

BELİRLİ SÖZEL HİZMET SÖZLEŞMESİ

Dr. Alihan KAYMAZ



BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

Dr. GÜLSEVİL ALPAGUT
İ.Ü. Hukuk Fakültesi

İstanbul - 1998

sevgili anneme ve
rahmetli babamın
değerli anısına...

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü “Özel Hukuk Doktora” programı çerçevesinde 17.9.1997 günü doktora tezi olarak sunulmuş ve kabul edilmiş bu çalışmada gerek Türk Hukuku gerekse diğer batılı hukuk sistemleri bakımından güncelliğini koruyan ve çalışma yaşamında bir çok önemli sorunları bünyesinde barındıran belirli süreli hizmet sözleşmesi konusu ele alınmıştır. Çalışmada mümkün olduğunca mukayeseli bir yöntem izlenmiş ve özellikle Alman Hukuku bu mukayesede temel sistem olarak alınmıştır. Alman Hukuku ile ilgili kaynaklara 1995 yılında Almanya’da Heidelberg Üniversitesinde gerçekleştirilen çalışmam sırasında ulaşılmıştır. Çalışmanın amacı, belirli süreli hizmet sözleşmesi kurumunu ayrıntılarıyla ele alıp, özellikle 80’li yıllardan itibaren çalışma yaşamında beliren esneklik gereksiniminin de dikkate alınmasıyla bu alanda de lege ferenda öneriler ortaya koyabilmektedir.

Bu vesile ile doktora tez jüri üyeliğinde de bulunan kürsü hocalarıma; fakülteye ilk girdiğim günden beri şahsıma duyduğu güven ve her türlü zorluğu aşmamda gösterdiği destek nedeniyle sayın **Prof. Dr. Berin Ergin**’e, daima objektif ve teşvik edici tutumu nedeniyle sayın **Prof. Dr. Can Tuncay**’a, her zaman değerli fikirlerini ve manevi desteğini bizden esirgemeyen, çalışmamın basılmasında da gösterdiği ilgi ve yardımları nedeniyle sayın **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan**’a şükranlarımı sunmayı borç bilirim.

Kitabın basımını üstlenen Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası – TÜHİS Yönetim Kurulu Üyelerine ve Genel Sekreteri **Ahmet ATEŞ**’e en içten teşekkürlerimi belirtmek isterim.

Nihayet, tez çalışmam sırasında katlandığı tüm sıkıntılar ve gösterdiği özveriler nedeniyle eşim **Dr. Ufuk Alpagut**’a sonsuz teşekkür borçluyum.

Moda, 5.1.1998

Dr. Gülsevil Alpagut

İÇİNDEKİLER

İçindekiler

Kısaltmalar

§ 1.GİRİŞ	1
I.Konunun önemi	1
II.Konunun incelenmesi	2

Birinci Bölüm

GENEL OLARAK BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

§ 2.BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TÜRLERİ	5
I.Genel Olarak	5
	I

II.Belirli ve Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmesi Ayırımı	6
1.Ayırımın esası ve önemi	6
2.Belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi kavramları	7
III.Hizmet Sözleşmesinde Sürelendirme Türleri	8
1.Sürenin belirlenmesi bakımından	8
a.Takvim biriminin esas alınması	8
b.İşin amacının esas alınması	9
2.Sürenin etkisi bakımından	12
a.Asgari veya azami bir sürenin kararlaştırılması	12
aa.Asgari süreli sözleşmeler	12
bb.Azami süreli sözleşmeler	13
b.Asgari ve azami sürenin birlikte kararlaştırılması	14
3.Belli bir olayın vukuuna bağlı olarak sürelendirme ve bozucu şartın süre belirleme işlevi	15
IV.Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinde Şekil	18
1.Genel olarak şekil serbestisi ilkesi ve istisnaları	18
a.Yasadan doğan şekil zorunluluğu	19
b.Sözleşmenin taraflarınca öngörülen şekil şartı (iradi şekil)	20
2.Yazılı şekil şartının hukuki niteliği	20
a.Yasa tarafından öngörülen şekil şartının hukuki niteliği	20
b.Sözleşmenin taraflarınca öngörülen şekil şartının hukuki niteliği	23

İkinci Bölüm

BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU VE SINIRLANDIRILMASI

§ 3.BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	25
I.Genel Olarak	25
II.Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Sınırlandırılması Sorunu	29
1.Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasını gerektiren nedenler	30
a.Belirli süreli hizmet sözleşmesi ve iş güvencesi	30
b. Belirli süreli hizmet sözleşmesi ve kıdem tazminatı	36
2.Çalışma yaşamında esneklik ihtiyacı ve atipik iş ilişkisi olarak belirli süreli hizmet sözleşmesi	37
a.Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılması eğiliminde görülen değişim	37
b.Örnekler	39
§ 4.BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SINIRLANDIRILMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI	43
I.Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Sınırlandırılması Konusunda İleri Sürülen Görüşler	43
1.İşçiyi gözetme borcuna aykırılık görüşü	43
2.Kanuna karşı hile görüşü	46
	III

a.Subjektif sınırlandırma kriteri olarak dolanma niyeti	46
b.Objektif sınırlandırma kriteri olarak işleve aykırılık	48
3.İrade özerkliğinin hakkaniyet esası ile sınırlandırılması görüşü	49
4.Hakkın kötüye kullanılması görüşü	51
II.Değerlendirme ve Kişisel Görüş	52

§ 5.TÜRK HUKUKUNDA BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SINIRLANDIRILMASI KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMLAR

57

I.Yargı Kararlarıyla Getirilen Sınırlama: Zincirleme Hizmet Sözleşmeleri	57
II.Toplu İş Sözleşmeleri ile Getirilen Sınırlamalar	61
1.Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri	62
a.Sözleşmenin kurulmasına neden yönünden getirilen sınırlamalar	63
b.Sözleşmeye süre yönünden getirilen sınırlamalar	64
2.Toplu iş sözleşmelerinde belirli süreli hizmet sözleşmesine ilişkin diğer hükümler	66
III.158 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi	68

§ 6.BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SINIRLANDIRILMASINDA OBJEKTİF HAKLI NEDEN KAVRAMI VE SÜRELENDİRMEYİ HAKLI KILAN HALLER

73

I.Genel Olarak	73
----------------	----

II.Hizmet Sözleşmesinin Sürelendirilmesinde Objektif Haklı Neden Kavramı	74
III.Sürelendirmeyi Haklı Kılan Haller	75
1.Kişisel nedenlere bağlı sürelendirmeler	75
a.Deneme amaçlı iş ilişkileri	75
aa.Sözleşmenin deneme amacıyla sürelendirilmesi	77
bb.Deneme süresinin uzunluğu	79
b.Başarıya bağlı olarak sürelendirme	83
c.Yan iş olarak kısmi süreli iş ilişkileri	85
2.Yapılan işin (mesleğin) özelliklerine bağlı sürelendirmeler	88
a.Sahne sanatçıları	88
b.Profesyonel futbolcular	91
c.Yaş sınırı	92
3.İşletmeye bağlı nedenlerle sürelendirmeler	95
a.Geçici işgücü gereksinimi	95
aa.Kişiyeye ilişkin nedenlerden kaynaklanan geçici işgücü gereksinimi	96
bb.İşe (işletmeye) ilişkin nedenlerden kaynaklanan geçici işgücü gereksinimi	98
b.Mevsim ve kampanya işleri	102
aa.Kavram	102
bb.Mevsim ve kampanya işlerinde hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi	105
cc.Mevsim ve kampanya işlerinde zincirleme sözleşmeler	108
dd.Sözleşme yapma zorunluluğu	110

4.Yasa gereği sürelendirmeler	112
a.Özel okul yönetici ve öğretmenleri ile yapılan sözleşmeler	113
b.Anonim şirket müdürleri ile yapılan sözleşmeler	114

§ 7.SÜRELENDİRMENİN HUKUKA AYKIRILIĞINA BAĞLANAN SONUÇLAR

117

I.Genel Olarak	117
II.Kanuna Karşı Hile Görüşünün Hukuki Sonuçları	117
III.Hakkın Kötüye Kullanılması Görüşünün Hukuki Sonuçları	119

Üçüncü Bölüm

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE ÜYE ÜLKE MEVZUATLARINDA BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

§ 8.AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEME ÇALIŞMALARI

123

I.Genel Olarak	123
II.Avrupa Birliği'nin Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yönerge Faaliyetleri	124
1.Süreli çalışmaya ilişkin 1982 tarihli yönerge taslağı	124
2.Süreli çalışmaya ilişkin 1984 tarihli yönerge taslağı	128
3.1990 tarihli yönerge taslakları	129

a.Belirli iş ilişkilerinde çalışma şartlarına ilişkin yönerge taslağı	130
b.Belirli iş ilişkilerinde rekabetin bozulmasına ilişkin yönerge taslağı	132
c.Geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin güvenlik ve sağlık korumasının iyileştirilmesine ilişkin yönerge	133
III.Değerlendirme	133

§ 9.AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE ÜLKELERDE BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

137

I.Genel Olarak	137
II.Üye Ülkeler Mevzuatı	138
1.Almanya	138
2.Belçika	141
3.Fransa	142
4.İtalya	145
5.Hollanda	147
6.Portekiz	148
7.İspanya	150
8.İngiltere	151
9.Yunanistan	152
10.Danimarka	153
11.İrlanda	153
12.Lüksemburg	153
13.İsveç	154

