

Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde “Esaslı Neden” Sorunu

1. SORUNUN KAYNAĞI

Sicil Dergisi'nin Mart 2008 tarihli 9. sayısında yayımlanan “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı” başlıklı makalem ile aynı derginin Mart 2009 tarihli 13. sayısında yayımlanan “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar” 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- ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmeler için “esaslı neden” veya aynı anlama gelen “objektif neden” öngörülmediğini açıklamıştım.

Ancak, öğretideki baskın görüş ile Yargıtay, İşK. m. 11'de öngörülen “objektif koşul” ile “esaslı neden” kavramlarını birbirine karıştırdığı; dolayısıyla, ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmelerde de esaslı neden (*objektif ve esaslı koşul*) aradığı için, her iki makalede de İş Kanunu Tasarısı ile yasalaşan metin üzerinde durmuş, İş Kanunu'nun 11. maddesinin uluslararası

sı dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile Birliğe üye bazı ülkelerin bu konudaki düzenlemelerine ilişkin açıklamalarda bulunmuştum. İkinci makalemin sonunda ise, baskın görüş sahiplerine (doğal olarak da aynı doğrultuda karar veren Yüksek Mahkemeye) tam 9 adet soru sormuş ve kendilerinden bu sorulara “evet” deyip diyemeyeceklerini belirtmelerini istemiştım.

Ne yazık ki, yazdıklarım hakkında öğretide dip notlara konulan “yazara göre” veya aksi görüşte” notları dışında bir değerlendirme gelmedi. Yargıtay ise, kavram kargaşasını sürdürerek “11. 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” sözleriyle bu konudaki görüşünü tekrarlamıştır¹.

Anlaşıyor ki, öğretideki baskın görüş sahipleri gibi, Yüksek Mahkeme de, İşK. m. 11'in

birinci fıkrasında belirli süreli sözleşmenin tanımına ilişkin olarak kullanılan “objektif koşul” kavramı ile maddenin ikinci fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılması durumunda öngörülen “esashi neden” kavramlarının aynı anlama geldiğini sanmaktadır. Bu yanlış kendilerini iş sözleşmesinin bir defa için yapılmasında da esaslı neden aranması gerektiği sonucuna götürmektedir. Maddenin 2. fıkrası ise kendilerince göz ardı edilmekte ya da yanlış değerlendirilmektedir.

Durum böyle iken, bir gelişme olmuş ve 11.01.2011 tarihinde TBMM’de 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu” kabul edilmiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni yasanın Altıncı Bölüm’ü “Hizmet Sözleşmeleri” başlığı altında iş ilişkilerini düzenlemektedir. Sözleşmenin sona ermesine ilişkin olan 430. madde belirli süreli sözleşme konusunda şöyle bir hüküm getirmiş bulunmaktadır: “Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esashi bir sebebin varlığı halinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir.”

Buna göre, yenilenen Borçlar Kanunu’nun -4857 sayılı İş Kanunu’nda olduğu gibi- belirli süreli sözleşmenin ilk defa kurulmasında “esaslı neden” veya aynı anlamdaki “esaslı sebep” aramadığı açık ve net bir biçimde görülmektedir. “Esaslı/objektif neden” veya “esaslı sebep” -İş Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrasında ve 6098 sayılı Türk Boçlar Kanunu’nun 430. maddesinin 2. fıkrasında- sadece belirli süreli sözleşmelerin birden fazla üst üste ve zincirleme biçiminde yapılması durumunda öngörülmüş bulunmaktadır. Aynı şekilde, esaslı/objektif nedenin 99/70 sayılı AB Yönergesi’nin 5. paragrafında da -hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından- sözleşmenin uzatılması (yenilenmesi) durumunda gerekli görüldüğü vurgulanmalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında İş Kanunu doğrultusundaki bir hükmün yeni Borçlar Kanunu’nda da yer almış bulunması karşısında konu üzerinde bir defa daha durmak gereği kendini göstermiştir.

