sürekli ya da süreksiz olması belirli süreli iş sözleşmesi açısından önem taşır. Şöyle ki; daha önce de belirttiğimiz gibi sürekli sayılabilme koşullarından biri olan bir işin 30 günden fazla sürmesi koşulu yani bir süre ile sınırlı olması koşulu , belirli süreli iş sözleşmeleri için de geçerlidir. Ancak burada sürekli mi süreksiz mi olduğuna karar verebilmek için işin niteliğine bakılması gerekmektedir. Uygulamada genellikle sürekli-süreksiz iş sözleşmeleri belirli süreli iş olarak kabul edilirler. Kanaatimizce de özellikleri ve niteliği itibariyle bu sözleşmeler belirli süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

2) Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri

İş sözleşmesi, yasadaki haftalık ve günlük iş sürelerine uygun olarak tam gün çalışma esasına göre yapılabilir. Bu durumda, bir “tam süreli iş sözleşmesi” söz konusudur. Ancak, gerek işsizliğin azaltılması ve gerekse çalışma koşullarının iyileştirilmesi

²⁸ Süzek, İş Akdinin Türleri, 18; Mollamahmutoğlu, 336.

²⁹ Süzek, 199; Demircioğlu/Centel, 80; Çelik, 86-87; Süzek, İş Akdinin Türleri, 19.

düşünceleri, işyerinde kısmi süreli çalışma esasının benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Bunun gibi, kısmi süreli çalışmalar özellikle işgücü arzının yetersiz olduğu zamanlarda, işçilerin mesleki veya meslek dışı bazı ek işlerde çalışmalarına da olanak sağlamaktadır. Böyle durumlarda yapılan iş sözleşmesi ise, “kısmi süreli iş sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır³⁰.

İş Kanununa göre, işçinin normal haftalık süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir (m. 13/I). Kanuna yeni olarak getirilen, kısmi sürenin tam çalışma süresinden “önemli ölçüde” daha az olması esası, kanunun madde gerekçesinde 2, 3 saat gibi daha az çalışma değil, hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az süreli çalışma olarak nitelenmiştir. Bu orana İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde açıkça yer verilmiştir (m. 6). Ne var ki, bu oranı aşan çalışmalara uygulanacak kuralların tespiti duraksamalara neden olabilecektir. ILO tarafından belirlenen şekilden ziyade, normal çalışma süresinin altında çalışmanın kısmi süreli çalışma olarak kabul edilmesi daha makul olabilirdi³¹.

Kısmi süreli çalışma türlü biçimlerde, örneğin, haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre, haftada bir ya da birkaç gün içinde belirli bir süre olarak belirlenebilir. Bu tür çalışmalara ülkemizde genellikle İş Kanunu kapsamı dışında kalıp Borçlar Kanunu kapsamına giren hükümlerin uygulandığı işlerden olan ev hizmetlerinde oldukça sık rastlanmaktadır. Ayrıca, iş kanunları kapsamına giren ticaret işleri ve büro hizmetlerinin yapıldığı işyerleri ile daha çok küçük işyerlerindeki temizlik işlerinde³² de bu tür çalışmalara rastlanmaktadır. Bundan başka, sanayi kesimindeki işyerleri de içinde olmak üzere çeşitli kesimlere giren birçok işyerinde doktor, avukat, mühendis, mali müşavir ya da özellikle küçük işyerlerinde muhasebe uzmanı gibi kişilerle,

30 *Mollamahmutoğlu*, 337; *Demircioğlu/Centel* 83; *Süzek*, 200; *Çelik*, 87.

31 *Süzek*, İş Akdinin Türleri, 20; *Çelik* 96; *Mollamahmutoğlu*, 338.

32 Bu işler büyük ve orta ölçekli işyerlerinde genellikle artık alt işverenlere verilmektedir.

daha çok danışmanlık hizmetini konu alan işlerde kısmi süreli çalışmayı öngören iş sözleşmelerinin yapıldığı görülmektedir. Bu tür çalışmalar bir ya da birden çok işveren yanında yapılabildiği gibi, işçinin bu işler yanında serbest çalışması da danışmanlık adı altında söz konusu olabilmektedir³³.

Tam süreli iş sözleşmesine ait genel nitelikteki yasa hükümlerinin, kısmi süreli iş sözleşmelerine de uygulanacağına ilişkin bir yasa hükmüne Türk hukukunda rastlanmaz. Oysa, kaynak İsviçre Borçlar Yasası'nın değişik yeni metni, bu konudaki bir hükmü kabul etmiştir. Söz konusu hükme göre, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin kıdemi, sözleşmenin başlangıç ve sona erme tarihleri arasında geçecek sürenin göz önünde bulundurulmasıyla hesaplanır³⁴. Bu konuda, İş Kanununda ise, kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenleme (m. 13) getirilmiş; ancak, kısmi çalışmaya dayalı iş sözleşmelerindeki işçilik haklarının (kıdem tazminatı, vb.) hesaplanma usullerinde, açık bir şekilde ifade edilmemiştir³⁵.

Kısmi süreli iş sözleşmelerinde, işletme gerekleri ile fesihlerde veya toplu fesihte ayırım söz konusu olabilir. Bununla birlikte, kural olarak işverenin işverenin işin dağılımına yönelik kararı işletmesel karar oluşturur. Öyle ki, işveren dilerse belirli bir işi birden çok kısmi süreli işçi ile yürütebilir veya daha az sayıda tam süreli işçi ile yerine getirebilir. Dolayısıyla bu noktada işverenin iradesine müdahale edilemez³⁶.

Belirtelim ki, bir iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması kısmi süreli olması açısından önem taşımaz. Kısmi süreli iş sözleşmeleri belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli de olabilir. Tabii ki, bu konuda İş K. 'nun 11. maddesindeki koşulları gözden

33 Çelik, 97; Mollamahmutoğlu, 339.

34 Soyer, 28; Çelik, 98; Süzek, İş Akdinin Türleri, 21.

35 Soyer, 28; Demircioğlu/ Centel, 83.

36 Alpagut; Gülsevil, Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2010, 43.

uzak tutmak mümkün değildir. Bir başka deyişle, İş K.'nun 11. maddesindeki koşulların mevcut olması halinde kısmi süreli bir iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını engelleyen hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.

3) Deneme Süreli İş Sözleşmeleri

İşçi ve işverenin, iş sözleşmelerini imzalamadan ya da iş ilişkisini kurmadan önce, bir deneme süresi kararlaşrtırmaları, hukuken olağandır. Deneme süresi içerisinde taraflar, kurulan iş ilişkisinin kendi isteklerine uygun olup olmadığını görmek isteyebilir. Böylelikle, işçiye, işin ve işyerindeki iş düzeni ile çalışma koşullarının kendisine uygun düşüp düşmediği konusunda karar verebilme ve işverene de, işçinin bilgi ve yetenek bakımından işe yeterli olup olmadığını anlama olanağı sağlanmış olur. Buna göre, taraflar, kendi düşüncelerine göre uzun süreli bir iş ilişkisi için gerekli koşulların bulunmadığını anladıklarında, iş sözleşmesinin devam etmesi zorunluluğundan kurtulabilir. Bu anlamda, deneme süreli iş sözleşmesi, işçi ile işverenin iş sözleşmesini sürdürüp sürdürmeme hakkını saklı tutukları başlangıç süreli iş sözleşmesi olarak tanımlayabileceğimiz bir sözleşme türüdür³⁷.

1475 Sayılı kanun döneminde üzerinde tartışılan bir konu, işverenin işçiyi tanımak amacıyla belirli bir süre için çalıştırıp ondan sonra belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmak isteyip isteyemeyeceği idi³⁸. Buradan da anlaşılacağı gibi, işveren asli olarak işçiyi “deneme süreli” olarak çalıştırmak istemektedir. Bu amaçla deneme süreli iş sözleşmelerinde, deneme süresi için de iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde taraflar herhangi bir bildirim süresine uymak zorunda olmadığı için ihbar tazminatı söz konusu değildir³⁹.

37 *Demircioğlu/ Centel*, 86; *Soyer*, 27; *Çelik*, 101.

38 *Süzek, İş Akdinin Türleri*, 22; *Alpagut*, 75.

39 *Güler*, 44; *Soyer*, 36; *Süzek, İş Akdinin Türleri*, 23.

Deneme süresi, belirli süreli olsun ya da olmasın, bütün sürekli iş sözleşmeleri için söz konusu olabilir. Taraflar, sözleşmeye deneme süresi koyup koymamakta özgürdürler. Bununla beraber, kanun, deneme süresinin kararlaştırılması halinde sürenin uzunluğu ile ilgili olarak emredici bir hükümle tarafları bağlamıştır. Kanuna göre deneme süresi, en çok iki aydır. Bu süre ancak toplu iş sözleşmesine konulacak hükümle dört aya kadar uzatılabilir (İş K. m. 15/I). İşten ayrılan işçinin yeniden aynı işe alınması halinde deneme süresinin kararlaştırılmaması, olası kötü niyeti ortadan kaldırmaya yönelik bir hükümdür⁴⁰.

Deneme döneminin iki şekilde uygulanması mümkündür. Bunların ilki, iş sözleşmesine bir deneme maddesi konulması, diğeri ise sözleşmenin, deneme amacıyla sınırlı bir süreye bağlanmasıdır. Birinci durumda “deneme süreli” iş sözleşmesinden; ikinci durumda ise, “deneme amacıyla sınırlı olan süreli bir iş sözleşmesinden yani deneme amaçlı iş sözleşmesinden” söz edilir. İki durum arasındaki temel fark, bunlardan birincisinde, ister süreli ister süresiz bir iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olsun, deneme süresi içinde kolaylaştırılmış bir fesih hakkının tanınmış olmasına karşılık, ikincisinde, deneme amacıyla sınırlandırılmış süreli bir iş sözleşmesinin söz konusu olması ve süreli iş sözleşmeleriyle ilgili rejime tabi bulunması nedeniyle de bu sözleşmenin kural olarak ihbarlı veya haklı bir sebep olmadıkça ihbarsız fesih yolu ile sona erdirilmesinin mümkün olmamasıdır⁴¹.

Deneme süresi içinde işçi veya işveren, herhangi bir tazminat ödemeksizin ya da bildirim süresi vermeksizin sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahiptir. Ancak işçinin çalıştığı günlere ait ücreti ve diğer hakları saklıdır (İş K. m. 15/II). Buradaki “ücret” sözcüğü sadece “iş karşılığı ücret” olarak anlaşılmayacak, işçinin deneme süresi içinde hak kazandığı hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri (İş K. m. 44-46) ödenecek,

40 Çelik, 101; Soyer, Polat; Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/I,28.

41 Soyer, 33.

koşulların varlığı halinde işçi, ikramiye, prim gibi ödemelerden ve sosyal yardımlardan da faydalanabileceklerdir⁴².

Deneme süresinin geçmesinden sonra sözleşmenin sona erdirilmesi halinde taraflar için artık genel hükümler geçerli olacaktır. İşçinin çalıştığı sürenin belirlenmesinin gerekli olduğu bütün durumlarda, özellikle ihbar ve kıdem tazminatlarının, yıllık ücretli izin hakkının doğum ve hesabında deneme süresi göz önünde tutulur. Esasen sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin belirtilen hüküm dışında, deneme süresi içinde iş sözleşmesi için öngörülen tüm maddeler geçerlidir⁴³.

Deneme süreli bir iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olması yanında, belirli süreli bir iş sözleşmesi olması da olağandır. Yasada belirtilen süreleri aşan ya da aşmayan bir deneme süresi sağlamak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olmayacaktır. Çünkü kanun bu amaçla asgari bir süre öngördüğü için, bu hükümlerin aşılması amacıyla belirli süreli iş sözleşmesini haklı kılacak objektif bir neden olmayacaktır. Deneme süresi kadar belirli süreli iş sözleşmesinde, deneme amacının objektif neden oluşturacağını belirten görüşler bulunmaktadır. Ancak gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmeleri deneme süreli olarak gerçekleştirilebilecektir. Bu nedenle hangi tür sözleşme olsun deneme süresinin kararlaştırılması halinde taraflar, bu süre içinde sözleşmelerini hiçbir tazminat ödeme yükümü altına girmeden sona erdirebileceklerdir. Bunun sonucu olarak da deneme süresi kadar bir belirli süreli iş sözleşmesinde deneme amacını objektif neden olarak kabul edilmemesi gerekmektedir⁴⁴.

III. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

1) Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kavramı

42 Çelik, 102; Fırat Şimşek, Ayşe; Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri, 2009/I, 8 vd. www.tisk.org.tr.

43 Süzek, İş Akdinin Türleri, 23; Çelik, 102; Soyer, 29 vd.

44 Süzek, İş Akdinin Türleri, 25; Güler, 45.

a) Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri Ayrımı

İş sözleşmesinin belirli bir süreye bağlanması, hukuken geçerli ve mümkündür. Nitekim, İş Kanununa göre, iş sözleşmesinde taraflarca herhangi bir süre kararlaştırılmışsa “belirli süreli iş sözleşmesi” ve kararlaştırılmadığında da, “belirsiz süreli iş sözleşmesi” söz konusu olur⁴⁵.

4857 sayılı İşK. m.9’a göre: “İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır” denilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, iş sözleşmesi yapabilme koşullarından biri de “süre” kavramının taraflarca biliniyor olmasıdır. Yani eğer sözleşme belirli süreli ise daha önce de belirttiğimiz gibi sürenin biliniyor ya da en azından öngörülebiliyor olması, belirsiz ise de belli bir sürenin olmamasından söz ediliyor demektir. Bu iki durumu değerlendirecek olursak “süre” temelli olarak kanun maddesinde de belirtildiği üzere iş sözleşmeleri ya belirli süreli ya da belirsiz süreli olacaktır.

4857 sayılı Kanun, 11. maddesinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımına yer vermiş, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” denilmektedir. Yine 4857 Sayılı Kanunun 12. maddesinde de “Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları” başlığı altında işverenin eşit işlem borcu bağlamında aralarında ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçiden farklı bir işleme tabi tutulmayacağına ilişkin hükümler öngörmüştür. Kanunun bu tanımı, belirli süreli iş sözleşmesini kavramsal olarak tanımlamaktan ziyade hangi hallerde bu sözleşmenin hukuka uygun olarak yapılabileceğini belirleyen bir niteliğe sahiptir. Kanun bu tanımıyla, Türk Hukukunda taraflarca subjektif şekilde, yani; objektif koşulları bulunmadan, kendi istek ve iradelerine göre sözleşmede bir süre belirlenmesi yoluyla belirli süreli iş sözleşmesi yapma yolunu kapatmış gözükmektedir⁴⁶.

45 Demircioğlu/Centel, 80; Çil, 41; Ekonomi, 22.

46 Güler, 38; Mollamahmutoğlu, 327-328.

b) Belirli Süreli İş Sözleşmesi Tanımı ve Unsurları

İş Kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasında “İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılıdır” denildikten sonra 11. maddenin 1. fıkrasında bu sözleşme türleri tanımlanmıştır. Adı geçen fıkraya göre “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”. Kanunun bu hükmü uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi, tanımda ifade edilen objektif koşullara veya benzerlerine bağlı olarak yapılan bir sözleşme olduğuna göre, Türk Hukukunda bu koşullar olmaksızın, sadece tarafların süre belirlemeleri ile, yani sübjektif olarak süre belirlenmesi suretiyle bir iş sözleşmesi belirli süreli olarak kurulmayacak demektir⁴⁷.

4857 sayılı yasa ile getirilen bu tanımda dikkati çeken en önemli nokta da, tanımın sözleşmenin belirli olmasını sağlayan objektif nedenlere dayalı olarak yapılmasıdır. Belirtilmelidir ki, 4857 sayılı Kanun’un Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslağında da, belirli süreli iş sözleşmeleri tanımlanmaktaydı⁴⁸. Tasarıdaki tanıma göre belirli süreli iş sözleşmeleri, “süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı ve niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılan” sözleşme olarak tanımlanmıştır. Ancak TBMM’nde yapılan görüşmelerde, belirli süreli iş sözleşmelerinin tanımı değiştirilmiştir. TBMM’nde yapılan bu değişikliğin gerekçesi olarak da, belirli süreli iş sözleşmelerinin tanımında yalnızca taraflarca açıkça sürenin belirlendiği hallerde değil, sürenin objektif belirlenebilir olması halinde de belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi hallerde yapılacağını belirterek uygulamadaki olası sorunların önüne geçme isteği olarak bildirilmiştir. Yapılan bu açıklamanın, değişikliğin önemini ortaya koymaktan uzak olduğu söylenmelidir. Çünkü tasarıdaki tanım ile baştan objektif neden olmadan da sürenin taraflarca belirlenmesiyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. Oysa değişiklikle birlikte, tarafların süreyi belirlemeleri yeterli olmayıp ayrıca belirli süreli iş sözleşmesini

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, 315.

⁴⁸ Çil, 35; Canbolat, 192-193; Taşkent, 236; Ayan, 445

yapmayı haklı kılan objektif nedenlerin varlığı da aranacaktır⁴⁹. Buna karşılık Avrupa Birliği Yönergesinde bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir sınırlama, açıkçası “objektif/esaslı neden” öngörölmüş değildir⁵⁰.

İlk fıkrada belirtilen unsurların, bu sözleşme yapılırken, baştan itibaren objektif nedenlerin varlığını gerektirdiği şeklindeki bir açıklama da herhalde bu düzenlemenin, önceki kanun döneminde uygulama ve öğretide varılan sonucu doğrular nitelikte olduğunu ortaya koymaya yöneliktir. Ne var ki, bu açıklamada, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında yalnızca objektif nedenlerin bulunması ile tarafların sözleşme süresini belirlemelerinin ayrı hususlar olduğu ve objektif nedenlerin varlığına rağmen tarafların sözleşmeyi belirsiz süreli olarak yapabilecekleri görüşünden hareketle, belirli süreli iş sözleşmesinin ortaya konulmasında sadece objektif nedenlerin varlığının yeterli olamayacağı, sürenin ortaya çıkmasında da bunların aranacağı görüşü kabul görmektedir⁵¹.

Objektif nedenlerin varlığına karşın, belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, öncelikle belirli bir süre için yapılan bir sözleşme bulunmalıdır⁵².

49 *Güler; Mikdat*, Belirli süreli iş sözleşmesi karar inceleme, *Legal Dergisi*, 2005, S.5, s. 30-31; *Canbolat*, 194; *Taşkent*, 231; *Ayan*, 446

50 *Alpagut; Gülsevil*, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, *Mercek Dergisi*, *Mess Yayınları*, Ocak 2004, s. 78; *Mollamahmutoğlu*, 328; *Güler; Mikdat; Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi karar inceleme*, *Legal Dergisi*, 2004/2, 549; *Güler*, 41; *Çil*, 36; *Taşkent*, 37; *Ekonomi*, 16-17; *Canbolat*, 195; *Taşkent*, 232; *Ayan*, 451.

51 *Çelik*, 88-89; Bu konudaki diğer örnekler için bkz. *Çil*, 39.

52 Objektif nedenlerle sürenin belirlenmesinin ayrı kavramlar olduğuna değinen *Alpagut*, haklı olarak, objektif nedenin bulunmasının sözleşmeyi mutlaka belirli süreli hale getirmeyeceğine işaret etmiş ve yasadaki tanımın bu yönüyle eksik olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle de yazar, belirli süreli iş sözleşmelerine “belirli objektif nedenlerin varlığı durumunda, taraflarca sözleşmenin sona erme anı, zaman ve tarih olarak belirlenen veya işin türü, amacı ve niteliği ile saptanan sözleşme” olarak tanım getirmektedir, (*Gülsevil Alpagut*, 4857 Sayılı Yasa çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, *Mercek*, Ocak 2004, s. 74); *Güler*, objektif neden, 552; *Çil*, 36, 53; *Ayan*, 452.

Doğal olarak, taraflar belirli süreli iş sözleşmesi yapmak istediklerinde sürenin belirliliğini, bir takvim birimini dikkate alarak yapmaları en sık karşılaşılabilecek olasılıktır. Bu gibi durumlarda taraflar ya bir birimi esas alarak (gün, hafta, ay, yıl) başladığı günden itibaren hesaplama yapabilecek ya da belirli bir sona erme tarihi koyabileceklerdir. Bunun yanında tespit edilen sürenin belirlenmesi objektif esaslara dayanmalı, bu konuda tek yetkili işveren değil, işçi ile birlikte işveren olmalıdır⁵³.

Gerçekten de Kanun lafzen, belirli süreli iş sözleşmesini, sürenin objektif koşullara bağlı olarak belirlendiği bir sözleşme olarak tanımlıyorsa da söylemek istediği husus, sözleşmenin konusu olan iş niteliği itibariyle esasen belirli süreli bir iş ise, ya da belirli (muayyen) bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif bir durum var ise, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılabileceğidir. Bir görüşe göre, objektif nedenlerin mevcudiyeti halinde taraflar belirli süreli iş sözleşmesinin süresini belirlemede de objektif nedeni dikkate almak zorundadırlar, taraflar serbest değillerdir. Ancak bu husus, kanaatimizce, belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkanı veren objektif nedenin mahiyetine bağlıdır; kimi nedenler taraflara belirli süreli iş sözleşmesi yapma olanağını süre belirleme serbestisi içinde verebilirken kimi nedenler bu serbestiyi vermeyebilir. Örneğin, niteliği itibariyle belirli süreli olan işlerde (objektif koşul bizatihi belirli süreli iştir) taraflar süre belirleme serbestisine sahip iken niteliği itibariyle belirsiz süreli bir işte hastalanan, eğitime gönderilen işçi yerine çalıştırılmak üzere işe alınan işçinin iş sözleşmesi, süresi doğrudan objektif nedenle belirlenmiş bir belirli süreli iş sözleşmesidir⁵⁴.

Avrupa Birliğinin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe giren belirli süreli iş sözleşmeleri hakkındaki 18 Mart 1999 tarihli çerçeve anlaşmasının 1. maddesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin “sözleşmenin veya iş ilişkisinin sona ermesinin, belirli bir tarihin gelmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olayın zuhuru gibi objektif koşullar tarafından belirlendiği (objektif koşullara bağlı olduğu) iş sözleşmeleri” şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Çerçeve anlaşma iki halde; mesleğe giriş eğitimi veya çıraklık

53 Güler, 42; Mollamahmutoğlu, 329-330; Taşkent, 36; Canbolat, 196.

54 Ekonomi, 22. Mollamahmutoğlu, 330.

eđitimi iliřkileri ile kamu tarafından uygulanan veya kamu tarafından desteklenen mesleki eđitim, yerleřtirme ve mesleęe uyum programlarında üye devletlere veya sosyal taraflara, bu anlařma hůkűmleri dıřında dűzenleme yapma imkanı tanımıřtır⁵⁵.

Belirli sűreli iř sűzleřmesi, tarafların sűzleřmenin kurulduęu anda hukuki iliřkinin devam sűresinin, dięer bir ifade ile sona erme anının bilindięi ya da en azından űngűrűlebildięi, bu anın sűzleřmede açıkça veya űrtűlű olarak kararlařtırıldıęı sűzleřmedir⁵⁶. Sűzleřmeye belirli veya belirsiz sűreli olma űzellięini kazandıran unsur, hukuki iliřkinin kurulduęu anda, taraflarca açık veya űrtűlű olarak yapılan kararlařtırma sonucu, sona erme anının bilinerek yazılması veya hiç deęilse űngűrűlebilmesidir. Sűzleřmenin sona ereceęi an taraflarca bilinmedięi veya űngűrűlebilir nitelik tařımadıęı sűrece kararlařtırılan herhangi bir sűre sűzleřmeye belirli sűreli olma űzellięi kazandırmaz⁵⁷, sűzleřme belirsiz sűreli sűzleřme olarak kabul edilir.

Kanundaki tanımla ilgili dięer unsurlar da yeteri kadar anlařılır deęildir. Yasal dűzenlemeye karřılık, Kanunun ilk řeklinde belirli sűreli iř sűzleřmesinin, yazılı olma unsuruna yer verilmemiř olsa da, kolay anlařılır, tutarlı ve tatmin edici bir řekilde hazırlandıęı sűylenebilir. Buna gűre, bu sűzleřme, sűresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya iřçinin űstlendięi iřin tűrű, amacı veya nitelięinden sűresi belirli olduęu anlařılan bir sűzleřmedir. Kanunun 11. maddesinin ilk fıkrasındaki sűzleřmenin yazılı olması unsuru dıřında kalan dięer unsurlardan biri olan, sűzleřmenin “belirli sűreli iřlerde” yapılması ile sűrenin, “zaman ve tarih olarak” belirlenmesi olarak kabul edilmelidir. Kanımızca, belirli sűreli bir sűzleřmeyi ortaya koyan ifade budur. Bununla birlikte, sırf belirli olduęunun kararlařtırılmasının bu sűzleřmenin geçerlilięi için yeterli olmayacaęı, objektif nedenlerin varlıęının da olması gerektięini sűyleyebiliriz.

55 Gűler, objektif neden 551; *Mollamahmutoęlu*, 323; Gűler 37; Canbolat, Talat; Mevzuatta űngűrűlen Bazı İř Sűzleřmesi Tűrlerinin 4857 Sayılı İř Kanununun Belirli Sűreli İř Sűzleřmesine İliřkin Esasları Yűnűnden Deęerlendirilmesi, Legal 2007/13, 188.

56 *elik*, 88; *Alpagut*, 8; *il*, 34.

57 *Alpagut*, 7-8; *Mollamahmutoęlu*, 316-317; *Gűler*, 55.

Belirli süreli iş sözleşmeleri, sadece belirli bir zaman diliminin belirlendiği durumlarda söz konusu olmaz. İşin niteliğinden ne kadar süreceğinin anlaşılması halinde de belirli süreli iş sözleşmeleri kurulabilecektir. Bunu BK m. 338, “maksut gayesinden anlaşılmakta” ibareleriyle düzenlemiştir. 4857 sayılı kanunda ise, açıkça düzenlenmemiş olmamakla birlikte, sayılan objektif nedenlerden işin niteliği gereği bir süre belirlenmesinin de mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. İşin amacının belirli süreli olması da, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için yeterli değildir. Bunun yanı sıra, işin niteliğinden ya da amacından belirli bir süre devam edeceğinin önceden sözleşme taraflarınca, özellikle de işçi tarafından, biliniyor olması gerekir⁵⁸. Diğer bir deyişle, işçinin en azından, sözleşmenin bu işin bitmesiyle birlikte biteceğini tasavvur etmesi gerekmektedir. Ayrıca, işin amacından ya da niteliğinden kaynaklanacak belirliliğin sözleşmenin yapıldığı anda taraflarca objektif olarak ortaya konulması da gerekecektir. Yargıtay, bu şekilde verdiği kararlarında işin niteliğinden belirli bir süre devam edeceği anlaşılmasına karşın çok uzun sürecek işlerde, işin bitiş anının objektif olarak baştan belirlenememesi halinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin söz konusu olacağını belirtmiştir⁵⁹. Bunun yanında Yargıtay bazı kararlarında da, hiçbir gerekçe göstermeden işin bitmesi

58 Yargıtay’ın bir kararına göre: “...Davacı işçi, işe alındığı sırada süresi belli bir iş için görevlendirildiği hakkında hiçbir fikre sahip olmamış olduğunu ileri sürmüştür...İş sözleşmesinin süresi belli olmayan bir akte ilişkin bulunduğunu kabul bir zaruret ifade eder...”Yarg. 9. H.D. 24.10.1991, 8961/13488. Kazancı içtihat programı.

59 Yargıtay’ın bir başka kararına göre “... Hükme dayanak yapılan sözleşmenin 4. Maddesinde ‘Sözleşmenin geçerliliğinin Bartın- Amasra yolunun yapım işlerinin tamamlanması süresi sonuna kadar devam eder’ kuralına yer verilmiştir. Sözleşmenin geçerlilik tarihi olarak belirtilen yol yapım işinin ne zaman sona ereceği konusunda somut bir tarih bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla işin bitiş tarihi öngörülemez. Böyle olunca bu sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğundan söz edilemez...” Yarg. 9.H.D. 22.9.2003, 2474/15155. (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004, S:1, s. 215-216. “...Taraflar arasındaki uyuşmazlık sözleşmenin süresinin belirli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hizmet sözleşmesinde sözleşme süresi belirli bir tarih yazılmak suretiyle gösterilmiş değildir. Davacının barajın bitim tarihine kadar çalışacağını öngörülmesiyle yetinilmiştir. Baraj inşaatı uzun süre devam eden, inşaat işine endeksli olarak çalışmasının öngörülmesi sözleşmenin süresinin belirli olmadığını gösterir. Gerçekten somut olayda da inşaatın uzun süre devam ettiği görülmektedir...” Yarg. 9.H.D. 10.3.1998 T. 1997/20294 E. 1998/3771 K. Kazancı içtihat programı.

nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda, belirsiz süreli iş sözleşmesinin söz konusu olacağını belirtmektedir⁶⁰. Aynı doğrultuda kararları mevcuttur⁶¹.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Şekil

4857 Sayılı İş Kanununun 8. maddesine göre “süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret dönemini süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.”

Aynı yasanın 11. maddesinde ise; “iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.

Belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin olarak yukarıda belirtilen tanımlamada yer verilen unsurlar istenileni anlatmak için yeterli değildir. Daha önemli olarak, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması sözünün tanıma sokulmasıyla bu unsur ile iş sözleşmesinin şekline ilişkin 8. madde hükümleri arasında gereksiz bir çelişki yaratılmıştır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesinin süresine bakılmaksızın yazılı olmasının mutlak olarak kabul

60 Yargıtay’ın bir kararına göre “...İnşaatın kaba işçiliğinde çalıştırılmak üzere işe alındığı, kaba inşaat işinin bitimi nedeniyle de iş sözleşmesinin sona erdiği anlaşılmaktadır. Bir inşaatın işinde çalıştırılmak üzere işe alınan işçi yönünden aradaki hizmet sözleşmesinin, belirsiz süreli hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir...” Yarg. 9.H.D. 24.10.1991, 8961/13488. K.Kazancı içtihat programı.

61 Yargıtay’ın bir kararına göre: “Hizmet sözleşmesinde, sözleşme süresi belirli bir tarih yazılmak suretiyle gösterilmeyip, “baraj inşaatının bitimine kadar” ibaresinin kullanılması sözleşmenin belirli süreli olarak kabulünü gerektirmez. Davacı işçinin ihbar tazminatını alıp, başka hiçbir alacağı kalmadığını, beyan ettikten sonra sözleşmenin belirli süreli olduğundan söz ederek geri kalan süre için ücret isteminde bulunması mümkün değildir.” Yarg. 9.H.D. 7.10.1998, 9-647/687 . Kazancı İçtihat Programı.

edilmesi halinde, şekle ilişkin maddedeki sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan sözleşmelerin yazılı olma zorunluluğu, yazılı sözleşme yapılmayan hallerdeki belge verme yükümlülüğü, süresi bir yıldan az belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı olma zorunluluğunun uygulanmaması, belgede yer alması gereken bilgilerin iki aylık süre dolmadan sona eren iş sözleşmesi için en geç sona erme tarihinde yazılı olarak verilmesi gibi 8. maddedeki ayrıntılı düzenlemeler anlamını yitirecektir. Bu çelişkili sonuç yerine 11. maddedeki yazılı olma esasını, şekle ilişkin özel düzenlemeyi oluşturan 8. maddedeki yazılı şekil, yazılı belge ve yazılı bilgi vermeyi kapsayan genel bir ifade olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz⁶².

a) Genel Olarak Şekil Serbestisi ve Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Sözleşmeler

Genel Olarak Şekil Serbestisi İlkesi

Genel olarak sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça, özel bir şekle bağlı değildir (İş K. m.8/I). İş Kanunu bu kuralın aksini belirten bazı hükümlere yer vermiş ve şekle uyma zorunluluğu koymuştur. Bunu daha detaylı olarak mad. 8 ve 11.'in değerlendirilmesi bölümünde işleyeceğiz.

İş sözleşmesinin bir türü olan belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerli bir şekilde yapılması gerekmektedir. Ancak tüm hukuk sistemimizde olduğu gibi iş hukukunda geçerli olan şekil serbestisi ilkesinin istisnası olarak belirli süreli iş sözleşmeleri gösterilmektedir. Bu nedenle şekil konusunda özel bir geçerlilik koşulu gerekli görülmüştür.

Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu belgeler damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır. Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini,

⁶² Çelik, 88. Bu konudaki görüşü 8. ve 11. maddeyi birlikte ele alarak yapılan bir değerlendirmeye göre, bu iki madde hükümlerinin ortaya çıkardığı boşluğun hukuk düzeninin birliği ilkesine göre doldurulması ve maddi hukuk kuralı olarak zorunlu tutulan yazılı şekle uyulmamasının sonucu, sözleşmenin ileriye yönelik sona ereceğinin kabulü değil, bütün belirli süreli iş sözleşmeleri için İşK. m. 11 hükümlerine dayalı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir.

ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur”. denilmektedir. Aynı şekilde 11. maddede de bu konuda hüküm içermektedir. Borçlar Kanunu m. 11/I’e göre; “kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit şekle riayet olmadıkça sahih olmaz” denilmektedir. Buradan hareketle yasada aksi belirtilmedikçe yasanın öngördüğü şekil şartının geçerlilik şartı niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz⁶³.

bb) Yazılı Şekilde Yapılması Gereken Sözleşmeler

İş Hukukunda bazı durumlarda yazılı sözleşme yapılma zorunluluğu getirilmiştir. Bunlar: takım sözleşmesi, çıraklık sözleşmesi, deneme süresi olan iş sözleşmeleri, bir yıldan fazla süreli belirli iş sözleşmeleri, Basın İş Kanunu uyarınca gazetecilerin iş sözleşmeleridir. Görüldüğü gibi iş sözleşmesinin yazılı olmasını gerektiren nedenlerden biri de sözleşmenin süreli olmasıdır. Gerçekten Kanunun 8. maddesine göre,” İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.

b) Yazılı Şeklin Hukuki Niteliği

İşK. m. 9/1’ de belirtilen yazılı şekil şartının hukuki niteliği ise öğretide tartışılan konulardandır. Bazı yazarlar, Borçlar Hukuku’nun genel ilkesinden edindiğimiz bilgiler çerçevesinde (B.K. m. 11/II), ve İşK. m. 9/I’de öngörülen şartın geçerlilik şartı olduğunu ve buna uyulmadığı takdirde de yapılacak olan sözleşmenin geçersiz sayılacağını savunmuşlardır⁶⁴. Burada şekle uyulmaması neticesinde sözleşmenin butlan sayılacağı görüşü kabul edildiği gibi, sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile ifa edilmesinden sonra, sadece bu nedene dayanarak butlanın ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması olarak

⁶³ *Alpagut*, 20; *Ekonomi* II, 903; *Ayan*, 454.

⁶⁴ *Güler*, 55; *Alpagut*, 20.

değerlendirebiliriz. Ayrıca İş Kanunundaki butlan kavramı ile Borçlar Kanunundaki birbirinden farklı değerlendirilmektedir. İş Kanununda baştan itibaren hükümsüz sayılmasını gerektirecek şekilde geriye dönük olarak uygulanmaz, ileriye yönelik biçimde geçersiz sayılacağı için de işçiyi korumaya yeterlidir⁶⁵.

Şekil konusu ile ilgili olarak öğretilerde savunulan bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmelerinin objektif nedeni olup olmadığı, sözleşmenin yapıldığı şekle göre belirsiz ya da belirli süreli olarak belirlenir. Buna göre objektif nedenlerin bulunduğu hallerde, süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapıldığı hallerde belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Ancak yazılı yapılmamışsa belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir. Süresi bir yıldan kısa olan ve objektif nedenin bulunmadığı iş sözleşmelerinde ise sözleşmenin şekli önemli olmayacak ve belirli süreli olarak yapılabilecektir⁶⁶. Başka bir ifadeyle, yazılı biçimde yapılması gereken iş sözleşmeleri için aranan biçim koşulu, hukuken, bir geçerlik koşulu sayılmalıdır. Buna göre, yasanın yazılı biçimde gerçekleştirilmesini öngördüğü belirli süreli iş sözleşmesi, yazılı biçimde yapılmadığında, hukuken geçerli bir sözleşme olarak kabul edilemez, belirsiz süreli olarak işlem görür⁶⁷.

Ve son olarak öğretilerde savunulan üçüncü bir görüşe göre ise, şekil kuralı geçerlilik de ispat şartı da değildir. Bu görüşe göre İşK. m. 9/I'deki bu kural, İşK. m. 98/A-1'deki ceza hükmüyle birlikte değerlendirilmeli, yukarıda da belirttiğimiz gibi, şekle aykırı olarak yapılmış sözleşmeler butlan sayılacak ise de; yasa koyucu ceza hükmü getirmekle de sözleşmeyi geçersiz saymayacağını ortaya koymuştur. Çünkü butlan kuralı uygulandığında sözleşme geçersiz olur ve işvereni cezalandırma sebebi de ortadan kalkmış olur⁶⁸.

65 Ayan, 455; Güler, 55-56;

66 Alpagut, 22.

67 Demircioğlu/Centel, 97; Ekonomi II, 899-900.

68 Güler, 56; Ekonomi II, 903.

c) Yazılı Şeklin Kapsamı ve İçeriği

Yazılı biçimde yapılması zorunlu olan iş sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için, basit yazılı biçim yeterlidir. Basit yazılı biçimde gerçekleştirilecek iş sözleşmelerinin yasa uyarınca damga vergisi ve her çeşit resim ile harçtan muaf olduğunu daha önce belirtmiştik (İş K. m. 8/II c. 2)⁶⁹.

İşveren; yazılı sözleşme yapılmayan hallerde, genel ve özel çalışma koşullarını, günlük veya haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirliyse sözleşmenin süresini, fesih durumunda tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belgeyi işçiye en geç iki ay içinde vermekle yükümlüdür. Ancak, süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde, böyle bir belgenin verilmesi gerekmez. Ayrıca, iki aylık süre dolmadan iş sözleşmesi sona erdiği takdirde de, bu belgenin en geç sona erme tarihinde işçiye verilmesi zorunludur (İş K. m. 8/III)⁷⁰.

d) İş K. m. 8. Karşısında 11. Maddenin Değerlendirilmesi

Daha önce belirttiğimiz gibi, genel olarak iş sözleşmesinin geçerliği, İş Kanununda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle bağlı olarak yapılmaz (İş K. m. 8/I c. 2). Bu bakımdan, iş sözleşmesini yapan işçi ile işveren, kural olarak, iradelerini belirli kalıplara uygun olarak belirtmek zorunda olmayıp, kendilerine, iş sözleşmesinin biçimi konusunda bir kısıtlama getirilmemiş, taraflar serbest bırakılmıştır⁷¹.

⁶⁹ Demircioğlu/Centel, 97.

⁷⁰ Demircioğlu/Centel, 97-98.

⁷¹ Mollamahmutoğlu, 322; Demircioğlu/Centel, 96; Çil, 37; Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu II, legal 2007/15, 894; Ayan, 454; Çelik, 88.

Yasa koyucu tarafından İş sözleşmesinin biçimi konusunda, esas olarak, taraflara serbesti tanınmış olmakla birlikte; istisnaen, bazı iş sözleşmesi türlerinin bazılarında yazılılık şart olarak getirilmiştir⁷².

1475 sayılı Kanunda belirli süreli iş sözleşmeleri ile ilgili tek açık düzenleme, süresi bir yıl ve daha fazla süreli belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasına ilişkin 9. maddesiydi. Benzer bir hükme İş. K. m. 8/2, “süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur” ifadesine yer verilmiştir. Ancak yeni kanunun bu konuda birbirine çelişkili ifadeler içermesi, bazı tartışmalara sebep olmuştur. İş. K. m. 8/2’nin bu açık düzenlemesiyle çelişen hüküm, belirli süreli iş sözleşmelerinin tanımına ilişkin olan İş. K. 11/1 ise, “...yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” ifadelerini kullanmıştır. İş K. m. 11’in bu hükmü yorumlandığında, hiçbir süre sınırı aranmadan bütün belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirildiği anlaşılmaktadır. Oysa ki, şekle ilişkin 8. madde yazılı şekil şartını, yalnızca süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinde aramaktadır. Bu farklılığın nedeni, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımını yapan hükmün, sonradan TBMM görüşmeleri esnasında yasaya eklenmesidir. Bu ekleme yapılırken, 8. madde gözden uzak tutulduğu için, birbiriyle çelişen bu iki hükmün ne şekilde yorumlanacağı ise belli olmayan bir durumdur⁷³.

72 Alpagut, 20; Demircioğlu/Centel, 97, *Ekonomi II*, 895; Ayan, 454; Çelik, 89.

73 Güler, 54-55; Alpagut, 21; Çil, 37; *Ekonomi II*, 897.

Kanımızca, bunun yorumunda öncelikli olarak İş K. m. 11 esas alınmalıdır⁷⁴. Bu nedenle öncelikle kuralın İş K. m. 11/1 olduğu, bunun dışındaki belirli süreli iş sözleşmelerinde ise İş K. 8/3'ün geçerli olacağı şeklinde bir yoruma gidilmelidir. Bunun sonucunda; süresi bir yıl ve daha az olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Özetle belirtmek gerekirse; belirli süreli iş sözleşmelerinin ister bir yıldan kısa isterse bir yıldan uzun olsun yazılı olması zorunluluğu nedeniyle m. 11'in yani belirli süreli sözleşmelerin yazılı olma zorunluluğunun m. 8'de yer alan süresi bir yıldan fazla olan sözleşmelerin yazılı olma zorunluluğu çerçevesinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri bir yıldan kısa süreli ise, yazılı olma şartı aranmaksızın yapılabilecektir. Oysa bir yıldan kısa süreli dahi belirli süreli iş sözleşmesi yazılı olmak zorundadır.

3. Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasını Haklı Kılan Objektif Nedenler

İş sözleşmesi açısından, mevzuatımızda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan ve buna olanak tanıyan düzenlemeler yer almaktadır. Genel kural olarak belirli iş sözleşmesi yapılabilmesi için gerekli olan objektif koşulların varlığı gerekir. Sözleşmenin belirli süreli olarak düzenlenmesini gerektiren nesnel nedenlerin varlığı araştırılmalıdır. Bunun gibi Yargıtay'ın birçok kararı bulunmaktadır⁷⁵. Yargıtay'ın bir kararına göre; "Belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılması durumunda objektif neden arandığına ilişkin bir açıklık yoktur ya da çözümlendiği uyuşmazlıklar özelinde bu husus üzerinde durma gereği duymamıştır. Örneğin; "Taraflar arasında yurtdışında

74 Bu konuda *Güler*:"Öncelikli olarak İş K. m. 8 esas alınmalıdır. Kanun içerisinde çelişki olmayacağı için, bu iki hükmün birbirine uygun şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle kuralın İş K. m. 8/2 olduğu, bunun dışındaki belirli süreli iş sözleşmelerinde ise İş K. 11/1'in geçerli olacağı şeklinde bir yoruma gidilmelidir. Bunun sonucunda; süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Süresi bir yıldan kısa süreli olan sözleşmelerde ise, işverenin en geç iki ay içerisinde tüm çalışma koşullarını barındıran yazılı bir belge verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hatta bir aydan kısa süreli sözleşmelerde işverenin bu yükümlülüğü dahi yoktur." demektedir.

75 Yargıtay'ın bir kararına göre; "Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edebilmek için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve yapılması için objektif nedenlerin varlığı gerekir. Sözleşmenin belirli süreli olarak düzenlenmesini gerektiren nesnel nedenlerin varlığı araştırılmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz." Yarg. 9. HD. E. 2007/36508 K. 2008/35210 T. 23.12.2008. Kazancı İçtihat Programı.

çalışmak üzere belirli süreli iş sözleşmesi düzenlediği ve davacının bu sözleşme gereği çalıştığı sırada iş sözleşmesinin sona erdiği anlaşıldığından ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması hatalıdır” denilmektedir. Karardaki ifadeden, taraflar arasında yurtdışında çalışmak üzere yapılan iş sözleşmesinin tekrarlanmadığı; işçinin, yapılan sözleşme gereği çalışırken, yani belirlenen süre dolmadan işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Yargıtay, işçinin ihbar tazminatı isteğini sözleşme belirli süreli olduğu için reddetmekte; ancak işçi ile yurtdışında çalışmak üzere yapılan sözleşmenin belirli süreli yapılmasını haklı kılan objektif koşulun varlığını sorgulamamıştır⁷⁶.

Ancak bazen bu gibi durumlarda belirli süreli sözleşmenin yapılabilmesi için özel olarak objektif nedenlerin varlığı şart değildir⁷⁷.

İş K. dışında, yasalarca bazı hallerde belirli süreli iş sözleşmesi yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Yasaca getirilen bu zorunluluk karşısında da, artık objektif nedenin yokluğu gerekçesiyle sözleşmenin belirsiz süreli olması mümkün değildir. Kaldı ki, bu tür ilişkilerde belirli süreli iş sözleşmesi, birbirini takip eden birden fazla iş sözleşmesinden oluşsa bile, bunların belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü iddia edilemeyecektir. Bunlardan bazıları; 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 32b/1'e göre, bu kurumlarda görevli bulunan müdür, diğer yöneticiler ve öğretmenlere uygulanacak olan iş sözleşmeleri en az bir yıl için yapılabilir. Öğretim yılının kesintiye uğramadan devam edebilmesi amacıyla bu kural zorunlu olarak uygulanmaktadır⁷⁸. **Başka bir ifadeyle; 625 sayılı özel Öğretim Kurumları Kanunu bu yönde bir hüküm taşımaktadır. 625 sayılı Kanun m. 32, özel öğretim yapan kurumlarda “çalışan müdür, diğer yönetici ve öğretmenler ile kurumların kurucuları veya kurucular temsilcisi arasında” yapılacak iş sözleşmelerinin en az bir yıllık olabileceğini hükme bağlamıştır. Buradan da anlaşılacağı gibi, bu kişilerle yapılacak iş sözleşmeleri belirli**

76 Taşkent, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal Dergisi, 2006/9, 34-35.

77 Süzek, 203;

78 Süzek, 203.

sürelî olmak zorundadır. Yapılacak bu sözleşmenin süresi de en az bir yıllık olabilecektir. Bu şekilde yapılacak iş sözleşmeleri zincirleme iş sözleşmesi niteliğini kazansa dahi, belirsiz sürelî iş sözleşmesine dönüşmeyecektir⁷⁹.

Türk Hukukunda, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkan sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler için kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı sürelî olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli sürelî yapılıır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenler, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli sürelî olması ve bir yıldan az sürelî olmaması zorunludur⁸⁰.

Aynı şekilde, işyeri hekimi ile yapılan sözleşmeler de belirsiz sürelî sayılmalıdır. Yargıtay'ın bir kararına göre⁸¹; işçi bir yıl sürelî sözleşme ile işyeri hekimi olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin kendisi tarafından haklı olarak feshedildiğini ileri sürerek sözleşmenin bir yıl sürelî olması nedeniyle kalan süreye ilişkin ücretini istemiştir. Yargıtay da işin niteliği ve özelliği itibarıyla sözleşmenin belirli sürelî değil belirsiz sürelî olduğuna karar vermiştir.

Avukatlık hizmeti de süreklilik arz ettiğinden avukatla yapılan belirli sürelî iş sözleşmeleri de belirsiz sürelî olarak değerlendirilmektedir⁸². Bir başka Yargıtay kararına göre; işçinin işyerinde belirli sürelerle fasılalarla olarak çalıştığı, vasıfsız işçi olduğu ve

79 Güler, 45-46; Süzek, 202; Ayan, 450.

80 Yarg. 9.H.D. E. 2007/24530 K. 2008/171 T. 18.2.2008 Sayılı kararda işyeri hekimi ile ilgili olarak raporlu iken yapılan fesih işleminin geçersizliğine karar verilerek işçinin işe iadesine karar vermiştir. Kazancı içtihat programı.

81 Yarg. 9. HD. 11.3.2009, 2007/38580 E. , 2009/6613 K. Çil, Yargıtay İlke Kararları, 161.

82 Yarg. 9. HD. 23.06.2008, 2007/42976 E., 2008/17137 K. Çil, Yargıtay İlke Kararları, 164.

fasıllı olarak çalıştığı sürelerin toplamı üzerinden kıdem tazminatının hesaplanması gerektiği yönünde karar verilmiştir⁸³.

Türk Ticaret Kanununun 314.'e göre anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin en fazla üç yıl için seçilecekleri belirtilmiş, aynı yasanın 344. m' de ise, esas sözleşmede aksine hüküm konulmadığı sürece müdürlerin, yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerini aşan bir zaman için tayin edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anonim şirket müdürlerinin görev süreleri yönetim kurulu üyelerinin görev süreleri ile paralel olduğundan söz konusu kanun hükümleri anonim şirket müdürlerinin de belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını sağlar⁸⁴. Bunlarla birlikte belirtmek gerekir ki, adı geçen müdürlerle mutlaka belirli süreli iş sözleşmesi de yapılması da gerekmez.

a) İşin Belirli Süreli Olması

İş Kanununun 11/I'e göre;"İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir". Yani ancak yapılan işin niteliği uygun ise belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Bu nedenle, süre içerisinde sürekli olarak mal ya da hizmet üretiminin devam ettiği işyerleri, kamu kurum ve kuruluşlarında aşağıda belirteceğimiz bazı objektif nedenler ortaya çıkmadığında belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz. Belirli süreli iş, sözleşmenin yapıldığı sırada işin ne kadar süreceğinin bilindiği "ya da" en azından öngörülebildiği iştir. Başka bir ifadeyle, işçinin işinin ne kadar süreceğini, işverenin de işçiyi çalıştıracığı süreyi bilmesi veya öngörebilmesi gerekir. Örneğin, sezonluk veya mevsimlik işlerde, firmaların kampanya dönemlerinde, sergi, konferans ya da sportif bir organizasyonun düzenlenmesinde işin

83 Yarg. 9. HD. 9.05.2008, 2007/18402 E. , 2008/11915 K. Çil, Yargıtay İlke Kararları, 170.

84 Yar.9.H.D. 11.4.2003, 20581/6120, Çimento İşv. Dergisi, Temmuz 2003, 52-53; Süzek, 204; Detaylı bilgi için bkz. *Canbolat*, 197 vd.

yaklaşık olarak ne kadar süreceği belli olduğundan bu gibi işlerde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir⁸⁵.

4857 sayılı İş K. ile getirilen objektif neden zorunluluğu, belirli süreli iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması için gereklidir. Bunun yanında objektif nedenlerin varlığı halinde yapılan bütün sözleşmelerin, belirli süreli olduğu da iddia edilemeyecektir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesi kurulmak istendiğinde öncelikle, tarafların sözleşme için bir süre kararlaştırmış olmaları gerekir. Bu esasın tekrar ortaya konulmasında da görüldüğü gibi, BK. m.339/I'e göre;" Muayyen bir müddet için yapılan hizmet akdi bu müddetin mürurundan sonra her iki tarafın sükutu ile temdit edildiği takdirde, akit, aynı müddet ve fakat nihayet bir sene için tecdit edilmiş sayılır. Akdin feshi ihbar vukuuna mütevakkıf iken iki taraftan hiç biri ihbar etmemiş ise, akit, tecdit edilmiş sayılır." Bu da vurgulandığı üzere, sözleşmede sürenin kararlaştırılmasına ilişkindir. Yoksa, objektif nedenin var olup olmadığına ilişkin değildir. Bu nedenle, söz konusu hükmün 4857 sayılı İş K. 'nun yeni düzenlemesi karşısında da uygulama alanına sahip olacaktır⁸⁶.

Yasal düzenlemede görüldüğü gibi, işçi ve işverenlere sözleşmenin süresini belirleme olanağı tanınmıştır. Ancak, belirsiz süreli sözleşmelerdeki işçiyi koruyucu emredici kurallar belirli süreli söz konusu olmadığından, bazı işverenler tarafından suiistimal edilmiş, öteden beri belirsiz süreli iş sözleşmeleri yerine belirli süreli iş sözleşmeleri yapmak suretiyle bu olanağı kötüye kullanma yoluna gitmişlerdir. Bu nedenle, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde öğreti ve uygulamada belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak objektif nedenlerin varlığı halinde yapılabileceği sonucuna varılmış, bu yoldaki esaslar 4857 sayılı İş Kanununda yasal düzenleme haline getirilmiştir⁸⁷.

85 Süzek, 201; Ayan, 447; Çelik, 78.

86 Mollamahmutoglu, belirli süreli iş sözleşmelerinin geçerliliği için objektif nedenin arandığı 4857 sayılı İşK.'na tabi ilişkilerde, artık BK. m.339'daki "yenileme"nin uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir.

87 Çelik, 87; Çil, 42; Ekonomi, 23; Evren, 39; Ayan, 457.

Belirli süreli iş sözleşmesi yapılırken taraflar sözleşme süresini açıkça belirleyebilir ya da işin bitmesi olarak da yazabilirler. Objektif neden olarak işin belirli bir süre devam etmesi, sözleşme konusu olacak işin başından belirli bir süre sonunda biteceğinin bilinmesidir. Fakat buradaki bilinme ile kasıt, mutlak ve açık bir şekilde bilinme olarak değil en azından tahmin edilebilmesidir. Başka bir ifade ile işin bitme süresini kesin olarak bilmemize gerek yoktur. Şunu da ekleyelim ki, söz konusu işler en çok inşaat sektöründe geçerlidir⁸⁸. Ancak işin belirli bir proje kapsamında yapılması halinde de bu nitelikte bir iş söz konusu olur. Örneğin bir bankanın sosyal sorumluluk projesi yürütümü işini bir organizasyon firması ile anlaşarak onlara yaptırması bu türden işlerdir.

Başka bir ifadeyle; sözleşme taraflarınca bilinebilen ya da öngörülebilir bir vadenin geçerli olduğu, ihbarın gerekmediği, vadenin bitmesiyle de sona eren iş sözleşmeleridir⁸⁹. Yukarıda değindiğimiz kanun maddesi hükmünce belirli süreli iş sözleşmesi, tanımda belirtilmiş olan objektif koşullara ya da onun gibi nedenlere bağlı olarak yapılan bir sözleşme olduğuna göre, hukukumuzda bu koşullar olmadan yani sadece tarafların belirli süreli olarak kabul edip imzaladıkları sözleşmeler belirli süreli olarak kurulamayacak, kurulsalar dahi kabul edilemeyecekler demektir⁹⁰.

Bu örneklere ek olarak işçinin performansına ya da satış kotalarına bağlı olarak süre belirlenmesi mümkün değildir. Örneğin, “12.000 adet satış yapıncaya kadar” ve yahut “borsa puanının belli bir miktarın altına düşmesine kadar” ya da “ihracat kotasını dolduruncaya kadar” gibi ifadelerin belirli süreli sözleşmede geçerliliği yoktur. Yargıtay’ın konuya ilişkin görüşü de bu doğrultudadır⁹¹.

Geniş olarak objektif sebep açısından önem taşıyan hallerden biri de mevsimlik işlerdir. Belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılacak objektif nedenler çeşitli

88 Güler, 42; Süzek, 201; Taşkent, 233; Ayan, 449; Çelik, 85.

89 Mollamahmutoğlu, 315; Alpagut, 7; Aktay/ Arıcı/ Senyen/Kaplan, 84-85.

90 Aktay/ Arıcı/ Senyen/Kaplan, 190; Ayan, 434.

şekillerde karşımıza çıkacaktır. Bunların başında mevsimlik işler gelmektedir. Mevsimlik iş, yılın belirli bir döneminde iş yoğunluğu artan işyerlerinde yapılan işlerdir⁹².

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, mevsimlik sözleşmeler belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışılmışsa iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli sözleşme olarak devam edecektir⁹³.

Mevsimlik işlerin niteliği dikkate alındığında, aslında yapılan iş nitelik olarak belirsiz süreli bir iş olsa da, işin görüldüğü piyasanın özelliğinden kaynaklanan bir süre söz konusudur. Bu nedenle mevsimlik işlerde çalıştırılacak işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmasını haklı kılan bir neden bulunduğu ileri sürülebilecektir⁹⁴. Ancak, objektif nedenlerin geneli için söylenen özellik burada vurgulanmalıdır. Buna göre, mevsimlik işin

91 Yargıtay'ın bir kararına göre; "Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olduğundan söz edilmiş olsa da, açıkça belli bir sürenin kararlaştırılmamış olması ve davacının ifa ettiği görevin süreklilik arzetmesi sebebiyle, davacının dilekçesi yerinde görülmele maddi hataya dayandığı anlaşılan daire kararının ortadan kaldırılması talep edilmiştir. Uyuşmazlık, taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile belli bir koruma sağlanmak istenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, kanunda belirtilen sürenin aşılması koşuluyla deneme süresi konulabilir. Sözleşmede belirli bir süre öngörülmemiştir. "Şenörlük işlerinin tamamlanması" şeklinde bir açıklama ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Davacının ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekir." Yarg. 9.H.D. 25.5.2009, 19124/14418. Kazancı İçtihat Programı.

92 *Taşkent*; Savaş, Mevsim ve Kampanya İşleri, İstanbul Barosu Dergisi, C:50,1976, s. 40, *Güler*, 45.

93 *Taşkent*; Savaş, Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/3.

Yarg. 9.H.D., E.2007/36309, K. 2009/10880, T. 16.04.2009. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi.

94 *Taşkent*, Mevsim ve Kampanya işleri, 53.

bulunması sözleşmenin mutlaka belirli süreli olmasını gerektirmemektedir. Hatta burada, açıkça bir süre belirlemesi söz konusu değilse artık “işin maksut gayesi” nedeniyle sözleşmenin belirli süreli olduğu da iddia edilemeyecektir. Çünkü belirtildiği gibi, mevsimlik işlerde iş, nitelik olarak aslında belirsiz sürelidir. Mevsimlik işin yapıldığı sözleşme belirsiz süreli olarak yapıldığında, mevsim dışında sözleşmenin askıda kaldığı kabul edilmekte ve yeni mevsimin başlamasıyla sözleşme ile üstlenilen borçlar, yine talep edilme olanağına kavuşmaktadır⁹⁵.

Bu konudaki bir Yargıtay kararına göre, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak kurulmaması halinde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Davacı şoför olarak çalışmakta olup, yapılan işin niteliği, belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasını gerektirmemektedir⁹⁶.

b) Belirli Bir İşin Tamamlanması Amacıyla Sözleşme Yapılması

Bir işin tamamlanması, aslında işin belirli süre devam etmesinin farklı bir görünüşünden başka bir şey değildir⁹⁷. Burada yalnızca, önceden başlanan bir işin tamamlanması amacıyla yapılacak sözleşmeler konusunda oluşacak tereddütler baştan kaldırılmak istenmiştir. Bu nedenle başlanmış ama bitecek bir işin, tamamlanması için belirli süreli iş sözleşmeleri yapılabilecektir⁹⁸.

Buradan hareketle Tarım Bakanlığının o yıla ait bir ürünün birim fiyatları açıklanıncaya kadar yürürlükte kalmak üzere belirli süreli sözleşme yapılabileceğini söyleyebiliriz. Ya da işverenin oğlunun askerden gelinceye kadar ve yahut da bir işçisinin doğum izninden dönüncüye kadar belirli süreli sözleşme ile çalıştırabilir. Burada söz konusu olan süre belirlidir ya da en azından öngörülebiliriyordur. Fakat tarafların bir

95 Güler, 45; Ayan, 448.

96 Yarg. 9. HD. 20.2.2008 T. 2007/10570 E. 2008/1212 K, Kazancı İçtihat Programı.

97 Alpagut, 79; Süzek, 201; Ayan, 448; Çelik, 78.

98 Güler, 42; Süzek, 201; Ayan, 448.

işlemi ya da ona bağlı olarak yapılacak bir olgu üzerinden gösterilecek süreyi kabul edecek bir sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilememelidir. Örneğin, işverence “işyerine depo inşa edilene kadar” denilmesi suretiyle belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılması söz konusu olmamaktadır. Çünkü bu tamamiyle işverenin insiyatifindedir ve suistimale açıktır.

Bu konudaki en yaygın örnek, inşaatın tamamlanması amacıyla yapılacak sözleşmelerdir. Ya da aynı doğrultuda yarım kalan baraj inşaatının bitirilmesi için de belirli süreli iş sözleşmeleri yapılabilecektir.

c) Belirli Bir Olgunun Ortaya Çıkması

Belirli bir olgunun ortaya çıkması kavramı subjektif ve tam anlamıyla açık olmayan bir ifadedir. Bu nedenle birçok durum belirli bir olgu olarak değerlendirilebilirken birçoğu da değerlendirilmeyebilir. Günümüz ekonomik koşulları, ihracatın azalması, dünya ekonomisinin bozulması gibi nedenler işverenlerin sıkça kullandığı belirli olgulardandır. Oysa ki, Kanunun 11. maddesi anlamında dikkate alınacak olan olgular, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için haklı neden oluşturacak olgulardır. Örneğin, siparişlerin belirli bir dönemde olağanüstü artması, bir işçinin doğum iznine ya da uzun süreli ücretli/ücretsiz izne ayrılması gibi hususlar sayılabilir⁹⁹.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde aranan objektif nedenlerin sınırlı sayıda olmadığını yasa, “gibi” ifadesini kullanarak açıklamaktadır. Oysa, belirli bir olgunun aranması, öyle geniş bir anlam ifade etmektedir ki, bu neden bile objektif nedenlerin sınırlı sayıda olmasına engel olmaya yetecek niteliktedir¹⁰⁰.

Bir olgunun varlığı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında objektif neden varlığı birbiriyle örtüşmelidir. Şöyle ki, işyerlerinde belirli bir olgunun ortaya çıkması çeşitli şekillerde mümkündür. Örneğin firma ekonomisinin bozulması, siparişlerin azalması

⁹⁹ Ayan; Serkan, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 448 vd. www.auhf.ankara.edu.tr. 26.11.2010, *Süzek*, 202.

¹⁰⁰ *Güler*, 43; *Süzek*, 203.

vb. her türlü işyeri için yeni bir olgudur. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerindeki objektif neden olarak belirli bir olgu, yalnızca sözleşmeyi belirli yapmayı haklı kılacak bir neden olabilecektir. Yoksa her türlü olgu, bu kapsamda değerlendirilemeyecektir¹⁰¹.

İşyerinin özelliklerinden kaynaklanan bir takım geçerli olguların ortaya çıkması da mümkündür. Örneğin, önemli konukları ağırlamaya hazırlanan bir işveren, fazladan temizlik işçileri çalıştırmak isteyebileceği gibi, bu konuklar için olağanüstü güvenlik önlemleri almak istediğinde, güvenlik görevlisi olarak istihdam edeceği işçileri belirli süreli olarak işe alabilecektir. Bunun gibi yeni kurulan bir işyerinde, çok iyi nitelikte bir işçinin ücretini sürekli karşılaması mümkün olmayan bir işveren bu vasıflı elemanı kendi işçilerini yetiştirmesi amacıyla kısmi süreli olarak çalıştırmak istediğinde de, sözleşmenin belirli süreli olarak yapılması geçerli kabul edilecektir¹⁰².

İşverenin işçilerinden kaynaklanan bir olgunun ortaya çıkmasının mümkün olabileceğine ilişkin bir başka örnek de; önemli bir işçisinin hastalık nedeniyle izne çıkması ya da doğum izninde olması halinde de işveren bu işçisinin, izinli sayıldığı süre için yeni bir işçi almak isteyebilecektir. Bilindiği gibi, gerek hastalık halinde gerekse gebelik ve doğum izninde işçinin uzun sayılabilecek bir izin hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle bu süre boyunca işçinin çalışmaması, işvereni zor durumda bırakabilir. Böylece bu tür olaylar karşısında işveren, o süre için yeni işçiyi belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırabilmesinin kabul edilmesi gerekir. Aksi durumda, işveren izindeki işçinin iş sözleşmesini feshetmek zorunda bırakılacaktır ki bu durumda hem işçi işini kaybedeceği için hem de işveren geçersiz nedenle feshettiği için kanunun amacına aykırı bir sonuç ortaya çıkmış olacaktır. Böylece, işin süreklilik arz ettiği, ancak ortaya çıkan yeni bir olgunun belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılar. Belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan bir objektif nedenden söz edilebilmesi için işçinin mutlaka, hastalık ya da gebelik ve doğum nedeniyle izne ayrılması gerekmektedir. Bunların yanında işçinin

101 Güler, 43-44; Süzek, 202.

102 Ayan, 449.

yıllık ücretli izin hakkını kullanması halinde de, böyle bir objektif nedeninin bulunduğu kabul edilmelidir¹⁰³.

Belirli bir olgunun gerek asıl işte gerekse yardımcı işlerde ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, siparişlerin normal seyrettiği işyerinde, bir kereye mahsus olduğu anlaşılan acele bir sipariş alımında, işveren bu işi yetiştirebilmek için yeni işçilere ihtiyaç duyduğunda asıl işte ortaya çıkan yeni bir olgu söz konusu olmaktadır. Bunun yanında aynı örnekten hareket edersek, normalde yemeklerini dışarıda yedikleri için zaman kaybettiğine inanan işveren bu siparişin yetişmesi süresinde işçilerine işyerinde yemek vermek istediğinde, yemek işi için yeni işçi çalıştırmasında, olgu yardımcı işte gerçekleşmektedir. Bütün bu örneklerden de anlaşılabilir gibi, bu tür olgularda, ortaya çıkan olaylar hep “geçici” niteliktedir. Yoksa yukarıdaki örnekte işveren yeni bir müşteri kazandığı için siparişlerde bir artış söz konusu ise, yani sipariş artışı işyerinin normal çalışmasının bir parçası haline gelmişse artık belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için objektif bir neden olarak nitelendirilemeyecektir¹⁰⁴.

Ancak, çalışma süresinin belirsiz olmasına yol açan bazı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, işçi ağır ve ne zaman iyileşeceği belli olmayan bir hastalıktan tedavi görmekte olan diğer bir işçinin veya dünya turuna çıkan bir araştırmacının yerine geçici olarak işe alınmışsa buradaki iş ilişkisi bozucu koşula bağlı olarak kurulan bir iş ilişkisidir. İşte işçiyi bu gibi belirsiz durumlarla karşı karşıya bırakmamak için, işveren eğer süreyi kesin olarak belirleyemiyorsa, süre belirsiz olarak kararlaştırılmalıdır. Bu durum iş ilişkisinin mevcudiyetini korumada sosyal rizikonun taraflara eşit olarak dağıtılması ilkesinin bir gereğidir¹⁰⁵.

d) Diğer Haller

103 *Güler*, 45.

104 *Güler*, 43.

105 *Çil*, 52; *Kaplan*, 214-215.

