

Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine - Tekrar

1. GİRİŞ (Tekrar'ın Nedeni)

Sicil Dergisi'nin Mart 2008 tarihli 9. sayısında yayımlanan “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı” başlıklı makalemde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında -aynen bu düzenlemenin dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70 sayılı Yönergesinin 3. paragrafında olduğu gibi- bir defa yapılan belirli süreli sözleşmeler için “esaslı neden” veya aynı anlama gelen “objektif neden” öngörülmediğini açık bir biçimde ortaya koymuştum.

Bu tür sözleşmeler için “esaslı/objektif neden”in, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında, belirli süreli sözleşmelerin birden fazla üst üste ve zincirleme biçiminde yapılması; söz konusu Yönergenin 5. paragrafında da -hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından- sözleşmenin uzatılması (yenilenmesi) durumunda gerekli görüldüğünü vurgulamıştım. Ayrıca, Türk hukukunda belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılması halinde dahi “esaslı /objektif neden” arayan baskın görüşün, büyük ölçüde “*objektif koşul*” ile “*objektif neden*” kavramlarının aynı anlama geldiğini sanmasından kaynaklandığına işaret etmiştim.

Makalenin Sicil Dergisi'nde yayımlanmasından sonra, burada öne sürdüğüm görüşler

için düşüncelerine başvurduğum bazı meslektaşlarımdan aldığım yanıt, sadece “görüşlerime katılmadıkları” yolunda oldu. Bu konuda daha sonra yazılan makalelerde, açıklamalarım doğrudan değerlendirilmedi. Benim görüşlerime katılmayan akademisyenlerin, söylediklerimin doğruyu yansıtmadığını; açıkçası, gerek 11. maddenin birinci fıkrasının gerekçesinin ve gerekse Yönergenin birinci, üçüncü ve beşinci fıkralarının söylediğim gibi olmadığını, Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde -Yönerge uyarınca- bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için de mutlaka objektif neden arandığını; ayrıca 11. maddenin birinci fıkrasında objektif neden olmaksızın yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin yaptırıma bağlanmış olduğunu (temenni niteliğinde ya da zorlama yorumlarla değil) ifade etmelerini beklerdim.

Bu beklentimi karşılayan bir yazıya rastlamadım. Dahası, Türk İş Hukuku'nun önde gelen isimlerinden olan N. Çelik ile S. Süzek'in yeni yayımlanan “İş Hukuku” kitaplarında -aynı şekilde bu konuda yazılan makalelerde- Sicil'deki açıklamalarıma dip notlarda ve sadece “yazara göre” veya “aksi görüş” sözleriyle değinilmiş olması¹ karşısında, bu konu üzerinde tekrar durma gereğini duydum. Öte yandan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin bazı karar-

larında ILO Sözleşmesine ve AB Yönergesi'ne oldukça ayrıntılı bir biçimde yer verilmiş olması ve ayrıca bir karara ilişkin "karşı görüş" açıklaması da ilginçtir, önemlidir. Bütün bu hususlar bana böyle bir "tekrar"ın yararlı olacağı inancını vermiştir.

Öncelikle belirtmek isterim ki, Sicil Dergisinde bu konuda daha önce yayımlanan makalede olduğu gibi, buradakiler de herhangi bir yorumdan çok, "tespit" niteliğinde açıklamalardır. Bu tespitlerde yanıldığımı düşünen meslektaşlarım, makalenin sonunda soracağım soruların yanıtını vermek durumundadırlar.

2. İŞ HUKUKUNA VE İŞ KANUNU'NA EGEMEN OLAN ANLAYIŞ

İş hukuku işçinin korunması ihtiyacından doğmuş bir hukuk dalı olmakla birlikte; zamanımızda kendini gösteren ekonomik ve teknolojik gelişmeler, özellikle küreselleşme olgusu, işçi ile birlikte işletmelerin de korunması gereğini ortaya koymuştur. İş hukukunun işçiye başta işi, ücreti ve sağlığı olmak üzere güvence sağlama işlevi önemini korumakta; ancak, işverenler için de işletmenin varlığının korunması amacıyla, onların değişen koşullara uyumunu sağlayacak esnekliği içeren düzenlemeler öngörülmüş bulunmaktadır. Böylelikle, işletmelerin daha verimli, daha üretken ve daha kârlı çalışabilecekleri düşünülmüştür. Zamanımızda bu olguyu ifade etmek üzere, "güvenceli esneklik" kavramı kullanılmaktadır. Bugün AB'ye üye ülkelerin ekonomik ve sosyal alandaki temel hedeflerinden birinin, esneklik ile güvence arasında uygun bir denge sağlanmasının gerçekleştirilmesi olduğu söylenebilir².

Bu noktada açıklanması gereken bir husus da şudur: Sosyal taraflar (3 İşçi Konfederasyonu ve TİSK) ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yeni bir İş Kanunu taslağı hazırlamakla görevlendirilen Bilim Kuruluna söylenen tek şey, yapılacak çalışmada "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşmelerinin, Avrupa Birliği'nin Yönergelerinin ve Ülke Koşullarının" göz önünde tutulmasıdır. Gerçekten de, yasanın Genel Gereğesinde açıkça, "Av-

rupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlama zorunluluğu" vurgulanmış; bunun mevcut İş Kanunu'nda değişiklik yerine, yeni bir yasa hazırlanmasını zorunlu kıldığı ifade edilmiştir. İşaret edilmelidir ki, aynı Genel Gereğede, yeni bir iş kanununu gerekli kılan nedenler arasında "esneklik gereksinimi" de açıkça belirtilmiştir³.

Bu olgunun yasa maddelerinin değerlendirilmesi ve yorumu bakımından büyük önem taşıdığı açıktır. Gerçekten de, Yargıtay'ın -tarihi eski de olsa- ifade ettiği bir görüşe göre, "yasalarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz"⁴.

İlginç bir gelişme, bu anlayışın Yüksek Mahkemenin oldukça yeni bir kararında da somut olarak benimsenmiş bulunmasıdır. Kararda şöyle denilmektedir: "Taraflar arasındaki uyuşmazlık, iş ilişkisinin belirli süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın normatif dayanakları 158 sayılı ILO Sözleşmesi, gerek 1699/70 Sayılı Konsey Direktifi, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 338 ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11. maddeleridir."⁵.

Ne var ki, uyuşmazlığın normatif dayanakları arasında uluslararası düzenlemeleri öncelikle belirten Dairenin, Sözleşme ve Yönergede öngörülen esasları tam olarak kavrayamadığı da verdiği kararlarda ortaya çıkmaktadır. Bu konuya ileride değinilecektir.

3. TASARI İLE YASAL DÜZENLEME ARASINDAKİ FARK

İş Kanunu Tasarısında, belirli süreli iş sözleşmesi, Alman "Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Kanun" esas alınarak (§ 3/1), aşağıdaki gibi düzenlenmiş bulunmaktaydı:

"Belirli süreli iş sözleşmesi, süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılan sözleşmedir."