2. İŞ KANUNU’NDAKİ DÜZENLEME

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 bulunmaktadır:

“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, Tasarının 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 değişiklik, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımında AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi esas alınmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilerek yasalaşan 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 olarak belirlenebilir olduğu hallerde 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 yapılma-

sında “objektif/esaslı neden” aranacağına dair en küçük bir işaret yoktur. Kaldı ki, TBMM'nin iradesi bu yolda olsa idi, madde gerekçesinde ona göre değişiklik yapılması; en azından 11. maddenin 2. fıkrasındaki “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır.*” hükmünün metinden çıkartılması kaçınılmaz olurdu.

Açıkçası, maddenin ifadesindeki çok küçük değişiklik (“belirli süreli işlerde”) ile Yönerge'deki tanımda bulunmayan ve İş Kanunu içinde çelişki yaratan “yazılı şekil” koşulu bir yana bırakılırsa, Meclis'te yapılan değişikliğin, Avrupa Birliği'nin ilgili Yönergesi doğrultusunda olduğu tartışma götürmez.

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.

3. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN 99/70 SAYILI YÖNERGESİ

Bu aşamada, öncelikle belirtilmesi gereken bir husus, Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk düzenlerinde, belirli süreli iş sözleşmelerinin esneklik uygulamalarından biri olarak kabul edildiğidir². Sözgelimi, 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 istihdamın önemli ölçüde artacağı görüşünden hareket ettiği ifade edilmiştir³. Aşağıda görüleceği gibi, 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 edilmektedir. İşçinin korunması ilkesi ise, hakkın kötü-

ye kullanılmasının önlenmesi amacıyla, bu tür sözleşmelerin ancak objektif bir nedenin varlığı durumunda tekrarlanabilmesinde kendini göstermektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin gerekçesinde, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri 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 Yönergeyi göz ardı etmek mümkün değildir. Bu açıklamalardan sonra söz konusu Yönerge üzerinde durulmalıdır.

Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi'nin “Genel Düşünceler” başlıklı giriş bölümünde, belirli süreli iş sözleşmelerinin belirli iş kolları, meslekler ve işler için karakteristik nitelik taşıdıkları ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılama olanağına sahip oldukları belirtilmektedir. Burada ayrıca, Avrupa Birliği'nde belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışanların yarıdan fazlasının kadın olduğu ifade edilerek, bu anlaşmanın (Yönergenin) kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına katkıda bulunacağına işaret edilmiştir (m. 8, 9).

Yönergenin 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.

Yönergenin 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 kişidir.*

Yönergenin 5. paragrafı “*Kötüye kullanma-*

yı 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 amaçlanan, 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” öngörülmüş değildir.

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” olguları sözleşmenin sona ermesine ilişkin objektif koşullara örnek olarak vermektedir. Dolayısıyla, ancak sona erme zamanı objektif olarak belirlenebilen sözleşmeler belirli süreli sayılacaktır.

Demek ki, belirli süreli sözleşmenin tanımında kullanılan “objektif koşul” deyimi 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.

Hiç kuşku yoktur ki, Avrupa Birliği hukukuna ilişkin bir düzenlemede yanlışlıkla farklı kavramların kullanılması söz konusu olamaz. Dolayısıyla, farklı anlam taşıyan bu kavramların bilinçli olarak kullanıldığı; bunlarla amaçlananın aynı şey olmadığı açıktır.

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.

4. TÜRK HUKUKUNDAKİ BASKIN GÖRÜŞ SAHİPLERİNİN YANILGISI İLE ÇELİŞKİSİ

Türk hukukunda baskın görüş sahipleri (aynı şekilde, Yargıtay) belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa için yapılmasında da “esaslı neden” ararken, bunun nedeni olarak, maddenin ilk fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı için öngörülen “objektif koşul” kavramından hareket etmekte ve bu iki kavramın aynı anlamda olduğunu öne sürmektedirler.