İş Kanununun 11/I'de belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını mümkün kılan objektif nedenlerden sonra “gibi” sözcüğüne yer verilerek bu ve benzer durumlarda da bu sözleşmelerin yapılabileceği ifade edilmiştir. Örneğin sahne sanatları işleri bu tarz işlerdendir. Halkın beğenisi ve talebi doğrultusunda çalışmanın devam edip edemeyeceği belirlenir. Diğer bir ifade ile, yapılan işin çekiciliğini yitirmesi, program değişikliği ve sanatçı değişimi gerekebilir¹⁰⁶. Bu başlık altında değinilecek konular, çoğunlukla “belirli bir olgu” niteliğine de sahip olabileceklerdir. Ancak burada, hem yasayla açıkça düzenlenmiş bulunan zorunlu olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılması hali ile birlikte 4857 sayılı İş K. döneminde Yargıtay tarafından verilen kararlarla oluşmuş bir takım “objektif neden”ler üzerinde durulacaktır.

4) Objektif Nedenin Bulunmamasının Sonuçları

Fesih bildiriminin öngörüldüğü bir sözleşme belirsiz süreli olduğundan sona ermesi, süreli feshe ilişkin kurallara göre olmalıdır. Diğer taraftan daha önce yargı kararı ile geliştirilen¹⁰⁷ 4857 sayılı İş Kanunu ile de, Kanun hükmü haline gelen kural gereği de, belirsiz süreli işlerde objektif bir neden olmadan belirli süreli iş sözleşmeleri yapılamaz. Böyle bir durumda yani objektif neden olmadan, bir kere bile yapılan belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin bitmesi ile değil de kanunen belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak fesih yoluyla sona erdirilecektir¹⁰⁸.

5) Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Çeşitli Görünümleri

a) Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri

Asgari ve azami süreli iş sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununda özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu sözleşmeler aslında belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinin

¹⁰⁶ *Süzek*, 202; *Ayan*, 449.

¹⁰⁷ Yarg. 9.H.D. 22.10.2002. 3592/14251. Kazancı İçtihat Programı.

¹⁰⁸ Sümer; 145; *Demircioğlu/Centel*, 168; *Mollamahmutoğlu*, 773.

çeşitli şekillerde düzenlenmiş halleridir. Bu sözleşmeler ilk bakışta şekil itibariyle, süre belirlenmiş olması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmelerine benzese de, karşılaştırılan süre zarfında belirsiz süreli sözleşme sonuçlarına tabidirler. Daha önce de belirttiğimiz gibi bildirimli fesih imkanı belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusudur. Asgari ve azami süreli iş sözleşmeleri de karşılaştırılan süre zarfında bildirimli fesih yolu ile sona erdirilebilmektedir. Aksi takdirde de belirlenen süre sonunda kendiliğinden sona ermektedir.

İş sözleşmesinde asgari sürenin belirlenmesi durumunda, taraflar karşılaştırılan süre içerisinde olağan fesih haklarını sınırlamış olurlar, yani sözleşmenin bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesi ancak sürenin dolmasından sonra mümkündür. Buna karşılık azami süreli iş sözleşmelerinde, sözleşmenin devamı konusunda azami bir süre karşılaştırılmakta ve bu sürenin devamı boyunca belirsiz süreli iş sözleşmelerinin rejimine tabi olan bir hukuki ilişkiden söz edilmektedir. Yani iş sözleşmesi devam ettiği sürece, bildirimli fesih yolu ile sona erdirilebilmekte, ama sona erdirilmemesi durumunda süre sonunda kendiliğinden sona ermektedir¹⁰⁹.

b) Zincirleme İş Sözleşmeleri

3008 sayılı İş Kanununun uygulandığı zamandan beri, işçiye fesih bildirim süresi veya bu süreye ait ücreti vermektan ve koşullarının gerçekleşmesi halinde, kıdem tazminatı ödemek istemeyen birçok işveren, işçilerle kısa süreli sözleşmeler yaparak veya bunları yenileyerek işi sürdürmekte ve işi sona erdirmek istediklerinde de yeni bir sözleşme yapmaktan kaçınmakta veya sözleşmenin yenilenmediğini işçiye bildirmek yolunu seçmektedir. Bu şekilde ve belirtilen amaçla birbirini izler şekilde yapılan veya yenilenen belirli süreli zincirleme iş sözleşmelerinin varlığı halinde işçi korunmamıştır¹¹⁰.

4857 sayılı İş Kanununda zincirleme iş sözleşmesi 11. maddede açıkça düzenlenmiş, belirli süreli iş sözleşmesinin, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst

109 *Ertürk*, 98; *Süzek*, İş Akdinin Türleri, 32.

110 *Çelik*, 91; *Süzek*, 204-205; *Güler*, Objektif Neden, 551; *Ekonomi*, 30; *Ayan*, 459.

üste (zincirleme) yapılamayacağı, aksi halde iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceği belirtilmiştir (m. 11/II)¹¹¹. Bu hükümde yer verilen “birden fazla üst üste” sözü ile anlatılmak istenen tam olarak açıklanmalıdır. Bu ifade, sözleşmenin bir defa daha yapılması ya da yenilenmesi durumunda zincirleme sözleşmelerden söz edilemeyeceği, bundan fazlasının zincirleme durumunu oluşturacağı anlamını da içermektedir. Ancak, madde gerekçesine bakıldığında, bu ifade ile belirli süreli sözleşmenin ikincisinin yapılmasıyla zincirleme sözleşmelerin meydana geldiğinin amaçlandığı anlaşılmaktadır¹¹². Bununla birlikte yasa koyucu tarafından objektif neden koşulunun olması halinde de belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesine bir üst sınır konulması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla ilgili Yargıtay görüşü sabittir¹¹³.

Yasa ilk çıktığında kanundaki “birden fazla üst üste” kavramından yola çıkarak ilk yenilemede objektif neden aranmayacağı sonucunun çıkartılabilmesi nedeni ile eleştirilmiştir. Söz konusu kanun maddesi lafzen bu şekilde yazılmış olsa da yasanın amacı göz önünde bulundurulduğunda bu şekilde algılanmaması gerektiğini söyleyebiliriz. Sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edileceği sonucuna, hakkın kötüye kullanılması kavramı ile varılacağından, kanunda yaptırıma dair de yasaya hüküm eklenmesi uygun olacaktır¹¹⁴.

Gerçekten de zincirleme iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmelerinin arka arkaya yenilenecek yapılmasıdır. Bu nedenle de, zincirleme iş sözleşmesi belirli süreli iş

111 *Süzek*, 204; *Güler*, Objektif Neden, 551.

112 Yargıtay 1475 sayılı iş kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararda bir defa yenilenmiş olan iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüşmeyeceği kabul edilmişti (Yarg. 9. H.D, 18.1.2001, E. 2000/14609 K. 2001/1453). Kazancı içtihat programı.

113 Yargıtay’ın bir kararına göre: “Davaya konu iş ilişkisinde, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı bulunan belirli süreli iş sözleşmesinin, esaslı bir neden olmaksızın birden fazla üst üste (zincirleme) yapılması durumunda, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulünde yasal zorunluluk bulunmaktadır. “ Yarg. 9. H.D. 6.2.2008, 9-33/106 T.. Kazancı İçtihat Programı.

114 *Güler*,49-50; *Taşkent*, 236.

sözleşmelerinde karşımıza çıkan “kötüye kullanma” kavramının en büyük örneğini oluşturmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde Yargıtay zincirleme iş sözleşmelerinin belirsiz sayılabilmesi için bir kez tekrar edilmesinin yeterli olmayacağını, ancak ikinci kez tekrar edildiğinde belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği görüşünü uygun görmekteydi¹¹⁵. Ayrıca, her tekrar eden sözleşmedeki objektif neden aynı olmak zorunda da değildir. Örneğin ilk sözleşmede, bir bayan işçinin doğum iznine ayrılmış olması objektif neden iken ikinci sözleşmede sipariş artması olabilir¹¹⁶.

Kanundaki, zincirleme olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilmesi esası da Yargıtay’ca kabul edilen “dönüşme” görüşüne uygunluk göstermektedir. Sözleşmenin zincirleme sayılması için ikinci defa yapılmasının yeterli olması, yasal düzenleme ile amaçlanan önemli bir noktadır¹¹⁷.

Zincirleme iş sözleşmelerinden bahsederken birinin bitmesiyle diğer sözleşmenin başlayacağı durumlardan bahsettik. Oysa ki tarafların sözleşmede sonradan yapacakları bir değişiklikte belirli süreli iş sözleşmesinin süresi uzatılabilir. Böyle bir durumda da yine sözleşme başından itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaktır¹¹⁸. Tam tersi bir durum olan sürenin taraflarca kısaltılması da öğretilerde tartışma konusudur. Yani, sözleşme yine belirli sürelidir fakat süre kısaltmanın geçerli olup olmadığı tartışma konusudur. İşveren ile iş ilişkisi devam eden işçinin özgür iradesinden söz edemeyiz. Bu durumda kısaltmanın gerekçesine bakılmalıdır. İşverenin amacı, fesih yerine sözleşmenin süresinde bitmesini sağlamak ise, bu anlaşmanın geçersiz sayılması gereklidir. Bu nedenle bu tür kısaltmaların

115 Yarg. 9. H. D. 29.1.2004 T. 2003/12091 E. 2004/1480 K. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, S:3, s. 1054.

116 *Ayan*, 459; *Güler*, 49; *Ekonomi*, 29; *Çelik*, 92-93; *Süzek*, İş Akdinin Türleri, 26.

117 Yarg. 9.H.D, 9.5.2006, 11556/13082. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi Veritabanı.

118 *Süzek*, İş Akdinin Türleri, 27; *Güler*, 51.

denetiminde, başta hakkın kötüye kullanılması olmak üzere, işverenin niyetinin araştırılması gerekmektedir¹¹⁹.

Avrupa Birliğinin belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70 sayılı Yönergesinin 1. Paragrafında, çerçeve anlaşma ile iki hususun amaçlandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, ayırım yasağı ilkesinin uygulanmasıyla belirli süreli ilişkilerinin kalitesinin yükseltilmesidir. Diğeri ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi için çerçeve belirlenmesidir.

Yönergenin 5. Paragrafı “Kötüye kullanmayı giderecek önlemler” başlığını taşımaktadır. Burada ise, birbirini izleyen belirli süreli iş sözleşmeleri yolu ile kötüye kullanmanın önlenmesi için üç hususa işaret edilmektedir:

- a) Belirli süreli iş sözleşmelerinin uzatılmasını (tekrarlanmasını) haklı kılacak objektif nedenler bulunmalıdır.
- b) Birbirini izleyen iş sözleşmelerinin toplam azami süresi saptanmalıdır.
- c) Bu tür sözleşmelerin geçerli olarak kaç kez uzatılabilecekleri belirlenmelidir.

Burada amaçlanan, belirli süreli iş sözleşmesinin ardı ardına (zincirleme) yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının engellenmeye çalışılmasıdır. Gerek 158 sayılı ILO Sözleşmesi, gerek 1699/70 sayılı Konsey Yönergesinde bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğeri taraftan güvenliğe yer vererek dengelenmeye çalışılmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerinin kötüye kullanılmaması gerektiği vurgulanmıştır¹²⁰.

119 Ekonomi, Münir; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenilenme, Legal 2006/9; *Güler*, 52.

120 Yarg, 9. H.D. T. 12.2.2009, E. 2007/37145 K. 2009/2329. Kazancı içtihat programı. *Taşkent*, 230.

Hakkın kötüye kullanılması konusunda 1475 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay görüşü, tanımda ortaya konulduğu şekilde, sadece zincirleme iş sözleşmeleri için değil, bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için de geçerli olmuştur¹²¹.

6) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı

İş Kanunu mad. 5/II'de işverenin belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli sözleşme ile çalışan işçiler arasında farklı işlem yapamayacağı ifade edilmiş, yine İş K. mad.12 ve 13 çerçevesinde de konu genişletilmiştir.

Buna göre belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz (İş K. m. 12/I).

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır (m. 12/II)¹²².

Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır (m. 12/III)¹²³.

Ayrımcılık yasağının farklı işlem şeklinde ifade edilmiş olması karşısında sadece “yapma” biçiminde davranışların yasak kapsamına girdiği düşünülmemelidir. “Yapma”

121 *Süzek*, İş Akdinin Türleri, 28; *Alpagut*, 8 vd.

122 *Çelik*, 94-95.

123 *Çelik*, 96.

biçiminde davranışlar yanında “kaçınma” biçiminde tutum ve davranışlar da farklı işlem oluşturabilecektir. Yine, ayrımcılık yasaklarında işverenin bu yönde bir niyetinin bulunmadığı durumlarda da, bir uygulamanın ayrımcılık niteliğini taşıması ve hukuki sonuçlar doğurması olağandır¹²⁴.

İş K. mad. 12 ve 13’deki ortak özellik sadece iş sözleşmesinin türünün örnek olarak tespit edilen belirsiz veya tam süreli işçiye göre farklı işlemi haklı kılmayacaktır. Bu bağlamda, ayrımcılığın özünde yer alan karşılaştırma karşı türde sözleşme bakımından gerçekleştirilecektir. Yine ayırım yasağı mutlak değildir. Ayırımı haklı kılan nedenler mevcut olduğu takdirde, yasağa aykırılıktan söz edilemez. Dolayısıyla, ayırım yasağının uygulanabilmesi öncelikle emsal işçinin varlığını gerektirdiği gibi, yasanın ifadesi ile “haklı kılan nedenler”in tespitini ve yine yapılacak karşılaştırmada uygulanacak yöntemin belirlenmesini gerektirir. Çalışma koşullarının tespitinde işin, işçinin, işyerinin, piyasa koşullarının ve diğer birtakım faktörlerin etkisinin bulunduğu düşünüldüğünde bu değerlendirmenin kolay olmadığını söyleyebiliriz¹²⁵. Konu ile ilgili Yargıtay kararları mevcuttur¹²⁶.

Yeni tarihli bir Yargıtay kararında ise yüksek mahkemenin eşit işlem yapma borcu ile ilgili görüşünün değiştiği görülmektedir. İşverenin aynı olaya karışmış olan işçileri haklı nedenle işten çıkardıktan sonra, bunlardan istediğini işe alabileceğini, işe alma konusundaki tek sınırlamanın İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiş olan gebelik ve cinsiyet nedenlerine dayalı olduğunu, iş sözleşmeleri aynı haklı nedene dayalı olarak feshedilen ve işe alınmayan diğer işçilerin ise eşit işlem yapma borcuna aykırılığa dayalı olarak herhangi bir talepte bulunamayacağı Yargıtay’ca ifade edilmiştir¹²⁷.

124 *Alpagut, Gülsevil; Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ali Güzel’e Armağan, Beta 2010, 30 vd.*

125 *Alpagut, Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi, 31.*

126 Yarg. 9. HD. 1. 2. 2005, 7540/ 2732. Kazancı İçtihat Programı.

127 Yarg. 9. HD. 17.3.2009, 32183/ 7045. Kazancı İçtihat Programı.

Ayrıca, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin sağlık ve güvenlikleri bakımından işyerinde çalışan diğer işçilerle aynı düzeyde korunmalarını sağlamak amacıyla 78. maddeye göre hazırlanan bir yönetmelik çıkarılmıştır¹²⁸.

128 Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik, RG 15 Mayıs 2004, 25463.

İKİNCİ BÖLÜM

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 3. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH DIŞINDAKİ NEDENLERLE SONA ERMESİ

I. Tarafların Anlaşması (İkale)

Belirli süreli iş sözleşmelerini tarafların aralarında anlaşarak sona erdirilmesi konusu doktrinde ve Yargıtay'da tartışma konusudur. Bunun ile ilgili olarak doktrinde de bazı yazarlara¹²⁹ göre iş sözleşmesi tarafları, sözleşmeyi, anlaşma ile her zaman sona erdirebilirler. Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli yapılmış olmasının anlaşma ile sözleşmeyi sona erdirmeye herhangi bir etkisi yoktur. Sözleşmeyi sona erdiren anlaşma açık olabileceği gibi örtülü de olabilir¹³⁰. Örneğin, işçinin bir tartışma sonucu işverene işi bırakmak istediğini, işverenin de buna memnun olduğunu yazılı olarak bildirmesi halinde sözleşme tarafların örtülü anlaşması ile sona erer. Aynı şekilde, kamu kesiminde işçi kadrosundaki bir kimsenin kendi isteği ile işveren tarafından memur kadrosuna geçirilmesi halinde de örtülü bir anlaşma ile iş sözleşmesi sona ermiş kabul edilir¹³¹. Şüphesiz bu husus, işçi ve işverenin ortak iradelerinin bu yönde olmasıyla mümkündür. Yoksa işçiye fikri dahi sorulmadan ilgili idari idari makamın (işverenin) tek yanlı tasarrufuyla onun bir çırpıda memur statüsüne geçirilmesini, sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik örtülü bir

129 *Süzek*, 395; *Akyiğit*, 2538.

130 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2538; *Süzek*, 395.

131 *Çelik*, 185; *Ayan*, 468; *Güler*, 64; Yargıtay'a göre, 657 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeli personel statüsüne geçmek için istifa eden ve bu statüde görev yapmaya başlayan işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz (Yarg. HGK, 7.3.2007, 9-120/120 Legal HD, Kasım 2007, 3546-3547).

anlaşma saymak dahi mümkün değildir¹³². Ayrıca Yargıtay bir kamu kuruluşundan diğerine geçiş için istifa etmenin gerçek istifa sayılmayacağı yönünde karar vermiştir¹³³. Bu durumlarda taraflar sözleşmenin derhal veya belirli bir süre sonra sona ereceğini kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmenin sona ermesine ilişkin anlaşmada sona erme zamanı ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yoksa anlaşmanın yapıldığı gün sözleşmenin sona ermiş olduğu kabul edilir¹³⁴.

Bir diğer ve baskın olan görüşe göre, tarafların anlaşmasıyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir fesih sayılmamaktadır. Çünkü fesih, tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran haktr¹³⁵. Buna karşılık ikale, karşılıklı ve birbirine uygun iki iradenin birleşmesi ile meydana gelir. Bu itibarla, daha sonra incelenecek olan iş sözleşmesinin feshine bağlanan hukuki sonuçlar sözleşmenin anlaşmayla sona erdirilmesinde söz konusu olmaz. Hemen belirtelim ki, iş sözleşmesinin tarafları belirli süreli sözleşmenin süresini de kısaltabilir. Ancak bu durumda iş sözleşmesinin sona erdirilmesi değil, değiştirilmesi ve hatta yenilenmesi söz konusu olur¹³⁶.

Anlaşma yoluyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir fesih olmadığı için, bu durumda feshe bağlı hukuki sonuçlar ortaya çıkmayacak, örneğin işçi bu durumda kıdem tazminatı hak edemeyecektir¹³⁷. Aynı şekilde anlaşma yoluyla sözleşme ilişkisinin ortadan

132 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2538.

133 Yarg. 9. H.D. 14.9.2000, 7570/11633. Kazancı İçtihat Programı.

134 Tarafların aralarında anlaşmak suretiyle işçinin fesih bildirim süresine uygun bir süre daha çalışması ve işçiye kıdem tazminatı ödemesi yolunda yaptıkları kararlaştırma geçerlidir (Yarg. 9.H.D., 13.3.2007, E. 2006/37425 K. 2007/6511, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 316-317). *Çelik*, 185.

135 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2538; *Süzek*, 395.

136 *Süzek*, 395; *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2539.

137 *Güler*, 64; *Ayan*, 468; *Süzek*, 395.

kaldırılabilmesinin temeli sözleşme özgürlüğü olduğu için, iş hukukundaki güçsüz taraf olan işçinin korunması ilkesi gereğince, işçinin iradesinin tam olarak bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın ibranameler için kabul ettiği esasların, ikale için de uygulanması gerektiği doktrinde haklı olarak savunulmuştur¹³⁸.

II. Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi

1. İşçinin Ölümü

İşçi, iş sözleşmesiyle, işverene karşı kişisel olarak belirlenen işi yapacağını vaat ettiğinden, işçinin ölümü ile sözleşme sona erer. Bu husus, BK. md. 347/1'de "Hizmet akdi, işçinin ölümüyle hitam bulur" ifadesiyle açıkça vurgulanmaktadır. İşçinin ölümü halinde, iş sözleşmesi, başkaca bir işlem gerekmesizin, kanundan ötürü, kendiliğinden sona erer. Esasen, kanun bu hususu öngörmeseydi de, iş sözleşmesinin kişisellik özelliği, aynı sonuca zorunlu olarak varılmasını sağlardı¹³⁹.

İşçinin ölümü kanun tarafından işçiye tanınan bir sona erme nedenidir. İşçinin ölümü halinde, iş görme borcu mirasçılara geçmez ve işverenin de bu işi yerine getirilmesini mirasçılardan istemeye hakkı yoktur¹⁴⁰. BK.' nun ilgili maddesi yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, bir görüşe göre tarafların sözleşmede aksini kararlaştırmaları; buna göre de, işçinin ölümü halinde sözleşmenin sona ermeyip mirasçılarla devam etmesi hukuken mümkündür. Ancak, bu hukuki imkan mirasçının, miras bırakanı ile aynı işçilik haklarına sahip olduğu anlamına gelmez. Özellikle kıdeme bağlı olan ve emredici nitelikte düzenlemelere tabi tutulmuş bulunan haklar (kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin gibi) bakımından aksinin kararlaştırılması da mümkün değildir. İşçinin mirasçısı ile işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi yapılmadıkça, ölen kişi ile

138 Demircioğlu/ Centel, 166; Güler, 64.

139 Mollamahmutoğlu, 583.

140 Süzek,397.

yapılan sözleşmeye göre mirasçının işçiliğinden bahsedilemez. Mirasçıların ya da işverenin ayrıca sözleşmenin fesih bildiriminde bulunmalarına gerek yoktur. Sözleşmenin fesih yolu ile sona ermesinin hukuki sonuçlarından olan kıdem tazminatı hakkı işçinin ölümü halinde ortadan kalkmaz, mirasçılara geçer (1475 sayılı İş K. m. 14)¹⁴¹.

İşçi, iş sözleşmesiyle kendi kişiliğini taahhüt altına soktuğundan sözleşmeden doğan borçların mirasçılara geçmesi; mirasçılarının, işçinin yerine çalışma yükümü altına girmeleri; onun yerini doldurmak zorunda olmaları söz konusu olamaz. Buna karşılık, işçinin kanundan ve sözleşmeden doğan ücret ve diğer alacaklarının mirasçılara geçeceği de aşikardır¹⁴².

Ayrıca belirtmeliyiz ki; Türk Borçlar Kanun Tasarısının 444. maddesinde, işçinin ölümünün iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdireceği belirtildikten sonra, bu durumda işverenin, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, bunlar yoksa, ölen işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık, iş ilişkisi beş yıldan fazla bir süre devam etmişse iki aylık ücret tutarında bir ödemede bulunmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

2. İşverenin Ölümü

İşverenin ölümü, kural olarak, iş sözleşmesini sona erdirmez. Çünkü iş sözleşmesi, işveren yönünden, tamamen şahsi bir nitelik taşımaz. Bu nedenle, işçinin ölümünden farklı olarak, işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar mirasçılara geçer; mirasın reddine ilişkin durumlar hariç (MK. md. 605 vd) işverenin mirasçıları, onun ölümüyle iş sözleşmesinin tarafını oluştururlar. Mirasçıların veya işçinin iş sözleşmesini devam ettirmek istememesi halinde sözleşme ancak normal şekle, yani sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda gösterilen koşullara uygun olarak sona erdirilebilir. Kanun bu kuralın istisnasını da koymuş ve sözleşmenin işverenin şahsının göz önünde tutularak yapılmış olması halinde, işverenin ölümü ile sona ereceğini belirtmiştir

¹⁴¹ Demircioğlu/Centel, 166; Çelik, 185-186; Ayan, 467; Süzek, 397; Güler, 65.

¹⁴² Sümer, 137; Mollamahmutoğlu, 584.

(B.K. m. 347/II). Bu durumda, sözleşmenin süresi belirli dahi olsa sözleşme yine sona erer. Ancak sözleşmenin sürenin bitiminden önce sona ermesi halinde işçinin zarara uğraması olasıdır. Burada kanun, işçinin zarara uğraması halinde, işverenin mirasçılarında işçinin hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir (B.K. m. 347/III)¹⁴³. İş sözleşmesinin yapılmasında işverenin kişiliği belirleyici olmuş, onun kişiliği göz önüne alınmış ise, yukarıdaki kuralın ayrığı olarak, ölümü ile birlikte iş sözleşmesi de sona ermiş olur. Daha önce de belirttiğimiz gibi, BK. md. 342/ 2 hükümlerine göre, işverenin öldüğü takdirde, sözleşme, başlıca onun şahsı nazara alınarak yapılması nedeniyle zarara uğrayan işçinin, hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebileceğini daha önce söylemiştik.

Örneğin, bir hastabakıcı ile bir yıl süreli iş sözleşmesi yaptıktan üç ay sonra hastanın ölmesi üzerine, hastabakıcının aynı koşullarla başka bir iş bulamaması halinde zarara uğrayacağı açıktır. Bu durumda kanuna göre hastabakıcı işverenin mirasçılarında hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir. Tazminatın miktarını hakim tayin eder. Ancak, öğretide kabul edildiğine göre, tazminat miktarı işverenin ölümünden sözleşmenin bitimine kadar olan süre için ödenmesi gereken, örneğimize göre dokuz aylık, ücret tutarını aşamaz¹⁴⁴.

III. Mutlak İfa İmkânsızlığı Nedeniyle Sona Ermesi

Mücbir sebep, sözleşme yapıldığı sırada, öngörülemeyen, ortaya çıktığında istense bile engellenemeyen, dışarıdan etki eden bir neden olup, mutlak bir ifa imkansızlığına yol açan nedenlerdir¹⁴⁵. BK. md. 117'e göre de borçluya yüklenemeyen durumlar yüzünden borcun ifası mümkün olmazsa, borç sona erer¹⁴⁶. Şöyle de ifade edilebileceği gibi, mücbir

143 Çelik, 186; Güler, 65; Alpagut, 159.

144 Süzek, 397; Mollamahmutoğlu, 584; Çelik, 186.

145 Sümer, 142.

146 Güler, 65.

sebepler, bir kusursuz imkansızlık hali olarak, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine neden olur. Bu nedenle, mücbir sebep halinde, iş sözleşmesinin feshinden söz etmek, genel hukuk teorisine göre yanlıştır; çünkü, fesih, bir sözleşmeyi sona erdiren, tarafların iradeleriyle gerçekleştirdikleri bir işlemdir. Bununla birlikte, mücbir sebep İş Hukukunda, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren bir neden olarak kabul edilmez; mücbir sebep, geçici bir ifa imkansızlığına yol açmışsa, iş sözleşmesinin feshini mümkün kılan bir neden olarak tanımlanır¹⁴⁷. İş hukukunda mücbir sebep kavramının günümüzde geldiği nokta, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine yol açan bir neden; bir fesih nedeni olduğu yönündedir¹⁴⁸.

Gerçekten, Türk İş Hukukunda İş K. md. 24/III ve md. 25/III'e göre mücbir sebep, mücbir sebepten doğan imkansızlığın bir haftayı aşması koşuluyla, bir haklı neden sayılır. Fakat bu süre bir haftayı aşmıyor ise, bu sözleşmenin sadece askı hükümlerinin¹⁴⁹ uygulanmasını gerektirir¹⁵⁰. İş Kanunu md. 24/III'e göre, zorlayıcı sebepler yani işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa ancak işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Yine aynı şekilde işveren de, İş Kanunu md. 25/III'e göre, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkmasıyla, örneğin işçinin gözaltına alınması, tutuklanması nedeniyle devamsızlığının kanun hükmünce belirlenen bildirim süresini aşması neticesinde sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Bu bakımdan sözleşmenin belirli ya da belirsiz olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

147 *Mollamahmutoğlu*, 585.

148 *Güler*, 66; *Demircioğlu/Centel*, 167; *Mollamahmutoğlu*, 586.

149 İşçiye ilişkin askı nedenleri olarak hastalık, kaza, doğum ve gebelik halleri, askerlik ve kanundan doğan çalışma, zorlayıcı nedenler, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması, ücretli, ücretsiz izinler, grev ve lokavt, genel ekonomik kriz ve işletmeye ilişkin bazı istisna durumlarda askı hükümleri geçerli olur.

150 *Mollamahmutoğlu*, 586; *Sümer*, 143.

Genel hükümlere göre sözleşmeden doğan borcun tamamıyla ödenmemiş olması, kural olarak, sözleşmeye kusurlu aykırılık oluşturur ve borçlunun sorumluluğunu doğurur. Bu durumda alacaklı, tazminat talep edebileceği gibi kanunen tanınan hallerde sözleşmeden cayabilir. Bu nedenle borcun ödenmemiş olması halinde, sözleşmenin fesihle sona erebileceği öngörülen bir sonuçtur. Borcun ödenmemiş olması, bir mücbir sebep veya umulmayan hal gibi sonraki kusursuzluk imkansızlık hallerinden birine dayandırılmış olsa bile, sonuç farklı olmayacaktır. Şöyle ki, borçlu sorumluluktan kurtulmakla birlikte, sözleşme, bu sefer, kendiliğinden sona ermiş olur. Buna karşılık işi yapmayı engelleyen kusursuz imkansızlık geçici ise, yani geçici bir ifa imkansızlığı söz konusu ise, sözleşme sona ermez; askıda kalır¹⁵¹.

Nitekim, Yargıtay kararlarında belirli süreli iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinden söz edilmiştir ki, geçerli neden belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshinde söz konusu olur. Öte yandan BK. mad. 117 anlamında kusursuz ifa imkansızlığından söz edilmiştir. Öncelikle saf borçlar hukuku ilişkisi içerisinde yapılacak bir değerlendirmede ortaya çıkan imkansızlığın bankanın kusuruna dayandığı açıktır. Dolayısıyla borçlar hukuku ilişkileri bakımından da, BK. mad. 117 değil, BK. mad. 96'nın uygulanması söz konusu olacaktır. Öte yandan işverenin iş verme borcunun kabul edildiği görüş çerçevesinde dahi borçlunun ifa imkansızlığına BK. mad. 117'nin uygulanması mümkün görünmemektedir¹⁵². Zira, iş sözleşmesinin sona ermesi, ölüm, belirli süreli iş sözleşmesi ve tarafların anlaşması dışında feshe dayanır. BK. mad. 117'nin sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine ilişkin düzenlemenin iş hukukunda benimsenmesi mümkün değildir. İş K. mad. 24/III ve 25/III hükümleri bu konuda özel hükümlerdir. Dolayısıyla kusurun ile ifanın kabulünü imkansız kılan işverenin sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı bulunmaz. İşçi 24/III uyarınca sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak bu durum aynı zamanda belirsiz süreli iş sözleşmesinde işyeri-işletme gereği olarak geçerli fesih nedeni oluşturur. Olayın şartları çerçevesinde işverenin kusurlu imkansızlığı nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesinin feshi haksız fesih niteliğindedir. Haksız feshin hukuki sonucu ise, BK. mad. 325 uyarınca bakiye

151 Detaylı bilgi için bknz. *Süzek*, Sarper; İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989, 20.

152 *Alpagut*, 664.

süreye ilişkin ücret tutarında tazminatın ödenmesidir. Feshin haklı bir nedene dayanmamasının bir diğer sonucu ise, sözleşmedeki cezai şartın işverenden istenebilmesidir¹⁵³.

IV. Belirli Sürenin Bitimi İle Sona Ermesi

İş Kanununda belirtildiği üzere (m. 11/1), belirli süreli iş sözleşmesi, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılan bir sözleşmedir¹⁵⁴. Ancak 11. madde objektif koşulların bulunması koşuluyla sona erer. Zaman ve tarih olarak belirtilen belirli süreli iş sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, sürenin bitimi ile kendiliğinden sona erer. Ayrıca, taraflardan birinin fesih bildiriminde bulunmasına gerek yoktur (BK. m. 338). Bunun gibi, sözleşme daha önce açıkladığımız unsurların gerçekleşmesiyle son bulur¹⁵⁵. Bu durumda sözleşme feshedilmeyip kendiliğinden sona erdiğinden iş sözleşmesinin feshine bağlanan hukuki sonuçlar doğmaz¹⁵⁶. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹⁵⁷.

Belirli süreli iş sözleşmeleri, kuruluşunda taraflarca öngörülen sürenin veya sözü edilen işin bitimiyle birlikte, ayrıca herhangi bir işlem gerekmeksizin kendiliğinden sona

153 *Alpagut*, Belirli Süreli, 196.

154 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2538; *Çelik*, 186.

155 *Canbolat*, 217; *Çelik*, 186; *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2537.

156 *Süzek*, 395; *Demircioğlu/Centel*, 167; *Ayan*, 463.

157 Yargıtay'a göre: "Kaynak ve montaj işinin davalı şirketin asli ve sürekli işlerinden olmadığı, yeni çelikhane kısmı inşaatı nedeni ile geçici bir ihtiyaçtan doğduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Sözü edilen iş için işe alınan işçilerden bir kaçının zaman zaman ortaya çıkan eleman ihtiyacı nedeni ile kısa süreli ve geçici olarak başka işlerde çalıştırılmış olması, asli ve sürekli işlerde çalıştırılmak için işe alındıkları anlamına gelmez, inceleme konusu olay bakımından işin biteceği tarih açık olarak kararlaştırılmamışsa da öngörülebilir niteliktedir. Nitekim davacı tanıkları da işe başladıklarında bitip süresinin kendilerine yaklaşık olarak söylendiğini açıklamışlardır. Mevcut olgulara göre, iş sözleşmesi belirli süreli olduğundan İş Kanunu'nun 18.maddesi ve devamı maddelerinde öngörülen iş güvencesi hükümlerinden yararlanması olanağı bulunmamaktadır. " Yarg.9. H.D. 31.3.2008 T, E. 2008/7443 K. 2008/7075. Kazancı İçtihat Programı.

erer¹⁵⁸. Muhtemel bir askı hali, öngörülen sürenin işlemlerini ve dolayısıyla sözleşmenin sona ermesini engelleyemez¹⁵⁹. Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitimiyle kendiliğinden sona ermesi, tarafların başlangıçtaki iradelerinden kaynaklandığı için, bir bildirim süresine uyma gereğinden söz edilemez. Yine bu gerekçe çerçevesinde kural olarak herhangi bir tazminat ödemesi de söz konusu olmaz.