Bilindiği üzere, Tasarı'nın TBMM'de görüşülmesi sırasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımına ilişkin olarak bir "Değişiklik Önergesi" verilmiş; Önerge kabul edilerek Yasa'nın 11. maddesinin birinci fıkrası Tasarıdakinden farklı

bir biçimde düzenlenmiştir. Yapılan değişikliklerle, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımında AB'nin 99/70 sayılı Yönergesi esas alınmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek yasalâşan metin şöyledir:

“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.”

Maddeye ilişkin “Değişiklik Önergesi”nin gerekçesi incelenen sorun bakımından son derecede önemlidir. Gerekçede “İlgili AB Direktifinde ...” sözleri ile Yönergeye işaret edilmekte ve *“Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılırken, sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir”* denilmektedir.

Görülüyor ki, TBMM'de yapılan değişikliğin amacı, belirli süreli iş sözleşmesini AB Yönergesi'nin 3. maddesi doğrultusunda tanımlamaktır. Sözleşmenin süresinin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiş; hangi sözleşmelerin belirli süreli iş sözleşmesi sayılacağı -örnekler verilerek- açıklanmıştır.

Maddenin kendisinde olduğu gibi, gerekçesinde de, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasında “objektif/esaslı neden” aranacağına dair en küçük bir işaret yoktur. Kaldı ki, TBMM'nin iradesi bu yolda olsa idi, madde gerekçesinde ona göre değişiklik yapması; en azından “belirli süreli iş sözleşmesinin ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşeceği” sözlerini metinden çıkartması kaçınılmaz olurdu.

Özetle, maddenin ifadesindeki bozukluk ve Yönergedeki tanımda bulunmayan ve İş Kanunu içinde çelişki yaratan “yazılı şekil” koşulu bir yana bırakılırsa, Meclis'te yapılan değişikliğin, Avrupa Birliği'nin ilgili Yönergesine uyum sağlama amacına yönelik olduğu kuşku götürmez.

Ne var ki, belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanırken Yönergedeki düzenleme aynen alınmadığı ve araya “yazılı şekil” de konulduğu

için madde tartışmalı ve yasanın 8. maddesi ile çelişkili bir hale gelmiştir. Bununla birlikte, değiştirilen kısmın sadece sözleşmenin tanımına ilişkin örneklerden biri olduğu; Yönergedeki “terimsel tercih ve ifadelerin” İş Kanunu'na aynen aktarılmış olduğu açıktır.

Tasarıdaki (ve Alman yasasındaki) tanımda olmayan “objektif koşul” terimine yasada yer verilmesi, öğretiyi nerdeyse oybirliği içinde belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında da “objektif/esaslı neden” aranacağı; bu yoksa sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı görüşüne götürmüştür.

Daha önce de işaret edildiği gibi, AB Yönergesi'nde ve İşK. m. 11'de kullanılan “objektif koşul” ile “esaslı neden” kavramlarının aynı anlama geldiğinin sanılması böyle bir yanlışlığa yol açmıştır.

Nitekim, birçok yazar -hiçbir tereddüt duymadan- objektif koşul ile objektif neden kavramlarının özdeş olduğunu ileri sürmüşlerdir⁶.

Sadece Mollamahmutoğlu, kitabının 3. basısında, AB Yönergesi'nde bu iki kavramın ayrı yerlerde ve farklı anlamda kullanılmış olduğunu kabul etmektedir⁷.

Aşağıda açıklanacağı gibi, AB Yönergesi'nde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tanımında “objektif koşul” (§ 3); sözleşmesinin uzatılmasında ise “objektif/esaslı neden” (§ 5) kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlar ve ifade biçimi İş Kanunu m. 11'de aynen benimsenmiş bulunmaktadır.

4. İŞ KANUNU'NUN 11. MADDESİNİN ULUSLARARASI DAYANAĞI

Bu aşamada, taşıdığı önem dolayısıyla öncelikle belirtilmesi gereken bir husus, Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk düzenlerinde, belirli süreli iş sözleşmelerinin esneklik uygulamalarından biri olarak kabul edildiğidir⁸. Sözelimi, Almanya'da 2001 yılında yürürlüğe giren “Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun” ile yasa koyucunun, esaslı (objektif) neden aranmaksızın yapılacak belirli süreli sözleşmelerin, “iş ilişkilerinin esnek bir biçimi” olarak önem kazandığı; bu yolla istihda-

İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmelerini düzenleyen 11. maddesini değerlendirirken, maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi'ni göz ardı etmek mümkün değildir.

mın önemli ölçüde artacağı görüşünden hareket ettiği ifade edilmiştir⁹. Aynı anlayış, Avrupa Birliği'nin belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70 sayılı Yönergesi'nde de yer almaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri zamanımızda, tıpkı kısmi süreli çalışma, ödünç çalışma, çağrı üzerine çalışma gibi, atipik iş ilişkilerinden biri, bir esneklik uygulaması olarak kabul edilmektedir¹⁰. İşçinin korunması ilkesi ise, hakkın kötüye kullanılmaması amacıyla, bu tür sözleşmelerin ancak objektif bir nedenin varlığı durumunda tekrarlanabilmesinde kendini göstermektedir.

Bilindiği üzere, hukukumuzda belirli süreli iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Maddenin gerekçesinde, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri, ILO'nun "İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme" ve özellikle Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması"na uygun sınırlamalara tabi tutulduğu ifade edilmiştir.

O halde, İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmelerini düzenleyen 11. maddesini değerlendirirken, maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi'ni göz ardı etmek mümkün değildir¹¹. Bu bakımdan aşağıda hem söz konusu Yönerge ve hem de ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi incelenecek ve bunların ışığında İş Kanunu'nun 11. maddesi tüm yönleriyle ele alınacaktır.

Avrupa Birliği'nin söz konusu 99/70 sayılı Yönergesi'nin "Genel Düşünceler" başlıklı giriş bölümünde, belirli süreli iş sözleşmelerinin belirli iş kolları, meslekler ve işler için karakter-

istik nitelik taşıdıkları ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılama olanağına sahip oldukları belirtilmektedir. Burada ayrıca, Avrupa Birliği'nde belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışanların yarısından fazlasının kadın olduğu ifade edilerek, bu anlaşmanın (Yönergenin) kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına katkıda bulunacağına işaret edilmektedir (m. 8, 9).

Yönerge'nin 1. paragrafında, bu çerçeve anlaşma ile iki amaç güdüldüğü ortaya konulmaktadır. Bunlardan birincisi, ayırım yasağı ilkesinin uygulanmasıyla belirli süreli iş ilişkilerinin kalitesinin yükseltilmesidir. Diğeri ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi için bir çerçeve belirlenmesidir.

Yönerge'nin 3. paragrafında, belirli süreli istihdam edilen işçi tanımlanmıştır. Tanım aynı zamanda belirli süreli iş sözleşmesini de belirlemektedir.

Yönergeye göre, belirli süreli istihdam edilen işçi, sona erme zamanının belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara göre belirlendiği, işveren ile işçi arasında yapılan bir iş sözleşmesi ile çalışan kişidir¹².