Nitekim, Çelik aynen şunları söylemektedir: “Öğretideki baskın görüşe göre, günümüzde de, yukarıda (1.) açıklanan 11. maddenin ilk fıkrası karşısında, bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için de “objektif koşul”un varlığı aranacak olup aynı maddenin ikinci fıkrası ile esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliğini koruyacağına ilişkin üçüncü fıkrasında sözü geçen “esaslı neden” ilk fıkradaki “objektif koşul” anlamındadır⁴. Süzek de aynı görüştedir: “Farklı terimler kullanılmış olmasına karşın İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasındaki “objektif koşullarla” (nedenlerle) 2. fıkrasındaki “esaslı nedenler” arasında bir fark yoktur⁵. Belirtmek gerekir ki, bu görüşte olan yazarlar oybirliği denecek kadar çoktur⁶.

Acaba İş Kanunu m. 11/1'deki “objektif koşul”

ile m. 11/2 ve 3'deki "esaslı neden" kavramlarının aynı anlamda oldukları söylenebilir mi?

İş Kanunu m. 11'in dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesinde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin (iş sözleşmesinin) tanımında "objektif koşul" (§ 3); buna karşılık, sözleşmenin uzatılmasında (yenilenmesinde) ise "objektif/esaslı neden" (§ 5) kavramlarının kullanıldığı yukarıda açıklanmıştır.

AB'nin 99/70 sayılı Yönergesi'ni ayrıntılı bir biçimde inceleyen yazarlar bu kavramların farklı anlam taşıdığını; dolayısıyla, bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir sınırlama (objektif/esaslı neden) öngörülmediğini tartışmasız kabul etmektedirler.

Bu yazarlardan biri olan Alpagut, "belirli bir olgunun ortaya çıkması" sözü ile neyin anlaşılması gerektiğini 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"⁷.

Alpagut isabetli olarak, Yönergede, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacının hakim olduğunu, bir kere için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmadığını, burada zincirleme sözleşmeler için alınması gereken önlemlerin belirtildiğini ifade etmiştir⁸.

Yazar daha sonra "esneklik" konusunu işlediği bir başka yazısında, ilgili Yönerge ile ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'ni değerlendirirken de aynen şunları söylemektedir: "Her iki düzenlemede de sözleşmenin ilk kez belirli süreli yapılmasına bir sınırlama getirilmemiştir"⁹.

Yönergeyi incelemiş bulunan Başterzi de şunları söylemektedir: "Yönergede belirli süreli işçi, iş ilişkisi ya da sözleşmesinin süreye bağlanmasına ilişkin bazı ölçütler örnek olarak verilerek tanımlanmıştır... Yönergede objektif baklı 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 baklı bir nedenin bulunması zorunlu olmayıp sadece süresinin objektif ölçütlerle belirlenmesi yeterlidir"¹⁰.

Özetle, her iki yazara göre de, Yönerge doğrultusunda, belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa için yapılmasında objektif/esaslı neden aranmayacak; ancak sona erme zamanının objektif bir biçimde (objektif koşul) belirlenebilmesi gerekecektir.

Başterzi'nin yukarıdaki ifadesinde geçen "objektif ölçütler" sözünün Yönergede (aynı doğrultudaki İşK. m. 11/1'de) yer alan "objektif koşul" kavramını karşıladığı açıktır. Yazar açıkça maddedeki ölçütlerin (belirli bir tarihe ulaşma, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması) iş sözleşmesinin süreye bağlanmasına örnek olarak verildiğini ve belirli süreli sözleşmenin bu şekilde tanımlandığını belirtmiştir. İş Kanunu m. 11, fıkra 1'de de -küçük bir fark dışında- aynı ifade bulunmaktadır. Gerçekten de, Yönergedeki "belirli bir tarihe ulaşma" örneği yerine bizim Kanunumuzda "belirli süreli işlerde" örneği yer almakta; madde bu örnek dışında aynı ifadeyi içermektedir. Ne var ki, "belirli süreli işler" sözüyle ne anlatılmak istendiği sorulduğunda, baskın görüş sahipleri "bundan sürenin zaman ve tarih olarak belirlenmesi anlaşılmalıdır" demektedirler¹¹. Böyle olduğunda Yönerge ile İşK. m. 11/1 düzenlemesi arasında hiçbir fark olmadığı net bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, şaşırtıcı bir şekilde, yukarıda isimleri verilen iki yazar da (Alpagut ile Başterzi) İş Kanunu'nun -özü bakımından Yönerge ile aynı olan ve aynı terimin (objektif koşul) yer aldığı- 11. maddesinin 1. fıkrasını değerlendirirken, belirli süreli sözleşmenin bir kez yapılmasında da objektif neden bulunması gereğini öne sürmektedirler.