Belirli süreli iş sözleşmesi kural olarak herhangi bir fesih beyanına gerek olmaksızın, kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ererken, belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesi yine kural olarak bir fesih beyanının varlığını gerektirir. Bunun yanı sıra belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerin sona ermesine bağlanan hukuki sonuçlar da farklılık gösterir¹⁶⁰.

Yukarıdaki nitelikleri esasında belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin, İş Hukuku bakımından özel bir önem taşımayacağı açıktır. Nitekim, belirli süreli iş sözleşmelerinin sürenin bitimiyle sona ermesi, yakın zamanlara kadar genel hükümler çerçevesinde değerlendirilen alışılmış bir sona erme hali olarak ilgi çekmemiştir. Çünkü tarafların anlaşması, bir tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve mücbir sebep dışında belirli süreli iş sözleşmelerinin, süre dolmadan sona erdirilmesi düşünülemez¹⁶¹. Bu belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye göre, en azından sözleşme süresince iş güvencesi verir. Bu geçici süreli güvenceye karşın, sürenin sona ermesi ile birlikte iş sözleşmesi de son bulduğu için belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin gerçek anlamda iş

158 *Güler*, 67; *Akyiğit*, Ercan; İş Hukuku Şerhi, II. Cilt, Ankara 2010, 2536.

159 *Sümer*, 144; *Akyiğit*, İş Hukuku Şerhi, 2537.

160 *Centel*, Tankut; İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994, 88; *Alpagut*, 7; *Süzek*, 200; *Çil*, 35; *Çelik*, 88.

161 *Mollamahmutoğlu*, 772.

güvencesinden söz edilemez. Nitekim işçinin iş sözleşmesinin ancak geçerli bir nedenle feshedileceğini belirten 18. maddenin düzenleniş biçimi de bunu ortaya koymaktadır.

Bu sözü geçen tarafların sözleşmeye bildirim süresi eklemeleri durumunda, sözleşme kendiliğinden sona ereceği için, taraflardan feshe ilişkin herhangi bir irade beyanı beklenmeyecektir. Ayrıca, feshe bağlanan talep hakları iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği bu olasılıkta söz konusu olmayacaktır.

V. Sözleşmenin Yenilenmesi

1. Susma İle Yenilenmesi

Sözleşmenin yenilenmesine ilişkin İş Kanununda bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına karşın işçi çalışmaya devam eder, işveren de buna ses çıkarmazsa sözleşme aynı süre fakat en çok bir yıl için yenilenmiş sayılır (BK. m. 339/I). Böylece, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bir yıldan az olması durumunda sözleşmesinin bu süre kadar yenildiği, bir yıldan fazla olması durumunda ise, sözleşmenin bir yıllık süre için yenileneceği açık bir şekilde ifade edilmiştir¹⁶². Örneğin, sekiz ay süreli bir iş sözleşmesinin süresi bitmekle birlikte, işçinin çalışmaya işverenin de çalıştırmaya devam etmesi halinde sözleşme tekrar sekiz ay için, buna karşılık sözleşme üç yıl için yapılmış ise sadece bir yıl için yenildiği kabul edilir. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır¹⁶³.

Sözleşmenin yenilenmesine ilişkin İş K.'da bir düzenleme bulunmamaktadır. "Sükut ile tecdit" başlığı taşıyan BK. m.339, "muayyen bir müddet için yapılan hizmet akdi bu müddetin mürurundan sonra her iki tarafın sükutu ile temdit edildiği takdirde, akit, aynı müddet ve fakat nihayet bir sene için tecdit edilmiş sayılır" hükmüne yer vererek, belirli süreli iş sözleşmelerinin sürenin bitiminden sonra yenilenmesini düzenlemiştir. BK. ile getirilen bu düzenlemenin 4857 sayılı İşK. ile bağdaşıp bağdaşmadığını, yani belirli

¹⁶² Güler, 61; Ayan, 465; Kaplan, 215.

¹⁶³ Yargıtay'ın bir kararına göre; "Belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitiminden sonra iki tarafın susması ile sözleşme devam ettirildiği takdirde aynı şartlarla en fazla bir yıl için yenilenmiş sayıldığı kabulü gerekir, Yarg. 9. H.D. E. 2002/24751 K. 2003/7822 T. 8.5.2003. Kazancı İçtihat Programı.

sürelî iş sözleşmesi yapılabilmesi için objektif nedenlerin arandığı bu yasa döneminde de uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi gerekmektedir¹⁶⁴.

4857 sayılı Kanuna göre, kural olarak peş peşe, yani zincirleme suretiyle iş sözleşmesi yapılamayacağına, Zincirleme iş sözleşmeleri konusunu anlatırken değindiğimiz için burada değinmeyeceğiz. Buradan hareketle; 4857 sayılı İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesine ilişkin bir hüküm içermemektir. Gerçekten de Kanunun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme yapılmasına ilişkin kurallara yer verildiği halde yenilenmeye ilişkin kurallara rastlanılmamaktadır. Buna göre Kanunun, belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesini öngörmediği açıktır. Kanaatimizce bu durumda, genel hükümlere başvurarak (B.K. md. 339) İş Kanununa tabi belirli süreli iş sözleşmelerinin sebepsiz yenilenemeyeceği kabul edilir¹⁶⁵. Çünkü Kanun, yenilemeyi öngörmemekle, bir atipik sözleşme olan belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesini istememiş olabilir ki sözleşmenin doğrudan doğruya atipik, yani marjinal karakteri bu yorumu doğrular niteliktedir. Bununla birlikte BK. md. 339/1’de ifade edilen yenilenme, hukuki ve teknik anlamında yenilenme olarak değil de uzatılma olarak kabul edildiği takdirde belirli süreli sözleşmenin, İş K. m. 11/1’deki koşulların varlığı halinde uzatılması mümkün görülebilir¹⁶⁶.

4857 sayılı İş Kanununun, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını belirli süreli işlerle veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların varlığına bağladığını; esaslı neden olmadıkça zincirleme yapılamayacaklarını, aksi takdirde baştan itibaren iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılacağını öngördüğünü; buna karşılık sözleşmenin yenilenmesine ilişkin açık bir kural

164 Çil, Şahin; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi 2008-2009 Yılları, 158; Güler, 61.

165 Mollamahmutoğlu, 334.

166 Mollamahmutoğlu, 265.

koymadığını söylemişik¹⁶⁷. İş sözleşmesinin süresinin bitimine rağmen taraflar iş ilişkisini sürdürmekteyseler, sözleşme yenilenmiş kabul edilir¹⁶⁸.

Sözleşme belirli süreli olmakla birlikte, süresinde sona ermesi için önceden ihbar şartına bağlanmış olmasına karşın, taraflardan birinin bu ihbarı gerçekleştirilmemesi olasılığını da BK. m.339/2 düzenlemektedir. Her ne kadar madde metninde “fesih” ibaresi kullanılsa da, bu teknik anlamda fesih olmayıp, sözleşmenin süresinin bitmesiyle sona ermesi şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹⁶⁹. Ancak ilk fıkradan farklı olarak burada, yalnızca “tecdit edilmiş sayılır” ifadelerine yer verilmiş, uzayacak süreye ilişkin herhangi bir ibareyi içermemektedir. Bu nedenle süreye ilişkin öğreti ve uygulamada görüş birliği oluşmuş değildir. Öğretiye göre, sözleşme aynı süre için yenilenmiştir¹⁷⁰. Ancak Yargıtay verdiği bir kararda, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi için 6 ay önceden ihbar şartına bağlandığı bir olaya ilişkin olarak, 3 yıl için yapılmış sözleşmenin bir yıl için yenilendiğini kabul etmiştir¹⁷¹. Bu da göstermektedir ki, Yargıtay ikinci fıkrada, birinci fıkranın süreye ilişkin düzenlenmesini geçerli saymıştır. Burada ayrıca üzerinde durulması gereken nokta, böyle bir ihbar süresinin kararlaştırıldığı belirli süreli iş sözleşmelerinde ihbar süresine uyulmamasının yaptırımının ihbar tazminatı olmamasıdır¹⁷². Bu ihbar sürelerine aykırılık, yalnızca sözleşmenin “yenilenmesi” sonucunu doğurmaktadır.

167 Bknz. s.14-15.

168 *Akyiğit*, İş Hukuku Şerhi, 2540; *Mollamahmutoğlu*, 772.

169 *Güzel*, Ali; *Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı*, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, 60; *Ekonomi*, İHU İş K 9(No.4); *Alpagut*, 170.

170 *Süzek*, 429; *Çelik*, 172; *Narmanlıoğlu*, 78; *Centel*, 170.

171 Yarg. 9.H.D. 28.2.1995, E. 1994/16836, K. 1995/6017 İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi Veritabanı.

172 *Güler*, 63.

Yine BK. m.339 gereğince, sözleşmenin “yenilenmesi” hali, yalnızca belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkindir. Bunun dışında bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı noktasında, yine objektif nedenlerin varlığı aranmaktadır¹⁷³.

Bu arada önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay 625 sy. Özel Öğretim Kurumları Kanunu çerçevesinde özel okul müdürü, diğer yöneticisi ve öğretmenleri ile kurum arasında zorunlu olarak belirli süreli yapılan (625 sy. ÖÖKK. 32/I) ve zincirleme akitler yoluyla belirsiz süreli akde de dönüşmeyeceği benimsenen¹⁷⁴ iş sözleşmesinin okul idaresince süre sonunda uzatılmayacağı bildirildiği hallerde, iş sözleşmesinin işverence feshedildiği sonucuna vararak işçiyi haklı bulmaktadır. Aslında saf hukuk kuralları açısından olay değerlendirildiğinde Yüksek Mahkemenin tutumunun isabetli olduğunu söylemek güçtür¹⁷⁵. Zira, işverenin sözleşmeyi uzatmayacağı yolundaki beyanının anlamı sözleşmeyi feshetmek değil, sadece süre bitiminde sözleşmenin zımnen de olsa yenilenmeyeceğinin bildirilmesidir. Durum böyle olunca da, sözleşme yine belirli sürenin bitimiyle kendiliğinden son bulacaktır. Ancak sözü edilen kişilerin hem belirsiz süreli (hatta bir yıldan az süreli) sözleşme yapma imkanlarının ellerinden alınmasının ve hem de defalarca tekrarlanmasına rağmen bunun belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyeceğinin kabulünü anlamak güçtür. Olsa olsa, özel kesimce sunulsa da eğitimin bir kamu hizmeti olduğu ve bu nedenle de özel okul açılmasının teşvik edilmek istendiği düşünülebilir. İşte bu nedenle Yargı uygulamasının hukuken olmasa da sosyolojik olarak haklı bulunması normaldir¹⁷⁶.

173 *Alpagut*, 89; *Güzel*, 64.

174 Örnek yargı kararları olarak bkz. Yarg. 9. H.D. 17.6.1999, 8711/11181; Yarg. 9. H.D. 14.06.1993, 14416/10167; Yarg. 9. H.D. 14.06.1993, 14417/10168; Yarg.9. H.D. 17.06.1999-8711/11181; *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2537.

175 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2537.

176 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi, 2538. Yargıtay’ın çözümünü hukuken haklı bulanlar da vardır.(Bkz. *Tuncay*, Can; İHD. 1992/4, 599).

2. Sözleşmenin Yenilenmesinin Bildirim Koşuluna Bağlanması

BK. 339/II. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin, taraflardan birinin sürenin sona ermesinden belirli bir süre önce feshi ihbarda bulunmuş olması kaydına bağlanması durumunda, bu feshi ihbar, süre sonunda iş sözleşmesini sona erdirir. Ancak bu süre içinde sözleşmenin feshi ihbar etmemişse, sözleşmenin yenilenmiş olacağı belirtilmiştir¹⁷⁷. Bu maddede, yenilenen ikinci sözleşmenin süresine ilişkin bir hüküm bulunmaması, doktrinde görüş ayrılığına sebep olmuştur. Bir görüşe göre, bu durumda sözleşme, eski sözleşme süresince, ancak en fazla bir yıl için yenilenmiş sayılır. Bu yorum maddenin ilk fıkrasına daha uygundur diyebiliriz. Diğer bir görüşe göre ise, ikinci fıkrada ilk fıkraya benzer bir hüküm bulunmaması nedeniyle, sözleşmenin bir yıllık sınıra bağlı olmaksızın yenileneceği ilk sözleşme süresinin ikinci sözleşmenin de süresini belirleyeceği ileri sürülmüştür¹⁷⁸.

Bu hüküm, 4857 sayılı İş Kanununun belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin 11. mad. karşısında, gün, ay, yıl olarak yapılan esaslı nedene dayalı belirli süreli iş sözleşmeleri için uygulanmaya devam edecektir¹⁷⁹. Zira iş sözleşmesinin süreye bağlanması ile bunun yapılabilmesi için objektif nedenlerin bulunması birbirinden tamamen farklı olgular olduğu için, Borçlar Kanununun bu hükmü, sadece sürenin belirlenmesiyle ilgilidir. Yoksa objektif nedenlere ilişkin bir durum değildir. Bu nedenle, ilgili hüküm gereğince yenilenme durumunda, objektif nedenlerin varlığı yine de aranacak ve bulunmaması durumunda sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaktır¹⁸⁰. Ancak, objektif nedenlerin bulunması nedeniyle yenilendiği kabul edilen iş sözleşmesinin yenilenme süresine ilişkin hükmünün, İş Kanununa tabi işlerde uygulanmayacağı, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin yenileneceği

¹⁷⁷Alpagut, 89; Ayan 465; Çil, 53; Kaplan, 216; Güler, 61.

¹⁷⁸Çelik, 172; Alpagut, 172; Güler, 62; Ekonomi I, 28.

¹⁷⁹Çelik, 187; Ekonomi I, 29; Güler, 62.

¹⁸⁰Ekonomi I, 30; Güler, 63; Sümer, 135.

sürenin, eski sözleşme süresi veya bir yıl olmayacağı doktrinde ileri sürülmüştür. Örneğin, haziran ayında biteceği öngörülen bir iş için yapılan 6 aylık belirli süreli iş sözleşmesinin, işin zamanında bitirilememesi nedeniyle yenilenmesi durumunda, bu sözleşmenin süresinin altı ay olmayacağı, aksine işin biteceği öngörülen süre olması gerektiği savunulmuştur. Bu olayda, haziran ayındaki tespitlere göre işin ağustos ayında biteceği öngörülebiliyorsa, iş sözleşmesi iki aylık süre için yenilenmiş olarak kabul edilmelidir¹⁸¹.

Doktrinde, BK. m.339/II hükmü gereği sözleşmenin uzatılması yani yenilenmesi için taraflarca öngörülen sürede sözleşmenin uzatılmayacağı yönünde bildirim yapılmamış olması yeterli görülmekte ve bu yönde iradelerinin aranmayacağı belirtilmektedir¹⁸². Dolayısıyla, BK. m. 339/II hükmünün bir yasal varsayıma içerdiği kabul edilmektedir. Ancak, burada da hükmün bir yasal belirti içerdiğinin kabulü taraf menfaatlerine uygun düşecektir. Maddenin her iki fıkrasına farklı hukuki nitelikler bağlanması mümkün görünmemektedir¹⁸³.

BK. md. 338'e göre, belirli süre için yapılmış iş sözleşmesinin sona ermesi, bildirim şartına bağlanabilir. Süresinin bitiminden belirli bir süre önce fesih bildiriminde bulunulmadığı takdirde, sözleşme yenilenmiş sayılır¹⁸⁴.

Sürenin bitimi ile sözleşmenin sona ereceği hükmü (BK. m. 338) aksinin kararlaştırılabileceği ibaresini taşımakta ve emredici bir kural niteliği taşımamaktadır. O halde, belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin sona ermesi, bunun belirli bir süre önceden bildirilmesine bağlı tutulabilir. Böyle bir bildirim olmazsa sözleşme yenilenmiş

181 *Alpagut* 89; *Ayan*, 466.

182 *Tunçomağ*, 194.

183 *Alpagut*, 172.

184 *Demircioğlu/Centel*, 167.

sayılır (m. 339/II). Ancak bunun, yukarıda da, belirtildiği gibi esaslı nedene dayalı olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde geçerli olacağını unutmamak gerekir¹⁸⁵.

Başka bir ifadeyle, BK. m.339/II hükmünde yine I. fıkrada olduğu gibi, yenilemeden bahsedilmişse de gerçekte burada da uzamanın söz konusu olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Bu hususta BK. m.339/I'e ilişkin yukarıdaki açıklamalarda belirtilen ve madde hükmünün BK. m.114'de düzenlenen hukuki anlamda yenileme müessesesinden tamamiyle farklı bir hukuki kavram olmasının yanı sıra, diğer bir özellik daha ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce, uzatmamaya dair beyanın (yasanın deyimiyile fesih beyanının) yapılmaması sözleşmesinin sona ermesini önler ki, sona ermeyen bir sözleşmenin yenilenmesinden, diğer bir ifadeyle yeni bir sözleşme oluşmasından söz edilemez¹⁸⁶.

§ 4. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH YOLUYLA SONA ERMESİ

I. Genel Olarak Fesih Kavramı ve Fesih Türleri

1. Fesih Kavramı ve Feshin Hukuki Niteliği

İş sözleşmesi, işçi veya işverenin tek taraflı bir irade beyanı ile sona erdirilebilir. Taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdiren irade beyanına “fesih bildiri” denilmektedir¹⁸⁷. Aşağıda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce bir fesih beyanı ile sona erdirilmesi üzerinde durulacaktır. Konuyu, öğretilerdeki yaklaşıma da uygun olarak, iş sözleşmesinin haksız feshi ve haklı nedenle feshi biçiminde ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

Taraflardan birinin beyanı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süre verilerek sona erdirilmesinde (m. 17) olduğu gibi, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işçi ya da

¹⁸⁵ Çelik, 187; Kaplan, 216.

¹⁸⁶ Alpagut, 172; Oğuzman, Kemal; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, 48.

¹⁸⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, 187; Alpagut, 90; Süzek, 453.

işveren tarafından haklı nedenlerle süre verilmeksizin sona erdirilmesinde (m. 24,25) de söz konusudur. O halde, fesih bildirimini için, iş sözleşmesini belirli bir sürenin geçmesiyle veya derhal sona erdiren karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır tanımını yapabiliriz¹⁸⁸.

a) Hukuki Niteliği

Fesih bildiriminde bulunma hakkı her iki tarafa da tanınmıştır. Fesih bildirimine ilişkin irade beyanının karşı tarafa bildirilmesi yeterli olup beyanın geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Çünkü, hukuki niteliği itibariyle fesih bildirimini yenilik doğuran bir haktır ve var olan hukuki bir durumu, yani iş sözleşmesini sona erdirmek suretiyle bu hakkı ortadan kaldırdığı için bozucu yenilik doğuran haklardandır¹⁸⁹. Karşı tarafın da hukuk alanını etkilemesi ve taraflar arasında yeni bir hukuki ilişki başlatması nedeniyle fesih bildiriminin belirli ve yeteri kadar açık şekilde yapılması gerekmektedir¹⁹⁰.

Fesih bildiriminde bulunan tarafın sözleşmeyi sona erdirme isteği açık olarak anlaşılmalıdır. Bu konuda yapılmış teklif veya soru şeklindeki beyanlar fesih bildirimini sayılmazlar. Yargıtay'a göre, fesih bildirimini her zaman açık bir şekilde yapılmayabilir, olayların akışından taraflardan birinin davranışı ile sözleşmeye son verildiği anlaşılabilirse bu davranışın da fesih şeklinde değerlendirilmesi gerekir¹⁹¹.

Yargıtay'a göre, ücret zammını yetersiz bulan işçinin bu ücretle çalışmayacağını söylemesi ve işverenin bu durumu tutanakla saptaması halinde iş sözleşmesi işçi tarafından

¹⁸⁸ *Mollamahmutoğlu*, 561; *Çelik*, 188; *Süzek*, 454; *Ekonomi I*, 166 vd; *Demircioğlu/Centel*, 168.

¹⁸⁹ *Tunçomağ/Centel*, 190.

¹⁹⁰ *Çelik*, 189; *Ekonomi I*, 167, *Süzek*, 454; Yarg. 9. H.D. 27.1.1999, E. 1998/18431 K. 1999/ 647 *Tekstil İşv. Dergisi*, Ocak 2000, 16.

¹⁹¹ Yarg. 9. H.D, 20.10.1997, 13230/ 17815, *Tekstil İşv. Dergisi*, Ocak 1998, 18-19; İşverenin el işaretiyle işçiye kapıyı göstermesi işe son verme anlamındadır.

feshedilmiş sayılır¹⁹². Yine başka bir Yargıtay kararına göre, muhasebe elemanı olarak çalışırken genel müdür sekreteri olarak görevlendirilen ve bunu kabul etmeyen işçinin işyerini terk etmesi İş Kanununun m. 24/2 uyarınca sözleşmenin feshi niteliğindedir¹⁹³. Bunun gibi, Yargıtay'ın bir başka kararında da, işçinin açık bir iradesi olmadan uzunca bir süre ücretsiz izne çıkarılması iş sözleşmesinin feshi anlamına gelir¹⁹⁴. Buna karşılık Yargıtay, bir inşaat işinde hava muhalefeti gibi makul bir nedenle işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarmasını sözleşmenin feshi olarak kabul etmemiş, işçinin dava açmak suretiyle sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği sonucuna varmıştır¹⁹⁵. Yine Yargıtay, tehdit ve baskı sonucu işçinin elinden istifa dilekçesi alınması halinde sözleşmenin davalı işverence feshedildiğinin kabulü gerektiğine hükmetmiştir¹⁹⁶. Bunun gibi Yargıtay'ın bu yönde birçok kararı mevcuttur¹⁹⁷

2. Fesih Türleri

Türk hukuk sisteminde işçi yada işverenin feshi iki şekilde gerçekleşir. Borçlar Kanununda olduğu gibi İş Kanununa göre de, belirsiz süreli sözleşmelerde taraflardan biri öteki tarafa bir süre vererek fesih bildiriminde bulunabileceği gibi belirsiz veya belirli

192 Yarg. HGK. 31.5.1989, 9-321/400 ve *Özdemir*, Erdem; Yargıtay Kararları Işığında İstifa Dilekçeleri, Sicil İHD, Eylül 2007, 11-24.

193 Yarg. 9.H.D, 13.12.2005, 26748/39367, Legal HD, Şubat 2006, 503-504.

194 Yarg. 9.H.D, 27.4.1998, 5112/7788, İşv. Dergisi, Haziran 1998, 15-16.

195 Yarg. 9.H.D, 6.12.2000, 13381/183184, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, 51,52; Çelik, 190.

196 Yarg. 9. H.D, 15,2,1999, E. 1998/19726 K. 1999/2076, Yarg. Kararları Der. Kasım 1999,1535 vd.

197 Yargıtay'a göre; "İşçi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi bulunmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından yenilenmeyeceği süre bitiminden önce davacıya bildirilmiştir. Bu bildirim fesih niteliğindedir. Bu durumda akdi fesheden işveren kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür." Yarg. 9. H.D. 27.1.2003, E. 2002/11889 K. 2003/161. Kazancı İçtihat Programı.

sürelili olan sözleşmelerde haklı bir nedenin varlığı halinde süre vermeksizin fesih bildiriminde de bulunabilir. İşte belli bir süre vererek fesih bildiriminde bulunulduğunda bildirimli fesihten, aksi takdirde de bildirimsiz fesihten söz etmek mümkündür.

Her iki durumda da sözleşmeyi sona erdiren bir tarafın irade beyanı olduğu halde birinde, işçi ve işveren için kişi özgürlüğü ilkesine uygun olarak bazı koşullar ve sınırlamalarla, süresi belirsiz bir sözleşme ile sınırsız bir sürece bağlı kalmasının önlenmesi, diğerinde ise, sözleşmenin süresi belirsiz veya belirli olsun, dürüstlük kurallarına göre sözleşmenin devamına zorlanamayacak durumda olan tarafa bu zorunlu ilişkiden kendisini kurtarabilme olanağının tanınması söz konusudur¹⁹⁸.

II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi

1. Genel Olarak

Bildirimli fesih, (sona erdirme beyanı) iş sözleşmesinin, bunu kullanan tarafın (işçi ya da işveren) tek taraflı bildiriyle sona erdirilmesini ifade eder. Bildirimli feshin, sözleşmeyi sona erdirebilmesi için karşı tarafın bunu kabul etmesi, buna izin vermesi aranmaz. Belirli ve açık bir şekilde yapılan bildirimli fesih karşı tarafa varmakla hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bildirimli fesih bir kere karşı tarafın eline ulaştıktan sonra sonuçlarını doğurmaya başlayacağından, varma anından sonra bundan dönülemez, vazgeçilemez¹⁹⁹.

Fesih bildiri iş K. mad. 17'ye göre düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; süreli fesih bildiri ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin hiçbir neden göstermeden ihbar sürelerine uyularak hakkın kötüye kullanılmaması koşulu ile iş sözleşmesi feshedilir. Daha önce de söylediğimiz gibi bildirimli fesih belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerlidir ancak aşağıda açıklayacağımız bazı istisna durumlarda belirli süreli iş sözleşmelerinde de geçerli olacaktır.

198 Demircioğlu/Centel, 168; Çelik, 188.

199 Demircioğlu, Murat; Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu, İstanbul 2009, 128. Konu ile ilgili örnek için bkz. Yarg. 9. H.D. 11.3.2008 T., 2007/36130 E., 2008/4519.

2. Süresi On Yıl veya Daha Fazla olan Sözleşmelerin İhbar Süresi Tanıyarak Feshi

İşçinin kişilik hak ve özgürlüğünün korunması amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesine ilişkin getirilen düzenleme, BK. m. 343'tür. Bu düzenleme, sözleşmenin bir tarafın yaşadığı süre boyunca ya da on yılı aşkın bir süre için yapıldığı durumlarda, on yılı geçtikten sonra sözleşmenin bazı şartlarla süresi dolmadan feshedilmesi olanağını içermektedir²⁰⁰.

Borçlar Kanununa göre, belirli süreli iş sözleşmesinin yaşam süresi boyunca veya on seneden fazla bir süre için yapılması halinde, işçi on sene geçtikten sonra her zaman, bir aylık süre vererek sözleşmeyi feshettiğini işverene bildirebilir (md. 343). Kanun güçsüz olan işçinin kişilik haklarını korumak amacıyla belirtilen hükmü koymuştur. Bunun İş Kanununu uygulamasında da geçerli olduğunu söyleyebiliriz²⁰¹.

Görüldüğü gibi, bu hükümlerle işçiye iki durumda bildirimli fesih hakkı tanınmıştır. Bunlardan ilki, sözleşmenin taraflardan birinin ömrü boyunca yapılmış olmasıdır. Taraflardan birinin ömrü boyunca yapılmış bir iş sözleşmesi, gerçekte belirsiz süreli bir iş sözleşmesidir. Hukuki işlemin sonuçlarının bir kişinin ölümüne bağlanması teknik anlamda belirsiz vade olarak nitelendirilmektedir²⁰². Çünkü, tarafların ölümü kesin, ancak ne zaman gerçekleşeceği belli değildir. Böylece taraflardan birinin hayatı boyunca devam edecek bir iş sözleşmesinin bildirimli feshi için on yılın dolmasının gerekli olmadığı sonucuna bile varabiliriz²⁰³.

200 Güler, 80.

201 Çelik, 193; Tunçomağ/ Centel, 190; Kaplan, 215; Güler, 80.

202 Alpagut, 189; Çelik, 191.

203 Sümer, 139; Alpagut, 173; Demircioğlu/Centel, 169.

Anılan maddede geçen diğer durum ise, sözleşmenin süresinin 10 yılı aşkın bir süre olarak belirlenmiş olmasıdır. Örneğin sözleşmenin 15 yıllık bir süre için yapılmış olması durumunda, on yıllık sürenin sonunda, işçinin bildirimli fesih hakkı bulunmaktadır. Belirtelim ki, bu durumda sadece işçinin bildirimli fesih hakkı vardır. Yoksa işveren, bu hükme dayanarak on yıldan geçtikten sonra iş sözleşmesini bu hükme göre feshedemez. İşçi bu hakkını, dilediği bir zamanda, bir aylık ihbar süresi tanımak suretiyle kullanabilir.

Hükümde yalnız iki hal üzerinde durulmuştur. Bunlardan biri, bir tarafın yaşamı boyu sürecek bir sözleşme, diğeri ise süresi 10 yıldan fazla olan bir sözleşmedir. Süresinin belirli bir şekilde 10 yılı geçen bir sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğundan şüphe yoktur. Burada şunu da eklemek gerekir ki, sürenin bir takvim olarak, örneğin 12 yıl için belirlenmesi şart değildir. Bunun yanında bir işin sona ermesine bağlı yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde de 10 yıl geçtikten sonra, işçinin bu hakkının doğacağına kabulü gerekmektedir²⁰⁴.

Bu hüküm, yalnızca işçinin korunması amacıyla getirilmiştir. Hüküm bu hallerin varlığı halinde, sözleşmenin fesih hakkını işçiye vermiştir. İşverenin böyle bir hakkı bulunmamaktadır. İşçi 10 yıl geçtikten sonra iş sözleşmesini istediği bir zamanda 1 aylık bildirim süresine uyarak feshetme hakkını kazanmaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki, söz konusu hüküm işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin olduğundan nisbi emredici olarak nitelendirilmelidir²⁰⁵. Bunun sonucu olarak da tarafların, işçinin bu hakkını sözleşme ile kaldırması mümkün değildir. Ancak bu sürenin işçinin lehine olarak kısaltılması geçerli olacaktır²⁰⁶.

Bazı durumlarda tarafların belirli süreli sözleşmenin süresinin çok uzun kararlaştırmaları halinde sözleşme yapma hakkı ve serbestisini suistimal etmeleri söz konusu olabilir. Kişilik haklarını zedeleyen böyle durumlarda kanun koyucu işçiye

204 *Güler*, 80.

205 *Alpagut*, 174; *Güler*, 80.

206 *Güler*, 81.

sözleşmeyi feshetme hakkını tanımıştır²⁰⁷. Gerçekten, süreli fesih bildirim kural olarak, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusudur. Ancak, Borçlar Kanununda düzenlenen bir halde, istisna durumlar hariç yani on yılı geçmesi halinde, belirli süreli iş sözleşmesi de bu yolla sona erdirilebilir.

Bir tarafın yaşamı boyunca yapılan sözleşmenin belirli süreli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle belirli süreli iş sözleşmesinden söz edebilmek için, sürenin belirli olması gerektiğini söylemiştik. Taraflar süreyi açıkça kararlaştırmayıp, bir işin bitimine göre süre belirlemesi söz konusu olsa bile, bunun belirli süreli iş sözleşmesi olabilmesi için, tarafların bunun önceden öngörülebilmeleri ve bu konuda tereddütlerinin olmaması gerekir. Bununla birlikte, bir tarafın yaşamı boyunca yapılan sözleşme, aslında yaşamın bitiş anı sözleşmenin sona erme anı olarak kararlaştırılan kişinin ölümü şartına bağlanmıştır. Diğer bir deyişle burada bozucu şarta bağlanmıştır. Diğer bir deyişle burada bozucu şarta bağlanmış bir sözleşme söz konusu olacaktır ki, bu tür sözleşmelerin belirliliği üzerindeki açıklamaları yukarıda yapmıştık. Sonuç olarak, böyle bir kararlaştırmayı içeren sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir²⁰⁸.

İşçi tarafından yapılacak bu fesih, haklı nedenle fesih değildir. Bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanılacak bir durum söz konusu değildir. Ancak işçi, bir aylık bildirim sürelerine uymakla yükümlüdür. Eğer işçi bu yükümlülüğe aykırı davranmışsa, işverenin bir takım talepleri gündeme gelecektir. Kanımızca, işverenin bu nedenle isteyeceği tazminat nitelik olarak ihbar tazminatı değildir. Bu nedenle işveren, işçinin bir aylık bildirim süresine uymaması nedeniyle uğrayacağı zararları işçiden talep edebilecektir. İhbar tazminatı olarak nitelendirilmemesinin diğer bir anlamı, bu tazminat miktarının hesabında uyulmayan süreye ilişkin ücretin dikkate alınmamasıdır. İşveren işçinin süreye zararı da işçiden talep edebilecektir. Ancak işçi bu süreye uyarak sözleşmeyi feshettiğinde,

207 Kaplan, 215.

208 Alpagut, 80; aynı yazar, 4857 sayılı yasa çerçevesinde belirli süreli iş sözleşmesi, 90; Güler, 80.

işveren yine de bir takım zararlara uğrasa da işçiden bunların tazminini talep edemeyecektir²⁰⁹.