Yönerge'nin 5. paragrafı "Kötüye kullanmayı giderecek önlemler" başlığını taşımaktadır. Burada ise, üst üste (zincirleme) yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri yolu ile bu hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi için üç hususa işaret edilmektedir:

a) Belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesini (uzatılmasını) haklı kılacak objektif nedenler bulunmalıdır.

b) Üst üste yapılacak olan iş sözleşmelerinin toplam azami süresi saptanmalıdır.

c) Bu tür sözleşmelerin geçerli olarak kaç kez uzatılabilecekleri belirlenmelidir.

Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesinde dikkati çeken husus, burada amaçlananın, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste (zincirleme) yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğudur. Yönergede bu konuda önlem alınması istenmektedir.

Buna karşılık, bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir sınırlandırma,

açıkçası “objektif/esaslı neden” öngörölmüş deęildir¹³.

Yönergede dikkati çeken diğer husus, belirli süreli istihdam edilen işçinin (veya belirli süreli iş sözleşmesinin) tanımında -aynen 4857 sayılı İş Kanunu m. 11/1’de olduğu gibi- “objektif koşul” teriminin kullanılmış olmasıdır. Yönergenin 3. paragrafının Almanca, İngilizce ve Fransızca metinlerinde kullanılan terim tamamen aynıdır (objektive Bedingungen, objective conditions, conditions objectives).

Bu tanım ile ortaya konulan husus, belirli süreli iş sözleşmesinin, *sona erme zamanının objektif koşullara göre belirlendiği* bir sözleşme olduğudur. Yönerge, “belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması, belli bir olgunun ortaya çıkması gibi” durumları sözleşmenin sona ermesine ilişkin objektif koşullara örnek olarak vermektedir.

Nitekim, Alpagut da, “*belirli bir olgunun ortaya çıkması*” sözü ile neyin anlaşılması gerek-

Hiç kuşku yoktur ki, Avrupa Birliği hukukuna ilişkin bir düzenlemede yanlışlıkla farklı kavramların kullanılması söz konusu olamaz (Uluslararası Çalışma Örgütü’nün toplantılarına katılanlar, uluslararası bir sözleşme hazırlanırken, sözcüklerin bile ne kadar titizlikle seçildiğini çok iyi bilirler). Dolayısıyla, farklı anlam taşıyan bu kavramların bilinçli olarak kullanıldığı; bunlarla amaçlananın aynı şey olmadığı açıktır¹⁵.

İşte bu nokta, Türk hukukunda bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde de “objektif/esaslı neden” arayanların göz ardı ettiği bir husustur; ama oldukça önemli bir husustur.

İş güvencesine ilişkin olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi’nde ise, belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanmasıyla ilgili bir iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin Sözleşme hükümlerinin uygulanma alanı dışında bırakılabileceği öngörölmüştür (m. 2). Ancak bunun ardından, Sözleşmenin işçileri koruyucu hükümlerinden

Belirli süreli sözleşmenin tanımında kullanılan “objektif koşul” deyimini böyle bir sözleşmenin kurulabilmesinin koşulunu göstermemekte; sadece hangi sözleşmelerin belirli süreli olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

tiğini açıklarken aynen şunları söylemektedir: “Ancak, belirli bir olgunun ortaya çıkması bir objektif nedenden ziyade, sürenin sonunu belirlemek için kullanılır ve objektif nedenin içeriğini ifade etmek için yetersizdir. Nitekim, AB Yönergesi’ndeki kullanımı da sürenin sonunun objektif olarak belirlenmesi anlamındadır”¹⁴.

Demek ki, belirli süreli sözleşmenin tanımında kullanılan “objektif koşul” deyimini böyle bir sözleşmenin kurulabilmesinin koşulunu göstermemekte; sadece hangi sözleşmelerin belirli süreli olarak kabul edilebileceğini -bazı örneklerle- ifade etmektedir.

Buna karşılık, Yönerge, belirli süreli iş sözleşmesinin uzatılmasında (yenilenmesinde) -yine aynen İş Kanunu m. 11/2’de olduğu gibi- “objektif/esaslı neden” (sachliche Gründe, objective reasons, des raisons objectives) aramaktadır. Bu kavram diğerinden farklıdır.

kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvencelerin alınması gereğine işaret edilmiştir (m. 3).

ILO Sözleşmesi’nde de -Yönergede olduğu gibi- belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin bir sınırlama öngörölmüş değildir. Sözleşmenin devlete yüklediği yüküm sadece, işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmalarını önleyecek önlemlerin alınmasıdır.

AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi’ni ve bu bağlamda ILO’nun 158 sayılı Sözleşmesi’ni inceleyen yazarlar da bu söylenenleri tartışmasız kabul etmektedirler.

Nitekim, Alpagut, Yönergede belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının, önlenmesi amacının hâkim olduğunu, bir kere için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmadığını, burada zincirleme sözleşmeler

için alınması gereken önlemlerin belirtildiğini ifade etmiştir¹⁶.

Yazar daha sonra “esneklik” konusunu işlediği bir başka yazısında, ilgili Yönerge ile ILO Sözleşmesi’ni değerlendirirken de aynen şunları söylemektedir: “... her iki düzenlemede de sözleşmenin ilk kez belirli süreli yapılmasına bir sınırlama getirilmemiştir”¹⁷.

Bu konuda ayrıntılı bir inceleme yapmış bulunan Başterzi de şunları söylemektedir:

“Yönergede objektif haklı nedenlerin bulunması koşulu ise, sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi bağlamında iş güvencesi kurallarını dolanmaya yönelik dürüstlük kuralına aykırı uygulamaların önlenmesi amacıyla öngörülmüştür. Şu halde Yönergeye göre, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez yapılması sırasında objektif haklı bir nedenin bulunması zorunlu olmayıp sadece süresinin objektif ölçütlerle belirlenmesi yeterlidir”¹⁸.

Bununla birlikte, şaşırtıcı bir şekilde, her iki yazar da İş Kanunu’nun -özü bakımından Yönerge ile aynı olan- 11. maddesinin 1. fıkrasını değerlendirirken, belirli süreli sözleşmenin bir kez yapılmasında da objektif neden bulunması gereğini öne sürmektedirler.

Görülüyor ki, İşK. m. 11/1’de geçen “objektif koşul” kavramını, üstelik bazılarının yaptığı gibi, “haklı” sözcüğünü de ekleyerek, “*objektif haklı neden*” biçiminde ifade etmek ya ciddi bir yanılıdır ya da bazı yazarların bu maddeye kendi arzuladıkları anlamı verme çabasının bir ürünüdür. Bu çaba her iki yazarın ele alınan makalelerinde olduğu gibi, baskın görüşü temsil eden diğerlerinin de yazılarında açık bir biçimde kendini göstermektedir.

Bu konuda bir örnek vermek gerekirse; Alpagut, İş Kanunu m. 11/1 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin bir kere için kurulması halinde de “objektif neden” bulunması gerektiğini öne sürerken şöyle demektedir:

“Kuşkusuz bu tür sözleşmenin -fesih, feshe karşı koruma ve feshin hukuki sonuçları dikkate alınarak- *sınırlandırılması gereği kabul edildiğinde*, bu birden çok kez (zincirleme) yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de söz konusu olacaktır”¹⁹.