Bu konuda Başterzi şunları söylemektedir: "İK'nun, Yönergede olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez yapılmasında objektif baklı bir nedenin bulunması koşulunu aramadığı izlenimi uyanmaktadır. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin İK'nundaki tanımında

yer verilen objektif koşullar incelendiğinde bu izlenimin doğru olmadığı ortaya çıkar. Çünkü, belirli süreli iş sözleşmesinin İK'nundaki tanımında yer alan objektif koşullardan her biri sözleşmenin süreye bağlanmasına ilişkin birer ölçüt olmalarının yanında, belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan başlıca objektif nedenlerdir"¹².

Şimdi sormak gerekir: Yönergede ve İş Kanunu'nda, belirli süreli iş sözleşmesi tanımında yer verilen "objektif koşullar" kavramı aynı anlamı taşıdıklarına göre; Yönergede belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında objektif koşul (esaslı neden) aranmadığı; buna karşılık bu hususun İş Kanunu'nda arandığı nasıl söylenebilmektedir? Ayrıca, nasıl oluyor da, tanımda belirtilen "objektif koşullar"dan her biri Yönerge bakımından belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan objektif neden sayılmazken; aynı koşullar İş Kanunu söz konusu olduğunda, "belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan objektif neden" olarak ifade edilebiliyor?

Belli bir kavramı, yani "objektif koşul" kavramını ve buna ilişkin olarak verilen aynı örnekleri AB Yönergesi söz konusu olduğunda başka, Türk mevzuatı söz konusu olduğunda ise başka bir biçimde açıklamak kolay izah edilecek bir değerlendirme değildir. Bu ya ciddi bir çelişkidir ya da bazı yazarların -yasal düzenlemeyi bir yana bırakarak- bu maddeye kendi arzularadıkları anlamı verme çabasının bir ürünüdür.

Aslında 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 -feshi, 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"¹³.

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. Burada bir yorumdan ziyade "kural koyma" olgusu kendini göstermektedir.

Maddeye olduğu dışında farklı bir anlam verme çabası "işçinin korunması" amacına dayanıyorsa, bunun da doğru olmadığı söylenebilir. Zira, belirli süreli iş sözleşmelerinin bir esneklik aracı olarak değerlendirilmesinin ardında yatan neden istihdamın artırılmasıdır. Belirli süreli olarak işçi istihdam edebilecek olan işveren, sözleşme belirsiz süreli olarak kabul edildiğinde, karşılaşılabilecek maliyetleri dikkate alarak işi mevcut çalışanlara yüklemekte ve yeni eleman almaktan kaçınmaktadır. Dolayısıyla, yeni iş alanları yaratmak, işverenleri yatırıma ve istihdama teşvik etmek, işsizlere belirli süreli de olsa iş imkânları sağlamak gibi nedenlerle belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması zora sokulmamalıdır¹⁴. Avrupa Birliği Yönergesinde ve Birliğe üye olan ülkelerin birçoğunda belirli süreli sözleşmelerin bir defa için yapılmasında herhangi bir neden aranmamasının ardında yatan etken budur. Ne var ki, baskın görüş sahipleri ile Yüksek Mahkeme belirli süreli iş sözleşmesinin bu özelliğini göz ardı etmektedirler.