Dördüncü Bölüm**BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE
HUKUKİ SONUÇLARI**

§ 10.BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	157
I.Genel Olarak Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi	157
II. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Özellikler	160
1.Hukuki işleme gerek olmaksızın sona erme (ipso iure Beendigung)	160
a.Hizmet sözleşmesinin susma (sukut) ile yenilenmesi	164
aa.Hukuki niteliği	164
bb.Şartları	166
cc.Süresi	169
b.Sözleşmenin irade beyanında bulunmama yoluyla yenilenmesi	170
aa.Hukuki niteliği	172
bb.Şartları	172
cc.Süresi	172
2.Hukuki işlemle sona erme	173
a.On yılı aşan belirli süreli hizmet sözleşmelerinde olağan fesih imkanı	173
b.Haklı nedenle fesih	175

§ 11.BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI **177**

I.Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın Süresinden Önce Feshi ve Hukuki Sonuçları **177**

1.Sözleşmenin işveren tarafından süresinden önce haksız feshi **177**

a.Feshin hukuki niteliği **177**

b.Feshin hukuki sonuçları **184**

aa.İşçinin sözleşme süresine ilişkin parasal talep hakkı **184**

bb.Mahtubu gereken unsurlar **185**

aaa.İşçinin tasarruf ettiği değerler **186**

bbb.Diğer bir işle kazanılan veya kazanılmaktan kasten kaçınılan şey **187**

ccc.Mahtubu gereken değerlerin ispatı **188**

cc.İhbar ve kıdem tazminatı hakları **188**

2.Sözleşmenin işçi tarafından süresinden önce haksız feshi **189**

a.Feshin hukuki niteliği **189**

b.Feshin hukuki sonuçları **190**

aa.Süresinden önce fesih nedeniyle uğranılan zararın tazmini **190**

bb.İhbar ve kıdem tazminatı hakları **192**

3.Süresinden önce haksız fesih ve cezai şart **193**

a.Sözleşmenin işverence süresinden önce haksız feshi ve cezai şart **196**

b.Sözleşmenin işçi tarafından süresinden önce haksız feshi ve cezai şart **197**

c.Fahiş görülen cezai şartın indirimi **198**

II.Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Süresinin Bitimi ile Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları	200
III.Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Sona Erdirilmesinin Hukuki Sonuçları	204
1.Sözleşmenin işveren tarafından feshi	204
2.Sözleşmenin işçi tarafından feshi	205
Genel Değerlendirme ve Sonuç	207
Yararlanılan Kaynaklar	217

KISALTMALAR

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AB	Amtsblatt
AEG	Amtsblatt Europaeischen Gemeinschaeft
AMK	Alman Medeni Kanunu
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ARS	Arbeitsrechtsammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und arbeitsgerichte
Art	Artikel
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für arbeitsrechtliche Praxis
AB	Avrupa Birliği
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bak	Bakınız
Basınışk	Basın İş Kanunu

Batider	Banka Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebsberater
BeschFG	Beschaeftigungsförderungsgesetz
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Borçlar Kanunu
DB	Der Betrieb
DenizİşK	Deniz İş Kanunu
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
GG	Grundgesetz
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İHD	İş Hukuku Dergisi
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHU	İş Hukuku Uygulaması
İşK	İş Kanunu
Kamu İş	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Dergisi
Karş	Karşılaştırınız
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RdNr	Rand Nummer

RG	Resmi Gazete
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
TİSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
Tühis	Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi
TVG	Tarifvertragsgesetz
UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü
vd	ve devamı
Y9HD	Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

§ 1. GİRİŞ

1. Konunun önemi

Tarihsel gelişim süreci içerisinde bir koruma hukuku olarak gelişen İş Hukuku, 19. yüzyıldan itibaren devletin bu alanda emredici müdahalelerine konu olmuştur. Klasik liberal anlayıştan uzaklaşarak sosyal devlet ilkesi ışığında gerçekleştirilen bu müdahaleler işçi-işveren ilişkilerinin temelini oluşturan hizmet sözleşmesinin kurulması, muhtevası ve sona ermesi bakımından daima tek yönlü bir ilerleme kaydetmiş ve bu arada işçinin işinde sürekliliğin sağlanması İş Hukukunun başlıca amaçlarından biri haline gelmiştir. Çalışma hakkının korunması ulusal ve uluslararası düzeyde düzenlemelere konu olmuştur. İş Hukukunda bu gelişime paralel olarak, işçinin feshe karşı korumadan yararlandığı belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin çalışma yaşamında kural olanı oluşturduğunun kabulüyle, belirli süreli hizmet sözleşmesi istisnai bir tür olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla belirli süreli hizmet sözleşmesi kurumu, bu bağlamda, iş güvencesinin sağlanması sorunu ile yakından ilgilidir. Ancak bu tür sözleşmeler salt feshe karşı tam bir korumanın gerçekleştirildiği hukuk sistemleri bakımından değil, yeterli bir feshe karşı korumanın bulunmadığı hukuk sistemleri bakımından da önemlidir. Nitekim, feshe karşı korumanın oldukça ileri düzeyde sağlanmış olduğu Alman Hukukunda, feshe karşı koruma yasasının tarihi 1951 yılına rastlamakla birlikte, belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasının sınırlandırılmasına ilişkin yargı içtihatları 1930'lu yıllara dayanmaktadır. Uluslararası hukukta belirli süreli hizmet sözleşmesinin ele alınması, bir yandan bu tür sözleşmelerin yapılmasının sınırlandırılması, diğer yandan bu tür sözleşme ile çalışanların gerek sözleşmenin devamı sırasında gerekse sona ermesinde korunması yönlerinden olmuştur.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorunlar ülkemiz bakımından yeni bir konu değildir. Ancak, gerek bu konuda hala yeterli bir hukuki düzenlemeye ulaşılamaması, gerekse, 158 sayılı UÇÖ sözleşmesinin ülkemiz tarafından onaylanması konunun güncelliğini korumasını sağlamıştır. Nitekim, bireysel iş hukukuna ilişkin yargı önüne gelen uyuşmazlıkların içinde, belirli süreli hizmet sözleşmesinin özel yapısından kaynaklanan sorunlar azımsanamayacak ölçüdedir. Konunun güncellik kazanmasında diğer bir etken ise, 1980'li yıllardan itibaren iş hukukunda beliren esneklik ihtiyacının sonucu olarak esnekliğin sağlanması ve işsizliğin giderilmesinde bu tür istihdama verilen önemdir.

2. Konunun incelenmesi

Belirli süreli hizmet sözleşmesi konusu, tezde dört bölüm içinde incelenmiştir. Birinci bölümde belirli süreli hizmet sözleşmesine ilişkin genel bilgiler; belirli süreli hizmet sözleşmesi kavramı, hizmet sözleşmesinde sürelendirme biçimleri ve belirli süreli hizmet sözleşmesinin şekli ele alınmıştır.

İkinci bölümde; belirli süreli hizmet sözleşmesinin hukuka uygunluğu ve sınırlandırılması başlığı altında, bu tür sözleşmelerin sınırlandırılması sorunu incelenmiştir. Bu bölümün ilk paragrafında, belirli süreli hizmet sözleşmesi ve sözleşme özgürlüğü başlığı altında, hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasını gerektiren nedenler ve çalışma yaşamında beliren esneklik ihtiyacının sonucu olarak belirli süreli hizmet sözleşmesinin esneklik boyutu altında değerlendirilmesi üzerinde durulmuştur. İkinci paragrafta, belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasının hukuki dayanakları başlığı altında, Türk ve Alman hukuk sistemlerinde bu konuda ileri sürülen teoriler ele alınarak bir senteze ulaşılmaya çalışılmıştır. Nihayet son paragrafta, Türk hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılması konusundaki yaklaşımlar başlığı altında, hukukumuzda yargı kararlarıyla ve toplu iş sözleşmeleriyle getirilen sınırlamalar, UÇÖ'nün 158 sayılı sözleşmesi ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümü, AB hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmesinin düzenlenmesine ilişkin yönerge faaliyetleri ve AB üyesi ülkelerde belirli süreli hizmet sözleşmesi rejimine ayrılmıştır.

Çalışmanın dördüncü bölümünde ise, belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi ve hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Bu bölümün ilk alt ayrımında genel olarak hizmet sözleşmesinin sona erme hallerine değinildikten sonra, belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin özellikler, bu bağlamda sözleşmenin süresinin dolması

ile kendiliğinden sona ermesi, uzatılması ve hukuki işlemle sona ermesi ele alınmıştır. İkinci alt ayırım ise, belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarına ilişkin olup, bu ayırımda özellikle sözleşmenin süresinden önce haksız feshi, bu feshin cezai şarta bağlanması ve belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinin işçinin ihbar ve kıdem tazminatı hakları bakımından sonuçları incelenmiştir.

Genel değerlendirme ve sonuç bölümünde ise, konuya ilişkin tespitler ve ulaşılan sonuçlara yer verilmiştir.