Anlaşılan şudur ki, madde belirli süreli sözleşmenin bir kez yapılmasında bir sınırlama öngörmese bile, yazara göre, sınırlandırılması gereği vardır; bu bakımdan bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de objektif neden aranmalıdır.

Hiç kuşkusuz, aynı kavramı, yani “objektif koşul” kavramını AB Yönergesi söz konusu olduğunda başka, Türk mevzuatı söz konusu olduğunda ise başka bir biçimde açıklamak, kolay izah edilecek bir değerlendirme değildir; tam tersine, ciddi bir çelişkidir.

Bu çelişkinin farkına varan Mollamahmutoglu ise, kitabının yeni basısında, “Bize göre de... AB Yönergesi’nde “objektif koşul” ile “objektif neden” terimlerinin ayrı yerlerde farklı kullanıldığı doğrudur.” demekle birlikte, ardından “Ne var ki, Yönergedeki terimsel tercih ve ifadelere Kanun’da (İşK. m. 11/1) yer verilmediğinden, Yönerge esasında Kanun’un yorum ve değerlendirilmesi pozitif hukuk bakımından isabetli olmaz” sonucuna varmaktadır²⁰.

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı gibi, TBMM’de kabul edilen metin ile Yönerge arasındaki tek fark, sözleşmenin tanımına ilişkin örneklerden birine ilişkindir; Yönergedeki “terimsel tercih ve ifadelerin” İş Kanunu’na aynen alınmış olduğu ise tartışma götürmeyecek kadar net, açık bir olgudur.

Bu gerçeğe rağmen; üstelik de esneklik gereğinin bilincinde olup bu konuda yazı yazan Ekonomi ile Alpagut’un²¹, İş Kanunumuzun 11. maddesinin özünde esnek bir düzenleme içeren 1. fıkrasını, tam tersine bir anlayışla, hükmü katı ve uygulanma alanı dar olacak bir biçimde yorumlamaları açıklanmaya değer bulunmaktadır.

5. BU KONUDAKİ YARGITAY GÖRÜŞÜ

Yargıtay’ın belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkeme’nin baskın görüşün etkisi altında kaldığı, İşK. m. 11’deki “objektif koşul” ile “objektif neden” kavramlarını aynı anlamda kabul ettiği; bu bakımdan aynı gerekçede dahi her iki kavramı ardı ardına kullandığı görülmektedir.

Gerçekten de yeni sayılabilecek bu kararda, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerektiği ifade edildikten sonra aynen: “Zira, 11’nci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir.” sonucuna varılmaktadır. Yine aynı kararda, 2. fıkrada belirtilen olay (sözleşmenin tekrarlanması olgusu) için öngörülmüş bulunan yaptırımın otomatik bir biçimde 1. fıkraya uygulandığı görülmektedir: “Taraflar arasında, İş Kanunu’nun 11’nci maddesinin 1 ve 2’nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından..”²².

Bununla birlikte, Dairenin 2005 yılındaki bir kararının “Karşı Oy” yazısında, “Uyuşmazlık davacı işçinin belirli süreli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı noktasında toplanmaktadır” denildikten sonra, oldukça ayrıntılı bir biçimde maddenin uluslararası dayanakları olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi ile AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi anlatılmakta ve ayrıca Hükümet Gerekçesinde de bu normlara değinildiği söylenmektedir. Karşı Oy sahibi yargıç, bütün bu anlatımlardan sonra şu sonuca varmaktadır: “Kanımızca belirli süreli bir sözleşmenin ilk yapılışında objektif koşullar, işin amacı ve niteliği gibi ölçütlere gidilmemelidir. Belirli süreli bir sözleşme ilk defa yapılmış ise sorun olmamalı. Ancak ikincinin yapılması ya da susma ile uzaması durumunda başlangıçtan itibaren sözleşme belirsiz süreli kabul edilmelidir. Böyle bir çözüm uygulamada rahatlık sağlar.”²³.

Doğrusu, maddenin uluslararası dayanaklarını ve Hükümet Gerekçesini inceleme ve bunu yazısına aktarma sağduyusunu gösteren Karşı Oy sahibi yargıcın, varmak istediği sonuç bakımından, ortaya çok daha sağlam ve kuşkusuz hukuki olan gerekçeler koymuş olması beklenirdi. Her şeyden önce, “objektif koşullar”, sözleşmenin belirli süreli sayılıp sayılmayacağına saptanabilmesi için, ilgili Yönergede -aynı

doğrultuda olmak üzere- İş Kanunumuzda belirtilen örneklere ilişkin bir kavramdır. Bu bakımdan, “sözleşmenin ilk yapılışında objektif koşullar” aranmaması anlamındaki ifade, bunun “objektif neden” ile karıştırıldığını; objektif koşul ile objektif neden arasındaki farkın kavranmadığını gösterir. Kaldı ki, burada önemli olan bir “temenni” sorunu değildir. Belirli süreli sözleşme ilk defa yapılmış ise, bunun sorun olmaması istendiğinde; en azından, objektif koşul kavramının sözleşmenin sona ermesine ilişkin örnekleri içerdiği veya İş Kanunu’nun birinci fıkrasında bir yaptırım öngörülmediği, sözleşmenin belirsiz süreli sayılması yaptırımının maddenin 2. fıkrasında, onun birden fazla yapılması durumunda söz konusu olduğu söylenebilirdi. Bu yapılmadığı için, Karşı Oy çerçevesinde öne sürülen görüşler Dairenin sonraki kararları üzerinde herhangi bir etki yapmamıştır.

Yargıtay’ın bir başka kararının gerekçesinde de, uyuşmazlığın normatif dayanaklarına işaret edilmiştir. Burada da, ILO Sözleşmesi ile AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş; hatta bunların “esnek çalışmayı özendirdiği” dahi ifade edilmiştir. Buna rağmen, Yüksek Mahkeme’nin somut olayı çözüme bağlarken baskın görüşün etkisinden sıyrılmadığı ve sözleşmenin belirli süreli sayılabilmesi bakımından yine de “esaslı neden”in varlığı üzerinde durduğu görülmektedir²⁴.

6. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN YASAMIZDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Belirli süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılmış; ikinci fıkrasında ise, bu tür sözleşmelerin “esaslı bir neden” olmaksızın birden fazla yapılamayacağı ifade edildikten sonra, bu hükme aykırı davranışının yaptırımı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmelerinin -herhangi bir tavan sınırlaması olmaksızın- belirli süreli olma özelliğini koruyacağı öngörülmüştür. Bundan sonra gelen 12.

maddede de, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları çizilmiştir.

İncelenen konu açısından göz önünde tutulması gereken husus, belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırma olanağının bir “esneklik uygulaması” olarak kendini göstermesidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı İş Kanunu’nun TBMM’de değiştirilerek kabul edilen 11. maddesi değerlendirilirken, bununla güdülen amaç ile içinde bulunduğumuz dönemin ihtiyaçları da göz önünde tutulmalıdır.

Hatırlanacağı üzere, yasamızın 11. maddesinin birinci fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmaktadır:

“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.”