Tekrar vurgulamak isterim ki, İşK. m. 11/1'de sözü edilen "objektif koşul" deyimini -dayanağı olan AB Yönergesinde olduğu gibi- belirli süreli iş sözleşmesini tanımlamak amacıyla kullanılmıştır. Gerçekten de, belirli süreli iş sözleşmesi, kural olarak, sözleşmenin sona ereceği zamanın taraflarca belirlenmiş olduğu bir sözleşmedir. Bu belirleme sözleşmede süre (6 ay, 1 yıl vb.) veya tarih (15.10.2012 gibi) öngörülerek yapılabilir. Bununla birlikte, sözleşmenin süresinin belirli olduğu işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden de anlaşılabilir.

Nitekim, Ekonomi de bu konuda şunları söylemektedir: "Taraflarca açıkça kararlaştırılmamış olmakla birlikte, işin amacı ve niteliğinden yapılan akdin bir süreye bağlı olduğu anlaşılacakta ise, ... yapılan akit belirli süreli bir hizmet akdidir. Ancak bu hallerde hizmet akdinin ne zaman sona ereceğinin objektif olarak yeter-

li açıklıkla saptanabilir olması gerekir. Hizmet akdinin sona ereceği zamanın belirlenmesi, işverenin iradesine bırakılamaz¹⁵. Alpagut'a göre de, belirli süreli iş sözleşmesinin kurulduğundan söz edilebilmesi için "sona erme tarihi objektif olarak yeterli açıklıkla saptanabilir olmalıdır. Zira, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı daima sona erme anının bilinmesi veya önceden görülebilmesine bağlıdır"¹⁶.

İşte, İşK. m. 11/1'deki "objektif koşul" kavramının anlamı budur. Belirli süreli bir iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için, sözleşmenin sona ereceği zamanın objektif olarak belirlenebilir olması gerekir. Sözleşmenin sona ereceği zaman taraflardan birinin iradesine bağlı olarak (onun amacı veya davranışı ile) etkilenecek ise, böyle bir durumda belirli değil, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi söz konusu olur¹⁷.

Görülüyor ki, maddenin birinci fıkrasında ki "objektif koşul" kavramının İşK. m. 11/2 ve 3'deki "esaslı neden" kavramı ile hiç ama hiç bir ilişkisi yoktur.

5. 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 belirtilmiş bulunmaktadır. Böyle olmakla birlikte, sorunun bir de "yaptırım" bakımından incelenmesinde yarar görülmektedir.

Varsayalım 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" demektedir¹⁸. 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"¹⁹.

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, açıklığı yaptırımının dayanağı konusunda somut bir şey söylememektedirler.

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" demektedir²⁰.

Yukarıda birçok kez açıklandığı üzere, anılan fıkroda 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 öngörülmemiştir.

Nitekim, baskın görüşün sahiplerinden olan Ekonomi bu gerçeği şu sözlerle ifade etmektedir: Maddede "bir defa için yapılanlarda objektif nedenin bulunmaması halinde yaptırım yönünden boşluk yaratılmıştır"²¹. Maddenin birinci fıkrasının sadece tanıma ilişkin olduğu ve burada sözleşmenin belirsiz süreli sayılabilmesine yönelik bir düzenleme bulunmadığı açıktır. Bu nedendir 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 olarak da bir örnek vermektedir²². Ne var ki, ortada olan gerçek, TBMM’nin iradesinin anılan yazarların arzuları doğrultusunda olmadığı, dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında bir “esaslı/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 bulduğu düşüncesindedir. Yargıtay da, daha önce işaret edilen bir kararında, bu görüşü savunmaktadır: “İş Kanunu’nun 11’inci 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”²³. Bunun, maddenin ikinci fıkrasındaki yaptırımın birinci fıkrası için de geçerli kılmak adına, oldukça zorlama bir yorum olduğu tartışma dışıdır.

Bu noktada, şu soru akla gelmektedir: 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. Nitekim, 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”²⁴.