Birinci Bölüm

GENEL OLARAK BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

§ 2. BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE TÜRLERİ

I. Genel Olarak

Taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğuran hizmet sözleşmesinde, ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak, iş ilişkisinin konusunu teşkil eden edimin yerine getirilmesi zaman içerisinde bir süreyi kapsar¹. Ani edimli borç ilişkilerinde borçlunun tek hareketi ile borcun bir defada ifası söz konusudur². Edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda olmaktadır. Bir başka deyişle, alacaklının edimin ifasındaki menfaati bu anda gerçekleşir. Ani edimli borç ilişkilerindeki bağıllık “sona ermeye yönelik”tir ve amaç edimin yerine getirilmesi

¹ A.HUECK/H.C. NİPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlin/Frankfurt 1963,527; A. NIKİSCH, Arbeitsrecht Band I, Tübingen 1961, 165; K.LARENZ, Lehrbuch des Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 14. Auflage, München 1987,29 Ö.SELİÇİ, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 7

² M.K. OĞUZMAN / T. ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, 9; S.S. TEKİNAY / S. AKMAN / H. BURCUOĞLU / A. ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1988,13

ile hukuki ilişkinin de sona ermesidir. Sürekli borç ilişkilerinde de amaç her borç ilişkisinde olduğu gibi alacaklının edadaki menfaatinin gerçekleşmesidir³. Ancak bunlarda edimin yerine getirilmesi, borçlunun zaman içerisinde sürekli bir takım fiil veya hareketlerde bulunmasına bağlıdır⁴.

Dolayısıyla sürekli borç ilişkisinin varlığı bir defalık ifa ile sona ermez, bu ilişki sürdüğü müddetçe borcun ifası sözkonusudur⁵.

Sürekli bir borç ilişkisi olarak hizmet sözleşmesinde de edim sonucunun gerçekleşmesi zaman içerisine yayılan bir sürede olmaktadır. İşçinin yüklendiği borç, işverene bağlı olarak bir süre için olumlu bir davranış, bir faaliyettir⁶. Buna paralel olarak, işverenin ücret ödeme edimi de bu ilişki süresince devam eder. Bu bağlamda, hizmet sözleşmesinin belirleyici unsurlarından birini; belirli tek bir işin yapılması veya belli bir sonucun meydana getirilmesi değil, işin bir zaman dilimi içerisinde yapılması oluşturur. Dolayısıyla, taraflar arasındaki ilişki daima bir süreyi içerir.

Karşılıklı edimlerin ifa edileceği bu süre belirli bir dönemi kapsayabileceği gibi belirsiz de olabilir. Nitekim BK. m.313'de hizmet sözleşmesi; işçinin "muayyen veya gayri muayyen bir zamanda" hizmet görmeyi ve işverenin de ona bir ücret vermeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmakla bu husus açıklanmıştır.

II. Belirli ve Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmesi Ayırımı

1. Ayırımın esası ve önemi

Mevzuatımızda BK. m. 338, 339, 340'da belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımına yer verilmiş, İşK. m.9, 13, 15, 16, 17'de belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinden söz edilmiştir. Deniz İşK. m.7'de hizmet sözleşmesinin belirli bir süre veya sefer için yahut süresiz olarak yapılabileceği hükme bağlanmış yine çeşitli maddelerde bunlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Basın İşK. m. 5'te de süresi belli olmayan hizmet sözleşmeleri ile ilgili hükümler düzenlenmiştir.

³ SELİÇİ,8

⁴ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 14

⁵ K.LARENZ, Lehrbuch des Schuldrecht, Band I, 30

⁶ SELİÇİ,24

Yasal düzenlemelerdeki belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımının esası tarafların sözleşmede açıkça veya örtülü olarak bir süre kararlaştırmış olup olmadıklarına dayanmaktadır⁷. Nitekim, BK. m.338'de hizmet sözleşmesinin belli bir süre için yapılmış yahut böyle bir sürenin işin maksut olan gayesinden anlaşılakta bulunmasından söz edilmekle bu husus açıklanmıştır.

Ayırımın önemi ise, esas itibariyle sözleşmenin sona ermesi ve buna bağlanan hukuki sonuçlarda yer almaktadır. Bunun dışında, kural olarak belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımı sözleşmenin içeriği ve çalışma şartları bakımından bir fark yaratmaz.

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

2. Belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi kavramları

Belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine bağlanan hukuki sonuçların farklılığı, belirsiz süreli sözleşmelerin kural olarak işçi lehine görünüm arzemesi, öncelikle bu kavramların sınırlarının açık olarak saptanmasını zorunlu kılar. İkinci bölümde ayrıntıları ile incelenmeye çalışılacak belirli süreli hizmet sözleşmesinin geçerliliğinin sınırlanması sorunu, salt taraflar arasında bağitlanmış belirli süreli sözleşmede sürelendirmenin geçerliliğini değil, öncelikle gerçek bir sürelendirmenin, diğer bir deyişle belirli süreli sözleşmenin bulunup bulunmadığını da ilgilendirir. Bu bakımdan İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliği de dikkate alınarak, diğer borç ilişkileri bakımından bir süre tayini teşkil edebilecek bazı olguların, hizmet sözleşmelerinde sürelendirme aracı olarak kullanılamayacağı görülmektedir.

Bu bağlamda, belirli süreli hizmet sözleşmesi, salt hukuki ilişkinin zaman içerisinde herhangi bir anda sona ereceğinin kararlaştırıldığı sözleşmeyi ifade etmez. Belirli süreli hizmet sözleşmesi; taraflarca sözleşmenin kurulduğu anda hukuki ilişkinin devam süresinin, diğer bir ifade ile sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği, bu anın sözleşmede açıkça veya örtülü olarak kararlaştırıldığı sözleşmedir⁸. Zira,

⁷ M. EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987; T.CENTEL, İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994,88

⁸ Bu yönde: W. GITTER, Arbeitsrecht, Band 14, Heidelberg 1991,68; K. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku,

sürekli bir borç ilişkisi olarak hizmet sözleşmesi daima bir süreyi içerir. Sözleşmeye belirli veya belirsiz süreli olma niteliğini kazandıran unsur, hukuki ilişkinin kurulduğu anda, taraflarca açık veya örtülü olarak yapılan kararlaştırma sonucu, sona erme anının bilinmesi veya öngörülebilmesidir. Sözleşmenin sona ereceği an taraflarca bilinmediği veya öngörülebilir nitelik taşımadığı sürece kararlaştırılan herhangi bir süre sözleşmeye belirli süreli olma niteliğini kazandırmaz⁹.

Böylece, belirsiz süreli hizmet sözleşmesi; taraflarca sözleşmede hukuki ilişkinin devamına ilişkin açık veya örtülü olarak bir sürenin kararlaştırılmadığı veya buna ilişkin bir anlaşma bulunmakla birlikte, sözleşmenin sona erme anının önceden bilinmediği veya öngörülemediği sözleşmedir.

III. Hizmet Sözleşmesinde Sürelendirme Türleri

1. Sürenin belirlenmesi bakımından

a. Takvim biriminin esas alınması

Hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesinde en çok kullanılan biçim taraflarca sözleşme süresinin bir takvim birimi kullanılmak yoluyla belirlenmesidir. Sözleşme süresinin açıkça veya doğrudan belirlenmesi olarak da nitelenen¹⁰ bu durumda taraflar sürenin boyutunu belirlemek için gün, hafta, ay, yıl gibi bir takvim birimi kullanmak suretiyle sözleşme süresini saptarlar. Öte yandan tarafların tespit ettiği bu süre bir kesin öneli içerebileceği gibi, bir tarih belirlenmesi de olabilir. Bu bağlamda

İstanbul 1971,436; T. ESENER, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 1975,133; Bak ve karş. CENTEL, İş Hukuku, 88

⁹ Ayrıca bak. M.K. Oğuzman, Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955,14; Yazar Borçlar Kanunu ve İş Kanunu bakımından bu konuda bir ayırım yapmakta ve Borçlar Kanununda yer alan müddetli-müddetsiz sözleşme ayırımının İş Kanununda düzenlenen belirli-belirsiz süreli sözleşme kavramlarından farklı olduğunu belirtmektedir. Buna göre, sözleşmede bir süre kararlaştırılmış olmakla birlikte bu sürenin sonunu önceden tayin imkanı bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri gereğince müddetli bir sözleşme mevcuttur, İş Kanunu bakımından belirsiz süreli (gayrimuayyen müddetli) bir sözleşme mevcuttur. Aynı görüş; Ü. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri 1,2. Bası, Ankara 1994,171. Biz Borçlar Kanunu ve İş Kanunları arasında yapılan böyle bir ayırımı gerekli görmüyoruz. Her şeyden önce belirli süreli sözleşme kavramının kanunlar bazında farklı değerlendirmeye neden olmaması ve sözleşmenin sona ereceği anın taraflar için önceden belirli veya öngörülebilir nitelik taşımadığı hallerde her iki kanun bakımından da belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin kabul edilmesi gerektiğini savunuyoruz.

¹⁰ J.CAPODISTRIAS, Die Zeitbestimmung beim Arbeitsverhaeltnis, Berlin 1940,7; T. BRENDER, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertraeges, Zurich 1976,7

“hizmet sözleşmesi üç ay sürecektir” ibaresi ilk duruma, “31.1.1997’ye kadar sürecektir” ibaresi ikinci duruma örnek olarak verilebilir.