Maddenin Yönergeden ve Tasarıdan farklılık taşıyan yönü her şeyden önce cümle yapısındaki bozukluktur. Gerçekten de, söz konusu tanımda -aradaki belirli sözcükler çıkarıldığında- “Belirli süreli işlerde... yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” gibi anlamsız bir ifade ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında, tanımda -Yönergede olduğu gibi- belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına yol açan iki örneğe yer verilmiş; bunlar gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği öngörülmüştür.

Belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen 11. maddenin ilk fıkrasında “objektif koşul” terimine yer verilmesi ve “yazılı şekil” koşulunun eklenmesi, öğretide yanlış algılamaya, zihin karışıklığına yol açmıştır. Öğreti, “belirli süreli işlerde” yapılan iş sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği yolunda yorumlar yapmak; bunun yanında, 11. maddenin 1. fıkrasını maddenin 2. fıkrası ile ve ayrıca Yasa’nın 8. maddesi ile bağdaştırabilecek çözümler üretmek için çaba göstermek zorunda kalmıştır. Bunda pek de başarı gösterildiği söylenemez.

7. “BELİRLİ SÜRELİ İŞLERDE” İFADESİNİN ANLAMI

4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesi ta-

nımlanırken, “belirli süreli işlerde”, “belli bir işin tamamlanması” ve “belirli bir olgunun ortaya çıkması” gibi objektif koşullardan söz edildiği görülmektedir.

Bu örnekler arasında sayılan “belirli süreli işler” ifadesine verilecek anlama ilişkin olarak baskın görüş sahipleri çeşitli açıklamalarda bulunmuşlar; aslında bir anlam taşımayan bu ifadeye anlam verme çabası içine girmişlerdir. Daha önceki makalemde bunlara işaret ettiğim ve söz konusu yorumları isabetli bulmadığımı belirttiğim için (Sicil, 9. Sayı, Mart 08), burada aynı şeyleri yeniden yazmakta yarar görmemekteyim. Ancak, şu söylenebilir ki, bu ifadeye verilmek istenen anlam sonuçta belli bir noktaya yönelmekte; Çelik’in savunduğu gibi, “belirli süreli işlerde” ifadesinden anlaşılması gerekenin, sürenin “*zaman ve tarih olarak belirlenmesi*” olduğu ortaya çıkmaktadır²⁵. Maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesi de bu anlayışı destekler niteliktedir: “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır”. Buna göre, iş ilişkisi bir süreye (6 ay, 1 yıl vb.) bağlı olarak yapılmış ise, sözleşme belirli süreli sayılacaktır.

Bu kabul edildiğinde, belirli süreli iş sözleşmesini -baskın görüş doğrultusunda- şu şekilde tanımlamak mümkündür:

“Süresi zaman ve tarih olarak belirlenen 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”.

Hatırlanacağı üzere, Avrupa Birliği’nin 70/99 sayılı Yönergesi’ndeki tanım ise şu şekildedir:

Belirli süreli sözleşme, “sona erme zamanının belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara göre belirlendiği, işveren ile işçi arasında yapılan” sözleşmedir.

Yönergede de örnekler konusunda “gibi” dendiğine göre, sona erme zamanının “belirli bir tarihe ulaşma” yanında, sadece zaman olarak (6 ay, 1 yıl vb. biçiminde) belirlendiği sözleşmelerin -Yönerge bakımından da- belirli süreli sayılacakları tartışma dışıdır.

Bu durumda İş Kanunu m. 11/1’deki tanım

ile Yönerge'nin 3. paragrafındaki belirli süreli iş sözleşmesi tanımı arasındaki önemli tek farkın, maddemizde yer alan “yazılı şekilde” koşulu olduğu görülür.

Bütün bu yazılanlarla varılmak istenen sonuç şudur: Her iki düzenleme de hemen hemen aynı olduğuna göre ve her ikisinde de belirli süreli sözleşmenin tanımında “objektif koşul” kavramı yer aldığına göre, söz konusu kavrama Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde başka, Türkiye'de ise başka anlam verilmesi mümkün olamaz.

Bu durumda, Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde -bizde baskın görüşün iddia ettiği gibi- objektif koşul ile objektif (esaslı) neden kavramlarının aynı anlamı taşıyıp taşımadığı; belirli süreli sözleşmelerin yapılmasında objektif neden aranıp aranmadığı incelenen sorun bakımından büyük önem taşır.

Bu bakımdan, aşağıda bazı Avrupa Birliği ülkelerinin incelenen konudaki düzenlemelerine değinilecektir.

8. BELİRLİ AVRUPA ÜLKELERİNDEKİ DÜZENLEMELER

Makalenin başında belirtmeye çalışılan gelişmeler sonucunda, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda işverenleri yatırıma teşvik etmek, yeni iş alanları yaratmak ve böylelikle önemi giderek artan istihdam sorununa bir çözüm bulabilmek bakımından, çalışma ilişkilerinde esneklik sağlayıcı önlemlere başvurulduğu görülmektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri ile istihdam bu önlemler arasında önemli bir yer tutmaktadır.

Belirli ülkelerde bu eğilim doğrultusunda yasal düzenlemeler yapılmış ve nihayet Avrupa düzeyinde örgütlenmiş bulunan işçi ve işveren konfederasyonlarınca kabul edilen “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Anlaşma” Avrupa Birliği Konseyi'nce 99/70 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulmuştur. Avrupa Birliği üye ülkelere iş mevzuatlarını söz konusu Yönerge doğrultusunda düzenlemeleri için belirli bir süre tanımıştır. Birçok Avrupa ülkesi uyum çalışmalarını tamamlamış bulunmaktadır²⁶.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda istihdamın artırılması amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin bir kere yapılmasında herhangi bir kısıtlama öngörülmemekte; bu tür sözleşmeler esneklik gereği olarak değerlendirilmektedir.

Daha önce katı bir çalışma mevzuatına sahip olan Almanya'da 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren “Kısmi Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Yasa”, bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi için gerekli esnekliği sağlamış; ancak, koruma ilkesini de göz ardı etmemiştir. Yasa, herhangi bir esaslı neden aranmaksızın, iki yıla kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ve bu süreyi aşmamak kaydıyla yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin en çok üç defa yenilenmesine olanak tanımıştır (§ 14/2). Ancak, bunun için, aynı işçi ile işveren arasında önceden bir sözleşme ilişkisi (belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi) kurulmamış olması gerekir.

Fransız hukukunda da, 1 Mayıs 2008 yürürlük tarihli yeni İş Kanunu, belirli süreli iş sözleşmesi ve hatta zincirleme sözleşme yapılabilecek halleri sayma yöntemini benimsemiştir. Bu haller sınırlı olmakla birlikte, çeşitli istisna hükümleriyle kapsam oldukça genişletilmiş bulunmaktadır. Yasaya göre, belirli süreli iş sözleşmesi yine belirli süreli olarak bir defa yenilenebilir (L 1243-13); ancak toplam süre 18 ayı geçemez (L 1242-8).