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.

Şurası açıktır ki, sözleşmenin bir defa yapılmasında objektif neden arandığında -sözleşme ister aynı nedenle, isterse yeni bir nedenle tekrarlansın- yine objektif neden gerekmesi her şeyden önce mantık gereğidir; bunun ayrıca belirtilmesine de gerek yoktur. Açıkçası, sözleşmenin ilk defa yapılması için esaslı neden aranıyor ise, bunun birden fazla yapılması durumunda böyle bir nedenin dışlanması söz konusu olamaz. Alpagut’un ifade ettiği gibi, “Sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arayan sistemde, ardı ardına kurulması veya uzatılmasında da objektif neden aranması doğal, olması gereken bir durumdur”²⁵. Bu bakımdan, sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden aransa idi, maddeye iki fıkra daha eklenmesine ve sözleşmenin ardı ardına kurulmasında veya uzatılmasında aynı nedenin aranacağına tekrar yazılmasına artık gerek duyulmazdı. Hukuki gerçek budur. Baskın görüşün varsayımı isabetli olmadığı ve gerçek durumu yansıtmadığı içindir ki, maddede birinci fıkra yanında -belirli süreli sözleşmenin tekrarlanmasına ilişkin olarak ve yaptırım da içermek üzere- ayrıca iki fıkraya daha yer verilmiş bulunmaktadır.

Ulucan, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında esaslı nedenden söz edilmesini şöyle açıklamaktadır: “bir defa yapılırken dahi objektif neden arayan yasanın, doğal olarak birden fazla zincirleme sözleşmelerde de tekrar konuya açıklık getirmek için esaslı bir neden aramış olduğu şeklinde yorumlanabilir”²⁶. Yazara göre, 11. maddenin 2. ve 3. fıkraları “konuya açıklık getirmek için” metne dahil edilmiş bulunmaktadır. Sırf konuya açıklık getirmek için yasa maddesine iki fıkra eklendiğinin kabulü hiç de gerçekçi, kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Böyle bir düzenleme, yasa yapma tekniğine uygun düşmeyeceği gibi, “yasa koyucu abesle iştigal etmez” sözüne de aykırı düşer.

Nihayet, Eyrenci ile Alpagut, sözleşmenin hangi hallerde belirsiz süreliye dönüşeceğini

düzenleyen 2. fıkrayı “gereksiz” bulduklarını ifade etmişlerdir²⁷.

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

6. 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:

a) Bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesi için esaslı bir neden aranmaz,

b) 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,

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

d) 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 Yönergesinin “Genel Düşünceler” başlıklı giriş bölümünden (§ 8) aynen alınarak- belirli süreli 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 yapılmasının önlenmesi gereği vurgulanmıştır.

Gerekçede, belirli süreli iş sözleşmesinin hangi halde belirsiz süreliye 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 için 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 doğurmaz²⁸. Gerçekten de, bir hakkın varlığı bir olgudur; bu hakkın kötüye kullanılması başka bir olgudur. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş ilişkisine son verilip ardından bu 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 varmıştır²⁹.

7. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDAKİ DÜZENLEME

Bilindiği gibi, Borçlar Kanunumuz yeniden düzenlenmiş ve 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu” olarak 11.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilmiş bulunmaktadır.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni yasanın Altıncı Bölüm’ü “Hizmet Sözleşmeleri” başlığı altında iş ilişkilerini düzenlemektedir. Sözleşmenin sona ermesine ilişkin olan 430. maddenin 2. fıkrasında, belirli süreli sözleşme konusunda kabul edilen hüküm şöyledir: “*Belirli süreli sözleşme, süresinin bitimin-*

den sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı halinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir.”