Bununla birlikte, “üç-dört hafta” veya “kampanya süresince” gibi tanımlamalar, zaman açısından tam olarak saptanamadıkları sürece belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığının kabulü için yeterli değildir¹¹.

Bu bağlamda, mevsim ve kampanya işleri için yapılan hizmet sözleşmeleri mevsim ve kampanya süresinin önceden tespit edilmiş olduğu durumlarda takvim birimi esas alınmak suretiyle sürelendirilmiş hizmet sözleşmeleridir¹².

b. İşin amacının esas alınması

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığı, daima taraflarca sözleşmenin sona ereceği anın açıkça bir takvim birimi esas alınarak kararlaştırılmasını gerektirmez. Sürenin taraflarca bir takvim birimi kullanılmak suretiyle belirlenmiş olmadığı durumlarda, sözleşmenin konusunu teşkil eden, görülen işin amacından da sözleşmenin sürelendirildiği anlaşılabılır. Nitekim, hizmet sözleşmesinin örtülü veya dolaylı biçimde sürelendirilmesi olarak da nitelenen¹³ bu durum BK. m. 338’de hükme bağlanmıştır. BK. m.338’e göre; hizmet sözleşmesinin süresi belli bir müddet için yapıldığı haller yanında “işin maksut olan gayesinden” de anlaşılabılır.

Bu husus mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun 345. nci maddesinde de aynı şekilde yer almaktayken¹⁴, 1 Ocak 1972 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle sürelendirme biçimine ilişkin bu hüküm kaldırılmış ve eski m.345’e tekabül eden 334’ncü maddede herhangi bir ayırıma gidilmeksizin, doğrudan belirli süreli hizmet sözleşmesinden sözedilerek sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

¹¹ HUECK / NIPPERDEY 531; W.ERMAN / P. HANAU, BGB Handkommentar, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Münster 1989, BGB § 620, RdNr 38

¹² W. HILLEBRECHT, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Auflage, 1989, BGB § 620 Rdnr.50; W.BÖHM / U. BÖRGEMANN, Befristete Arbeitsverhältnisse, 1990,13; F. BÖHM, Die Problematik Befristeter Verträge im Arbeitsrecht, Köln 1971,5

¹³ CAPODISTRIAS,7; BRENDER,27

¹⁴ Maddenin ilk şeklinde “hizmet sözleşmesinin belirli bir süre için kurulmuş veya böyle bir sürenin hizmetin belirtilmiş olan amacından anlaşılması”ndan söz edilmiştir.

Alman Medeni Kanunu § 620/II'de ise, sözleşme süresinin açıkça belirleneceği gibi, işin niteliği veya amacından da anlaşılabilirliği belirtilmiştir.

Sözleşme süresinin işin amacı esas alınmak suretiyle belirlendiği durumlara örnek olarak, bir iş gezisi için şoförün işe alınması, gemi adamının belirli bir sefer için işe alınması, hastalık veya analık izninde bulunan işçinin yerine onun işini yürütmekle görevli olmak üzere bir diğer işçinin işe alınması, mevsim sonu satışları, Noel süresince yapılacak işler veya mevsim ve kampanya işleri için işçinin işe alınması durumları gösterilebilir¹⁵.

İşin amacıyla sürelendirme salt sözleşmenin yapılmasına yönelik amacın açıklanmış olması ile gerçekleşmez. Amaca bağlı olarak sürelendirmeden söz edebilmek için üç unsurun varlığı gerekir. İlk olarak, işin amacı sözleşmenin bağlanması anında her iki taraf için objektif olarak anlaşılabilir olmalıdır. Bunun yanı sıra, hizmet ediminin amacı sözleşmenin kurulması anında işverenin işçiyi istihdamı için salt bir saik niteliğinde olmayıp aynı zamanda amacın belirlenmesi sürelendirme anlamında ifade edilmiş olmalı ve işçi de amacın bildirilmesini bir süre belirleme olarak anlamalıdır¹⁶.

Dolayısıyla görülen işin gayesinin, sözleşme süresinin ölçü ve sınırını teşkil ettiğinin taraflar ve işçi bakımından açık olduğu durumlarda bir amaca bağlı olarak sürelendirmeden bahsedilebilir¹⁷. Bu nedenle, işçinin, belli bir zaman dilimi içinde yerine getirebilecek bir işle görevlendirilmesi sürelendirme için yeterli olmadığı gibi¹⁸, işveren tarafından salt amaca ilişkin bir irade açıklaması da sürelendirme anlamına anlamına gelmez¹⁹. Örnek verecek olursak, bir inşaat firmasının işe aldığı bir elektrik teknisyeninin o anda yapılmakta olan binanın elektrik işleriyle görevlendirilmesinde, tarafların bu yönde iradeleri mevcut olmadıkça, işçinin belirli süreli sözleşme ile çalıştırıldığı söylene-

¹⁵ Y 9HD de bir kararında taraflar arasındaki sözleşmede "hizmet sözleşmesinin süresi Halıköy Ana Maden Ocağı İstihraç Projesinin kapsadığı kuyu ve galerilerin bitim tarihi" olarak belirtildiğinden hareketle belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığını kabul etmiştir. 13.9.1977, 10272/12560 ve D. ULUCAN'ın incelemesi İHU İş K.13(No:10); Y 9HD yine aynı doğrultuda diğer bir kararında, "davacının davalının taahhüdünde bulunan lojman inşaatı işyerinde geçici kabulden sonra sıva ve mozaik gibi noksan kalan işlerin tamamlanması için diğer davalı taşeron tarafından istihdam edildiği ve işin bitimi ile de iş akitlerinin son bulduğu, böylece niteliği itibarıyla belirli süreli bir iş olduğu"nu hükme bağlamıştır. 15.09.1988, 6049/8073, Çimento İşveren D.Kasım 1988,26; aynı yönde, Y 9HD., 4.12.1980, 12228/12751, ÇENBERCİ, 261

¹⁶ HUECK / NIPPERDEY, 532; NIKISCH, 670; J. CAPODISTRIAS, 9; SELİÇİ 68-69; BÖHM, 7

¹⁷ W. ERMAN / G. KÜCHENHOFF, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Münster / Westfallen 1981, BGB § 620, RdNr 19; G.SCHAUB, Arbeitsrecht Handbuch, 7. Auflage, München 1992,207

¹⁸ HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 59

¹⁹ SCHAUB, 207

mez. Zira, burada inşaatın bitimi ile hizmet sözleşmesinin de sona ereceği hususunda hukuki açıklık bulunmamaktadır. Bu açıdan önemli olan husus, işçinin inşaat firmasının sürekli faaliyeti olan inşaat işlerinde daimi surette çalıştırılıp çalıştırılmayacağı diğer bir ifade ile sadece o andaki inşaatın tamamlanması ile hizmet sözleşmesinin de sona erip ermeyeceğidir. Bu bağlamda görülen işin amacı esas alınarak sürelendirme tarafların bu yönde ortak iradelerinin bulunmasını diğer bir ifade ile en azından örtülü bir anlaşmanın varlığını gerektirir²⁰.

Nihayet bu türden sürelendirmenin varlığı için, amaca erişme anı ve böylece hizmet sözleşmesinin sona ereceği an objektif olarak yeterli açıklıkla saptanabilir olmalıdır²¹. Zira, yasada açık ve örtülü olarak sürelendirmenin belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığının kabulü bakımından aynı şekilde ele alınması, işçinin ifa ile yükümlü olduğu işin amacını bilmesi yanında, sözleşmenin sona erme anını öngörebilmesi ve durumunu buna göre ayarlayabilmesini gerektirir²². Bu bakımdan örneklendirecek olursak, yıllık izinde bulunan işçinin yerine bir başka işçinin işe alınmasında, süre öngörülebilir nitelik taşımakta ve diğer unsurların da varlığı ile işin amacı esas alınarak sürelendirilmiş bir hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Dolayısıyla, işin amacı, bu amacın gerçekleşme anının işçi bakımından öngörülebilir olması şartıyla sürelendirmenin varlığını kabule imkan verecektir.