Avusturya hukukuna göre de, işçi ile ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmede bir neden aranmaz; böyle bir sözleşme kural olarak geçerlidir. Buna karşılık, belirli süreli sözleşme tekrarlanıyorsa (zincirleme sözleşmeler), o zaman bunun geçerliliği bakımından esaslı bir nedenin varlığı aranır. Böyle bir neden yoksa sözleşme belirsiz süreli kabul edilir²⁷.

İspanyol hukukunda belirli süreli sözleşmelerle çalışma büyük ölçüde teşvik edilmektedir.

Bu ülkede belirli süreli sözleşmelerle çalışanların toplam istihdam içindeki payının %34 olduğu ifade edilmektedir²⁸.

İngiltere’de de belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında ve 4 yılı aşmamak kaydıyla yenilenmesinde objektif neden aranmamaktadır²⁹. Yine esneklik gereği olarak, Hollanda, İsveç ve Lüksemburg’da objektif neden aranmaksızın bu tür sözleşmeler yapılabilir. İtalya da iş hukuku mevzuatında 99/70 sayılı AB Yönergesi doğrultusunda değişiklik yapmış ve belirli süreli sözleşme yapma yolunu kolaylaştırmıştır³⁰.

Görülüyor ki, Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin birçoğunda istihdamın artırılması amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinin bir kere yapılmasında herhangi bir kısıtlama öngörülmemekte; bu tür sözleşmeler esneklik gereği olarak değerlendirilmektedir.

9. SORUNUN YAPTIRIM BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda, AB Yönergesi ve bu doğrultuda yapılan düzenleme çerçevesinde, hukukumuz bakımından da belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında objektif neden aranmadığı belirtildi. Böyle olmakla birlikte, sorunu bir de “yaptırım” bakımından değerlendirmekte yarar görülmektedir.

“Velev ki”, İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasındaki tanımdan belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında da objektif/haklı neden arandığı sonucu çıkarılmış olsun, önemli olan ve çözümlenmesi gereken bir başka sorun, bunun yaptırımının ne olduğudur. Sözgelimi, bir sözleşmede esaslı bir neden olmaksızın sözleşmenin sona ereceği tarih gün, ay ve yıl olarak belirlenmiş ise ne olacaktır?

Ekonomi bu konuda, “4857 sayılı Kanun’a göre, objektif bir neden olmaksızın taraflarca sözleşmede zaman veya takvim olarak bir süre belirlemeleri, o sözleşmeyi belirli süreli olarak geçerli kılmaz” demektedir³¹. Ulucan’a göre de, “Bu durumda taraflar, yeni yasanın getirdiği sınırlar çerçevesinde, ancak ortada baştan itibaren objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekler, böyle bir neden yoksa salt bir tarih veya gün vererek belirli süreli sözleşme yapamayacaklardır”³².

Bu görüşü öne süren yazarların, her şeyden önce maddenin “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır” yolundaki ilk cümlesini göz ardı ettikleri anlaşılmaktadır. Çünkü, maddenin “mefhum-u muhalifinden”, yani karşıt anlamından, belli bir süreye bağlı olarak yapılan sözleşmelerin belirli süreli sayılacakları açıkça ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, her iki yazar da böyle bir sözleşmenin geçerli olmayacağını veya yapılamayacağını öne sürmekte; ancak yapılmış ise, bu sözleşmenin nasıl değerlendirileceği, açıkçası *yaptırımın dayanağı* konusunda somut bir şey söylememektedirler. Ama, her ikisinin de görüşünün böyle bir durumda sözleşmeyi belirsiz süreli olarak nitelenmek yolunda olduğu bilinmektedir.

Süzek ise, sözleşmenin kurulmasında belirtilen objektif koşullar yoksa, sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını ifade etmekte; “yasada öngörülen objektif koşulların bulunmaması halinde iş akdinin ilk defa yapılmasında da belirli süreli olarak kurulabilmesi engellenmiştir” demektedir³³.

Yukarıda açıklandığı üzere, anılan fıkrada belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılabilmesinin objektif nedenleri değil -tıpkı AB Yönergesi’nin 3. maddesinde olduğu gibi- sözleşmenin sonunu belirlemeye ilişkin örnekler verilmiştir. Bu örneklerle amaçlanan, hangi sözleşmelerin belirli süreli sayılacaklarını ortaya koymaktır.

Kaldı ki, bu tanımda “objektif/haklı neden”den söz edilmediği gibi, herhangi bir yaptırım da öngörülmesi değildir.

Nitekim, bu gerçeği baskın görüşün sahiplerinden olan Ekonomi şu sözlerle ifade etmektedir: Maddede “bir defa için yapılanlarda objektif nedenin bulunmaması halinde yaptırım yönünden boşluk yaratılmıştır”³⁴. Maddenin birinci fıkrasının sadece tanıma ilişkin olduğu ve burada sözleşmenin belirsiz süreli sayılabilmesine yönelik bir düzenleme bulunmadığı açıktır. Bu nedenledir ki, yazar “bir defaya mahsus belirli süreli iş sözleşmeleri için de objektif neden

arandığı, ikinci fıkrada zincirleme sözleşmelerle birlikte hükme bağlanabilirdi” demekte ve böyle bir düzenlemenin TBMM’de nasıl yapılabileceğine ilişkin de bir örnek vermektedir³⁵.

Ne var ki, ortada olan gerçek, TBMM’nin iradesinin anılan yazarların arzuları doğrultusunda olmadığı, dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında bir objektif neden aranmadığıdır.

Maddenin birinci fıkrasında yer alan “objektif koşul” ile ikinci fıkrasında yer alan “objektif neden” kavramlarının aynı anlama geldiğini savunan yazarların büyük bir çoğunluğu ise, maddenin ikinci fıkrasında yer alan yaptırımın birinci fıkrası için de uygulama alanı bulunduğu düşüncesindedir.

Yargıtay da, daha önce işaret edilen bir kararında, bu görüşü savunmaktadır:

“İş Kanunu’nun 11’nci maddesinin 2 ve 3’üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir.”³⁶.

Bunun, maddenin ikinci fıkrasındaki yaptırımını birinci fıkrası için de geçerli kılmak ve bu durumda ikinci fıkradaki yaptırımın nedenini açıklayabilmek adına, oldukça zorlama bir yorum olduğu söylenebilir. Şurası açıktır ki, sözleşmenin bir defa yapılmasında objektif neden arandığında -sözleşme ister aynı nedenle, isterse yeni bir nedenle tekrarlansın- yine objektif neden aranması her şeyden önce mantık gereğidir; evleviyet ilkesinin bir sonucudur. Hiç kuşku duymamak gerekir ki, baskın görüşün varsayımı gerçek olsa idi, maddeye iki fıkra daha eklemenin bir anlamı olmazdı.

Öte yandan, hatırlatmak gerekir ki, bugün için geçerli görülen yorum yöntemi, “lafzi” yorum değil, “amaca bağlı” yorumdur. Buna göre, bir maddenin değerlendirilmesinde, o maddeden kullanılan deyim veya ifadeler değil; yasanın tümüne egemen olan anlam ve temel düşünce göz önünde tutulur³⁷.