Bu maddenin dayanağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nda fıkradaki 2. cümle yoktur. Açıkçası, mehz yasada “Ancak, esaslı bir sebebin varlığı halinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir” şeklinde bir düzenleme yer almamaktadır (Art. 334 Abs. 2 OR). Bununla birlikte, İsviçre yargısı ve öğretisi zincirleme iş sözleşmelerinin geçerliliği bakımından esaslı bir nedenin (sachlicher Grund) varlığını aramaktadır³⁰. Bu husus göz önünde tutularak TBK. m. 430'un 2. fıkrasına yukarıdaki cümle eklenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, İsviçre Borçlar Kanunu ile büyük ölçüde bu Kanun tercüme edilerek hazırlanmış bulunan Türk Borçlar Kanunu'nda (m. 430) -aynen 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi- belirli süreli sözleşmenin ilk defa kurulmasında “esaslı neden” veya bu anlamdaki “esaslı sebep” öngörülmüş değildir. “Esaslı/objektif neden” veya “esaslı sebep” Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrasında- sadece belirli süreli sözleşmelerin üst üste (zincirleme biçiminde) yapılması durumunda -hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından- gerekli görülmüş bulunmaktadır.

Nitekim, TBK.'yı henüz tasarı halindeyken incelemiş bulunan Soyer de bu konuda aynen şunları söylemektedir: “1. Tasarı, süreli bir sözleşmenin süre dolduktan sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği prensibini getirmektedir. Ayrıca tasarı, sözleşmenin ilk kez süreye bağlanması konusunda herhangi bir sınırlama öngörmekte, fakat üst üste belirli süreli sözleşmelerin geçerliliğini esaslı bir nedenin varlığı şartına bağlamaktadır”³¹.

Şimdi sormak gerekir: Böyle olduğuna göre, öğretideki baskın görüş sahipleri ile Yargıtay, Borçlar Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmesinin üst üste (zincirleme) olarak kurulabilmesi için “esaslı sebep” arayan hükmünün, bir defa için yapılan sözleşmeler bakımından da geçerli olduğunu ve uygulanması gerektiğini öne sürebilecekler midir?

Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi karşısında kendileri yine de “bir defaya mahsus belirli süreli iş sözleşmeleri için de objektif neden arandığı, ikinci fıkrada zincirleme sözleşmelerle birlikte hükme bağlanabilirdi” mi diyeceklerdir? Giderek, “ancak ortada baştan itibaren objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir, böyle bir neden yoksa salt bir tarih veya gün vererek belirli süreli sözleşme yapılamaz” yolundaki görüşlerinde ısrar edecekler midir? Aynı şekilde Yüksek Mahkeme, “Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir” içtihadını Borçlar Kanunu bakımından da savunabilecek midir?

Hiç kuşku yoktur ki, İş Kanunu m. 11/2'de yer alan yaptırımın sözleşmenin ilk defa yapılmasında da geçerli olduğu ve uygulanması gerektiği öne sürülebiliyor ise; Borçlar Kanunu söz konusu olduğunda farklı bir değerlendirmeye gidilmesi mümkün olamaz. Bu görüş doğrultusunda; TBK. m. 430'da, üst üste yapılan sözleşmeler için getirilmiş olan yaptırımın -aynı şekilde- bir defa yapılan belirli süreli sözleşmelerde de uygulanması kaçınılmaz olur. Yukarıda söylenenin aksinin öne sürülmesi kelimenin tam anlamıyla “çelişki” oluşturur.

Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin böyle bir değerlendirmeyi mümkün kılmadığı da ayrı bir gerçektir.

8. SONUÇ

Yukarıda açıklandığı üzere, ne İş Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının içeriğinde, ne maddenin gerekçesinde ve ne de Avrupa Birliği Yönergesinde bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde objektif/esaslı neden arandığına ilişkin en küçük bir belirti vardır. Birinci fıkrada yer alan “objektif koşul” kavramı belirli süreli iş sözleşmesini tanımlamak amacıyla kullanılmıştır; sözleşmenin yapılmasıyla değil, sonuyla ilgilidir. Böyle olduğu içindir ki, burada herhangi bir yaptırım da öngörülmüş değildir. Buna karşılık, “objektif/esaslı neden” farklı bir kavramdır ve bu neden sadece iş sözleşmesinin tekrarlanmasında aranmaktadır; böyle bir nedenin bulunmaması durumunda, sözleşmenin başlan-

gıçtan itibaren belirsiz süreli sayılacağı madde belirtilmiş bulunmaktadır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme de aynı şekildedir.