Önemle ekleyelim ki, iş sözleşmesinin işçi tarafından bu şekilde feshedilmesi, 1475 sayılı Kanununun 14.md.'sine göre işçiye kıdem tazminatı talep hakkı vermez. Ancak işçinin bir aylık bildirim süresine uymaması durumunda, işveren bu nedenle uğrayacağı zararının tazminini talep edebilir. Doktrinde de belirtildiği gibi bu tazminat, niteliği itibarıyla ihbar tazminatı olmayıp, bildirim süresine uyulmamasından doğan gerçek zararı karşılamaya yönelik bağımsız bir tazminattır²¹⁰. Bu tazminatın miktarı, işverenin uğradığı zararla sınırlıdır. İşçinin bu bildirim süresine uyararak sözleşmeyi feshetmesi durumunda ise, işverenin uğrayacağı zararların işçiden talep edilmesi söz konusu olamaz²¹¹.

3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Genel Olarak Bildirim Süresi Tanıyarak Feshinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu ve Öğretideki Görüşler

İş Kanununda, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın sürenin bitiminden önce işverence sona erdirilmesinin hukuki sonuçları düzenlenmiş değildir. Yargıtay kararlarında, Borçlar Kanununun 325. maddesine göre, “İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur” denilmektedir. Burada yapılan feshe verilecek anlam, nitelendirilmesi sonuçlar açısından önemlidir. Madde hükmünce işçinin bazen kalan sürenin ücretini bazen de bu süreye ait parayı tazminat olarak isteyebileceğine hükmedilmiştir²¹². Ancak işçinin bu durumda

209 *Güler*, 81.

210 *Ayan*, 469.

211 *Demircioğlu/Centel*, 169; *Güler*, 81; *Ayan*, 469.

212 *Çelik*, 276; *Süzek*, 669.

haksız fesih nedeniyle kıdem tazminatı talep edebileceğini kabul eden Yargıtay kararları da vardır²¹³. Belirli süreli iş sözleşmesinin bildirim süresi tanıyarak feshinin mümkün olup olmadığı konusu öğretilerde tartışılan konulardandır.

213 Yarg. 9. H.D. 19.9.2003, 2296/ 14832, Legal İHD. 2004/4, 1467-1468.

a) Haksız Fesih Görüşü

aa) Haksız Fesih Kavramı

Fesih hakkı bir iş sözleşmesinin taraflarına, tek taraflı irade beyanıyla bu sözleşmeyi sona erdirmeleri hakkını sağlayan, bozucu yenilik doğuran bir haktır. İş Hukukunda bu hakkın iki şekilde ortaya çıktığını belirtmiştik. İş Kanunu m. 13'de bildirimli fesih, İş Kanunu m. 16 ve 17 ise bildirimsiz fesih şeklinde. Bunlardan bildirimli fesih hakkının kullanılması ile, sözleşme kanunen ya da sözleşme ile belirlenen bildirim süreleri sonunda sona ermektedir. Buna karşılık bildirimsiz fesih türünde, belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin devam ettiği sırasında ortaya çıkan ama tarafların dürüstlük kuralları gereğince sözleşmesel ilişkiyi sürdürmeleri kendiliğinden beklenemeyecek ya da istenemeyecek bir sebebin varlığı nedeniyle, sözleşmeyi hemen sona erdirmelerini sağlayan tek taraflı yenilik doğuran bir hak mevcuttur. İşte iş sözleşmesinin bildirim sürelerine uyulmadan yapılan ya da ortada haklı bir sebep bulunmadan taraflardan biri tarafından ortadan kaldırılması, hem yargısal içtihatlarda hem de doktrinde haksız veya usulsüz fesih olarak adlandırılmaktadır²¹⁴.

Başka bir ifadeyle; haklı nedenle fesih hakkı, kanuna göre haklı neden kabul edilen olayın vuku bulmasıyla doğan bir hak olduğundan haklı neden bulunmaksızın iş sözleşmesinin feshi, haksız fesih olarak adlandırılır.

Haksız fesih oluşturan halleri özetlemek gerekirse²¹⁵; iş sözleşmesinin kanunda ya da toplu sözleşmede belirtilen bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilmesi, iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde öngörülen prosedüre uyulmadan sözleşmenin feshi, gerçekte haklı bir sebep bulunmaksızın iş sözleşmesinin feshi ya da feshe dayanak yapılan feshin haklı nitelikte bulunmaması, İş Kanununun 16/II ve 17/II maddelerinde öngörülen sebeplere dayanılarak ancak kanuni süre geçirildikten sonra yapılan fesihlerdir.

214 *Ertürk*, 104.

215 *Ertürk*, 104.

Özelliği itibariyle belirli süreli iş sözleşmeleri kural olarak belirlenen sürenin sona ermesi ile kendiliğinden, başka bir işleme gerek olmaksızın, sona erer ancak haklı neden varsa sürenin bitiminden önce taraflarca sona erdirilebilir. Aksi takdirde, yani haklı bir neden olmaksızın taraflardan birinin belirli süreli iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce sona erdirilmesi haksız bir fesihdir. İleri sürülen sebebin gerçek dışı olması veya fesih hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde de haksız fesih söz konusu olur²¹⁶.

İşverenin bildirimssiz fesih hakkını kullanması toplu iş sözleşmesi ile disiplin kurulunun kararının bulunmasına bağlı tutulabilir²¹⁷. Toplu iş sözleşmesinin hükmüne rağmen disiplin kurulu kararı olmaksızın bildirimssiz fesih hakkının işverence kullanılması halinde, haklı neden olsa bile, toplu iş sözleşmesi hükmüne uyulmaması, haksız fesih olarak kabul edilir. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır²¹⁸.

bb) Haksız Feshin Hukuki Niteliği

Belirli süreli iş sözleşmesinin işverence sürenin bitiminden önce haklı neden bulunmaksızın feshiyle ortaya çıkan durumun hukuki niteliği konusunda doktrinde ileri sürülen baskın görüş, feshin işveren açısından alacaklı temerrüdü oluşturduğu yolundadır²¹⁹. Bu görüş taraflarından Tunçomağ dayanak olarak, iş sözleşmesinin kural

216 *Kaplan*, 217.

217 *Güler*, 66.

218 Yarg. 9.H.D. 5.3.1996, 35962/3819, Çimento İşv. Der. Mayıs 1996, 30; *Çelik*, 261; *Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan*, 216.

219 Belirli süreli iş sözleşmelerinde işverenin kabulde gecikmeyi fesih iradesi bulunmaksızın da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda işverenin işi kabul etmekle birlikte sözleşmede kararlaştırılan şartlarla kabulden kaçınması durumlarında gecikme söz konusu olacaktır. Örneğin, Toplu İş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle kararlaştırılmış olmadığı halde bir kısa çalışmanın işveren tarafından teklifi veya işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerinin alınmamış bulunması durumlarında olduğu gibi. Dolayısıyla, işverenin iş görme borcunu kabulünden söz edebilmemiz, diğer bir deyişle işçinin iş görme borcunun yerine getirilebilmesi ancak işin sözleşmeye uygun şartlarla kabulü durumunda söz konusu olabilir. *Alpagut*, 178.

olarak işverene iş verme borcu yüklediğini, işçinin sunduğu işi kabulün, işveren için borç değil, hak olduğunu belirtmektedir²²⁰. Alacaklı temerrüdü görüşünü savunan diğer yazarlar ise, belirli süreli iş sözleşmesinin niteliğinden ve olağan feshe ilişkin yasal hükümlerden hareket etmektedirler. Buna göre, belirli iş sözleşmelerinde taraflar kural olarak sözleşmenin süresinin bitiminden önce sona erdirilmesi imkanını kaldırmışlardır²²¹.

Temerrüt görüşü çerçevesinde, işverenin haklı bir neden bulunmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi durumunda fesih geçersiz sayılır ve BK. m.325 uyarınca, “işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir”. Feshin geçersiz sayılması sonucu iş ilişkisi sözleşmede saptanan sürenin sonuna kadar devam eder ve taraflar iş sözleşmesi ile bağlı kalırlar²²².

cc) Haksız Fesih Halinde İş Kanununa Göre Bir Çözüm Öneren Görüş

Doktrindeki bazı yazarlara göre²²³, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi halinde feshi geçerli kabul ederek, haksız fesih ile karşı karşıya bulunulduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca işçi bir yıllık kıdem süresini doldurmuş ise, haksız feshe rağmen kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Gerek İş K. 16 ve 17 maddelerinde belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımı yapılmadığına göre, belirli süreli sözleşmeler konusunda kıdem tazminatı ile ilgili ayrık bir düzenleme de bulunmadığına göre kıdem tazminatı hakkı doğacağını kabul etmektedir. Kıdem tazminatının doğduğu yerde ise, ilişkinin devam ettiğini söylemenin mümkün olmayacağını belirtmektedirler²²⁴.

220 *Tunçomağ*, “Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma”, Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, İstanbul1968, 103.

221 *Alpagut*, 178.

222 *Tunçomağ*, Borçlar, 103; *Süzek*, 143.

223 *Ekonomi*, 233; *Çenberci*, 292; *Narmanlıoğlu*, 401.

224 *Ekonomi*, 233.

dd) Öğretide Haksız Fesih Görüşünü Savunan Yazarlar

Doktrindeki baskın görüşe göre²²⁵, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce haklı bir neden olmadan feshedilmesi haksız fesih özelliği taşır, bu durumda işçi için ücret değil tazminat talebinin doğacağı ve ayrıca kıdem tazminatı da istenebileceği öne sürülmüştür²²⁶.

Narmanlıoğlu'na göre²²⁷ de işverenin haklı neden olmaksızın süresinden önce belirli süreli iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür. Çünkü, “buradaki işverenin haksız feshi” deyimi, bir hakkın kullanılması anlamını taşımamakta, kanuna aykırı olduğu kuşkusuz olan bir davranışın sonucunda ortaya çıkan durumu ifade etmektedir. Bu itibarla, işverenin sonucu itibariyle fesih sayılacak davranışın hukuken fesih sonuçlarına bağlayabilmek için, işverenin iş sözleşmesini haksız olarak feshetme hususunda bir yenilik doğuran hakkının varlığı gerekmez. ... İşverenin, iş sözleşmesinin haklı olarak... feshedilmesi hususunda bir yenilik doğuran hakka sahip olduğunu, bunun dışında böyle bir davranışta bulunamayacağını Türk Hukuku bakımından söyleyebilmek mümkün değildir.”

Ekonomi, belirli süreli iş sözleşmesinde haksız feshin iş sözleşmesini sona erdirdiğine ilişkin yasal dayanağın, İş Kanununun 23. maddesinin birinci fıkrasında yer aldığını ifade etmiştir²²⁸. Gerçekten de bu hükme göre, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, süresinden önce işi bırakıp başka bir işverenin işinde çalışmaya başlarsa, “... sözleşmenin bu surette feshinden ötürü...” sorumlu olur. Yazara göre, bu hükümden, belirli

225Tunçomağ, 93; Reisoğlu, S., Hizmet Akdi, 17; Eyrenci, Ö., Belirli Süreli Hizmet Akdinin İşverence Feshedilmesinin Hukuki Sonuçları, İHU İş K. No:2; Süzek, 118; Sümer, 6.

226 *Ekonomi* I, 196; *Mollamahmutoğlu*, 643; *Çelik*, 277; *Çil*, 57,58; *Güler*, 69.

227 *Güler*, 76; *Narmanlıoğlu*, 398.

228 *Münir*; *Ekonomi*; Genel Görüşme, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 161.

sürelî iş sözleşmesinde haklı nedene dayanmayan feshin, iş sözleşmesini sona erdirdiği sonucuna ulaşabiliriz.

Engin'e göre, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde sözleşmenin haksız feshine kıdem tazminatı sonucu bağlandığı ve bu sadece belirsiz sürelî iş sözleşmelerine özgü olmadığı için, bu hükümden, belirli sürelî iş sözleşmesinin, haklı neden bulunmasa bile sona erdirilebileceği sonucu çıkarılmalıdır²²⁹.

Sümer'e göre de bu görüş hem teorik olarak hem de İş Hukukunun gerekleriyle uyulan yönü bakımından yerindedir. Her şeyden önce; belirli sürelî iş sözleşmelerinin de feshedilmesi mümkündür; çünkü fesih Türk Hukukunda, iş sözleşmesinin tek taraflı olarak bozulmasını ifade eder. Kanunda da belirtildiği şekilde fesih bir haktır; bu durumda fesih hakkının kullanılması gerekir; aksi halde fesih hukuka aykırı bir işlem niteliğindedir; sözleşmeyi sona erdirir, ancak fesheden taraf yaptırımlarla karşılaşabilir. Bu itibarla, isabetle belirtildiği gibi, belirli sürelî iş sözleşmesinin "haksız feshi" denildiğinde fesih, bir hakkın kullanılması bağlamında değil, kanuna aykırılığı tartışmasız bir davranışın büründüğü şekilde anlamında kullanılmaktadır. Bir diğer anlatımla, kanun, belirli sürelî iş sözleşmelerinin "haklı nedenle feshi" ni düzenlediğine göre, haklı neden varsa fesih "haklı"; yoksa "haksız" demektir; şu halde, "haklı" ya da "haksız" fesih vardır ve bu iş sözleşmesini sona erdiren bir durumdur²³⁰.

b) Alacaklının Temerrüdü Görüşü

İş sözleşmesinin belirli olması halinde, kanunda öngörülen haklı nedenler mevcut değilse fesihten bahsedilip bahsedilemeyeceği öğretilerde tartışmalıdır. Belirli sürelî iş sözleşmesi, feshe daha kolay imkan vermesi nedeniyle, tarafların süre tamamlanıncaya kadar sözleşmeyle bağlı kalma yükümlülükleri açısından önemlidir. Feshin ancak, olağanüstü bir fesih olarak yani çok ayrık bir şekilde ahlak ve iyi niyet kuralları bakımından taraflardan birince sözleşmenin çekilemez olmasına yol açan haklı nedenlerle

²²⁹ Engin, Murat; İş Hukuku Uygulamasında Borçlar Kanunu; İst. Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, 2001/5, 88.

²³⁰ Sümer, 141; Mollamahmutoğlu, 644.

mümkün olması karşısında öğretinin çoğunluğuna göre²³¹, kanunen haklı nedenler bulunmadan belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin dolmasından önce bozulması, fesih olarak değil, temerrüt olarak adlandırılır; işveren yönünden de buna, alacaklı temerrüdü denilir²³².

Bu görüş, belirli süreli iş sözleşmesinin süresi dolmadan haklı bir sebep olmaksızın feshedilmesi durumunda, işverenin alacaklının temerrüdüne düşeceğini kabul etmektedir. İşveren haksız fesihte bulunarak, işçi tarafından kendisine sunulan işi kabul etmemiş olmaktadır. Böylece belirli sürenin sonuna kadar sözleşmenin devam etmesi gerekli olduğuna göre, sürenin sonuna kadar işçi işleyecek olan ücretini BK. 325. maddesi hükmüne göre isteyebilecektir²³³.

Bu konu ile ilgili olarak, öğretide baskın görüş tarafından Borçlar Kanununun 325. md.'sinin uygulanacağı, iş ilişkisi sözleşme süresinin bitimine kadar süreceğinden bu süreye ait ücretin istenebileceği öne sürülmüştür²³⁴.

c) Kusurlu İmkansızlık Yarattığı Görüşü

Yukarıda açıkladığımız görüşlerden farklı olarak, bu durumda, iş verme borcunu yerine getirmeyen işverenin kusurlu imkansızlık veya ifa imkansızlığı²³⁵ yarattığı görüşleri de savunulmuş bulunmaktadır. Bilindiği gibi, ifa imkansızlığı, işin içeriği değişmeksizin

²³¹Tunçomağ/ Centel, 109; Çelik, 134; Sümer, Haluk H., “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları”, TÜHİS Dergisi, Şubat 1992/8, 6.

²³²Mollamahmutoğlu, 642. Bu konuda Çelik:”Borçlar Kanunu 325. md.'sinde belirtildiği şekilde, işine son verilen işçinin yeni işte aldığı veya yeni bir işe girmemekle birlikte, belirli makul bir neden olmadığı halde, işe girmeyerek kazanmaktan feragat ettiği ücretin tazminat olarak hesaplanan tutardan indirilmemesi gerekir. Bunun sonucu olarak bu konuda Yargıtay'ca verilmiş olan bazı kararlara katılmadığımızı belirtiriz” demektedir. Yarg. HGK, 28.3.2007, 9-178/179, İBD, 2008/1, 288-290.

²³³ Ertürk, 105.

²³⁴ Tunçomağ/Centel, 190; Ulucan, 114,115; Çelik, 276; Ayan, 478; Süzek, 419; Güler, 68.

borçlunun etkinliğiyle aynen yerine getirilmesinin olanak dışı bulunmasıdır²³⁶. Sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmayıp, sonradan ortaya çıkan imkansızlık, borçlunun imkansızlıktan sorumlu tutulup tutulamayacağı esas alınmak suretiyle ikiye ayrılır. Bunlardan ilki; borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlık olup, bu durumda borçlunun herhangi bir sorumluluğu bulunmaz, borçlu borcundan kurtulur (BK. mad. 117). Borçluya yüklenilebilecek olan sonraki imkansızlıkta ise, işin niteliği değişir, “aynen ifa”nın yerini “tazminat” borcu alır. Borçlu tazminat ödemekle yükümlü olur (BK. mad. 96)²³⁷.

Doktrinde bu görüşü sadece Oğuzman savunmaktadır. Yazara göre, bildirim sürelerine uyulmadan ve haklı bir sebep bulunmadan işveren tarafından yapılan fesih, iş sözleşmesinden doğan iş verme borcunun ihlali yani haksız bir davranış oluşturmaktadır. İşveren bu davranışı ile kusurlu imkansızlık yaratmaktadır, çünkü işvereni iş vermeye zorlayacak bir cebri icra olanağı bulunmamaktadır. Sözleşme, yapılan haksız fesih nedeniyle değil, kusurlu imkansızlık nedeniyle sona ermiş bulunmaktadır²³⁸.

BK. m. 20/I'e göre, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut objektif imkansızlığı bir kesin hükümsüzlük sebebi olarak değerlendirmektedir. Buradaki imkansızlığı borcun ifası aşamasındaki, borçlunun kusuruna dayalı (BK. m.96) veya kusursuz (BK. m. 117)

235 İfa imkansızlığı ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Yarg. 9. H.D. E. 2003/22636 K. 2004/534 22.1.2004. Karar ve incelemesi için bkz. *Alpagut*, Gülsevil; Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkansızlığı, Legal İHD. 2005/6, 656 vd.

236 *Çil*, 59.

237 *Alpagut*, İfa İmkansızlığı, 658; *Güler*, 68; *Çil*, 59.

238 *Oğuzman*, 143.

imkansızlık ile karıştırılmamalıdır²³⁹. Ayrıca imkansızlık konusu bütün yönleriyle Serozan tarafından incelenmiştir²⁴⁰

Bu durumda işçinin zararı sadece kaybettiği ücretten ibaret olamaz. İşçinin mahrum kaldığı kıdem tazminatı da işçi açısından zarar kabul edilmelidir. Kıdem tazminatı bu nedenle İş K. 13/C maddesinde düzenlenen “ tarafların ayrıca tazminat hakları saklıdır” hükmüne göre istenebilmelidir²⁴¹.

Bu görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin feshine imkan veren bir haklı neden yoksa fesih yerine sözleşmenin kusurlu imkansızlık nedeniyle kendiliğinden sona erdiğinden bahsetmek uygun düşer; zira haksız fesihte bulunduğu kabul edilen taraf, iş sözleşmesinden doğan işçi için iş görme, işveren için iş verme borçlarının cebri icrayla aynen temini mümkün olmadığından, gerçekte işçinin işinde kusurlu imkansızlık ortaya çıkmış olur. Buna karşılık diğer bir görüş ise, belirli süreli iş sözleşmesinin, kanunen haklı neden bulunmaksızın taraflardan birince bozulması halinde, sözleşmenin fesihle; yani haksız fesihle sona ermiş olacağı; bu durumda işveren bakımından, ne alacaklı temerrüdü ne de kendi işinde kusurlu imkansızlıktan bahsedilebileceği yönündedir²⁴².

Bu konudaki bir başka Yargıtay kararına göre²⁴³, Bir sözleşmenin konusunu oluşturan borcun varlığı şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlanmış ise o sözleşme şarta bağlı sözleşme olur. Buna göre şarta bağlı sözleşme ancak şartın gerçekleşmesinden itibaren hüküm ifade eder.

239 *Kocayusufpaşaoğlu*, Necip; Borçlar Hukuku Genel Bölüm I. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2008, 578.

240 *Serozan*, Rona; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, 14.

241 *Oğuzman*, İHU İş K. 14 No:15.

242 *Narmanlıoğlu*, Ünal; “Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı”, *Esener’e Armağan*, 397-398.

243 ***Yarg.14. H.D. 5.10.2006, 7776/10511T. Kazancı İçtihat Programı.***

Karşılıklı borçlar ve yükümlülükler içeren bir sözleşmede öncelikli olan yükümlülüğü yerine getirmeyen borçlu karşı taraftan borcunu ifa etmesini isteyemez. Borçluya isnat olunamayan haller nedeniyle borcun ifası mümkün olmazsa, borcun ifası yönünden "imkansızlıktan" söz edilir. Ancak "imkansızlıktan" söz edilebilmesi için imkansızlığın sözleşmeden sonra meydana gelmesi gerekir. Eğer "imkansızlık" sözleşmenin yapıldığı sırada veya daha önce mevcut ise bu durum sözleşmenin butlanına neden olur. "İmkansızlık" sadece sözleşmenin tarafları için değil, aynı sözleşmeyi yapacak olan herkes için söz konusu ise buna "objektif imkansızlık", yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da "sübjektif imkansızlık" denilmektedir. İmkansızlık sözleşmeden sonra ve taraflardan birinin kusurundan kaynaklanmışsa buna "kusurlu imkansızlık", tarafların kusuru olmadan meydana gelmişse "kusursuz imkansız" denilmektedir. "imkansızlığın" borcu sona erdiren bir sebep olduğu kuşkusuzdur. Ancak, imkansızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusuru var ise, bunun sonuçlarından borçlu sorumludur.

III. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

1. Genel Olarak

Haklı nedenle fesih, sözleşmeye derhal son veren, süresi belirli veya belirsiz tüm iş sözleşmelerinde uygulanabilen bir fesih türüdür²⁴⁴. Hukukumuzda olağanüstü fesih, bildirimsiz fesih, derhal fesih, muhik nedenle fesih, gibi terimlerle de ifade edilmektedirler. BK. md. 344, İş K. md. 24 ve 25’de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle haklı nedenle feshin kanundan doğan bir hak olduğunu söyleyebiliriz. Bir tarafın, işte bu haklı nedenle fesih hakkına dayanarak, karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla iş sözleşmesine, geçmişe etkili olmaksızın derhal son vermesi, haklı nedenle fesih olarak tanımlanmaktadır²⁴⁵.

Tarafların, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini bildirimsiz (haklı nedenle) fesih ile sona erdirmeleri ancak haklı bir sebebin bulunmasına bağlıdır (İş K. m. 24,25). Haklı sebebin olmaması veya ileri sürülen sebebin gerçekten haksız bulunması veya fesih hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde yapılan fesih haksız bir fesih olarak

244 Ayan, 470; Tunçomağ/Centel, 190; Güler, 67.

245 Ayan, 470.

değerlendirilir²⁴⁶. Dürüstlük kurallarına göre, iş ilişkisini devam ettiremeyecek kadar çekilmez hale getiren sebepler haklı sebep kabul edilmelidir. İş ilişkisinin taraflarca çekilemeyecek hale gelmesinin tespitinde, işin çeşidi, tarafların sosyal durumları, sözleşmenin süresi, karşı tarafın tutumu gibi değişik kıstaslar göz önünde bulundurulur, buna göre karar verilir²⁴⁷.

Sözleşmeye derhal son verebilme gibi olağanüstü bir imkanın taraflara tanınmış olması, iş sözleşmesinin karşılıklı güvene dayanan, kişisel ve sürekli bir ilişki kurması itibariyle, diğer tarafın davranışı yüzünden güveni ciddi şekilde sarsılan tarafın, iyi niyet kurallarına göre, artık bu sözleşmeyle bağlı kalmaya zorlanamayacağı gerçeğinden kaynaklanır. Bu nedenle, haklı nedenle fesih objektif ve asgari iyi niyet kuralı gereğince, kendisinden sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek olan tarafı, bu zorunlu ilişkiden kurtarmayı amaçlayan bir fesih türüdür²⁴⁸. Buna göre, kanunla belirtilen haklı neden olarak kabul edilen bir takım haller ortaya çıktığında, fesih hakkına sahip olan taraftan, sözleşmeye bağlılığını beklemek çok da adil değildir; bu nedenle haklı nedenle fesih hakkı, haklı tarafa, sözünden vazgeçebilme imkanı tanır²⁴⁹.

Haklı sebeple fesih hakkı, sözleşmelerle sınırlandırılmayacağı gibi bu haktan feragat de edilemez²⁵⁰. Belirli haklı nedenlerin dışında kalmak üzere fesih hakkına taraflar isterlerse sınırlama getirebilirler²⁵¹. Öğretideki bir görüşüne göre, taraflar, sözleşme

246 *Aktay*, Nizamettin; *Arıcı*, Kadir; *Senyen Kaplan*, E. Tuncay; *İş Hukuku*, Ankara, 2007, s. 213.

247 *Sümer*, 139; *Kaplan*, 217; *Süzek*, 416-417.

248 *Oğuzman*, 39.

249 *Demircioğlu/Centel*, 181; *Mollamahmutoğlu*, 587; *Sümer*, 144.

250 *Sümer*, 144.

251 *Çelik*, 260.

özgürlüğü çerçevesinde, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde sözleşmeye bildirim süresi ekleyebilirler²⁵². Kanunla belirtilmiş olan emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, bazı durumlar haklı fesih nedeni olarak kabul edilirler²⁵³.

Sözleşmeyi fesheden taraf karşı tarafa fesih nedenini bildirmişse, daha sonra sözleşmeyi, başka bir nedenle feshettiğini öne süremez²⁵⁴. Tarafların iş sözleşmesini karşılıklı olarak feshetmeleri halinde, feshin hukuki sonuçlarının ortaya konulabilmesi, karşılıklı fesih bildiriminden hangisinin daha önce gerçekleştiğinin ve haklı olduğunun belirlenmesine bağlıdır²⁵⁵.

Haklı nedenle fesih hakkı, haklı neden olarak nitelenen bir olayın veya durumun gerçekleşmesi halinde doğar. Bu nedenle fesih hakkını doğuran bu olay veya durumun hukuksal unsurlarının ortaya konularak tanımlanması ve hangi hallerin haklı neden kabul edileceğinin saptanması büyük önem taşır. Tek tek hangi olay veya durumların haklı neden oluşturduğunu önceden belirlemek ve dökümünü çıkarmak çok güç hatta imkansızdır. Bu nedenle, haklı neden kavramını, hukuksal unsurlarını verecek şekilde tanımlamak; sonra da bu tanıma uydukları ölçüde olayları ve durumları haklı neden kabul etmek; aksi halde dışlamak gerekecektir²⁵⁶. Ne var ki kanun, haklı nedenle fesih hakkını tanımak ve bu

252 *Ulucan*, Devrim; “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi, Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkisinin İki Ayrı Sözleşme ile Düzenlenmesi” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007/1, 516; *Güler*, 59.

253 *Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan*,216; *Ekonomi I*, 225; *Çelik*, 259; *Süzek*, 250; *Güler*, 66.

254 Yarg. 9. H.D, 17.1.2005, 9181/36497 Çalışma ve Toplum, 2006/2, 226-227.

255 Yarg. 9. H.D. 25.2.1988, 206/1674, Yasa Dergisi, Haziran 1988,916.

256 *Sümer*, 145.

hakkın doğumu bakımından kimi nedenleri haklı neden olarak saymakla birlikte, haklı nedeni tanımlamış değildir²⁵⁷.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haklı Nedenle Feshi (m.24)

İş sözleşmesinin özelliği dikkate alındığında, işverene tanınan haklı nedenle fesih hakkının bir benzeri işçi için de getirilmiştir. İşçiye haklı nedenle fesih hakkı sağlayan haller, İş K. m. 24'te düzenlenmiştir. İşverenin haklı nedenle fesih hakkında olduğu gibi, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde dayanılacak olan nedenler “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ve “zorlayıcı sebepler” başlıkları altında toplanmıştır. Görüldüğü gibi, işverenin haklı nedenle fesih hakkında “IV” numaralı bir başlık olmasına karşın, işçi için bu haller üç başlık altında sayılmıştır.

Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerin sınırlı olup olmadığına ilişkin olarak, işverenin haklı nedenle fesih hakkında varılan sonucun burada da geçerli olacağı kanısındayız²⁵⁸. Böylece ahlak ve iyi niyet kuralları, yalnızca maddede sayılan durumlar için değil, buna benzer durumlarda da işçiye haklı nedenle fesih hakkı verecektir. Ancak aynı şekilde, geniş ifadeye yer veren BK. m. 344, işçinin haklı nedenle feshinde de, uygulanmayacaktır. Sınırlı olmayan ahlak ve iyi niyet kurallarının işçiye haklı nedenle fesih hakkı verip vermediğinin tespitinde, hareket noktası yine İş K. m. 24 olacaktır²⁵⁹.

Haklı nedenle feshin kullanılma süresine ilişkin getirilen İş K. m. 26, işçinin haklı nedenle feshi için de geçerlidir. Böylece işçi “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine” dayanarak sözleşmeyi feshetmek istediğinde, bu hali öğrendiği tarihten itibaren 6 işgünü içinde sözleşmeyi feshetmelidir. Ayrıca her durumda feshi, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde yapmalıdır. İşveren için üst süre olan bir

257 *Sümer*, 145; *Tunçomağ/Centel* 190.

258 *Güler*, 76.

259 *Güler*, 76.

yıllık süreyi kaldıran halin bir benzeri, işçi için getirilmemiştir. Ancak işçinin bazı hallere dayanılarak yapılan feshinde de hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğine ilişkin istisnanın olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmiştir²⁶⁰. Bu hal, İş K. m.24/II 'de düzenlenen işverenin ücret ödeme borcuna aykırı davranmasıdır. Bu borcu yerine getirmeyen işveren, ücreti ödemeyerek her gün bu borcuna aykırı davrandığı için 6 işgünlük ve 1 yıllık üst süre her gün yeniden başlamaktadır. Ancak ücret borcuna aykırılık nedeniyle işçiye haklı nedenle fesih hakkı, yalnızca işverenin ücret ödememesi halinde değil, ayrıca işverenin ücreti geç ödemesi halinde de geçerlidir. Bu nedenle ücretin geç ödenmesi halinde, ücret borcunun tam olarak yerine getirildiği günden itibaren, işçi hak düşürücü süreler içinde iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmelidir. Aksi takdirde yapılan fesih, haksız bir fesih olur ve bunun sonuçlarını doğurur²⁶¹.

3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi (m.25)

İş Kanununa göre, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işveren md. 25 kapsamında isterse iş sözleşmesini, belirli süreli olanlarda sürenin bitimini beklemeden, belirsiz süreli ise de ihbar sürelerini beklemeden feshedebilir. Bu kapsama giren haller ise; sağlık nedenleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, cinsel taciz, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar, hapis cezasına mahkumiyet, devamsızlık, işin yapılmaması, iş güvenliğini tehlikeye düşürme veya zarar verme, zorlayıcı nedenler ve son olarak da işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması olarak sayılabilir.

Öğretide isabetle öne sürüldüğü gibi, kadın işçinin hamile olup olmadığına ilişkin soruya doğru cevap vermemesi, 3232 sayılı Kanunla onaylanan “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nin 11. maddesi çerçevesinde işveren tarafından haklı bir neden sayılamayacaktır. Buna karşılık, işçinin güvenlik görevlisi olarak işe

260 Yarg. 9. H.D. 5.10.1995, 9523/30512. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi Veritabanı.

261 Güler, 77.

girerken doldurduğu formda sabıkasını gizleyerek yalan beyanda bulunması ise işveren tarafından haklı nedenle fesih sebebidir²⁶².

Hukukumuzda yapılan feshe geçersizlik yaptırımının bağlandığı tek hal vardır: İşyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmesi İş K. m. 30'a göre, haklı bir neden olmadıkça ve bu neden açıkça ve kesin biçimde belirtilmedikçe feshedilemez. Temsilcinin veya bağlı bulunduğu sendikanın bu feshe karşı bir ay içinde dava açma hakkı bulunmaktadır. Mahkeme temsilcinin işine iadeye karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa bile, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlayarak, temsilcilik süresinin devamı boyunca ücreti ve diğer tüm hakları işveren tarafından ödenir. Bunun dışındaki diğer fesih hallerinde yapılan fesih, yasanın aradığı koşullara uygun değilse, veya haklı sebeple fesihte olduğu gibi, gerçekte haklı sebep bulunmuyorsa, fesih geçerli kabul edilmelidir. Geçerli ama haksız bir feshin söz konusu olduğu durumlarda ise, sözleşmenin sona erdiği ve haksız feshe bağlanan diğer hukuki sonuçlar uygulanmalıdır. Bunlar arasında kıdem tazminatının ödenmesi koşulları gerçekleşmiş ise işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır²⁶³.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 5. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDEN OLMASIZIN SÜRESİNDEN ÖNCE FESHİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. **Süresinden Önce Fesih Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazmini; Bakiye Süre Ücret Alacağı**

262 *Odaman*, Serkan; İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları, İşv. D., Ekim 2002, 40-43.

263 *Süzek*; 419; *Ertürk*, 110.