Yukarıda işaret edildiği üzere, Yargıtay’ın,

yasanın esneklik amacına değinildiği, maddenin dayanakları olan ILO Sözleşmesi ile AB Yönergesi’ne oldukça uzun bir biçimde yer verildiği bazı kararları da vardır. Ancak, gerekçe de belirtilen hususlar olayın çözümünde değerlendirilememiş; bu bakımdan gereken basiret gösterilememiştir.

Bu noktada, baskın görüş sahiplerine şu soru sorulabilir:

Maddenin birinci fıkrasının bu konuda yaptırım öngördüğü varsayıldığında, aynı yaptırımın maddenin ikinci fıkrasında tekrar belirtilmesinin anlamı nedir?

İlginç olan husus, baskın görüş sahiplerinin de aynı soruyu kendi kendilerine sormalarıdır. Ulucan, şöyle demektedir: “Ancak, burada tartışılması gereken konu, belirli süreli iş sözleşmesinin baştan itibaren objektif nedene dayanarak yapılmasını arayan yasanın, bunun yenilenmesi halinde, neden ayrıca esaslı bir neden olmadıkça zincirleme yapılamayacağını düzenlemiş olmasıdır.”³⁸.

Yanlış bir varsayımdan hareketle, “objektif koşul” kavramını “objektif/haklı” neden olarak algılayan; bunun sonucunda da, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için yasanın baştan itibaren objektif neden aradığını öne süren bu görüş, maddenin birinci fıkrası ile ikinci ve üçüncü fıkrası arasındaki bağlantıyı çözememiş, doğru değerlendirememiştir.

Meclis’de 1. fıkrada değişiklik yapılırken 2. fıkranın kaldırılması yoluna gidilmemiş olmasını eleştiren Alpogut’a göre: “Sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arayan sistemde, ardı ardına kurulması veya uzatılmasında da objektif neden aranması doğal, olması gereken bir durumdur.”³⁹.

Kanımca, asıl tartışılması gereken husus, böyle bir yorumun ne ölçüde doğal, daha doğrusu isabetli olduğudur. Tam tersine doğal olan, sistem sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arıyorsa, sözleşmenin ardı ardına kurulmasında veya uzatılmasında aynı nedenin aranacağına tekrar yazılmasına artık gerek bulunmadığıdır.

Ulucan ise, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında esaslı nedenden söz edilmesini şöyle yanıtlamaktadır: “bir defa yapılırken dahi ob-

jektif neden arayan yasanın, doğal olarak birden fazla zincirleme sözleşmelerde de tekrar konuya açıklık getirmek için esaslı bir neden aramış olduğu şeklinde yorumlanabilir"⁴⁰.

Bu yoruma da katılmak mümkün görünmemektedir. Zira, sırf konuya açıklık getirmek için, yasa maddesine iki fıkra eklendiğinin kabulü pek de gerçekçi bir yaklaşım olmasa gerekir. Böyle bir düzenleme, yasa yapma tekniğine aykırı düşeceği gibi, "yasa koyucu abesle iştigal etmez" sözüne de uymaz.

Nihayet, sözleşmenin hangi hallerde belirsiz süreliye dönüşeceğini düzenleyen 2. fıkrayı "gereksiz" bulduklarını açıkça ifade edenler de vardır⁴¹.

Maddenin ikinci fıkrası incelendiğinde, yukarıda belirtilen görüşlerin yerinde olmadığı kolaylıkla anlaşılır.

10. BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞMENİN BELİRSİZE DÖNÜŞMESİ

Belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesinin hangi durumda belirsiz süreliye dönüşeceği 11. maddenin 2. fıkrasında açık bir biçimde gösterilmiştir:

"Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir".

Bu ifadeden bazı önemli sonuç çıkmaktadır:

1. Bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesi için esaslı bir neden aranmaz.

2. Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste değil de, aralıklı olarak (sözgelimi, mevsim veya kampanya işlerinde olduğu gibi her yıl belli dönemlerde) yapılıyorsa, bunun için yine esaslı neden aranmaz.

3. Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste, yani zincirleme biçimde yapılıyorsa, bunun için esaslı bir nedenin varlığı aranır.

4. Üst üste (zincirleme) yapılan iş sözleşmesinde "esaslı neden" bulunmuyorsa, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır.

Maddenin gerekçesi bu konuda herhangi bir tereddüt bırakmayacak kadar açıktır. Daha önce de işaret edildiği üzere, gerekçede -AB Yönergesi'nin "Genel Düşünceler" başlıklı giriş bölümünden (§. 8) aynen alınarak- belirli sü-

reli iş sözleşmelerinin bazı işkolları, meslekler ve işler için karakteristik bir anlam taşıdığı ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi açısından bu sözleşmelerin esaslı bir neden olmadıkça üst üste yapılmalarının önlenmesi gereğine işaret edilmiştir. Gerekçede, belirli süreli iş sözleşmesinin hangi halde belirsiz dönüşeceği şu sözlerle net bir biçimde ifade edilmiştir:

"Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır".

Görülüyor ki, İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin -yaptırım olarak- belirsiz süreliye dönüşmesi, sadece bu sözleşmenin birden fazla ve üst üste yapılması durumunda söz konusu olmaktadır. Yasadaki açık olan bu düzenleme karşısında, yapılmasında objektif neden bulunmayan bir sözleşmeyi -tanımındaki "objektif koşul" terimini yanlış değerlendirerek ve başka bir olguya göre getirilen yaptırımı buna uygulayarak- belirsiz süreli saymak mümkün değildir.

Hiç kuşkusuz, hakkın kötüye kullanılması durumu saklıdır. Açıkçası, esaslı neden aranmayacağına kabul edilmesi durumunda, bir kere yapılmış olsa dahi, bu hak kötüye kullanılmış ise, sözleşmenin belirsiz süreli sayılması gerekir. Belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması durumunun saklı tutulması, belirli süreli iş sözleşmesi yapılan her halde objektif neden aranacağı sonucunu doğurmaz⁴². Gerçekten de, bir hakkın varlığı bir olgudur; bu

İş Kanunu'nda AB Yönergesi'ne göre eksiklik olarak nitelendirilebilecek bir husus vardır; bu da belirli süreli sözleşme yapma olanağının üst sınırının gösterilmemiş olmasıdır.

hakkın kötüye kullanılması başka bir olgudur. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş ilişkisine son verilip ardından aynı işçi ile belirli süreli bir sözleşme yapılması durumunda, hakkın kötüye kullanıldığı iddiasının incelenmesi ve değerlendirilmesi kaçınılmaz olur. Nitekim, Yargıtay 2004 yılında verdiği bir kararda açıkça “kötüye kullanma”dan söz etmemekle birlikte, aynı sonuca varmıştır⁴³.