Alman Federal İş Mahkemesi eski tarihli kararlarında; hizmet sözleşmesinin işin amacına bağlı olarak sürelendirildiği, ancak bu sürenin öngörülebilir nitelik taşımadığı veya amacın beklenmeyen bir anda gerçekleştiği durumlarda, asgari fesih önellerinin dolanılması olgusundan hareketle, taraflar arasında belirsiz süreli sözleşmenin varlığını kabul etmişken²³, 1986 yılından itibaren görüşünü değiştirmiştir. Buna göre; işçi için sona erme anının öngörülebilir olmaması, amaca bağlı olarak sürelendirmenin geçerliliğini etkilemez. Bu durumda asgari fesih önellerinin dolanılması mevcut olmakla beraber, dolanma belirsiz süreli sözleşmenin kabulünü gerektirmez. Kanuna karşı hile müessesesi sadece dolanılan hükmün hukuki ilişkiye uygulanmasını gerektirir ve bu türden sözleşmenin sona ermesinde asgari fesih önellerine uyulmak

²⁰ HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 59; J. von STAUDINGER / D. NEUMANN, Kommentar zum Bürgerlichengesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 12. Auflage Berlin 1991, BGB § 620, RdNr 6; SCHAUB, 207; ERMAN / KÜCHENHOFF, BGB § 620 RdNr 19; CENTEL, İş Hukuku, 89

²¹ HUECK / NIPPERDEY I, 531; ERMAN / KÜCHENHOFF, BGB § 620 RdNr 19; STAUDINGER / NEUMANN, BGB § 620 RdNr 7; SCHAUB, 207; NIKISCH, 670; U. STREIFF / A. KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Der Arbeitsvertrag, OR.Art. 319-362 mit kommentaren für Lehre und Praxis, 5. Auflage, Zurich 1992, Art.334 Nr. 2; ERMAN / HANAU, BGB § 620 RdNr 39; M. EKONOMI, İş Hukuku, 80; D. ULUCAN, İHU, İşK.13 (No:10); CENTEL, İş Hukuku, 88

²² HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 60

²³ BAG 17.2.1983, SAE Nr. 64 zu § 620 BGB

gerekir²⁴. Doktrinde işverenin genel gözetim borcuna dayandırılan bu yüküm, bir fesih niteliğini taşımadığı gibi buna uyulmaması da sözleşmenin devamını ve belirsiz süreliye dönüşümünü değil, sadece ihbar öneli tutarında ücret borcunu doğurur²⁵. Bu bağlamda, Alman Hukukunda amaca bağlı sürelendirmenin geçerliği için, amacın gerçekleşme anının, diğer bir ifadeyle sözleşmenin sona erme anının işçi bakımından mutlaka öngörülebilir nitelik taşıması gerekmediği, bu anın öngörülebilir nitelikte bulunmamasının sadece, işverene bildirimde bulunma yükümü getirdiği görülmektedir. Şüphesiz bu çözüm tarzı, kapsamlı bir yasal feshe karşı koruma düzeninin bulunduğu hukuki sistem içerisinde tutarlıdır. Zira, amaca bağlı sürelendirme esas itibarıyla işin niteliğinden kaynaklanır. Bu durumlarda ya iş bizzat geçici nitelik taşır (örneğin, işyerinde yapılması gereken arıza işlerin ortaya çıkması) veya iş işletme bakımından sürekli nitelikte olmakla birlikte işçinin işyerinde çalışması, işçiye olan ihtiyaç bizzat bir süreye bağlıdır (örneğin, yıllık izinde bulunan işçinin yerine işçi alınması). Dolayısıyla, sıkı bir feshe karşı koruma hukukunun bulunduğu hukuki sistem içerisinde işverenin geçici nitelik taşıyan bu tür işler için belirsiz süreli sözleşme ile bağlanması düşünülemez. Öte yandan, amacın gerçekleşme anının öngörülebilir nitelik taşımadığı durumlarda, işverene ihbar öneli tutarında ücret ödeme yükümlülüğü getirilmekle işçinin korunması sağlanmıştır.

2. Sürenin etkisi bakımından

a. Asgari veya azami bir sürenin kararlaştırılması

aa. Asgari süreli sözleşmeler

Hizmet sözleşmesinin tarafları iş ilişkisinin devamı için asgari bir süre öngörebilirler. Örneğin, hizmet sözleşmesi en az 3.5.1997'ye kadar sürecektir gibi. Bu anlaşma sözkonusu süre zarfında olağan fesih hakkının bertaraf edildiği bir asgari süreyi içerir. Dolayısıyla bu türden bir sözleşme en erken asgari sürenin sonunda ve yasal fesih önellerine uyulmak suretiyle sona erdirilebilir²⁶.

²⁴ BAG 12.6.1987, SAE Nr. 90 zu § 620 BGB; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 64

²⁵ SCHAUB, 207; BÖHM/BÖRGMANN, 14; R. SCHWEDES Einstellung und Entlassung des Arbeitnehmers 7. Auflage Freiburg 1993,135

²⁶ STAUDINGER/NEUMANN § 620 RdNr. 34; K. TUNÇOMAĞ Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977,908

Asgari süreli hizmet sözleşmelerinde tarafların gerçek iradesi sözleşmenin sona erme anını belirlemek olmayıp, belirli bir süre olağan fesih hakkını ortadan kaldırmak olduğundan bu tür süreli sözleşmeler gerçek olmayan süreli sözleşme olarak da nitelendirilmektedir²⁷. Asgari sürenin tarafların olağan fesih hakkını ortadan kaldırma niteliği, bu süre zarfında hukuki ilişkiye belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Bunu dışında asgari süreli hizmet sözleşmeleri hukuki yapısı gereği, varlığı asgari bir süre ile emniyet altına alınmış belirsiz süreli sözleşmelerdir²⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi belirli süreli hizmet sözleşmelerinin karakteristik özelliği sözleşmesinin feshe gerek olmaksızın, kendiliğinden sona ermesidir. Bu bağlamda, asgari süreli sözleşmelerde süreli sözleşme sadece görünüşte olup, sürenin sonunda tarafların fesih beyanında bulunmamaları durumunda, sözleşme belirsiz süreli olarak devam eder²⁹.

Mevzuatımızda asgari süreli hizmet sözleşmesi konusunda örnek olarak Deniz İşK. m.16 hükmü yer almaktadır. Deniz İşK. m.16'da; 14. maddede sayılan olağanüstü fesih halleri dışında belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe olağan fesih yoluyla sona erdirilemeyeceği hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, Deniz İşK.'na tabi belirsiz süreli sözleşmeler, altı ay süreyle olağan fesih hakkı sınırlanmış asgari süreli sözleşme niteliğindedirler.

bb. Azami süreli sözleşmeler

Taraflarca kararlaştırılmış süre hizmet sözleşmesinin devamına yönelik azami bir süreyi de oluşturabilir. Örneğin hizmet sözleşmesi en geç 31.7.1997'ye kadar sürecektir gibi. Bu durumda sözleşme, kararlaştırılan süre zarfında olağan fesihle sona erdirilebilirken, sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir³⁰.

²⁷ STREIFF/ KAENEL Art. 334 N.2; T.BRENDER, 4, 20

²⁸ BÖHM 12; OĞUZMAN, Fesih, 13; M. EKONOMİ, "Zincirleme hizmet Akitlerinin Belirsiz Süreli Hizmet Akdine Dönüşmeyeceği Haller ve Sonuçları", İHU, İşK. 9 (No:4); NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 172; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 47; D.ULUCAN, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi", M. REHBINDER / M. EKONOMİ, Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979,104

²⁹ OĞUZMAN, Fesih, 14

³⁰ NIKISCH, 665; OĞUZMAN, Fesih, 12; BRENDER, 18; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 44; MünchKomm. / SCHWERTNER, Schuldrecht, Besonderer Teil, Band III, München 1980, BGB § 620 RdNr 8; STAUDINGER / NEUMANN, BGB § 620 RdNr 37; D. ULUCAN, 104; TUNÇOMAÇ, Özel Borç İlişkileri, 908; Narmanlioğlu, 172

Bu türden sözleşmeler süresi zarfında olağan fesihle feshedilebilmeleri mümkün belirli süreli sözleşmelerdir. Ancak azami sürenin tespiti, taraflar arasındaki ilişkiye sürenin bitimine kadar belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanması sonucunu doğurur³¹. Azami süre içerisinde taraflar sözleşmeyi olağan fesihle sona erdirmek istediklerinde yasal fesih önelleri ile bağlı oldukları gibi, olağan feshin hukuki sonuçları da ilişkiye uygulanır.

Azami süreli sözleşmelerde, sözleşmenin kararlaştırılan süreden önce feshedilmesi durumunda sürelendirmenin sözleşmenin sona ermesinde bir fonksiyonu bulunmaz ve bu bakımdan sözleşmenin gerçek anlamda bir belirli süreli hizmet sözleşmesi niteliğini taşıdığı söylenemez. Oysa, kararlaştırılan sürede sözleşmenin sona ermesinde ise, gerçek bir belirli süreli sözleşme ile arada nesnel bir fark yoktur. Bu nedenle azami süreli sözleşmeler belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler arasında karma bir tip olarak kabul edilmektedir³². Öte yandan, bu tür sözleşmelerin işçiyi sözleşmenin sona ermesi ve sona erme biçimi bakımından da belirsizlik içinde bıraktığı da belirtilmelidir.

b. Asgari ve azami sürenin birlikte kararlaştırılması

Tarafların sözleşmede aralarındaki ilişkinin devamı için bir asgari süre yanında azami bir süre kararlaştırmaları da mümkündür. Sözleşme en az 1.4.1997 en fazla 31.12.1997'ye kadar sürecektir gibi. Bu durumda sözleşme asgari süre içerisinde olağan fesih hakkının bertaraf edildiği, azami sürenin sonunda ise feshe gerek olmaksızın sona eren belirli süreli sözleşme niteliğindedir. Asgari süreden sonra, azami süreye kadar olan zaman içerisinde ise sözleşmenin olağan fesihle sona erdirilebilmesi imkanı mevcuttur. Mevzuatımızda, BK. m.343 hükmü bu konuda önemli bir örnek oluşturmaktadır³³. BK. m.343 uyarınca, on seneden fazla bir süre için yapılmış hizmet sözleşmeleri on sene geçtikten sonra işçi tarafından her zaman ve bir aylık ihbar öneline uyularak feshedilebilir.