Belirli süreli sözleşmelerin sürenin bitiminden önce işveren tarafından feshi konusu bugüne kadar kapsamlı bilimsel araştırmaların konusunu oluşturmuş ve konu ile ilgili doktrin çalışmaları, teorik altyapının bu araştırmalarda yeterince açıklığa kavuşmasına olanak sağlamıştır. Ancak, Borçlar Kanununun 325. maddesinin uygulamada bazı sorunları beraberinde getirdiğini görüyoruz. Özellikle yerel mahkemeler ile Yargıtay arasında bu konuda bir fikir birliği sağlanamamış, hükmü uygularken de tereddütler yaşanmasına neden olmuştur. İşte bu nedenlerle çok sayıda karar, Yargıtay tarafından benzer sebeplerle bozulmaktadır²⁶⁴. Bu incelememizde, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarını bütünlük içinde ele alarak, belirli süreli sözleşmelerin haksız feshi çerçevesinde BK. mad. 325 hükmünün uygulanmasını açıklamaya çalışacağız.

1. Kapsama Giren Alacak Kalemleri

Borçlar Kanunu'nun "iş sahibinin temerrüdü" başlığını taşıyan 325. Maddesi, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshi durumunda en kapsamlı şekilde uygulanmaktadır. Bu konuya ilişkin Yargıtay kararlarını incelediğimizde, bunların büyük çoğunluğunda belirli süreli iş sözleşmelerinin işverence süresinden önce feshedilmesinden kaynaklandığını görmekteyiz. Belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin süresi bitmeden önce haksız feshedilmesi durumunda, işçinin kalan süreye ilişkin alacağı tutarı talep etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bunun hesabında ise BK. m. 325'teki düzenleme esas alınmaktadır²⁶⁵. Söz konusu madde hükmünce; "işçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği veya diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeylerdir." denilmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi, birinci fıkrasında "iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" hükmünü içermektedir. Burada sözü geçen "mukaveledeki ücret" ifadesinin

264 Özdemir, Erdem; Ali Güneren'e Armağan, Borçlar Kanununun 325. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları 2010, 73.

265 Güler, 74.

yorumu uygulama bakımından önem taşımaktadır. Gerçekten sözleşmedeki ücretten anlaşılması gereken, işçinin aldığı ücretin mi yoksa emsal işçi ücretindeki artışa göre alması gereken ücretin mi esas alınacağı, ücretin çıplak mı yoksa giydirilmiş ücret mi olduğu konuları doktrinde yeterince tartışılmamıştır²⁶⁶.

Öncelikle sözleşmede kastedilen ücretin işçinin fiilen çalıştığı dönemdeki değil, çalışmadığı dönemde alması gereken ücretin anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.²⁶⁷Buna göre işçinin ücretine zam yapılması gerekiyor ise, bu zammın da hesaba katılması gerekmektedir. Ancak uygulamada ispat sorunları ile karşılaşılmaktadır. İşçinin ücretine yapılacak artışlar bir toplu iş sözleşmesine bağlı ise ya da sözleşmede ileriki dönemler için yapılacak zamlar belirtilmiş ise sorun daha kolay giderilebilir. Şayet böyle bir düzenleme yoksa, işçinin ücretine zam yapılmasının gerekli olup olmadığı, ancak işyerindeki emsal işçilere yapılan zamların tespiti ile mümkündür. Buradan hareketle diğer işçilere yapılan zammın, sözleşmesi feshedilen işçiye de uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz. Buna karşılık işçilere yapılan zam oranları işçiye göre değişkenlik arz ediyor ise, bu durumda işçinin talep hakkı güçleşecektir. Fakat en iyi ihtimalle tüm işçilerin zam oranı ortalamasının kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

İkinci olarak sözleşmedeki ücret kapsamında sorgulanması gereken burada hangi kalemlerin dikkate alınması gerektiğidir. Hiç şüphesiz çıplak ücret bu kalemlerin ilkidir. Başka bir ifadeyle, işçinin bakiye süreye ilişkin olan alacağına dikkat edilmesi gereken ilk noktanın, işçinin ücretidir. Çünkü bu alacağın, hesaplanmasında kural, işçinin kalan süreye ilişkin ücretinin toplamıdır. Bu alacağın verilmesindeki amaç, işçinin süreye uyulmaması nedeniyle alamadığı ücret olduğundan, amaca uygun olarak burada hesap edilecek ücret geniş anlamda ücrettir²⁶⁸. Buna karşılık ikramiye, prim ve diğer sosyal yardımların dikkate alınıp alınmaması gerektiği tartışma konusudur. Kanımızca, buradaki ücreti giydirilmiş

266 Özdemir, 73.

267 Özdemir, 73.

268 Güler, 74; Alpagut, 185.

ücret olarak değerlendirmek gerekir. Ancak Yargıtay ikramiyeler ile ilgili olarak verdiği kararlarda aksi düşünceyi benimsemiştir. Yargıtay 2001 yılında verdiği bir kararında²⁶⁹; "... Mahkemece ayrıca başta kalınan süreler için ikramiyeye hükmedilmesi de doğru değildir. Zira ikramiye fiilen çalışılan günlere ve kıstelyevm dikkate alınarak ödenir" demektedir. Yüksek Mahkeme 2005 yılında da bu görüşünü sürdürmüştür²⁷⁰; "... Davacı dava dilekçesinde bakiye süreye ilişkin ikramiye alacağı talebinde bulunmuştur. Çalıştığı süreyle ilgili ikramiye talebi yoktur. Çalışılmayan dönem için ikramiye istenemez. Çalışılan süreye karşılık ikramiye ödendiğinden ikramiye isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır".

Yargıtay'ın anılan kararının isabetli olmadığı kanısındayız. Gerçekten ikramiye, primden farklı olarak işçinin özel çabasının ödüllendirildiği bir ödeme değil, tüm işçilere dönemsel olarak kesin olarak ödenen bir ücret ekidir²⁷¹. Dolayısıyla, ikramiyelerin primden farklı değerlendirilerek, BK. mad. 325 hükmüne göre yapılacak hesaplamada dikkate alınması gerektiği kanısındayız.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, primlerin bu kapsamda dikkate alınmaması gerekir. Zira prim, işçinin özel çabasının, başarısının karşılığı olarak ödenen bir ek ücret olup, işçinin çalışmadığı dönemde böyle bir çaba ya da başarısından söz etmek mümkün değildir. Aynı şekilde yemek ve yol yardımlarının da hesaba dahil edilmemesi gerekir. Bu yardımlar da işçinin fiilen çalışmasına bağlı olarak yapılan ek ödemelerdir. Hafta tatillerinde ya da yıllık izinlerde bu ödemeler nasıl yapılmıyorsa, çalışılmayan dönemde de bunların ödenmesi yapılamaz²⁷².

269 Yarg. 9. ... 13. 6. 2001, 7774/ 10037. *Akyiğit*, Ercan; İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay kararları, İstanbul 2003, 140-141.

270 Yarg. 9. H.D. 24. 11. 2005, 9819/37165. Kazancı içtihat Programı.

271 *Özdemir*, 74.

272 *Özdemir*, 74.

Doktrindeki diğerk görüşe göre, işçinin asıl ücreti dışında işçiye ödenen yemek, yol parası, ikramiye, prim gibi tüm alacak kalemleri tazminatın hesabında dikkate alınacaktır. Ancak, sözleşme süresi bitene kadar geçecek olan sürede ücrete yapılan zammın artık dikkate alınmaması gerekir²⁷³. Aksi takdirde, alacaklı temerrüdü görüşüne uygun olarak sözleşmenin hala devam ettiği sonucu doğacaktır.

Diğerk bir ifadeyle, işçinin süresinden önce fesih nedeniyle isteyebileceği ücreti ona bağlı cezai şart maddeleri de içerir. Başka bir anlatımla, işçinin ücreti belirlenirken geniş anlamda ücret esas alınmalı ve işçiye sağlanmış para ile ölçülmesi mümkün aynı nitelikte ödemeler de ücret hesabına dahil edilmelidir. Zira yasa koyucunun amacı işçinin işverenin davranışı nedeniyle zarar görmemesi, sözleşmenin normal yapılması durumunda elde edeceği çıkarların güvencesidir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmeleriyle getirilmiş ve normal iş süresi içinde gerçekleşecek ücret artışlarının da hesaba katılması gerekir²⁷⁴. Kanımızca da bu görüş yerindedir.

2. Mahsubu Gereken Unsurlar

BK. m. 325'e göre mahsubu gereken ekonomik değerler "işçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği veya diğerk bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeylerdir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, işçi, "iş yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğerk bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur". Özellikle bu fıkranın uygulamada çok sayıda yargı kararına konu olduğu görülmektedir. Hemen hemen bütün bu kararlardaki ortak bozma gerekçesinin, yerel mahkemelerin bu konuda yeterli araştırma yaparak maddede sözü geçen değerleri tespit etmemiş olması noktası olduğu dikkat çekmektedir. Gerçekten Yargıtay maddede sözü geçen değerlerin araştırılmasını istemekte ve mahkemenin bu konuda bir araştırmaya gitmeksizin²⁷⁵ belirli bir yüzde üzerinden²⁷⁶ veya genel olarak takdiri bir indirim gitmiş olmasını bozma sebebi saymaktadır. Örneğin, 2007

273 Aksi görüşte olan *Alpagut*, bunu toplu iş sözleşmeleri ile getirilmiş zam oranlarına özgü söylemektedir (*Alpagut*, Belirli Süreli, 185.)

274 *Alpagut*, 185 vd.

tarihli bir kararda; “Bakiye süre ücretinden indirimi öngören Borçlar Kanununun 325/son maddesinde, işçinin işi yapmamasından kaynaklanan tasarruf ettiği miktar ile diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeylerin mahsup edileceği kuralı mevcuttur. Somut olayda davacının yaklaşık 7 aylık bakiye süre içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği, kasten feragat ettiği gelirlerinin olup olmadığı araştırılmalı ve davacının bu işi yapmaması sebebiyle sarf etmemiş olduğu giderleri belirlenmeli, buna göre indirim hususu düşünülmelidir. Bu yönde gerekli araştırmaya gidilmeden belli bir yüzde indirim yapılması da kabul şekli itibariyle hatalı olmuştur”²⁷⁷.

Yargıtay’ın kararlarını incelediğimizde, indirimle ilişkin düzenlemenin re’sen uygulanması gerektiği kabul edilmekte ve mahkemeden bu konuda araştırma yapması beklenmektedir. Ancak temel sorun, mahkemenin neyi ne şekilde araştıracağı ve nasıl karar vereceğidir. İşte bunu ortaya koyabilmemiz için de maddede sözü geçen değerlerin tek tek incelenmesi gerekmektedir²⁷⁸.

a) İşçinin Çalışmaktan Dolayı Tasarruf Ettiği Değerler

275 Yargıtay’ın bir kararına göre; “Borçlar Kanununun 325. Maddesinde belirli süreli hizmet akdi ile çalışan işçinin işine son verilmesi halinde, geri kalan süre için işçinin istekte bulunabileceği öngörülmüştür. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu süreye ilişkin ücret hesabı yapılmıştır. Ancak mahkemece BK. 325. maddesi uyarınca bir değerlendirme yapılmamıştır. Anılan yasa maddesi uyarınca davacının işi yapmamasından dolayı tasarruf ettiği veya bu süre içinde çalıştığı ve başka işte kazandığı veya kasten feragat eylediği şeylerin mahsubu yapıldıktan sonra kalan miktara hükmetmek gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Yarg. 9. HD. 21. 3. 2005, E. 2004/18778, K. 2005/9345. Kazancı İçtihat Programı.

276 Yargıtay’ın bir kararına göre; “Davacının belirli süreli hizmet akdinin süre sona ermeden 9 ay 25 gün kala davalı işveren tarafından feshedildiği halde çalışmaktan dolayı tasarruf ettiği miktar ile başka bir iş kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği miktar konusunda bir araştırmaya gidilmeden Borçlar Kanununun 325. Maddesi uyarınca yapılan indirimin %80 oranında belirlenmesi isabetli değildir”. Yarg. 9. H.D., 28. 3. 2005, E. 2004/21959 K. 2005/10347.

277 Yarg. 9. H.D. 10.7. 2007, 17466/ 23044. Kazancı İçtihat Programı.

278 Özdemir, 76-77.

Borçlar Kanununun 325. maddesine göre, her şeyden önce işçinin işi yapmaktan dolayı tasarruf ettiği değerlerin mahsup edilmesi gerekecektir. İsviçre Borçlar Hukukunda da işverenin genel olarak işi kabulde gecikmesini düzenleyen İBK. M. 324/II'de mahsup zorunluluğu “işçi için ifasının engellenmesi nedeniyle tasarruf ettiği veya başka işle kazandığı yahut kazanmaktan kasten kaçındığı şeyi ücretine mahsup ettirmek zorundadır” şeklinde belirtilmiştir. Haksız fesih durumuna ilişkin İBK. M. 337c/ 2 ise yine “işçi iş ilişkisinin sona ermesiyle tasarruf ettiği ve başka işle kazandığı veya kazanmaktan kasten kaçındığı şeyi mahsup ettirmek zorundadır hükmü yer almaktadır²⁷⁹.

Öğretide de belirtildiği üzere, burada işçinin işi yapamamaktan dolayı tasarruf ettiği değerler, işçinin normal olarak iş görülse idi iş ve işin yapılması nedeniyle yapacağı masraflardır²⁸⁰. Buna göre işçinin işe gidiş ve geliş masrafları,²⁸¹ işveren tarafından sağlanmadığı sürece iş kıyafeti işçinin tasarruf ettiği değerlerdir²⁸². Ancak bu değerlerin mahkeme tarafından tam bir kesinlik içinde tespitinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Nitekim Yargıtay'ın 2007 tarihli kararında²⁸³, “davacının davalı işverene ait işyerinde çalışmamış olması sebebiyle yapmak zorunda olmadığı harcamalar için %75 gibi

279 *Alpagut*, 186.

280 *Alpagut*, 186-187; *Özdemir*, 77.

281 Yargıtay'ın bir kararına göre; “...Borçlar Kanununun 325. maddesinde bakiye süre ücretinden mahsup edilecekler içinde sadece başka bir işten sağlanan kazanç sayılmamış olup, bunun dışında işçinin tasarruf ettiği şeyler ile kasten feragat ettiği kazançlarında mahsup edileceği belirtilmiştir. Bakiye süre ücreti tutarında belirlenen tazminattan, davacının tasarruf ettiği, örneğin yol gideri gibi kazanç ile kasten feragat ettiği kazancında mahsubu gerekeğinden bu kazançlara yönelikte araştırma ve inceleme yapılması gerekir. Mahkemece davacının kalan sürede çalışmadığı kabul edilerek eksik inceleme sonucu bakiye süre ücretinin tamamının hüküm altına alınması hatalıdır”. Yarg. 9. H.D, 22. 1. 2001 894/612.

282 *Alpagut*, 186-187.

283 Yarg. 9. H.D, 19.6.2007, 11049/19514. *Çalışma ve Toplum*, S.16, 293-294.

yüksek bir oranda indirimle gidilmesi doğru olmaz. Araç tahsis edilen ve yakıt gideri işverence karşılanan yemek verilen bir işyerinde işçinin gelirin %75'ini işyerinde çalışma sebebiyle gider olarak harcaması düşünülemez. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre, davacının işyerinde çalışmamış olmasından kaynaklanan harcamaları toplamı %5'i geçmemek üzere bir oranda indirimle gidilmesi yerinde olur" sonucuna ulaşılmıştır²⁸⁴.

Bu bahsettiğimiz indirilmesi gereken ilk kalemin, işçinin tasarruf ettiği değerler olduğunu ifade etmiştik²⁸⁵. İşçinin tasarruf ettiği değerlerin indirilebilmesi için, bunların işçinin belirli süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştığı işte artık çalışmaması nedeniyle oluşması gerekmektedir. Örneğin, yol parasını kendisinin karşıladığı bir işte, işçi o işte çalışmadığı için artık yol parası vermeyecektir. Yol parasının sözleşmenin süresinin sonuna kadar ödenmeyeceği için bunun değerinin tazminattan indirilmesi gerekecektir. Bu türden değerlerin indirilmesi için doğrudan, o işle bağlantılı olması gerekmektedir²⁸⁶. Yoksa o işte çalışmayıp evde oturması nedeniyle hizmetçisini işten çıkarması halinde, hizmetçinin ücreti tasarruf edilen değer olarak adlandırılmayacaktır²⁸⁷.

Görüldüğü üzere Yargıtay işyerinde yemek ve servis verilmesi gerektiğini özel olarak belirtmiş, ve bu durumda işçinin işi yapmamaktan dolayı tasarruf edeceği değerlerin %5 gibi bir oranı geçmemesi gerektiğini kabul etmektedir. Yerel mahkemenin %75 gibi gerçekten çok yüksek bir oranı nasıl bulduğu bilinmediği gibi, aynı şekilde Yargıtay'ın da %5 oranına nasıl ulaştığı belli değildir. Buna karşılık, Yargıtay'ın yaklaşımının yerel mahkemeye göre çok daha tutarlı olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten, işçinin tasarruf ettiği değerlerin kesin olarak belirlenmesi son derece güçtür. Sonuç itibarıyla karar verilen

284 *Özdemir*, 77-78.

285 Yarg. 9.H.D. 3.12.1997 16602/20091. Ekonomi, Münir; Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, 28.

286 Yarg. 9.HGK. 1.2.1984 E. 1981/761, K. 1984/52 İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi Veritabanı.

287 *Alpagut*, Belirli Süreli, 187.

indirim büyük ölçüde mahkemenin “takdiri” olacaktır. Ancak bu indirim yapılırken mahkemenin ölçülü davranması, temel mantık kurallarının dışına çıkmaması gerekecektir²⁸⁸.

b) İşçinin Kazanmaktan Kasten Kaçındığı Değerler

İşçinin kazanmaktan kasten kaçındığı kazançların tazmini söz konusu olduğu için, işçinin bu işte çalışmaması nedeniyle tasarruf ettiği miktarın, ücret miktarı üzerinden hesaplanan tazminatından indirilmesi gerekmektedir. Bu tazminatın hesabında dikkate alınan BK. m.325’e göre: “...iş yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur.” ifadeleri ile nelerin bu tazminattan indirileceği belirtilmiştir²⁸⁹. Gerçekten, işçinin çalışmaması durumunda da anılan hükme göre indirim yapılabilecektir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında²⁹⁰; “Davacının belirli süreli hizmet akdinin feshinden sonraki 9 aylık süre içinde çalışmaması yeterli değildir. İş yapmamasından dolayı tasarruf ettiği yahut kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyin mahsup edilmesi gerekir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir” anlatımına yer vererek işçinin çalışmaması durumunda da, BK. m.325 hükmüne göre indirim yapılması gerektiği vurgulanmıştır²⁹¹.

B.K. m.325 hükmünde her ne kadar işçinin kazanmaktan kasten feragat ettiği değerlerin saptanmasına, işçinin diğer bir iş ile kazandığı değerlerin söz konusu olmaması durumunda başvurulacağı anlaşılmakta ise de, boşta kalan süreye ilişkin olarak her iki yola

288 Özdemir, 78.

289 Güler, 74.

290 Yarg. 9.H.D, 4.11.2004, 8130/24857; Yar. 9. H.D, 26.10.2005 5930/34662; “Davacının bu süre içinde çalışmadığı anlaşılmış ise de işe gitmemekten dolayı tasarruf ettiği şeyler araştırılmamış ve mahsup edilmemiştir. Mahkemece bu durum üzerinde durularak tasarruf edilen bir değer var ise, bakiye ücret alacağından mahsup edilmeli ve hüküm kurulmalıdır”.

291 Özdemir, 79-80.

da birlikte veya alternatifli olarak başvurulabileceğini belirtmek gerekir. Şöyle ki, işçi sözleşmenin feshinden hemen sonra başka bir işe girmiş ise, mahkeme işçinin “diğer bir iş ile kazanılan” değerlerinin ne olduğunu saptamaya çalışacak, işçi bu sürede tamamen işsiz kalmış ise, “kazanmaktan kasten feragat edilen” değerlerin olup olmadığına bakacaktır. Ancak boşta geçen sürede işçi bir süre çalışmış, bir süre de işsiz kalmış ise, çalışılan dönem bakımından diğer bir iş ile kazanılan, çalışılmayan süre bakımından ise, kazanmaktan kasten feragat edilen değerler saptanacak, yani her iki düzenleme birlikte uygulanabilecektir²⁹².

Yargıtay, 2004 tarihli bir kararında, BK. mad. 325 hükmüne göre, mahsup yapılırken, işçinin kasten feragat ettiği değerlerin olup olmadığının saptanmasında izlenecek yöntem ve ispat yüküne ilişkin esaslara yer verilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre²⁹³; “...Davacı, davalıya ait dershanede 1.9.1999 tarihli belirli süreli hizmet akdi ile büro elemanı (sekreter) olarak çalışmış ancak hizmet akdi, süresi sona ermeden işverence feshedilmiştir. Davacı bu dava ile, sözleşmenin geri kalan süresi için çalışmamaktan dolayı tazminat isteğinde bulunmuştur. Mütalaasına başvuru bilirkşi bakiye süre için davacı çalışmış olsaydı alabileceği ücretin miktarını belirlemiş mahkemece bu miktar hüküm altına alınmıştır. Oysa Borçlar Kanununun 325. Maddesi açık biçimde konuyu düzenlemiştir. Mahkemece bu maddenin ikinci cümlesi uyarınca bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Buna göre, fesihden sonra iş arandığının ve bulunmadığının kanıtlanması işçiye düşer. Karşı deliller işverenden sorulmalıdır. Tereddüt halinde bu işlerden anlayan uzman bir bilirkşi marifetiyle dosya içeriğine göre bir inceleme yaptırılarak ne kadar zamanda iş bulabileceği ya da fesih tarihi, davacının yaşı ve iş tecrübesi dikkate alınarak iş bulup bulamayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Öte yandan davacının iş yapmamaktan dolayı tasarruf ettiği miktar belirlenmelidir. Eksik inceleme ile davanın kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

Yüksek Mahkemenin bu kararında dile getirilen görüşler tartışılabilir niteliktedir. Her şeyden önce işçinin mahkemenin yapacağı mahsup miktarını

292 *Özdemir*, 80.

293 Yarg. 9. H.D, 13.12.2004, 12120/27469. Kazancı İçtihat Programı.

etkileyebilmesi için iş arandığını kanıtlaması gerektiği yolundaki görüş tartışmaya açıktır. Teorik olarak bu yerinde görülebilse bile, pratik bakımından işçinin isteğine rağmen iş bulamadığını kanıtlaması oldukça güçtür. Bu konuda işçi özel iş bulma kurumlarına başvurularını ya da İş-Kur'a bu yöndeki müracaatını delil olarak sunabilir. Ancak işçinin bu başvurulara çağrılıp çağrılmadığı, işçinin iş görüşmelerinde ne kadar istekli davranıp davranmadığının tespiti çok güç hatta imkansızdır²⁹⁴.

İkinci olarak, kanımızca işçinin ne kadar zamanda bir iş bulabileceğinin belirlenmesi konusunda “bilirkişi incelemesi” yaptırılması da çok doğru bir değerlendirme sonucu vermeyecektir. Bilirkişinin seçimi de çeşitli sıkıntıları bünyesinde barındırır. İşçinin çalıştığı sektörden kimselerin bilirkişi olarak tayin edilmesi çok da sağlıklı sonuçlar ortaya çıkacağı anlamını taşımamaktadır. Çünkü bilirkişilik bilgi, birikim ve tecrübe gerektirmektedir. Velew ki bilirkişiler bu özellikleri taşıyınlar, yine de işçi ile bilirkişi arasında bilgi, birikim ve tecrübe açısından farklılıklar olacaktır. Yani bilirkişi o işçinin deneyim, tecrübe ve eğitimine göre iş bulup bulamayacağını tam olarak tespit edemeyebilir. Bu durumda da hakimin somut olayın özelliklerini dikkate alarak şahsi takdir yetkisini kullanarak bir değerlendirme yapması gerektiği kanısındayız. Bu yaklaşımın yargı kararlarına da yansıdığını söyleyebiliriz. Yüksek mahkemeye göre²⁹⁵,”...Davacının, müdür olarak davalı bankada çalıştığı belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Dairemizin bozma kararı gereğince araştırma yoluna gidilip yine BK. mad. 325 uyarınca bir indirim yapılmadan karar verilmiştir. Davacının nitelikli personel olması nedeniyle iş bulma şansı ve çalışmamaktan dolayı yol parası dışında tasarruf edeceği miktar göz önüne alınarak %30'dan aşağı olmamak üzere bir indirim yapılması gerekirken mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

294 Özdemir, 78.

295 Yarg. 9.H.D. 29.1.2007, 96/1142.Kazancı İçtihat Programı.

Yargıtay başka bir kararında²⁹⁶, davalı işverenin davacıya sözleşmenin feshinden sonra başka bir iş teklif olmasını ve işçinin vasıflı olmasını birlikte dikkate alarak yapılan indirimi az bulmuştur.

Tazminattan indirilecek kısmın hesabının hakim tarafından resen yapılması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında²⁹⁷ buna ilişkin olarak “BK. mad. 325 maddesine göre, iş sahibi işi kabulde temerrüt ederse işçi, taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur kalmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Ancak, işçi işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyi ücretinden mahsup ettirmeye mecburdur. Bu hüküm, emredici nitelikte olup re’ sen nazara alınması gerekir. O halde bu konuda tarafların göstereceği deliller de toplanıp gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit edilecek meblağ gerçekleşen ücret kısmından tenzil edilmelidir” hükmüne karar vermiştir²⁹⁸.

c)Başka İşten Çalışarak Kazandığı Değerler

Borçlar Kanununun 325. maddesinin ikinci fıkrasına göre, işçinin diğer bir iş ile kazanılan değerlerin mahsup edilmesi gerekecektir. Başka bir deyişle, tasarruf edilen değerlerin içine, doğal olarak işçinin yeni bir işte çalışıyor olması nedeniyle kazandığı menfaatler de girmektedir. İşçinin fiilen çalıştığı iş nedeniyle kazandığı menfaatler yanında, işçinin kasten bu menfaatleri kazanmaktan kaçınması halinde de, çalışıyor olsaydı kazanacağı ücret de, indirilmesi gereken miktara dahil olacaktır²⁹⁹. Hemen belirtmelidir ki, buradaki kasıt işverene zarar verme kastı olmayıp, işçinin niteliğine uygun iş bulmasına karşın bu işte çalışmaktan kaçınması halidir. Buradaki ölçüt işçinin dürüstlük kuralına

296 Yarg. 9.H.D, 5.4.2004, 18738/6913. Kazancı İçtihat Programı.

297 Yarg. 9.H.D. 25.4.1989 1930/3924. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi Veritabanı.

298 Güler, 76.

299 Özdemir, 78.

uygun hareket edip etmemesidir³⁰⁰. Uygulamada Yargıtay, işçinin niteliklerini dikkate alarak kendisine uygun işi ne kadar süre içerisinde bulunabileceğinin saptamasını yapmaktadır. Bu süreden sonra iş bulmamasını kasten kendi isteğiyle vazgeçme olarak değerlendirmektedir³⁰¹.

Görüldüğü gibi, madde, işçinin boşta kaldığı süre içinde başka bir işte çalışması durumunu düzenlemektedir. Teorik olarak bakıldığında, işçinin ister bağımlı ister bağımsız bir çalışması olsun, elde ettiği kazançların indirimine konu olması gerektiği söylenebilecektir³⁰². Ancak uygulama bakımından söz konusu kazançların mahkemece nasıl belirleneceğini belirlemek yine kolay görünmemektedir.

İşçinin kayıtları eksiksiz tutan ve yasal şekilde çalışan bir işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, sorunun çözümü daha kolay olacaktır. Özellikle SSK kayıtları ve SSK hizmet cetvelinde görülen prime esas kazançlar mahkemeye işçinin elde ettiği gelir hakkında başlıca ipuçlarını sağlayacaktır. Bu noktada Yüksek Mahkemenin, işçinin boşta geçen sürede yanında çalıştığı işverenden de bilgi isteyebileceğini kabul ettiği görülmektedir. Gerçekten, Yargıtay'a göre; "Davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra kalan süre içinde İletişim Fakültesi'nde ders verdiği tartışmasızdır. Borçlar Kanununun 325. maddesine göre yapılacak olan indirimde esas olmak üzere davacının, sözleşmenin kalan süresi içinde elde ettiği gelirlerin belirlenmesi için ilgili üniversiteye yazı yazılmış ve gelen cevapta sadece ek dersi ücretleri bildirilmiştir. Mahkemece, davacının bu işten elde ettiği gelirlerin belirlenemediği gerekçesiyle davaya konu bakiye süre ücretlerinden takdiri indirimine gidilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının üniversitede çalışması karşılığında elde ettiği gelirlerin belirlenmemesi düşünülemez. Mahkemece gelirleri sorulduğu halde ilgili üniversite cevap yazısında sadece ek ders ücretleri bildirilmiştir.

300 *Alpagut*, Belirli Süreli, 187.

301 Yarg. 9.H.D. 12.6.1967, 5377/5485. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi Veritabanı.

302 *Alpagut*, 187; *Özdemir*, 78.

İlgili üniversiteden konu tekrar sorularak, bakiye süre içinde davacı işçiye yapılan ödemelerin toplamının bildirilmesi istenmelidir³⁰³.

Ancak işçinin kayıtları eksiksiz olmayan bir işyerine girmesi, kaçak çalışması veya ücretinin gerçek olmayan bir şekilde kayıtlara düşük olarak yansıtılması da söz konusu olabilecektir. Kayıt dışı çalışma durumunda, çalışmanın ispatı sorunuyla karşılaşılacaktır. İşçinin ücretinin kayıtlara düşük yansıtılması varsayımında ise, mahkemenin mutlak şekilde işçinin kayıtlardaki ücretle bağlı sayılması gerektiği kanısında değiliz. Özellikle kalifiye, eğitilmiş, beyaz yakalı olarak tabir ettiğimiz yüksek ücretle çalışan bir işçi söz konusu ise ve boşa geçen sürede girdiği işte de asgari ücretle çalışıyor gözüküyorsa da mahkemenin somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, örneğin işçinin yaptığı işi gözeterek ve yine “işçinin kazanmaktan kasten kaçındığı” değerler hükmüne de dayanarak indirim oranını elde edilen kazançların üzerinde tutabileceği kanısındayız³⁰⁴.

Öğretide de belirtildiği üzere, işçinin haksız fesihten sonra bağımsız olarak çalışması da mümkündür. Bu durumda da işçinin elde edeceği gelir indirim tabii tutulacaktır³⁰⁵. İşçinin sözleşmenin sona ermesinden sonra, boşa kaldığı dönem içinde yaşlılık aylığına hak kazanması ve bu aylığı almaya başlaması da olasıdır. Bu durumda yaşlılık aylığının mahsuba konu olup olmayacağı üzerinde durmak gerekir. Yargıtay bir kararında³⁰⁶; “...Davacı ile davalı arasında belirli süreli hizmet akdi yapılmış olup bu sözleşme süresinden önce davalı tarafından feshedilmesi sebebiyle bakiye süre için davacı tarafından ücret talebinde bulunulmuştur. Mahkemece verilen ilk kararda geriye kalan sürenin tümü için ücrete hükmedilmiştir. Bu kararın davalının temyizi üzerine dosyayı inceleyen dairemiz 9.7.1997 tarihli ilam ile bakiye süre için hüküm altına alınan ücret

303 Yarg. 9. H.D, 13.9.2005, 4816/29668. Kazancı İçtihat Programı.

304 Özdemir, 79.

305 Alpagut, 187.

306 Yarg. 9. H.D, 29.12.1997, 21060/22846. Kazancı İçtihat Programı.

alacağından Borçlar Kanununun 325. maddesi uyarınca “işin yapamamasından dolayı davacının tasarruf ettiği yahut diğer bir işle kazandığı ya da kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyi indirmesi gerekeceği” düşüncesiyle bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyularak davacının emekli aylığı aldığından bahisle bu isteği tamamen reddetmesi hatalıdır. Gerçekten davacının her üç ayda bir emekli aylığı alması onun başka bir işte çalıştığı manası taşımamaktadır. Bu nedenle Borçlar Kanununun anılan hükmü göz önünde tutularak uygun bir indirim yapılmak suretiyle bu istek hüküm altına alınmalıdır”. Görüldüğü üzere, Yargıtay, işçinin emekli aylığı almasının, BK. mad. 325 uyarınca isteminin tümünden reddedilmemesi gerektiğini fakat bu durumda “uygun bir indirim” yapılabileceği sonucuna varmıştır.

d) İşverence Ödenen İhbar Tazminatı

Yapılacak indirim kapsamına maddede açıkça belirtildiği üzere, işçinin diğer bir iş ile kazandığı değerler girecektir. Ancak uygulamada, sözleşmenin niteliğine ilişkin tartışmalar da söz konusu olabilmektedir. Nitekim, sözleşmenin işverence “belirsiz süreli” olarak nitelendirilmiş ve bunun karşılığında işçiye “ihbar tazminatı” ödenmiş ise ödenen ihbar tazminatının da bakiye süreye ait ücretten mahsup edilmesi gerektiğine karar vermiş bulunmaktadır³⁰⁷.

Gerçekten, Yargıtay’a göre³⁰⁸; “Taraflar arasındaki akit belirli süreli hizmet akdi vasfını kaybetmeden haklı neden bulunmadığı halde işveren tarafından feshedildiği anlaşıldığından Borçlar Kanunu 325. Madde gereğince davacı bakiye hizmet süresi ile ilgili ücret ve ikramiye alacaklarını talep edebilir. İhbar tazminatının ödenmiş olması belirli süreli hizmet akdinin belirsiz süreli hizmet akdine dönüştürmez. Ödenen ihbar tazminatı hak kazanılacak bakiye süreye ait ücret ve ikramiyeden indirilebilir. Mahkemenin yanlış değerlendirmeye davacının bakiye süreye ait ücret ve ikramiye alacak isteklerinin yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

307Özdemir, 79.