Bu yazıya son vermeden önce, bir noktaya da işaret etmekte yarar görülmektedir:

İş Kanunu’nda AB Yönergesi’ne göre eksiklik olarak nitelendirilebilecek bir husus vardır; bu da belirli süreli sözleşme yapma olanağının üst sınırının gösterilmemiş olmasıdır. Yasamıza göre, “Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar”. Burada bir sınırlama getirilmemiş olması ne Yönerge ile ve ne de Avrupa ülkelerindeki uygulamalarla bağdaşır niteliktedir. Bu hususta Alman “Kısmi Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Yasa” (§ 14/2) örnek alınarak bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

11. SONUÇ VE SORULAR

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, ne İş Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasının içeriğinde, ne maddenin gerekçesinde ve ne de Avrupa Birliği Yönergesi’nde bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde objektif/ esaslı neden arandığına ilişkin en küçük bir belirti dahi yoktur. Objektif/esaslı neden sadece iş sözleşmesinin tekrarlanmasında aranmakta ve böyle bir nedenin bulunmaması durumunda, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılmaktadır.

Maddenin bu şekildeki düzenlemesi çağdaş anlayış ve gelişmelere tamamen uygundur. Gerçekten de, birinci fıkra “esneklik” içermekte; ikincisi ise “koruma ilkesi” doğrultusunda önlem getirmektedir.

Bu son aşamada -yazının başında da belirtildiği gibi- baskın görüş sahiplerine ve yandaşlarına sormak istiyorum:

1. Bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin bir esneklik düzenlemesi olmadığını,
2. İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrası-

na ilişkin olarak TBMM’de yapılan değişiklikte Avrupa Birliği’nin 99/70 sayılı Yönergesi’nin esas alınmadığını,

3. AB’nin söz konusu Yönergesi’nde yer alan “objektif koşul” ile “objektif neden” kavramlarının aynı anlamda kullanıldığını,

4. Yönergede bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için de “objektif neden” arandığını,

5. Başta Almanya olmak üzere, AB’ye üye ülkelerin birçoğunda bir kez yapılan bu tür sözleşmeler için “objektif neden” arandığını,

6. Üye ülkelerin iç mevzuatlarının AB Yönergesi’ne aykırı olabileceğini,

7. Yönergedeki “terimsel tercih ve ifadelere” Kanunda (İş Kanunu’nda) yer verilmediğini,

8. İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasında, objektif koşul olmaksızın yapılan belirli süreli sözleşmelerin belirsiz süreli sayılacaklarına ilişkin bir yaptırım yer aldığını,

9. Sözü edilen maddenin 2. fıkrasının gereksiz yere yasada yer aldığını,

söyleyebilir misiniz?

Şayet, bütün bu açıklamalardan sonra, bu sorulan sorulara hâlâ “evet” diyorsanız, diyebiliyorsanız; bu yazıyı da kitaplarınızın veya makalelerinizin dipnotlarında “karşı görüş” olarak bir cümleyle geçiştirebilirsiniz; hatta tamamen göz ardı etseniz de olur!

DİPNOTLAR

- 1 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2008, 85 (dn. 6), 90 (dn. 29); S. Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, 224 (dn. 40).
- 2 Bak. N. Süral, 4857 Sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları, İşveren Dergisi, Özel Ek, Eylül 2007, 7 vd.; G. Alpagut, AB’de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Özel Ek, Eylül 2006; M. Ekonomi, 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil Dergisi, s. 12, Aralık 2008, 5 vd.; İ. Köstekli, Esneklik - Güvence Dengesi: AB Deneyimi ve Türkiye, TİSK Akademik, 2008/II, 43 vd. “Esneklik” kavramı ve bunun gelişimi konusunda ayrıntılı bir inceleme için bak. A. Güzel, İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, 203 vd.
- 3 M. Uçum/ R. Çakmakçı, İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat, İstanbul 2003, 165-168.
- 4 E. Adal, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, İstanbul 2004, 175.

- 5 Yarg. 9. HD, 31.03.2008 T., E. 7443, K. 7075; Tekstil İşveren, Hukuk 31, Ocak 2009, 2-3.
- 6 G. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, MESS Yayınları, Ocak 2004, 85; D. Ulucan, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, Çeşme 2003, 46; Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, s. 1, 2004, 26; Çelik, 85 (dn. 6); Süzek, 230; S. Başterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 126.
- 7 H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 330.
- 8 W. Blomeyer, Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme, 27-31 Ekim 1993, İzmir 1994, 198; V. Laciner, Befristete Arbeitsvertraege im türkischen und deutschen Arbeitsrecht, Hamburg 2005, 23 vd.; Alpagut, İşveren, 10 vd.
- 9 J. Biebl, Das neue Kündigungs-und Befristungsrecht, München 2004, 77.
- 10 Alpagut, İşveren, 10 vd.; Mollamahmutoğlu, 365.
- 11 Bak.: D. Neumann, Europäisches Arbeitsrecht, Richtlinien, Verordnungen, Übereinkommen, Sellier, European Law Publishers, München 2003, 140 vd.; Başterzi, 127 vd.
- 12 Neumann, 142; Alpagut, Mercek, 78.
- 13 Alpagut, 78; Başterzi, 128; Süral, 10 ve dn. 14'de gösterilen yazarlar; T. Canbolat, Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli Süreli İş sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, s. 13, İstanbul 2007, 193 Farklı değerlendirme için bak. Eyrenci, 26; Ulucan, 41.
- 14 Alpagut, Mercek, 79.
- 15 Karş.: Dipnot 6'da belirtilen yazarlar.
- 16 Alpagut, Mercek, 78.
- 17 Alpagut, İşveren, 11.
- 18 Başterzi, 128.
- 19 Alpagut, Mercek, 77.
- 20 Mollamahmutoğlu, 330.
- 21 Ekonomi, 9; Alpagut, İşveren, 13. Aynı şekilde: E. İren, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Durumu, İstanbul 2008, 73-74.
- 22 Yarg. 9. HD, 28.04.2008 T., E. 31272, K. 10447; Legal İHSGHD, s. 19, 2008, 1131.
- 23 Yarg. 9. HD, 11.10.2005 T., E. 12936, K. 33070, TÜHİS Şubat-Mayıs 2006, 83 vd.
- 24 Karar için bak. dn. 5.
- 25 Çelik, 86- 87.
- 26 Başterzi, 123-124.
- 27 Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Wien 2008, 108.
- 28 Köstekli, 55.
- 29 2002 tarihli ve 2034 no'lu "Terms And Conditions Of Employment", Successive fixed-term contracts, Art. 8.
- 30 Alpagut, İşveren, 12.
- 31 M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) -Kavram, Süre ve Yenileme- Legal İSGHD, s. 9, İstanbul 2006, 20; M. Güler, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İSGHD, s. 5, İstanbul 2005, 48.
- 32 Ulucan, 40.
- 33 Süzek, 224.
- 34 Ekonomi, Belirli Süreli, 19.
- 35 Ekonomi, Belirli Süreli, 19, dn. 10.
- 36 Bak. dn. 22.
- 37 Bak.: N. Bilge, Hukuk Başlangıcı, Ankara 2008, 203; J. G. Akıpek/T. Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul 2007, 124-126.
- 38 Ulucan, 45.
- 39 Alpagut, Mercek, 85.
- 40 Ulucan, 45-46.
- 41 Eyrenci, 26; Ulucan, 57; Alpagut, Mercek, 85.
- 42 Mollamahmutoğlu, 330.
- 43 Yarg. 9. HD, 29.01.2004 T., E. 12151, K. 1456; Ş. Çil, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2007, 637.