³¹ OĞUZMAN, Fesih, 12

³² HILLEBRECHT, BGB 620 RdNr 44

³³ OĞUZMAN, Fesih, 13

3. Belli bir olayın vukuuna bağılı olarak sürelendirme ve bozucu şartın süre belirleme işlevi

Tarafların sözleşmenin sona erme anını belirli bir olayın vukuuna bağlamaları da mümkündür. Gerçekleşmesi ve ne zaman gerçekleşeceği kesin bir olayın vukuu (dies certus an, certus quando) ile sürenin kararlaştırıldığı durumlarda gerçek bir sürelendirmenin varlığı açıktır. Sürenin bir olayın gerçekleşmesi ile tespit edildiği durumlarda, bu olayın gerçekleşme anı tarih olarak belirli olabileceği gibi görülen işin amacından da anlaşılabilir. Örneğin yıllık izinde bulunan işçinin yerine, onun işini ifa ile görevlendirilmek üzere yeni bir işçinin işe alınmasında görüldüğü gibi. Bu durumda bir işin amacı esas alınarak sürelendirme mevcut olduğu gibi (İzinli işçinin izin süresinin sonuna kadar o işin ifası amacı ile işe alma), sözleşmenin sona ermesi aynı zamanda işçinin izinden dönmesi olayına bağlanmıştır. Bunun gibi bir takvim birimine dayanılarak sürelendirmelerde de daima bir olayın vukuuna (o tarihin gelmesine) bağılı sürelendirmeden söz edilmektedir³⁴.

Sürenin bir olayın vukuuna bağlanarak belirlenmesinde diğer bir ihtimal olayın gerçekleşeceği kesin, fakat gerçekleşeceği an belli olmayan (dies certus an, incertus quando) bir nitelik taşımasıdır³⁵. Örneğin, ağır bir hastanın ölümü vukuuna bağlanarak hastabakıcı ile yapılan hizmet sözleşmesinde olduğu gibi. Sözleşmenin belirli süreli sayılması için önemli olan husus, taraflarca sözleşmeye hangi olayın son vereceğinin tespiti değil, sözleşmenin ne kadar süre için devam edeceğinin bilinmesi, öngörülebilmesidir. Sürelendirmenin varlığı için gerekli koşul olan sürenin belirli veya öngörülebilir olması bu türden sözleşmelerde mevcut değildir. Bu nedenle, hizmet sözleşmesinin gerçekleşeceği an belli olmayan bir olayın vukuuna bağlanmak suretiyle sürelendirildiği durumlarda kural olarak belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir³⁶.

Nihayet, sözleşmenin bitme anı ve bu bağlamda süresi hem gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hem de ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen bir olaya bağlanarak da kararlaştırılabilir³⁷. Bu durumda, BK. m.152 anlamında bozucu şart bulunmaktadır.

³⁴ SELİÇİ, 67; CAPODISTRIAS, 6

³⁵ HILLEBRECHT, BGB 620, RdNr 51; SELİÇİ, 67

³⁶ CAPODISTRIAS Bu türden sözleşmeleri belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri olarak nitelendirmiştir. 11-12; Aynı görüş: S. SÜZEK, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976,99

³⁷ H. OSER / SCHÖNENBERGER, Das Obligationenrecht, 2 Teil, 2. Auflage, Zurich 1936, Art.

Herşeyden önce belirtmek gerekir ki, bozucu şart ve sürelendirme kavramları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Her iki durumda da sözleşmenin sona ermesi gelecekteki bir ana bağlanmışken, sürelendirmede bu an belirli veya belirlenebilir, bozucu şartta ise belirsizdir. Diğer bir ifadeyle, sürelendirme sürenin sonunun belli veya öngörülebilir olmasını gerektirirken, bozucu şartta şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, bu bağlamda sözleşmenin sona erip ermeyeceği veya ne zaman sona ereceği belli değildir³⁸. Bu esaslı farklılık, hizmet sözleşmesinin süresinin bir takvim birimi esas alınmak suretiyle belirlendiği durumlarda olduğu gibi, işin amacına bağlı olarak belirlendiği durumlarda da sözkonusudur. Nitekim, amaca bağlı olarak sürelendirmelerde kimi durumlarda amacın gerçekleşme anı ve bununla bağlantılı olarak sözleşmenin sona erme anı tam bir kesinlikle belirli değilse de, bu an öngörülebilir nitelikte olduğu gibi, amacın gerçekleşmesi ileride gerçekleşeceği kesin bir olgudur. Örneğin, gemiadamı ile belirli bir sefer için yapılan hizmet sözleşmesinde olduğu gibi.

Bu nedenle, sözleşmenin sona ermesi anına ilişkin hukuki açıklıktan yoksun bozucu şartla bağlı sözleşmelerin gerçek bir sürelendirmeyi ifade ettikleri kolaylıkla söylenemez³⁹. Öte yandan, bozucu şartla bağlanan sözleşmelerde feshe ilişkin hükümlerin bertarafı tehlikesi daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, bu tür bir şartla cevaz verilerek, gerçekte sözleşmenin olağanüstü feshi için yeterli olmayabilecek bir neden (olayın vukuu) olağanüstü fesih gibi sonuç doğurabilecektir. Böylece, bir yandan belirli süreli sözleşmelerin bağitlanması ile olağan feshe ilişkin hükümlerin bertarafı tehlikesi mevcut olduğu gibi, diğer yandan da bozucu şartla bağlı sözleşmelerle olağanüstü feshe ilişkin hükümlerin de bertarafı tehlikesi ortaya çıkabilecektir⁴⁰.

Alman Federal İş Mahkemesi eski tarihli kararlarında bozucu şartla bağlı sözleşmeleri belirli süreli sözleşmelerle aynı değerlendirmeye tabi tutmuş ve sözleşme süresinin bu yolla belirlenebileceğini kabul etmiştir⁴¹. Bununla birlikte, şartın kişilik haklarına ve yasaya aykırılık teşkil ettiği durumlarda yüksek mahkeme şartın geçersiz olduğu yönünde

345, Nr. 3, CAPODISTRIAS, 12; HUECK / NIPPERDEY, 530-531; NIKISCH, 669; HILLEBRECHT, BGB 620 RdNr. 53; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, 908; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 138, CENTEL, İş Hukuku, 88

³⁸ P. GAUCH / W. R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Zurich 1991,375; W. FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I, Berlin/Heidelberg / Newyork 1979,678

³⁹ F. H. SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954,418, OĞUZMAN, Fesih, 10; ESENER, İş Hukuku, 134; SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 99; Bak. ve Karş. N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 1996,138; CENTEL, İş Hukuku, 88

⁴⁰ HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 53; A. SÖLLNER, Grundriss des Arbeitsrechts, 10 Auflage, München 1990, 283

⁴¹ BAG, AP Nr. 2 zu § 620 Bedingung

kararlar vermiştir. Bu bağlamda işçinin evlenmemesi veya hamile kalmamasına ilişkin şartlar, Anayasa ile teminat altına alınmış kişilik haklarına ve ailenin korunmasına ilişkin esaslara aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile geçersiz sayılmıştır⁴².

Federal İş Mahkemesi 1981 yılında ise bozucu şarta bağlı sözleşmelere ilişkin içtihadını değiştirmiş ve bu konudaki bazı sakıncaları açıklamıştır⁴³. Kararda öncelikle belirli süreli ve bozucu şarta bağlı sözleşmeler arasındaki esaslı farklılığa değinilmiş ve bozucu şarta bağlı sözleşmelerle feshe ilişkin hükümlerin dolanılması tehlikesi vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra bozucu şarta bağlı sözleşmelerde şartın geçerliliği bakımından temel ilkeler saptanmıştır. Buna göre; bozucu şart kural olarak işçinin lehine olmadıkça, feshe ilişkin sonuçları dolanma niteliğini taşıdığı takdirde veya şartın gerçekleşmesi işçinin iradesine bağlı olmadıkça geçersiz sayılır ve süre belirleme fonksiyonuna sahip olmaz. Ayrıca kararda, bozucu şartın işverene ait girişimci rizikosunun işçiye yüklenmesine hizmet edemeyeceği de vurgulanmıştır. Örneğin; sipariş mevcut olduğu, işletme ruhsatı iptal edilmediği sürece gibi kayıtlar işletmenin normal seyri içinde işverene ait rizikonun işçiye yüklenmesi sonucunu doğurur ki, bu tür rizikolara işverenin katlanması gerekir⁴⁴.

Alman doktrinindeki baskın görüş ise; bozucu şarta bağlı sözleşmelerin sözleşme serbestisi ilkesi gereği kural olarak geçerli ve süre belirleme fonksiyonuna sahip olmakla birlikte⁴⁵, bu tür sözleşmelerin Federal Mahkemece saptanan esaslar çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği yolundadır⁴⁶.