308Yar. 9.H.D, 30.1.2003, E. 2002/12236, K. 2003/970. Kazancı İçtihat Programı.

Yine Yüksek Mahkemenin bir kararına göre³⁰⁹,”...İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın, bakiye süre ücretinden hak kazanılan miktardan indirilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle mahsup işlemi, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan tutar üzerinden gerçekleştirilmelidir”.

İşverence sözleşmenin belirsiz süreli olduğu varsayılarak ödenen ihbar tazminatının re’sen mahsup işlemine tabi tutulması isabetli değildir³¹⁰. Zira bu durumda, ödenen ihbar tazminatı, işveren yönünden sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir alacak niteliği kazanacaktır. Bu durumda da işveren ancak takas beyanı ile bu borcunu işçinin karşılık alacağından indirebilecektir. Kuşkusuz, takas beyanı yargılama sırasında işverence itiraz olarak ileri sürülebilecektir³¹¹.

Sonuç olarak; işverenin temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanununun 325. maddesinin en geniş uygulama alanı, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haksız şekilde sürenin bitiminden önce sona erdirilmesi konusudur. İşçi söz konusu düzenlemeye dayanarak, belirli sürenin bitmesine kadar boşta geçen döneme ilişkin ücret alacaklarını tazminat olarak işverenden isteyebilmektedir. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında yer alan mahsup hükmü çok sayıda yargı kararına konu olmaktadır. Bu noktada Yargıtay, maddede sayılan ölçütlere göre yeterli inceleme yapmasını yerel mahkemelerden beklemektedir. Ancak maddede belirtilen ve mahsuba dayanak oluşturan olguların tam bir kesinlik içinde saptanması daha önce de belirttiğimiz üzere mümkün değildir. Bu noktada önerilen işçinin iş bulup bulamayacağına ilişkin bilirkişi incelemesi yapılması formülü kesin bir çözüm getirmediği gibi, yargılama sürecinin de uzamasına ve zorlaşmasına neden olacaktır³¹².

309 Yarg. 9.H.D. 13.11. 2008, E. 2007/30828, K. 2008/30812. Kazancı içtihat Programı.

310 *Reisoğlu*; Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, 323.

311 *Reisoğlu*, 323-324.

312 *Özdemir*, 83.

Sonuçta, mahkemenin toplanan delillere göre takdir hakkını kullanarak indirim oranını tespit etmesi gerekecektir. Bu noktada, Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere, mahkemelerin “işçinin tasarruf ettiği değerler” kapsamında ölçülü olması, %5 gibi bir değeri aşmaması sonucuna varmıştır. İşçinin diğer bir iş ile kazandığı değerler konusunda mahkemelerin gerekli araştırmayı yapması gerekecek, böyle bir araştırma yapmaksızın belli bir oran ile doğrudan indirime gitmesi yerinde bir karar olarak değerlendirilmeyecektir. Yine işçinin kasıtlı bir şekilde diğer bir işte çalışmadığı anlaşıldığında, mahkemenin mevcut delil durumu ve özellikle işçinin niteliklerini dikkate alarak iş bulma şansının yüksek olup olmadığını sorgulayarak hüküm vermesi gerekecektir. Aynı şekilde işçi aslında daha iyi ücret ve koşullarda iş bulabilecek eğitim ve deneyime sahipken, mahkemeyi yanıltarak daha düşük bir mahsup gerçekleşmesi amacına yönelik olarak daha düşük bir ücretle başka bir işe girebilir. İşte, her ne kadar Yargıtay kararlarında, mahkemelerin re’sen böyle bir araştırma yapmasını beklemekteyse de, işveren vekilinin mahsuba konu değerlerin tespiti konusunda kararı etkileyecek kanıtları bularak mahkemeye sunması, cüzi bir miktar mahsupla yetinilmesi riskine karşı tutarlı bir davranış olacaktır. Aynı şekilde karşı tarafın da yani işçi vekilinin, yüksek bir mahsup riskine karşı boşa geçen sürede iş arandığı ancak bulunamadığına ilişkin inandırıcı delilleri mahkemeye sunması gerekecektir.

II. Kıdem Tazminatı Talep Hakkı

İş K. m.14’de iş sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirilmesi durumunda işçinin kıdem tazminatı hakkının doğumu; sözleşmenin İş K. m. 16 uyarınca, zorunlu askerlik hizmeti dolayısıyla, bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi koşullarına bağlanmıştır. İş K. m. 14/I hükmü çerçevesinde tartışılan konu, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından süresinden önce maddede sayılan İş K. m. 16 dışındaki nedenlerden birine dayanılarak feshedilmesinin kıdem tazminatına hak kazanabilme ihtimalidir³¹³.

313 *Çil*, 57; *Alpagut*, 192.

Belirtmek gerekir ki, İş K. m. 14’de sayılan ve iş sözleşmesinin işçi tarafından “muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla”, “bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla” feshedilmesi veya “kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi” nedenleri, kıdem tazminatına hak kazandıran haller olarak belirlenirken maddede feshin türünü belirlememektedir³¹⁴.

Diğer bir ifadeyle, madde hükmü salt kıdem tazminatına hak kazandıran nedenleri belirlemeye yönelik olup, feshin türünü belirlememektedir. İş K. m. 14’de sözleşmenin sayılan nedenlere dayanılarak feshedilmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracığı belirtilirken belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımı da yapılmamıştır. Bu bağlamda kadın işçinin evlenme nedeniyle iş sözleşmesinin feshi İş K. m. 16 dışında özel bir süresiz fesih hali olarak kabul edilebilir. Bunlar sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, ve zorlayıcı sebeplerdir. Aksi görüşün kabulü, yasal neden gerçekleştiği halde, salt sözleşmenin süre açısından türüne dayanılarak yasanın amacına aykırı sonuca ulaşılmasına neden olacaktır. Zira yasanın amacı belirli nedenlerin gerçekleşmesi durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanması, korunmasıdır³¹⁵.

Kıdem tazminatı hakkı için aranan ilk koşul, işçinin en az bir yıl aynı işverene bağlı olarak çalışmış olmasıdır. Bir yıllık bu süre, iş sözleşmesinin yapıldığı değil, işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Kıdem tazminatı hakkının doğabilmesi için gerekli ikinci koşul ise, iş sözleşmesinin yasada belirtilen hallerden birisi ile sona ermesidir. Yasada belirtilen bu sona erme halleri dışındaki bir şekilde sona eren iş sözleşmesi, işçiye kıdem tazminatı hakkı sağlamaz. Yasada belirtilen bu sona erme hallerini 3 başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; sözleşmeyi işveren ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık yaratan haller dışındaki nedenlerle feshederse, sözleşmeyi işçi ahlak ve iyi niyet kurallarına dayanan nedenlerle feshetmişse, ve son olarak işçinin ölümü

314 Özdemir, 79.

315 Çil, 58; Alpagut, 193.

halindedir. Bu durumlardan herhangi biri gerçekleşirse işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır³¹⁶.

Kıdem tazminatı, bu anlamda ayrıca incelenmesi gereken bir konudur. Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olan 14. maddesinde, kıdem tazminatı talep koşulları, iş sözleşmesinin sona erme biçimine göre düzenlenmiştir. Bu hükümde işçiye kıdem tazminatı talep etme hakkı veren diğer durumlar dışında, işçinin “muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla”, “bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla” veya 506 sayılı Kanunun 60. maddesinde öngörülen koşullara sahip olan veya aynı Kanunun geçici II. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen koşulları tamamlayarak, veyahut da kadın işçinin evlenmesi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, kıdem tazminatı talep edebileceği düzenlenmiştir³¹⁷.

Kıdem tazminatı, gerçek şekliyle, işverenin davranışının fesih olarak kabul edilmesiyle gündemde yerini bulacaktır. Bu nedenle bunu İş K.’na dayandırarak bu sonuca varmakla, hakimin boşluk doldurması nedeniyle bu sonuca varmak arasında, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması hususunda bir farklılık yoktur. Çünkü ortada işverenin feshi söz konusudur. Kıdem tazminatına hak kazanılacak sona erme hallerinin belirlendiği 4857 sayılı İş K. m. 17’de, işverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenlerle haklı nedenle fesih dışındaki tüm fesihlerin, işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandıracığı haklar yer almaktadır. Yargıtay’ın da, işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde, işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını kabul eder³¹⁸.

Başka bir ifadeyle, işverenin feshinin sözleşmeyi sona erdirdiği kabul edildiğinde, ortada haklı bir neden bulunmadığı için, işçi koşulları varsa kıdem tazminatına hak

³¹⁶ Demircioğlu, 208-211.

³¹⁷ Çil, 56; Ayan, 480.

³¹⁸ Yarg. 9. H.D. 31.12.1997 16602/20091. Ekonomi, Münir; Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1997 yılı Emsal Kararları, Ankara, 2000, 28.

kazanacaktır. Çünkü, iş sözleşmesinin işveren tarafından, İş Kanununun 25/II. maddesi dışında feshedilmesi halinde, feshin haklı veya haksız olmasına bakılmaksızın işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmiştir³¹⁹. Bu doğrultuda Yargıtay kararları da mevcuttur³²⁰.

Uygulamada özellikle işverenin, işçinin işini belirli süreyle garanti altına almak istediği durumlarda sözleşmelerde cezai şart koşuluna yer verilmesi sıklıkla görülmektedir. Sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi durumuna ilişkin öngörülen cezai şartta bazen işin niteliği (örneğin öğretmenlerle yapılan sözleşmeler veya belirli bir projenin yürütülmesi için araştırmacılarla yapılan sözleşmeler) rol oynayabilirken, bazen de işçinin nitelikleri (elemanın o işteki özel bilgisi) veya işçinin eğitimi için işverence yapılan harcamalar etken olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, salt sözleşmenin süresinden önce feshi durumuna ilişkin olarak kabul edilen cezai şart koşulu, sözleşmenin ihlali, diğer bir ifade ile borcun hiç veya eksik olarak ifası haline yönelik bir iş özelliğindedir³²¹.

İş K. m. 17/'de ihbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde ihbar sürelerine uyulmaması durumunda diğer tarafa ödenmek üzere öngörülmüştür. Bu bakımdan belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi durumunda dahi, ihbar tazminatı hakkı doğmaz. Yani, ihbar tazminatı belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde talep edebilen bir tazminat olduğu için, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden bulunmadan işveren tarafından feshedilmesi halinde talep edilemez³²². Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu doğrultudadır³²³. Gerçekten ihbar tazminatının işlevi bakımından da bu halde bir tazminata gerek olmadığı görülmektedir. İhbar tazminatı

319 Narmanlıoğlu, 390; Alpagut, 189; Ayan, 476.

320 Yarg. 9.H.D. 18.3.1998, 2611/5145. İstanbul Barosu Der. 1999/3, 202.

321 Çil, 58; Alpagut, 194.

322 Güler, 72; Centel, Tankut; Belirli Süreli İş Sözleşmesi ve İhbar Tazminatı Karar İncelemesi, Tekstil İşv. Der. Nisan 2003, 34.

işçinin yasal sürelerle uyulmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesinde, normal olarak sürelerle uyulsaydı alacağı ücretini karşılama işlevine sahiptir. Oysa, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi durumunda işçiye bu süreye ait ücret tutarı BK. m. 325 uyarınca ödenmektedir³²⁴.

Uygulamada sorun yaratabilecek durumlardan biri özelleştirilen kamu kurumlarında çalışan işçinin özelleştirmenin tamamlanmasının ardından bir başka kamu kurumuna memur olarak atanması halinde kıdem tazminatı ile ilgili durumun ne olacağıdır³²⁵. Yargıtay'a göre bu durumda diğer kamu kuruluşuna atanmanın çalışanın isteği ile mi yoksa iradenin tek taraflı tasarrufu ile mi yapılmış olduğu araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Bu bağlamda Yargıtay'ın bir kararında³²⁶; "...Nakil işleminin işçinin isteği olmaksızın işverenin tek taraflı tasarrufuyla yapılması durumunda kıdem tazminatına hak kazanılacağı açıktır. Ancak kapsam dışı statüde çalışan işçinin kendi isteği doğrultusunda diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmesi durumunda kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır" denilmektedir.

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanması bağlamında, Yargıtay'ın bir başka kararına³²⁷ konu olay şöyledir; "...Davacı profesyonel sendikacı seçilmesi nedeniyle, iş sözleşmesinin askıya alındığını ve sendikacılık görevinin devamı sırasında emekliye ayrılmasına karşılık, kıdem tazminatının işverence ödenemediğini belirterek dava açmıştır. Yargıtay "sendika yöneticisinin işverenden kıdem tazminatı isteyebilmesi için sendikadaki

323 Yarg. 9. H.D. 28.2.1995, E. 1994/16836, K. 1995/6017 işveren Dergisi, Ekim 1995, 15; Aksi görüş: Süzek, 164.

324 Alpagut, 189.

325 Özdemir, 80.

326 Yarg. 9.H.D, 24.2.2004, E. 2003/14760, K. 2004/3126. Kazancı İçtihat Programı.

327 Yarg. 9. H.D, 17.6.2004, 3330/15141. Kazancı İçtihat Programı.

görevinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek hali veya kendi isteği ile son bulması veya ayrıldığı iş yerinden yeniden işe alınmasını talep etmiş olmasına rağmen, işe alınmamış olması gerekir” şeklinde saptamada bulunmuş ve davacının sendikadaki görevinden ayrılmadığı, halen bu görevine devam etmekte olduğunu belirterek, kıdem tazminatı talep etme hakkının doğmamış olduğuna hükmetmiştir.”

III. Süresinden Önce Haksız Fesih ve Cezai Şart

Doktrinde tartışmalı olan konulardan biri de, belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın işçi veya işveren tarafından feshedilmek istenmesi durumunda feshin geçerli olup olmayacağı ve buna bağlanan hukuki sonuçlarıdır. Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin süresinden önce haksız feshi hiçbir neden gösterilmeden sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin açıklanması şeklinde olabileceği gibi, gerçekte mevcut olmayan bir nedene dayanılarak haklı nedenle fesih prosedürünün işletilmesi şeklinde de olabilir³²⁸.

Sözleşme taraflarının belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi durumunda cezai şart ödenmesine ilişkin bir anlaşma yapmaları, bu yolda bir hüküm getirmeleri mümkündür. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi öngördüğü işi ifade eden cezai şart BK. m.158/1'e göre, asıl borca bağlı olarak ve bu borcun ihlali ile doğan asıl olmayan bir iştir³²⁹.

1. Sözleşmenin İşverence Süresinden Önce Haksız Feshi ve Cezai Şart

İşverenin haklı nedene dayanmayan feshinde ilk akla gelecek işçilik alacağı, ihbar tazminatıdır. Çünkü ihbar tazminatı, işverenin haklı nedene dayanmayan feshinde gerekli (yasal ya da sözleşme ile arttırılmış) bildirim süresine uyulmaması karşısında işçinin talep ettiği bir tazminat türüdür. Ancak bildirimli feshi düzenleyen hüküm, bunun yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerli olacağını belirtmiştir. Bu nedenle, belirli süreli iş

328 Alpagut, Belirli Süreli, 177.

329 Süzek, 394; Alpagut, 194.

sözleşmelerinde uyulması zorunlu bir bildirim süresi bulunmadığı için, işverenin buna aykırı davranması da söz konusu olmayacaktır. Bunun sonucu olarak da işçinin ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır³³⁰. İşverenin haksız feshine ilişkin tartışmalar yaşansa da, işçinin ihbar tazminatına hak kazanmayacağı herkesçe kabul edilmektedir. Yargıtay'da buna istikrarlı bir şekilde kararlarında yer vermektedir³³¹.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı nedenler bulunmadan işverence feshi halinde, işverenin işçiye belli miktarda parayı cezai şart olarak ödeyeceğinin kararlaştırılması geçerli sayıldığı için, bu durumda işçi sözleşmede kararlaştırılmış bulunan cezai şartı da ayrıca talep edebilir³³².

BK. m. 161/I'e göre taraflar cezai şartın miktarını tayinde serbesttirler. Bununla birlikte, cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı baskılara neden olabilmesi ciddi bir sakıncadır. Yasa koyucu bu sakıncayı gidermek amacıyla hakimin fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef olduğu hükmünü kabul etmiştir³³³.

Cezai şartın, makul sayılamayacak kadar mübalağalı ve hakkaniyete aykırı olması durumunda cezai şart miktarı aşırı sayılır. Mübalağalı olma ve hakkaniyete aykırı olma unsurlarının tespiti için alacaklının, asıl işinin yapılmasındaki kazancı ile cezai şart miktarı arasındaki oran, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışındaki kusur derecesi ve borçlunun ekonomik durumunu dikkate almak gerekir³³⁴.

330 *Özdemir*, 81.

331 Yarg. 9.H.D. 28.3.2001, 5272/4939. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi Veritabanı.

332 *Çelik*, 181; *Alpagut*, 196; *Özdemir*, Erdem; İş Hukukunda Eğitim karşılığı Öngörülen Cezai Şart, *Çalışma ve Toplum Der.* 2005/I, 143-156; *Süzek*, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, *Kamu-İş Der.* 2002/4, 86.

333 *Süzek*, 395; *Tunçomağ*, 145.

334 *Alpagut*, 198.

Sözleşmenin süresinden önce feshine bağlanan cezai şartın bakiye süre ücretinden bağımsız olarak düzenlenmesi durumunda ise, koşullarının oluşması halinde cezai şartın ve bakiye süre ücretinin ayrı ayrı talep edilebileceği düşünülebilir³³⁵.

Ancak, iş sözleşmesinde süresinden önce fesih halinde belli bir miktar cezai şart öngörülmüşse, açıkça cezai şartın kararlaştırıldığı bu gibi hallerde düzenlemenin yasada öngörülen bakiye süre ücreti anlamında olmadığı düşünülmelidir. Hatta cezai şartın hesabının sözleşmenin kalan süresi baz alınarak gösterilmesi de mümkündür. Örneğin, sözleşmenin kalan süresi ücretlerinin ya da bunun bir katının ödeneceğine dair hükümler cezai şart düzenlemeleridir. Bu durumda önemli olan, tarafların açık bir biçimde “cezai şart” adı altında düzenlemeye gitmiş olmalarıdır. Yasa hükmüne rağmen, tarafların açıkça yasadan farklı bir isim altında düzenlemeye gitmeleri yönündeki iradelerinin üstünlüğü kabul edilmelidir³³⁶.

Cezai şartın indirilmesi için borçlunun talepte bulunmasının gerekli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, hakime tanınan bu yetki salt indirim yapmaya ilişkin olup, indirim isteme yetkisi bizzat borçludur³³⁷. Diğer bir görüşe göre ise, yasa açıkça hakime indirim yetkisi vermekte olup, ayrıca alacaklı tarafından yapılmış bir indirim talebinin aranmasına gerek bulunmaz. Yargıtay içtihatlarında, BK. m. 161/son hükmünün hakime fahiş gördüğü cezaları indirme mükellefiyeti getirmesinden hareketle, hakimin resen, bir talebe ihtiyaç kalmadan uygulaması gerektiği belirtilmektedir³³⁸.

335 *Çil*, 63.

336 *Süzek*, 396; *Çil*, 63.

337 Tunçomağ, 135-136.

338 Alpagut, 199.

İş sözleşmesine konulan ve süresinden önce fesihlerde bakiye süre ücretinin ödeneceğine dair hükümlerin, cezai şart olup olmadığı, yoksa yasada öngörülen bakiye süre ücretine dair düzenlemenin bir tekrarı niteliğinde mi sayılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Düşüncemize göre yasadaki hükmün aynen tekrarı şeklinde bir düzenleme cezai şart olarak kabul edilmemelidir. Sözleşme hükmü, yasal bakiye süre ücretinin istenebileceği yönünde ise cezai şart kuralı olarak değer görmez. Bunun sonucu olarak da indirim yönünden BK.'nın 325. maddesi uygulanmalıdır³³⁹.

Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlarda ise, cezai şart miktarının indiriminde BK. m. 161/III esas alınmakta ve kural olarak, sözleşmenin ifa edilmiş süresi ile oranlı bir indirime gidilmesi kabul edilmektedir³⁴⁰. Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki, BK. m. 161/son, hakime sadece cezai şartta indirim yetki ve görevi yüklemiş olup, cezai şartın tamamıyla ortadan kaldırması mümkün değildir³⁴¹.

Belirli süreli iş sözleşmesinin işverence süresinden önce haksız feshi durumunda işveren tarafından işçiye bir tazminat ödenmesine ilişkin anlaşmalar Yargıtay tarafından geçerli görülmektedir. Öncelikle taraflar arasında bu yönde bir anlaşmanın bulunmasının, işçinin BK. m. 325 'den doğan talep hakkının taraf olmaması niteliğini taşıyıp taşımadığı akla gelmektedir. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, cezai şart; taraflar arasında sözleşmenin ihlaline yönelik olarak önceden kararlaştırılmış maktu tazminat niteliğindedir. Konu, cezai şart miktarının, işçinin BK. m.325 uyarınca talep edilebileceği ücreti tutarında tazminat miktarından daha az olması durumunda, cezai şart miktarından daha fazla olan zararın talep edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi bakımından önem arz eder³⁴².

339 *Çil*, 63.

340 Yarg. 9.H.D. 10.11.1992, 6312/12426, *Türk-İş Der.* Şubat 1995, 18.

341 *Süzek*, 396; *Alpagut*, 200.

342 *Alpagut*, 196.

Belirtmek gerekir ki, BK. m. 325 hükmü emredici nitelik taşır³⁴³. Bu bağlamda tarafların önceden yapacakları bir anlaşmayla sözleşmenin işveren tarafından haksız feshi durumunda bakiye süreye ilişkin ücret tutarının ödenmeyeceğini veya daha az miktarda ödeneceğini kararlaştırmaları geçerli değildir. Öte yandan, seçimlik cezai şart olarak da nitelenen, sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik yerine getirme için kararlaştırılmış cezai şartlarda aksine bir anlaşma bulunmadıkça, alacaklı dilerse borcun ifası (veya borcun ifa edilmemesi) sebebiyle zararının tazminini veya cezai şartı talep edebilir. Kanunun düzenlenmesi, cezai şartın maktu tazminat niteliğine uygun bir çözümdür. Ancak, tarafların aksini kararlaştırdıkları durumda hem BK. m. 325 uyarınca sözleşme süresince ücreti, hem de cezai şartın ödenmesini talep etme hakkı vardır. Bu olasılıkta cezai şartın ceza fonksiyonu öne çıkar³⁴⁴.

Öte yandan taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarının, sözleşmenin işin yapılmadığı bakiye süreye ilişkin ücret tutarı altında kaldığı durumlarda, işçinin cezai şartı talep etmiş olması, cezai şart miktarını aşan zararın tazminine engel olmaz. BK. m. 159/II uyarınca alacaklının cezai şart tutarını aşan zararı isteyebilmesi imkanı mevcuttur. Ek tazminatın istenmesi bakımından gerekli şart olan borçlunun kusurlu olduğunun alacaklı tarafından ispatı ise haksız fesih durumunda işçi bakımından zorluk içermez³⁴⁵.

İşverenin haksız feshi bakımından cezai şartın pratik etkisi, öncelikle, cezai şart miktarının bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarının üzerinde olduğu veya hem cezai şartın hem de sözleşmenin haksız feshinden doğan zararın ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda önemlidir. Bunun yanı sıra, işçinin cezai şartı talep ettiği durumlarda, BK. m. 325/II' deki mahsup kuralının uygulanması söz konusu olmayacağından, işçinin hiçbir zararı olmasa dahi (örneğin, derhal daha yüksek bir ücretle iş bulması durumunda) cezai

343 *Özdemir*, 82.

344 Kanun ifa veya ifayı karşılayan tazminat yanında cezai şartın istenebilmesini sadece, sözleşmenin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi haline ilişkin olarak öngörmüştür (BK. m. 158/2).

345 *Alpagut*, 197.

şart ödenecek, ancak bu miktarın fahiş olması durumunda BK. m. 161/son uyarınca indirim uygulanacaktır³⁴⁶. Ayrıca, Yargıtay, işin bulunamadığının ispat yükünün işçiye ait olduğunu da belirtmiştir³⁴⁷.

Yargıtay, 2002 yılında verdiği bir kararında deprem nedeniyle işyerinin yıkılması nedenine bağlı olan fesihlerde, iş sözleşmesinde öngörülen işverenin haksız feshine bağlanan cezai şartın istenemeyeceği yönünde hüküm vermiştir³⁴⁸. Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu birçok kararı bulunmaktadır³⁴⁹.

2. Sözleşmenin İşçi Tarafından Süresinden Önce Haksız Feshi ve Cezai Şart

Belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir neden bulunmaksızın feshi halinde, işverenin bu fesih nedeniyle uğradığı zararlarını tazmini talebine ilişkin tek hüküm, İş Kanununun 23. maddesinde yer almıştır³⁵⁰. “Yeni İşverenin Sorumluluğu” kenar başlığını taşıyan bu maddede, işçinin, yeni bir işe girmek amacıyla belirli süreli iş

346 *Süzek*, 395; *Alpagut*, 197.

347 Yargıtay'a göre: “Fesihden sonra iş arandığının ve bulunmadığının kanıtlanması işçiye düşer. Karşı deliller işverenden sorulmalıdır. Tereddüt halinde bu işlerden anlayan uzman bir bilirkişi marifetiyle dosya içeriğine göre bir inceleme yaptırılarak ne kadar zamanda iş bulabileceği ya da fesih tarihi, davacının yaşı ve iş tecrübesi dikkate alınarak iş bulup bulamayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Öte yandan davacının iş yapmaktan dolayı tasarruf ettiği miktar belirlenmelidir. “Yarg. 9.H.D. 13.12.2004, 12120/27469. Kazancı İçtihat Programı.

348 Yarg. 9.H.D. 18.12.2002, 10423/24438. Kazancı içtihat programı.

349 Yargıtay'a göre: “İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın koşullarının oluşup oluşmadığı ve indirim hususu taraflar arasında uyumsuzluğu oluşturmaktadır. Somut olayda, davacı işçi birer yıllık belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile hemşire olarak çalışma yapmıştır. Belirli süreli hizmet akitleri birden fazla yenilenecek şekilde devam ettiğinden iş sözleşmesi belirsiz süreli hizmet aktine dönüşmüştür. Bu durumda cezai şarta hükmedilemeyeceğinin gözetilmesi gerekir. “Yarg. 9. H.D. 11.11.2008, 30214/30712. Kazancı İçtihat Programı.

350 Bu nedenle, işçinin sorumluluğunun bu hükümle sınırlı olduğu, işverenin bu hüküm dışında herhangi bir tazminat talebinin dinlenmemesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür. Güler, 80. Ancak kanaatimce, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi işçi tarafından feshi halinde, işçinin, işverenin zararlarını BK. mad. 96 gereğince tazmin etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu yönde *Alpagut*, 191.

sözleşmesinin süresinden önce feshetmesi halinde, işverenin uğradığı zarardan işçi ile birlikte yeni işverenin de bazı koşullarda sorumlu olduğu düzenlenmiştir. İşçinin ve yeni işverenin birlikte olarak sorumlu oldukları hükümde belirtilmiştir³⁵¹.

Doktrinde eğitim giderleri dışında, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshedildiği takdirde sadece işçi aleyhine konulan cezai şartın geçerli olacağı da ileri sürülmüştür³⁵². Bu görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde işçi, sürenin sonuna kadarki ücreti tutarında bir tazminatı talep edebilecekken, işçinin haksız feshinde, işverenin zararını kanıtlaması koşuluyla tazminat isteyebileceği kabul edildiği için, sadece işçi aleyhine konulan cezai şart aslında tek taraflı olmayacaktır. Böylece, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi durumu için kararlaştırılan cezai şart kural olarak geçerli kabul edilmelidir³⁵³. Ancak aynı görüşte bunun sınırlarının da bulunduğu ifade edilmiştir. Örneğin, cezai şartın fahiş olmaması ve işverenin uğrayabileceği olsa zararları aşırı derecede aşmaması gerektiği kabul görmüştür³⁵⁴.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, haklı neden olmaksızın yapılan fesihlerin geçerliliği tartışmalıdır. İşverenin, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce sona erdirme isteğine ilişkin yukarıda açıklanan tartışmalar işçi için de geçerlidir. Bunun sonucu olarak, işçinin süresinden önce haklı nedene dayanmayan feshi de, işverenin feshi gibi, “geçerli” bir fesih olarak kabul etmek doğru olacaktır³⁵⁵.

351 *Ayan*, 480.

352 *Alpagut*, 198; *Soyer*, 366.

353 *Özdemir*, 83.

354 *Ayan*, 482.

355 *Güler*, 78.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haklı nedenler bulunmadan feshedilmesi ve bunun hukuki sonuçlarına ilişkin tartışma, aynı şekilde işçi tarafından yapılan haksız fesihte de yaşanmaktadır. Haksız feshin iş sözleşmesini sona erdireceği yönünde olduğu için, yukarıda belirttiğimiz hususa uygun olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden bulunmaksızın işçi tarafından feshinin de geçerli olduğu ve iş ilişkisini sona erdirdiği kanaatindeyiz³⁵⁶.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde haksız feshi mümkün görmeyen yazarlar, işçinin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde, işverenin sözleşme süresinin sonuna kadar işin yapılmasını talep hakkının tazminata dönüşeceğini kabul ederler³⁵⁷. Yani işveren de işçiden cezai şart isteminde bulunur.

İşçinin haklı nedene dayanmayan feshinde, işçi ayrıca ihbar tazminatlarına hak kazanmayacaktır. Bunun yanında belirli süreli iş sözleşmelerinin niteliği gereği ihbar tazminatı gündeme gelmeyeceği için, işverenin de işçiden ihbar tazminatı talep etmesi mümkün değildir³⁵⁸.

Öğretide bu sebeplere dayalı işçi fesihlerinin kıdem tazminatına hak kazandırıp kazandırmayacağı tartışılan konulardandır. İşçinin bu nedenlere dayalı feshin, İş K. m.17'de düzenlenen olağan fesih olduğunu, oysa belirli süreli iş sözleşmelerinde olağan feshin söz konusu olmaması nedeniyle kıdem tazminatının da söz konusu olmayacağı ileri sürülen bir görüştür³⁵⁹. Ancak kanımızca haklı olan görüş, bu nedenlere dayalı olarak işçinin belirli süreli iş sözleşmesini feshetmesi halinde de kıdem tazminatına hak

356 Haksız feshin sözleşmeyi sona erdirmedini savunan yazarlara göre, bu durumda işverenin sözleşmenin sonuna kadarki işin yapılmasını talep etme hakkı, tazminat alacağına dönüşmektedir. Karşı görüş, *Güler*, 78.

357 *Sümer*, 6.

358 *Güler*, 78.

359 *Güler*, 79.

kazanacaktır³⁶⁰. Yargıtay görüşü de bu doğrultudadır³⁶¹. Çünkü kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme hallerinin sayıldığı kanun metninde, feshin nasıl gerçekleşmesi gerektiği, diğer bir deyişle feshin türü üzerinde durulmamıştır. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmelerinde işçinin bu şekildeki bir davranışını “geçerli fesih” olarak kabul ettikten sonra, kanunda uygun nedenlerin bulunması halinde kıdem tazminatından mahrum etmenin de haklı bir gerekçesi kalmamaktadır³⁶². Kaldı ki, kıdem tazminatına ilişkin söz konusu hüküm, yalnızca kıdem tazminatına hak kazanılabilecek nedenleri saymıştır. Bunun dışında belirli belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımı da gözetilmemiştir³⁶³.

Haklı neden bulunmaksızın sözleşmeyi fesheden işçi ihbar tazminatı talep edemeyeceği gibi, belirli süreli iş sözleşmesinde bu tazminat söz konusu olmadığı için, işveren de ihbar tazminatı isteyemez³⁶⁴.

Görüldüğü gibi bu hükümde, sadece iş sözleşmesinin sona erme sebepleri bakımından bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin türü ve fesih biçiminin önemli olmadığı doktrinde haklı olarak savunulmuştur³⁶⁵. Böylece belirli süreli iş sözleşmesinde de, bu amaçlarla iş sözleşmesini fesheden işçi kıdem tazminatına hak

360 *Alpagut*, 193; *Güler*, 79.

361 Yargıtay’a göre; “Belirli süreli hizmet akitlerinde aktin süre sonunda yenilenmeyeceğinin işçi ya da işveren tarafından bildirilmesi, aktin süre bitiminde feshin mahiyetindedir. Somut olayda da davalı işveren, aktin yenilenmeyeceğini bildirerek 31.7.2001 tarihi itibarıyla davacı öğretmenin hizmet aktini feshetmiştir. Bu fesih şekline göre davacının kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir”. Yarg. 9. H.D. 11.11.2008, E. 2002/26613 K. 2003/8198. Kazancı İçtihat Programı.

362 *Özdemir*, 83.

363 *Alpagut*, 193; *Güler*, 79.

364 *Ayan*, 479.

365 *Çelik*, 261; *Alpagut*, 193; *Güler*, 79.

kazanacaktır. Ancak doktrinde, savunulan bir diğere göre³⁶⁶, kıdem tazminatı talep etme hakkı veren ve yukarıda sayılan bu haller, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden niteliğinde olmadığından, işçi bu nedenlere dayanarak iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshedemez. Aksi takdirde bu haksız bir fesih olur. Sözleşmeyi haksız olarak fesheden işçi kıdem tazminatı da isteyemeyeceği için, bu nedenler işçiye, sadece sözleşmeyi bildirimli olarak feshetme olanağı verir. Belirli süreli iş sözleşmesinde, bildirimli fesih olanağı da bulunmadığı için, bu tür iş sözleşmesinde işçi sözleşmeyi bu nedenlerle feshederse kıdem tazminatı hak edilemeyecektir³⁶⁷.