Yukarıda açıklanan hususlar bazı yazarlarca da kabul edilmiş bulunmaktadır. Güneş/Mutlay yeni Borçlar Kanunu'nu değerlendirdikleri makalelerinde açıkça şöyle demektedirler: “Öğretide Taşkent, baklı olarak İş Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının ne içeriğinde ne maddenin gerekçesinde ne de maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği Yönergesinde “objektif baklı neden” aranmadığını, “objektif koşul” kavramının “objektif neden” ile aynı anlama gelmediğini, sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Borçlar Kanununda da sözleşmenin ilk kez yapılmasında “objektif neden” ya da “esaslı neden” aranması bu görüşü desteklemektedir”³².

Özetle, İş Kanunu'nun 11. maddesindeki düzenleme çağdaş anlayış ve gelişmelere tamamen uygundur. Gerçekten de, maddenin birinci fıkrası “esneklik” içermekte; ikinci fıkrası ise “koruma ilkesi” doğrultusunda önlem getirmektedir.

Son olarak da, esnekliği ortadan kaldıracak zorlama yorumların işçinin yararına sonuç doğurmayacağını; tam tersine istihdamının engellenmesi nedeniyle işçinin zarar görmesine yol açacağını vurgulamak isterim.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9. HD, 28.04.2008, E. 31272, K. 10447; Legal İSGHD, 2008, S. 19, 1129-1132.
- 2 W. Blomeyer, Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme, 27-31 Ekim 1993, İzmir 1994, 198; H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 365; G. Alpogut, AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Özel Ek, Eylül 2006; G. Alpogut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek Dergisi, MESS Yayınları, Ocak 2004, 78.
- 3 J. Biebl, Das neue Kündigung- und Befristungsrecht, München 2004, 77.
- 4 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Basım, İstanbul 2011, 95.
- 5 S. Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2008, 230.

- 6 Bak. Çelik, 95, dn. 31. Ayrıca, Alpogut, Mercek, 85 ve dn. 38.
- 7 Alpogut, Mercek, 79.
- 8 Alpogut, Mercek, 78.
- 9 Alpogut, İşveren, 11.
- 10 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, 128.
- 11 Çelik, 91.
- 12 Başterzi, 131.
- 13 Alpogut, Mercek, 77.
- 14 Bak. Alpogut, Mercek, 78.
- 15 M. Ekonomi, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, 80- 81.
- 16 Alpogut, Mercek, 75.
- 17 T. Geiser/R. Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Staempfli Verlag AG, Bern 2009, 186. Hollanda hukuku için bak. Hensler-Braun, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2011, 789. Avusturya hukuku için bak., aynı eser, 938.
- 18 M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (1) - Kavram, Süre ve Yenileme- Legal İSGHD, S. 9, İstanbul 2006, 20.
- 19 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, 40.
- 20 Süzek, 224.
- 21 Ekonomi, Legal, 19.
- 22 Ekonomi, Legal, 19, dn. 10.
- 23 Yarg. 9. HD. 28.04.2008, E. 31272, K. 10447, Legal İSGHD, S. 19, 2008, 1131.
- 24 Ulucan, 45.
- 25 Alpogut, Mercek, 85.
- 26 Ulucan, 45-46.
- 27 Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, S. 1, 2004, 26; Alpogut, Mercek, 85.
- 28 Bak. Mollamahmutoğlu, 330.
- 29 Yarg. 9. HD. 29.01.2004, E. 12151, K. 1456; Ş. Çil, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2007, 637.
- 30 Geiser/Müller, 187.
- 31 M. P. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, 160.
- 32 B. Güneş/F. B. Mutlay, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 30, 2011/3, 241.