⁴² BAG, 10.05.1957, BB. 1957,1036; BAG 28.11.1958, BB 1958,1246; 1959,160; BAG, AP. 1,3 Art 6 Abs I GG. Ehe und Familie, ERMAN / KÜCHENHOFF, BGB § 620 RdNr. 17'den naklen

⁴³ BAG, 9.7.1981, BB. Heft 6,368 ve W.BÖHM'ün incelemesi için bak. 371

⁴⁴ BAG, Ap. Nr. 4 zu § 620 BGB Bedingung; Federal İş Mahkemesinin 1988 tarihli bir kararında ise, işletme sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinin sona ermesinin işçinin meslekte kazanma gücünü yitirmesine bağlanmakla birlikte bu şartın sözleşmenin sona ermesi anına ilişkin yeterli açıklık taşıyamaması nedeniyle geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. (EzA, BGB § 620,9)

⁴⁵ HUECK / NIPPERDEY, 531; Münch Komm / SCHWERDTNER, BGB § 620 RdNr 65; NIKISCH 669, Sonuncu yazar tarafların sınırsız bir bağlılık istemiş olmayacaklarından hareketle, bozucu şartın iş ilişkisinin azami süresini tespit ettiği ve dolayısıyla bozucu şarta bağlı sözleşmelerin bu süre zarfında olağan fesih imkanı bulunan azami süreli sözleşme niteliği taşıdığını kabul etmektedir. Alman Hukukunda bozucu şartın süre belirleme fonksiyonu bulunmadığını savunan aksi görüş için bak. L. FÜLLGRAF, "Die Auflösende Bedingung im Arbeitsvertrag", NJW 1982, Heft14, 738 vd; R.D. FALKENBERG, "Zulaessigkeit und Grenzen auflösender Bedingungen in Arbeitsvertraegen", DB 1979 Nr. 12,590 vd.

⁴⁶ HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 52; ZÖLLNER Arbeitsrecht 2. Auflage § 21 Abs. 3; STAUDINGER / NEUMANN § 620 BGB RdNr 21; W. HROMADKA, "Zur Zulaessigkeit des Auflösend bedingten Arbeitsvertraegen" RdA 1983 Heft 2,98; HANAU, sürelendirilmenin geçerliliği için saptanan esaslardan daha ileri bir sınırlamanın gerekli olmadığını, üstelik bozucu şarta bağlı sözleşmenin işçi bakımından daha da yararlı olduğunu zira şartın gerçekleşmeyeceğinin tespiti ile iş ilişkisinin belirsiz süreli olarak devam edeceğini savunmaktadır. ERMAN / HANAU, BGB § 620 RdNr 42

Kanımca her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesi gereğince hizmet sözleşmesinin bir bozucu şarta bağlı olarak yapılması klasik Borçlar Hukuku kuralları çerçevesinde geçerli görülmekteyse de, bunun sürelendirmeye aynı işleve sahip olduğunu söylemek oldukça güçtür. Öncelikle, bu tür sözleşmelerde sürelendirmenin varlığının kabulü için sözleşmenin sona ermesine ilişkin anın belli veya öngörülebilir olması gereği yerine getirilmemiştir. Dolayısıyla bozucu şartın hizmet sözleşmelerinde süre belirleme işlevine sahip olduğunu kabul etmek bizzat belirli süreli hizmet sözleşmesi kavramına aykırı olduğu gibi, aynı zamanda sözleşmenin sona ereceği an hususunda işçi bakımından belirsizliği de beraberinde getireceğinden mümkün görünmemektedir. Öte yandan İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliği bozucu şarta bağlı sözleşmelerin geçerliliği konusunda da bazı tereddütleri doğurmaktadır. İş Hukukunun bu niteliği hizmet sözleşmesini diğer borç ilişkilerinden ayırır. Dolayısıyla, bazı Borçlar Hukuku müesseselerinin hizmet sözleşmelerine uygulanması, ancak bunların özel niteliği öngördüğü ölçüde mümkündür. Nitekim hizmet sözleşmesinin sona ermesi de bu durumlardan biridir. Yasalarda sona erme halleri iş ilişkisinin özelliği dikkate alınarak özel olarak düzenlenmiştir. Bu hallerden biri sözleşmenin belirli süreli olarak kurulmasında süresinin bitimi bir diğeri ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde fesih yoluyla sona erdirilmesidir. Oysa, bozucu şarta bağlı bir sözleşmede, sözleşmenin belirli süreli olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, bozucu şart geçerli ancak sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edildiğinde feshe ilişkin hükümlere uyulmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olacaktır.

IV. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinde Şekil

1. Genel olarak şekil serbestisi ilkesi ve İstisnaları

Borçlar Hukukumuzun temel ilkelerinden olan ve BK. m. 11/1'de ifadesini bulan "şekil serbestisi ilkesi" hizmet sözleşmesi bakımından da m.314/1'de ayrıca belirtilmiştir. Buna göre, "hilafına bir hüküm bulunmadıkça hizmet akti hususi bir şekle tabi değildir". Kural olarak taraflar hizmet sözleşmesi kurma yolundaki iradelerini belirli hukuki kalıplar içerisinde açıklamak zorunda olmayıp, yazılı, sözlü ve hatta zımni olarak da meydana getirebilirler. Ancak hizmet sözleşmesinin şekle bağlı olarak yapılması bazı hallerde yasalarla öngörülmüştür. Ayrıca, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi taraflarınca da şekil kuralı getirilmesi mümkündür.

a.Yasadan doğan şekil zorunluluğu

1475 sayılı İş K. m. 9 ve 10'da şekil serbestisi ilkesine istisna getirmiştir. Yasanın 9/1. maddesi, “belirli süresi bir yıl veya daha uzun süreli hizmet sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması zorunludur” hükmünü içermektedir⁴⁷. Dolayısıyla, bir yıldan kısa süreli hizmet sözleşmeleri için şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Sözleşmenin asgari süreli olarak yapıldığı durumlarda (örneğin en az bir yıl sürecektir gibi) esasen taraflar arasında, olağan fesih hakkı asgari süre ile bertaraf edilmiş belirsiz süreli hizmet sözleşmesi bulunmakla birlikte, asgari süre içerisinde ilişkiye belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanacağından, asgari sürenin bir yıl veya daha uzun bir süreyi içermesi durumunda sözleşme yazılı şekil şartına tabidir. Yine, hizmet sözleşmesinin işin amacı ve niteliği ile sürelendirildiği durumlarda işin bir yıl veya daha uzun süreceği öngörülebiliyorsa, sözleşmenin yazılı şekil şartına uyularak yapılması gereklidir. Nihayet, belirsiz süreli bir sözleşmenin taraflarca belirli süreliye dönüştürülmesi durumunda da, sürenin bir yıl veya daha uzun olması yazılı şekil zorunluluğuna uymayı gerektirir.

Mevzuatımızda belirli süreli hizmet sözleşmeleri bakımından şekil zorunluluğu getiren diğer bir hüküm ise 625 sayılı Özel ÖKK. m. 32/1'de yer almaktadır. Buna göre; özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici ve öğretmenler ile hizmet sözleşmeleri en az bir yıl süreli olmak kaydıyla yazılı olarak yapılır. Sözleşme serbestisi ilkesine sözleşmenin süre açısından türünü belirleme ve şekil konularında istisna getiren bu maddede, yine, Milli Eğitim Bakanlığı'nca uygun görülecek geçici mazeretleri nedeniyle okuldan ayrılmak zorunda olan öğretmenlerle, bir yıldan az süre için hizmet sözleşmesi yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Özel okul öğretmenleri ile belirtilen istisnai durumda bir yıldan az süre için hizmet sözleşmesi yapılabilmesine ilişkin bu düzenlemede sözleşmenin şekline yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak bu sözleşmeler bakımından da yazılı şekil zorunluluğu aranması gerekir⁴⁸. Zira şekil şartı öngören hüküm sözleşmenin bir yıl veya daha uzun süreli olmasına göre getirilmemiştir. Bir yıldan kısa süreli hizmet sözleşmesinin bağitlanabilmesine imkan tanınan hüküm sadece istisnai durumda eğitimin

⁴⁷ Bas.İş K.m.4/1'de ve Den.İş K.m.5'de ise sözleşmelerin belirli veya belirsiz süreli olmaları bakımından ayırım gözetilmeksizin yazılı şekil zorunluluğu öngörülmüştür.

⁴⁸ CENTEL, İş Hukuku, 118; Aksi görüş, E. AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990,17

kesintisiz olarak sürdürülmesi amacıyla öngörölmüş olup⁴⁹ şekli bertaraf eden bir düzenleme değildir.

b. Sözleşmenin taraflarınca öngörölen şekil şartı (iradi şekil)

Yasanın şekle bağılı tutmadığı bir sözleşmeyi, sözleşmenin tarafları belli bir şekle bağlamayı kararlaştırabilirler (BK. m.16/1). İradi şekil şartı hizmet sözleşmesi taraflarınca kabul edilebileceğı gibi toplu iş sözleşmesi taraflarınca da getirilebilir. Belirli süreli hizmet sözleşmeleri bakımından iradi şekil bir yıldan kısa süreli sözleşmelerde önem taşır.

2. Yazılı şekil şartının hukuki niteliğı

a. Yasa tarafından öngörölen şekil şartının hukuki niteliğı

BK. m.11/I'de şekil serbestisi ilkesi ifade edildikten sonra II. fıkrada "kanunun emrettiğı şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit şekle riayet olmadıkça sahih olmaz" hükmüne yer verilmiştir. Görölüyor ki, yasada aksi belirtilmedikçe yasanın öngördüğü şekil şartı geçerlilik şartı niteliğindedir.

Doktrinde ise İşK. m.9/1'de öngörölen yazılı şekil şartının hukuki niteliğı oldukça tartışmalıdır.