§ 6. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE SONA ERDİRİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshinde

Belirli süreli iş sözleşmesinde İş Hukuku genel hükümleri çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanmadığını daha önce belirtmiştik. İşverenin feshi söz konusu olduğu için akla gelen diğere bir işçilik alacağı ihbar tazminatıdır. Ancak ihbar tazminatı, işverenin bildirimli feshinde, bildirim sürelerine uymaması nedeniyle talep edilmektedir. Oysa ki, haklı nedenle fesihle uyulması gereken bir bildirim süresi bulunmadığı için ihbar tazminatı söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, bildirimli feshi düzenleyen İş K. m. 17'ye göre; "Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğere tarafa bildirilmesi gerekir." Diğere bir ifadeyle; belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ifadelerine yer vererek, bu feshin belirli süreli iş sözleşmelerinde geçerli olmayacağını düzenlediğinden, belirli süreli iş sözleşmelerinde ihbar tazminatı, hiçbir zaman gündeme gelmeyecektir³⁶⁸.

Ancak işveren İş K. 25/II'ye göre;"...İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde

366 *Alpagut*, 192.

367 *Ayan*, 480.

368 *Güler*, 68.

bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması, işçinin işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması, işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması, işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya 84. maddeye aykırı hareket etmesi...” gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshederse işçiden İş K. mad. 26/II uyarınca maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir.

Eğer işçi, sözleşme kurulurken gerçeğe aykırı ve yalan beyanlarla işvereni sözleşmenin esaslı unsurlarından birisi hakkında yanıltırsa işveren haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilir. İş sözleşmesinin görüşme aşamasında, işçi işverenin sorularına verdiği yanıtlarda veya soru sorulmaksızın kendiliğinden yaptığı açıklamalarda gerçeğe aykırı bilgiler vermiş, işverende onu bu yüzden işe almışsa fesih nedeni gerçekleşmiş olur³⁶⁹. Örneğin, sözleşme kurulurken işverene kimya mühendisi olduğunu belirten işçinin daha sonra aslında böyle bir fakülteden mezun olmadığını anlaşılmasının, bu konuda verilecek tipik bir örnektir³⁷⁰.

Yine kadın bir işçinin hamile olup olmadığına ilişkin soruya doğru cevap vermemesi 3232 sayılı yasayla onaylanan “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nin 11. maddesi bağlamında yanıltma sayılmaz³⁷¹. Ayrıca bir işçinin sendikaya üye olup olmadığı sorusuna doğru yanıt vermemesi 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi bağlamında yanıltma sayılmayacaktır³⁷².

369 Özdemir, 84.

370 Demircioğlu, 183.

371 Özdemir, 84.

372 Demircioğlu, 183.

Oysa Yargıtay'ın da kabul ettiği gibi, işçinin güvenlik görevlisi olarak işe girerken doldurduğu formda, sabikasını gizlemek suretiyle yalan beyanda bulunması, işverenin haklı nedenle sözleşmeyi fesih hakkını doğurur³⁷³.

İşçinin işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnat ve ihbarlarına ilişkin uygulamadan örnek olarak aktaracağımız Yargıtay kararlarına göre; çalıştığı işyeri müdürü ve nöbetçi amiri hakkında gerçeğe aykırı bir şekilde gazeteye demeç vermek ve bölüm şefine hakaret etmek fesih nedenidir³⁷⁴.

Ayrıca yine Yargıtay'ın bir kararında; işçinin davalı işvereni temsil eden müdirenin gıyabında “müdüre hanım sert mizaçlıdır, buna sekreter dayanmaz, hatta azarlaması sonucu biri bayıldı” şeklindeki sözlerinin, davalı işvereni temsil eden müdirenin yönetimle ilgili davranışları hakkında söylenmiş olduğu belirtilerek, işverene iş sözleşmesini fesih hakkı vermeyeceğine hükmedilmiştir³⁷⁵.

İşçinin, işverenin başka bir işçisine tacizde bulunması ile ilgili bir Yargıtay kararında da³⁷⁶; işçinin işyerinde çalışan bayan işçiye seni seviyorum şeklinde tacizde bulunduğu ve aynı davranışı karşı çıkılmasına rağmen serviste arkasına oturarak devam ettirdiği, daha sonra da anılan işçinin ağabeyiyle bu nedenle kavga ettiği ve bunun tanık beyanlarıyla açıkça doğrulandığı belirtilerek, bu durumun işverene haklı nedenle fesih hakkı vereceği belirtilmektedir.

373 Yarg. 9.H.D, 22.1.1998, E. 1997/19393 E. 1998/432. Kazancı İçtihat Programı.

374 Yarg. 9.H.D, 2.10.1999, 1999/4519. Kazancı İçtihat Programı.

375 Yarg. 9.H.D, 22.5.2001, 6109/8726. Kazancı İçtihat Programı.

376 Yarg. 9.H.D, 1.9.2002, 7403/21982. Kazancı İçtihat Programı.

Yine bir başka Yargıtay kararına göre³⁷⁷; işçinin daha önce arkadaşlık yaptığı karşı cinsten işçilere karşı maket bıçağını göstererek, tehditlerde bulunduğu, tanıkların samimi anlatımlarından anlaşıldığından ve davacının bu davranışlarının işyerindeki çalışma düzenini olumsuz yönde etkiler nitelikte olduğundan geçerli fesih nedeni olarak kabulü gerekir.

II. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshinde

İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshinde önemli bir diğer sonuç, feshin İş K. m. 24/II'ye göre;"...İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa, örneğin, işçinin ücreti, göreceği işin ne olduğu, işyerinin nerede olduğu, işin nerede görüleceği gibi konulardaki yanlış beyanlar bu kapsamdadır³⁷⁸.

İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa, işveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa³⁷⁹, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa³⁸⁰ işçi bu maddede yer alan nedenlere³⁸¹ dayanarak, İş K. m. 26/II uyarınca, işverenden tazminat talep edebilir.

İşverenin işçiye cinsel tacizde bulunmasının fesih nedeni olması 1475 sayılı yasada düzenlenmemiştir. Oysa 4857 sayılı yasa cinsel tacizi fesih nedeni sayarak olumlu

377 Yarg. 9. H.D, 6.7.2005, 206/23944. Kazancı İçtihat Programı.

378 Demircioğlu, 177.

379 Aile kavramı burada geniş tutulabilir. Kardeş, amca, teyze, hala, dayı büyükdede ve nineler vs. yakın kan bağı bulunan akrabalar bu kavrama dahil edilebilir. Bunlarla birlikte aynı evde yaşıyor olmak gerekliliği yoktur.

bir düzenleme yapmış, ayrıca uygulamayı yasaya aktarmıştır. Bunun yanı sıra 2010 yılının ocak ayında TBMM’de oylanan Borçlar Kanunu yasa tasarısında “işçinin kişiliğinin korunması” başlığı altında, 417. maddede işveren, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutuldu³⁸².

Mobbing nedeniyle gerçekleşecek feshin de haklı nedenle fesih maddeleri içinde yer alacağı kuşkusuzdur. Bu fesih nedeninin temelinde, işverenin işçiyi koruma yükümlülüğüne aykırı hareketin cezalandırılması yatar. Bu bağlamda koruma iş ve işyerleri ile sınırlı değildir. Cinsel taciz işyeri dışında olsa bile fesih nedeni sayılmalıdır. Aileden kast edilen; ana-baba, eş, çocuklar, kardeşler gibi yakınlardır. Örneğin damat bu kavrama dahil edilmemelidir³⁸³. Bu fıkranın uygulanabilmesi için söz konusu davranışların ceza hukuku anlamında suç oluşturması aranmaz³⁸⁴. Bu konuya ilişkin Yargıtay’ın bir kararına göre³⁸⁵; “...Davacının ileriye dönük bayram ikramiyesinin ödenmeyeceğinin söylenmesi üzerine arkadaşları ile işyerindeki makinelerini kapatarak çalışmaya durdukları bu olay sebebiyle işverenin işçilerle yaptığı toplantı sırasında işverenin davacının yüzüne sıcak çay atarak adli tıp raporunda belirtildiği gibi yaralanmasına sebebiyet verdiği bu sebeple 380 İşverenin öteki işçilerinden birinin işçiye cinsel tacizde bulunmasının fesih nedeni olabilmesi, tacizin işyerinde yapılması ile sınırlı olmamalıdır. Aksinin düşünülmesi maddenin konuluş amacına ters düşer. Oysa üçüncü kişiler tarafından yapılan cinsel tacizin fesih nedeni olabilmesi, tacizin sadece işyerinde yapılması ile sınırlı tutulmalıdır. Ayrıca burada üçüncü kişilerden amaçlanan herhalde iş ve işyeri ile bağlantılı kişilerdir.örneğin işverenin müşterileri ya da işvereni ziyarete gelen yakınları..

381 Bunlar ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleridir.

382 www.aktuelpsikoloji.com/haber.php?haber_id=8954.

383 Özdemir, 84.

384Demircioğlu, 178.

385 Yarg.9.H.D, 11.4.2005, 6013/12505.Kazancı İçtihat Programı.

davacının işyerini terk etmesi 4857 sayılı yasanın 24/II maddesi uyarınca haklı olarak hizmet akdini feshettiğini ortaya koymuştur”.

İş K. 26/II’de bu durum açıkça belirtilerek; “...Bu haller (ahlak ve iyiniyet halleri) sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkrada öngörülen süre (6 iş günü) içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır”. Yüksek Mahkemenin kanununun 26. maddesi bağlamında verdiği bir kararda³⁸⁶, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi bağlamında, işçi haklarının ödenmemiş olması ve bu durumun devam etmesi halinde İş K. mad. 26’da öngörülen 6 iş günlük sürenin işlemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan sözleşmenin işçi tarafından feshinin İş K. 24/II’ye dayandığı hallerde, işçinin tazminat talebinde bulunabileceğini belirtmiştik. Bu tazminat maddi olduğu gibi manevi de olabilir³⁸⁷.

Belirli süreli iş sözleşmesinde işçinin isteyebileceği bu tazminatın kapsamında BK. m. 325 uyarınca bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarı söz konusu olacaktır. Yargıtay’ın bu konudaki bir kararına göre çok uzun süreli belirli iş sözleşmelerinde de bakiye süreye ilişkin ücret talep edilemez³⁸⁸. Ayrıca BK. m. 49’daki koşulların gerçekleşmesiyle işçi manevi tazminat talebinde de bulunabilir³⁸⁹.

386 Yarg. 9. H.D, 5.7.2005, E. 2004/33565, K. 2005/23785. Kazancı İçtihat Programı.

387 Tunçomağ, 231; *Ekonomi*, 215; *Çelik*, 180; *Alpagut*, 205.

388 Yargıtay’ın bir kararına göre; “ Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve yapılması için objektif nedenlerin varlığı gerekir. Esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile belli bir koruma sağlanmak istenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, 4857 sayılı Yasada belirtilen sürenin aşılması koşuluyla deneme süresi konulabilir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. Somut olayda, davacı 1993-2005 yılları arasında çok uzun süre çalışmıştır. Hizmet sözleşmesinin belirli süreli yapılmasını gerektirir kanundan doğan bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca İş Kanununda aslolan süresi belirsiz süreli hizmet sözleşmesidir. Bakiye süre ile ilgili alacağın reddi gerekir. “ Yarg. 9. H.D. 21.4.2009, E. 2008/9422 K. 2009/11563. Kazancı İçtihat Programı.

389 Güler, 77; *Alpagut*, 205.

§ 7. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNİN BİTİMİ İLE SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

İş sözleşmesinin tarafları hukukun büyük bölümünde olduğu gibi, iş hukukunda da sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, sözleşmenin süresini belirli veya belirsiz olmasına karar verebilirler. Tarafların bu yöndeki tercihlerini özellikle her sözleşme tipinin sona ermesi halinde uygulanacak farklı hükümleri önemli ölçüde etkilemektedir. Çünkü iş sözleşmelerinin süresinin belirli veya belirsiz olmasına göre sona erme şekilleri değişmekte ve bunlara bağlı olan hukuki sonuçlar da farklılık göstermektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri kural olarak sürenin dolması ile sona ererler ve bundan önce sadece haklı sebeple sona erdirilebilirler³⁹⁰.

Belirli bir süre çalışıp iş sözleşmesi sona eren işçiye, kanunda sayılan hallerde ve iş süresi ile ücretine göre değişen miktarda işverence ödenmesi gereken parayı ifade eden³⁹¹ kıdem tazminatının talep edilebilmesi İş K. m.' de iki şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bunlardan, birincisi, iş sözleşmesinin kanunda belirtilen fesih hallerine dayalı olarak veya işçinin ölümü suretiyle sona ermiş bulunması, ikincisi iş sözleşmesinin işçinin işe başladığı tarihten itibaren en az bir yıl devam etmiş olmasıdır. Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması, kıdem tazminatı hakkının doğması üzerinde etkide bulunmaz. Belirli süreli iş sözleşmesinin İş K. m. 14'te sayılan biçimde sona ermesi veya erdirilmesi işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandırır. Bununla birlikte, belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi ile sona ermesi durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olmaz. Zira, sözleşmenin bu tür sona ermesi İş K. m. 14'te sayılan sona erme biçimlerinden değildir³⁹².

390 Ertürk, Şükran; Belirli-Belirsiz Süreli İş Akitlerinin Sona Ermeleri ve Sonuçları Arasındaki Farklar, 93.

391 Centel, 205; Çelik, 189.

392 Süzek, 395; Ertürk, 97; Alpagut, 201.

Yenilememeye ilişkin irade beyanı sahibinin işçi olması veya sözleşmede bu yolda hüküm bulunmaması nedeniyle sözleşmenin herhangi bir beyan olmaksızın sürenin bitiminde sona ermesi durumunda ise, işçinin kıdem tazminatı hakkı mevcut değildir³⁹³.

I. Kıdem Tazminatı Hakkı Doğurması

Sürenin bitiminden önce iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi halinde işçi BK. md. 325 hükümlerine göre kalan süre için kazanmaktan yoksun kaldığı ücretini tazminat olarak talep edebilir. Bunun için işçinin sözleşme süresinin bitmesini bekleme zorunluluğu yoktur³⁹⁴.

İş Kanununda kıdem tazminatına hak kazanmada belirli belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımı yapılmadığı için, işçinin iş sözleşmesinin sürenin sona ermesi halinde kıdem tazminatı talep edip edemeyeceğinin ortaya konması gerekmektedir. 4857 sayılı İş K. md. 12'ye göre, kıdem tazminatına ilişkin halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş K. m. 14, kıdem tazminatına hak kazanma koşullarını sıralarken, iş sözleşmesinin belirli bazı hallerde sona ermesi şartını aramaktadır. İş sözleşmesinin sürenin/işin bitmesiyle kendiliğinden sona ermesi hali, kıdem tazminatına hak kazandıran bir neden olarak düzenlenmediğinden, sözleşmenin bu şekilde sona ermesi hali de işçiye kıdem tazminatına hak kazandırmayacaktır³⁹⁵.

Bir görüşünde, Yargıtay işveren tarafından süresinden önce haksız şekilde bozulan iş sözleşmesinin bu fesihle sona erdiğini kabul etmektedir. Çünkü bu tür davranışın kıdem tazminatı talep hakkını engellemeyeceğini, ihbar tazminatına hak kazandırmayacağını³⁹⁶, sözleşmenin belirlenen sürede kendiliğinden sona ermiş sayılması için, taraflarca önceden

393 Yarg. 9. H.D. 21.3.1994 E. 1993/16240, K. 1994/4024, *Tekstil İşv. Der. Şubat 1995*, 18.

394 Yar. 9. H.D. 6.3.1989, E. 1988/12055, K. 1989/2088. *Kazancı İçtihat Programı*.

395 *Güler*, 60; *Çelik*, 186; *Alpagut*, 177.

396 Yarg. 9.H.D. 15.12.1988, 9675/12031 sayılı kararı, *Tekstil işv. Der. Temmuz 1989*, 22.

feshedilmiş olması gerektiğini ve nihayet belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sona ermeden feshedilmesi halinde cezai şartın, kalan süreye bağlı olarak hakkaniyete uygun şekilde belirlenmesi gerektiği üzerinde durmaktadır³⁹⁷. Ancak Yargıtay kararlarındaki çelişki, bir taraftan mahkemenin fesihle sözleşmenin sona erdiğini kabul etmesi, diğer yandan BK. 325 maddesini uygulamasıdır. Alacaklının temerrüdü ise iş sözleşmesinin devam ettiği esasına dayanmaktadır³⁹⁸

Başka bir görüşünde de, Yargıtay'ın "haksız fesih" ile ilgili kararlarında beliren eğilimi de dikkate alınarak, hakimin, İş Kanunundaki boşluk³⁹⁹ karşısında, hukuk yaratması ve kıdem tazminatı düzenlemeleri ile çelişen Borçlar Kanununun 325. md.'si yerine, İş Hukukunun temel ilkelerinden olan işçiyi koruma ilkesi gözetilerek sonuca gitmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminden önce haklı neden olmaksızın sona erdirilmesinin haksız fesih olarak nitelenerek bir yıldan fazla çalışan işçiye kıdem tazminatı ödenmesi ve sözleşme süresinin sonuna kadar olan paranın ücret değil, tazminata esas olacak tutar olarak kabulü uygun olur⁴⁰⁰.

Belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiğinde, feshe bağlı olan hukuki sonuçlar da doğmayacaktır. İhbar tazminatı, sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde talep edilebileceği için, belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesi durumunda gündeme gelmeyecektir. İhbar tazminatı gibi, belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesi durumunda kıdem tazminatı da talep edilemez. Çünkü kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Kanununun 14. md.'sinde, hangi durumlarda adı geçen tazminatın istenebileceği belirtilirken, belirli süreli iş sözleşmesinin süre sonunda kendiliğinden sona ermesi nedenine yer verilmediği için, bu

397 Yarg. 9.H.D. 17.1.1991, E. 1990/9157, K. 1991/189, *Tekstil İşv. Der. Nisan 1991*, S.7,17.

398 Ertürk, 108.

399 *Süzek*, 670-671; *Çelik*, 277.

400 *Çelik*, 277; *Alpagut*, 90; *Kaplan*, 222; *Güler*, 71-72.

olasılıkta kıdem tazminatı talep edilemez⁴⁰¹. Ancak Yargıtay, 625 sayılı Kanun gereğince belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin (öğretmenin), sürenin dolması nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda kıdem tazminatı isteyebileceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, işverenin, süre sonunda sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmesini fesih olarak nitelmiş ve bu sonuca karar vermiştir⁴⁰².

Diğer bir ifadeyle haklı sebep olmaksızın belirli süreli bir iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi söz konusu ise, belirli süre bitmeden sözleşmenin haksız olarak feshedildiği kabul edilerek, buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir⁴⁰³. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız olarak sona erdirilmesi nedeniyle sözleşme süresinin sonuna kadar olan genel hükümlere göre, tazminata hükmedilmesi uygundur⁴⁰⁴.

Zira; İsviçre Borçlar Kanununun haklı nedene dayanmayan fesih başlığını taşıyan 337c/1'de, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshedilmesi halinde belirsiz süreli sözleşmelerde fesih süresine, belirli süreli sözleşmelerde ise sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürenin bitimine kadar çalışmış olması halinde eline geçecek tutar kadar tazminata hükmedileceği öngörülmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, hakimin hal ve durumları dikkate alınarak işçinin altı aylık ücret tutarını aşmayacak bir miktarda tazminata hükmedeceği belirtilmiştir⁴⁰⁵.

401 Güler, 60; Ayan, 464.

402 Yarg. HGK, 21.12.1994 tarih ve 768/869; Yarg. 9.H.D. 27.01.2003, 2002/11889 E, 2003/161 K. (eHukukrehberi bilgi arşivi).

403 Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan, 212.

404 Yarg. 9. H.D. 7.7.2004, 3600/17316. Kazancı İçtihat Programı, Süzek, 533.

405 Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan, 213.

Türk Borçlar Kanununun 437-442 maddelerinde de, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, haklı nedene dayanmayan feshin sonuçları İsviçre Borçlar Kanununun 337c maddesi göz önünde tutularak aynen düzenlenmiştir. Kanun maddesinin birinci fıkrasında işverenin haklı neden olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshetmesi durumunda işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih süresini, belirli süreli sözleşmelerde ise sözleşme süresine uyulmaması nedeniyle, bu sürelere uyulsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu maddesinin ikinci fıkrasında ise, işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin tazminattan indirileceği üzerinde durulmuştur. Ve son olarak da adı geçen kanun maddesinin üçüncü fıkrasında ise, hakimin bütün durum ve koşullarını göz önünde tutarak, miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği ancak belirlenecek tazminat miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı öngörülmüştür. O halde hakim 3. fıkra hükmüne göre işçiye ödenecek, altı aylık ücret tutarını aşmayacak tazminata hükmederken, bu tazminatın ceza ve manevi ceza niteliğini göz önünde tutarak tarafların ekonomik durumunu ve sözleşmenin süresini ve haksız feshin nedenini dikkate alması gerekecektir⁴⁰⁶.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin süresinden önce haksız feshi hiçbir neden gösterilmeksizin sözleşmeyi sona erdirme iradesinin açıklanması şeklinde olabileceği gibi, gerçekte mevcut olmayan bir nedene dayanılarak haklı nedenle fesih prosedürünün işletilmesi şeklinde de gerçekleşebilir.

II. İş Güvencesinden Yararlanamama

4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesinde öngörüldüğü üzere işçinin işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir. Bu durumda iş güvencesinden yararlanamama gerekçesi olarak sözleşmenin belirli olması ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Yasa koyucu belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin belirsiz süreli çalışan işçiye göre daha az güvencede olduğunu düşünerek böyle bir ayrıma yönelmiştir. Öte yandan 11. ve 12. maddede belirli

406 *Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan*, 213-214.

sürelî iş sözleşmeleri yönünde sınırlandırmaya gidilmiştir. Ancak bu ayrımın sonucunda belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışanlar işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümlerinden yoksun kaldıkları için düşüncemize göre ciddi bir eşitsizlik ortaya çıkmıştır. Belirli süreli iş sözleşmesinin sağladığı haklar ile iş güvencesi uygulaması arasında benzerlik olmadığı gibi güvence bakımından ciddi bir eşitsizlik vardır. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin süresinden önce sözleşmesinin feshinde bakiye süre ücreti hakkı dışında belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışana göre bir farkı bulunmamaktadır⁴⁰⁷. Şunu da belirtmek gerekir ki; eğer sözleşme yapmak için gerekli objektif nedenler yoksa, sözleşme baştan itibaren belirsiz sayılacağı için işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.

İş güvencesi kapsamında olan gazeteciler yönünden⁴⁰⁸ tabi olunan 5953 sayılı yasada belirli süreli iş sözleşmeleri yapmayı sınırlayan ya da objektif bazı nedenler öngören bir düzenleme yoktur. Basın İş Kanunu kapsamında olan gazeteciler yönünden 4857 sayılı İş Kanununun uygulanmasına da olanak bulunmaktadır. Yasada hangi hükümlerin gazetecilere kıyas yoluyla uygulanacağı açıklanmış ve belirli süreli sözleşmeyi düzenleyen 11. maddeye yer verilmemiştir. O halde konunun Borçlar Kanununun genel hükümleri, İLO normları ve Yargıtay'ın uygulamaları çerçevesinde çözülmesi, özellikle iş güvencesini ortadan kaldırmayı amaçlayan tutumun korunmaması gerektiği söylenebilir⁴⁰⁹.

III. Maddî Ve Manevî Tazminat İstenememesi

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesi haksız feshedilirse işçiler ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı ile maddî ve manevî tazminatı isteyebilirler. İş güvencesi kapsamında bulunan ve

407 *Çil*, 55.

408 İş K. 116. maddesi uyarınca 5953 sy. 6. maddesine eklenen son fıkra ile gazetecilerin 4857 sayılı İş Kanununun 18,19,20,21,29. maddelerinden kıyas yoluyla yararlanabileceği hükme bağlanmıştır.

409 *Çil*, Şahin; İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Şubat 2006, 154-188.

belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçilerin iş sözleşmesi haksız feshedilirse bu işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanırlar (İş K. 25/son). Buna karşılık, belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde bunlara iş güvencesi hükümleri uygulanmaz (İş K. 18/I). Ancak Yargıtay'ın isabetli uygulanmasına göre bu işçiler işverenden geriye kalan süreye ilişkin ücretlerini tazminat olarak isteyebilecekleri gibi bir yıldan fazla çalışmışlarsa kıdem tazminatı talep edebilirler⁴¹⁰.

410 *Süzek*, 399.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Belirli süreli iş sözleşmesini bütünüyle değerlendirmeye çalıştığımız bu çalışmamızda vardığımız sonuçları özetlemek gerekirse; belirli süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için, öncelikle iş sözleşmesinin taraflarca süreye bağlanması gerekmekte, ayrıca sözleşmenin belirli süreli olmasını haklı gösteren objektif nedenlerin bulunması da aranmaktadır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin süreye bağlanması veya objektif nedenlerin bulunması, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilmesi için yeterli değildir. Bu iki unsur aynı anda gerçekleşmelidir. İş sözleşmesinin süreye bağlanması açık olabileceği gibi, örtülü biçimde de yapılabilir. Ancak sözleşmenin süresinin örtülü biçimde kararlaştırıldığı durumlarda, belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için, öncelikle sözleşmenin amacının işçi tarafından anlaşılabilmesi, işin amacının veya niteliğinin aynı zamanda bir sürelendirme niteliği taşıması ve sözleşmenin sona ereceği tarihin, sözleşmenin yapıldığı sırada işçi tarafından objektif olarak öngörülebilir olması gerekmektedir. Aksi halde, sözleşme belirsiz süreli sayılacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin ilk yapıldığı sırada dahi, objektif nedenlerin varlığını aradığı için, her belirli süreli iş sözleşmesinde bu koşulların varlığı özel olarak incelenmelidir. Objektif nedenler kanunda saymaca yöntemiyle belirtildiği için, somut olayın özelliklerine göre, ortada iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmasını haklı gösteren nedenlerin bulunması, taraflara belirli süreli iş sözleşmesi yapma yetkisi verecektir. Yapılacak olan işin nitelikli bir iş olması veya işçinin eğitim amacıyla yurt dışına gönderilmiş bulunması, o işle ilgili iş sözleşmelerinin belirli süreli yapılması için tek başına yeterli bir objektif neden sayılmamalıdır. Örneğin, yurt dışına gönderilen işçiler için, asgari süreli iş sözleşmeleri yapılması yoluyla, işverenin işçiyi belli bir süre kendisine bağlaması mümkün olduğu için, belirli süreli iş sözleşmesi yerine, anılan türden iş sözleşmeleri yapılmalıdır.

Deneme amacı, tek başına objektif neden sayılmamalıdır. Ancak bu sonucun kabulü için, deneme amaçlı sözleşmenin süresinin İş Kanununun 15. maddesindeki azami

süreyi aşması aranmalıdır. İşçinin, belli bir yaşa geldiğinde veya emeklilik koşullarını tamamlaması durumunda iş sözleşmesinin sona ereceğinin kararlaştırılması, sözleşmeyi belirli süreli hale getirmez. Yapılacak olan işin niteliği, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif neden oluşturabilir. Örneğin mevsimlik işler, niteliği gereği, belirli süre devam eden işler olduğu için, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif neden sayılmalıdır.

Objektif nedenler bulunmamasına rağmen iş sözleşmesinin taraflarca bir süreye bağlanması durumunda, ilişkinin baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dayandığı kabul edilmelidir. Ancak gerek tarafların iradeleri, gerekse de işçinin korunması ilkesi gereğince, bu tür sözleşmelerde, bildirimli fesih hakkının taraflarca belirlenen süreyle sınırlı olarak ortadan kaldırıldığı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, objektif neden yokluğu, sözleşmeyi asgari süreli iş sözleşmesi haline getirir. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresi bir yıl veya daha fazla ise, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekir. Bu şekil geçerlilik koşuludur. Ancak, iş hukukunun özellikleri dikkate alınarak, bu şekle bağlanmadan yapılan iş sözleşmesi ne baştan itibaren, ne de ileriye yönelik olarak geçersiz sayılmalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin dolmasına rağmen, işçinin çalışmaya, işverenin de çalıştırmaya devam etmesi durumunda, iş sözleşmesinin kısmen yenilediği kabul edilmelidir. Ancak, yenilenen iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kabulü için, objektif haklı nedenlerin varlığı aranmalıdır. Haklı nedenlere dayanmayan fesih bildirimlerinin sözleşmeyi sona erdirdiğinin kabul edilmesinin, iş hukukunun özelliklerine daha uygun olacağı kanaatinde olduğumuz için, bu durumda işçinin bakiye süreye ilişkin talebinin tazminat niteliğinde olduğu ve işçinin kıdem tazminatı isteyebileceği kabul edilmelidir. Sadece, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şart kural olarak geçersiz olmakla birlikte, sözleşmenin belirli süreli olması durumunda, bunu geçerli olması gerektiği kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda şeklen tek taraflık görünse bile, gerçekte cezai şart, işçinin bakiye süreye ilişkin talebinin karşılığı olarak kabul edilmektedir. Ancak bu cezai şartın üst sınırı, işçinin BK. m. 325/II gereğince talep edebileceği tazminat olmalıdır.

KAYNAKLAR

Akyiğit, Ercan; İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay kararları, İstanbul 2003.

Alpagut, Gülsevil; Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkansızlığı, Legal İHD. 2005/6.

Alpagut, Gülsevil; İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yarg. 9. HD. 22.01.2004, E. 2003/22636 K. 2004/534 Karar incelemesi, 2004/6.

Alpagut, Gülsevil, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek Dergisi, Mess Yayınları, Ocak 2004.

Alpagut, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, İstanbul 1999.

Alpagut, Gülsevil, Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı ve Oransallık İlkesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

Ayan, Serkan, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 448 vd. www.auhf.ankara.edu.tr. 26.11.2010.

Canbolat, Talat; Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal 2007/13.

Centel, Tankut; Belirli Süreli İş Sözleşmesi ve İhbar Tazminatı Karar İncelemesi, Tekstil İşv. Der. Nisan 2003.

Centel, Tankut; İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994.

Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 2000.

Çelik; Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2009.

Çil, Şahin; Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu İş, Ankara 2010.

Çil, Şahin; İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Şubat 2006.

Ekmekçi, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Legal İHD, 2004/2.

Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu II, legal 2007/15.

Ekonomi, Münir, Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri, Kamu-İş, Ocak 1990.

Ekonomi, Münir; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) –Kavram Süre ve Yenilenme- Legal İHD, 2006/9.

Ekonomi, Münir; Genel Görüşme, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2000.

Ekonomi, Münir; Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000.

Engin, Murat; İş Hukuku Uygulamasında Borçlar Kanunu; İst. Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, 2001/5.

Ertürk, Şükran; Belirli-Belirsiz Süreli İş Akitlerinin Sona Ermeleri ve Sonuçları Arasındaki Farklar

Evren, Öcal Kemal; Çalışma Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı, Ankara 2006.

Fırat Şimşek, Ayşe; Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri, 2009/I, 8 vd. www.tisk.org.tr.

Güler, Mikdat; Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi karar incelemesi, Legal Dergisi, 2004/2.

Güler; Mikdat, Belirli Süreli İş Sözleşmesi karar inceleme, Legal Dergisi, 2005/5.

Güzel, Ali; Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993.

Kaplan, Senyen; E. Tuncay; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Borçlar Hukuku Genel Bölüm I. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2008.

Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, Ankara 2008.

Münir, Ekonomi; Genel Görüşme, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000.

Narmanlıoğlu, Ünal; “Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı”, Esener'e Armağan, Ankara 2000.

Odaman, Serkan; İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları, İşv. D., Ekim 2002.

Oğuzman, Kemal; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,4. Bası, İstanbul 2005.

Özdemir, Erdem; İş Hukukunda Eğitim karşılığı Öngörülen Cezai Şart, Çalışma ve Toplum Der. 2005/I.

Özdemir, Erdem; Borçlar Kanununun 325. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010.

Özdemir, Erdem; Yargıtay Kararları Işığında İstifa Dilekçeleri, Sicil İHD, Eylül 2007.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.

Serozan, Rona; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006,.

Soyer, Polat; Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/I.

Sümer Haluk Hadi, “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları”, TÜHİS Dergisi, Şubat 1992/8.

Süzek, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Kamu-İş Der. 2002/4.

Süzek, Sarper; İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989.

Süzek, Sarper; İş Hukuku, İstanbul 2006.

Süzek, Sarper; İş Akdinin Türleri, Mercek Dergisi, Nisan 2001.

Taşkent, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal Dergisi, 2006/9.

Taşkent; Savaş, Mevsim ve Kampanya İşleri, İstanbul Barosu Dergisi, C:50,1976.

Taşkent; Savaş, Mevsimlik bir işte yapılan Belirli Süreli iş sözleşmesi karar incelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/3.

Tunçomağ, Centel; “Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşi Kabulden Kaçınma”, Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, İstanbul 1968.

Ulucan Devrim, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi, Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkisinin İki Ayrı Sözleşme ile Düzenlenmesi” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1.

İnternet Kaynakları

<http://www.kazanci.com.tr>

<http://www.tisk.org.tr>

<http://www.ceis.org.tr>

<http://www.ehukuk.net>

<http://www.istanbulbarosu.org.tr>

<http://www.aktuelpsikoloji.com.tr>