Doktrindeki bir kısım yazarlarca Borçlar Hukuku'nun yukarıda değindiğimiz genel ilkesinden hareketle (BK. m.11/II), İşK. m.9/I'de öngörölen şartın geçerlik şartı olduğı ve buna uyulmaksızın yapılan sözleşmenin geçersiz olacağı savunulmaktadır⁵⁰. Bu görüşe göre yasal şeklin geçerlik şartı olarak kabul edilmesi ve butlan müeyyidesi ile karşılanması işçiyi koruma ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğı gibi, mutlaka işçi zararına da sonuç vermez⁵¹. Zira şekle aykırılık her ne kadar butlan sonucunu doğurmaktaysa da, bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Nitekim, şekle aykırılık yüzünden batıl olan sözleşmenin ifa ile geçerlilik kazandığı genelde kabul edildiğı gibi, şekle aykırı bir

⁴⁹ CENTEL, İş Hukuku 118

⁵⁰ K. TUNÇOMAĞ, "Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü", İHD Şubat 1969, cilt I, S.2,123; EKONOMİ, İş Hukuku, 92; ESENER, İş Hukuku, 150; H.HATEMİ/R. SEROZAN/A.ARPACI, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992,310; NARMANLIOĞLU, 147-148; SAYMEN, İş Hukuku, 474

⁵¹ TUNÇOMAĞ, İHD, 124

sözleşmenin tarafların kendi istekleri ile ifa edilmesinden sonra, salt bu nedenle butlanın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur ve bu iddialar hukuken korunmaz⁵². Bunu yanısıra İş Hukukunda butlan müesssesesi, Borçlar Hukukundaki esastan farklı olarak, sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz sayılmasını gerektirecek şekilde geçmişe yönelik olarak uygulanmaz. Sözleşme ileriye yönelik (ex nunc) biçimde geçersiz sayılır ve bu sonuç da işçiyi korumaya yeterlidir⁵³.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, İşK. m.9/1 ile getirilen şekil şartı bir ispat şartı oluşturmaktadır. Buna göre, yazılı olarak yapılması gereken hizmet sözleşmesi buna uyulmadığı takdirde yine geçerliliğini koruyacak⁵⁴, ancak herhangi bir uyuşmazlık durumunda, belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığı yazılı belge ile ispatlanacaktır. Bunun gerçekleştirilememesi durumunda ise, sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilecektir⁵⁵.

Nihayet doktrinde savunulan üçüncü bir görüşe göre ise, şekil kuralı ne geçerlilik ne de ispat şartıdır. Buna göre İşK. m. 9/1'de yer alan kural, İşK. m.98/A-1'deki ceza hükmüyle birlikte ele alınmalıdır. Her ne kadar yasal ilke, şekle aykırı olarak yapılmış sözleşmelerin butlan müeyyidesi ile karşılaşacağı ise de; yasakoyucu ceza hükmü getirmekle sözleşmeyi geçersiz saymadığı yolundaki iradesini ortaya koymuştur. Zira, butlan müeyyidesi uygulandığında sözleşme geçersiz olur ve işvereni cezalandırmak için sebep ortadan kalkar. Dolayısıyla yasakoyucu sözkonusu hükümle işverene bir yüküm getirmiş ve buna uyulmaması durumunda, işveren veya işveren vekili bakımından bir cezai müeyyide ile yetinmiştir⁵⁶.

Yargıtay ise, 1959 tarihli İçtihadı birleştirme kararında İşK. m. 9/1'de yer alan şekil şartını geçerlilik şartı olarak değerlendirmişken⁵⁷, sonraki yıllarda verdiği kararlarda bu şartın bir ispat şartı olduğu yolunda

⁵² TUNÇOMAĞ, İHD, 124

⁵³ TUNÇOMAĞ, İHD, 124; CENTEL 119

⁵⁴ ULUCAN, Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul 1986,24

⁵⁵ S. SELÇUKİ, İlmî-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, İstanbul 1973,185-186; İ. EŞMELİOĞLU, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, Ankara 1986,173; Ayrıca bak. M. KUTAL, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987,7

⁵⁶ K. OĞUZMAN, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul 1988, (Genel Görüşme), 51-52; OĞUZMAN / ÖZ, Borçlar Hukuku, 112 dn.339; M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986,210; AKYİĞİT, 19; A. C. TUNCAY, Basın İş Kanunu'nun 4. Maddesi ile getirilen şekil şartının bir geçerlilik şartı olmayıp, gazetecinin haklarının açıklığa kavuşturulması açısından bir önlem niteliği taşıdığını belirtmektedir, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989,44

⁵⁷ YİBK. 18.2.1959, 218/7, ÇENBERCİ, 209

içtihat oluşturmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, sözleşmenin belirli süreli olduğu yazılı bir delille ispatlanamadığı takdirde, taraflar arasında belirsiz süreli bir sözleşmenin varlığı kabul edilmek gerekir⁵⁸.

Kanımca, şekil şartının hukuki niteliğini tayinde öncelikle bu şartın ne amaçla getirildiği gözönünde bulundurulmalıdır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, İş Kanunu çalışma yaşamında kural olarak kabul edilen belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine belirli süreli olarak nazaran işçi koruyucu nitelikte, daha lehte hükümler bağlamıştır. Yasakoyucunun İşK. m.9 hükmü ile güttüğü amaç istisnai olarak nitelendirilebilecek bu sözleşme türünü seçmede tarafları düşünmeye sevk etmek ve işçinin yıllarca belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalıştığı iddiası ile haklarından mahrum edilmesini önlemektir.

Şekle ilişkin hükmü geçerlik şartı olarak kabul ederek, sözleşmeyi ileriye yönelik de olsa geçersiz saymak işçi koruma ilkesi ile bağdaşmaz. Zira, hedef sözleşmenin ayakta tutulması, geçerliliğinin korunması olmalıdır. Sözleşmeyi geçersiz sayarak butlanı ileriye yönelik olarak kabul etmek doktrinde savunulanın aksine işçi zararına sonuç doğuracaktır. Nitekim, butlanın ileri sürülmesi bir fesih teşkil etmeyeceğinden işverene feshe ilişkin sınırlamalara uymaksızın sözleşmeden sıyrılabilme imkanı tanınmış olacak ve yine işçinin kıdem tazminatı talep hakkı söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, bugünkü modern doktrinde hakim düşünce, şekle aykırılığın mümkün olduğunca bir geçersizlik sebebi olmaktan çıkarılması yönündedir. Sonuç olarak, İşK. m.9/1'in amaca uygun yorumuyla yasakoyucunun şekle aykırılığa butlan sonucunu bağlamak istediğini savunmak mümkün görünmemektedir.

Öte yandan, yasakoyucunun İşK. m.98/A-1'de yasal şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeler bakımından bir cezai müeyyide öngördüğünden hareketle, İşK. m.9/1 hükmünü, salt işverene yüküm getiren bir hüküm olarak değerlendiren görüş de eleştirilere açıktır. Zira, yasa ile bir hukuka aykırılığa cezai müeyyide getirilmesi onun hukuki müeyyideden mahrum olacağı anlamına gelmez⁵⁹. Sonra, bu görüş taraftarları sözleşmenin geçerliliğini kabul etmekle birlikte süre açısından türünün ne olacağını belirtmemektedirler. Diğer bir ifade ile, bu görüş sözleşmenin belirli süreli olarak mı, yoksa belirsiz süreli olarak mı varlığını devam ettireceği konusunda açıklık içermemektedir.

⁵⁸ Y 9HD., 11.2.1964, M.İ YELEKÇİ, İş Kanunu Külliyyatı, Ankara 1992, 100; Y 9HD., 10.4.1964, 5461/5306, ÇENBERCİ 214; Y 9HD., 21.4.1966, 2874/3217; Y 9HD., 21.1.1965, 160/470, SELÇUKİ, 189-190; YHGK., 19.3.1986 E. 984/9-555, K.984/251, İlmî-Kazai İçtihatlar Dergisi, Mayıs 1987, 4903; Y 9HD., 28.5.1985, 2971/5867, Tekstil İşveren D. Haziran 1986,99, Ayrıca bak. EŞMELİOĞLU, 173-174'de yer alan kararlar. Yargıtay Basın İşK.nun ilgili maddesinin ise yasal bir yükümlülük ifade ettiğini belirtmiştir. Y 9HD., 13.2.1964, 562/761, YELEKÇİ, 101; Y 9HD., 11.7.1969, 5050/8083, ÇENBERCİ, 214

⁵⁹ Ayrıca bak. CENTEL, İş Hukuku, 119

Kanımca, bizzat İŞK. m.9/I'nın amaca uygun yorumuyla, yazılı şekil şartının sözleşmenin varlığını değil, bir yıldan fazla süreyle belirli süreli olarak yapıldığını ispata yönelik bir hüküm olduğu yolundaki görüş isabetlidir. Buna göre; bir yıl veya daha uzun süreli sözleşmelerde yazılı şekil şartına uyulmaması sözleşmenin geçersizliğini değil sadece aksi ispatlanamadığı sürece belirsiz süreli sözleşme olarak kabulü sonucunu doğurur⁶⁰.

625 s.k. da özel okul yönetici ve öğretmenleri ile yapılacak hizmet sözleşmeleri bakımından yazılı şekil şartı getiren hüküm ise farklı değerlendirilmelidir. Yasanın 23. maddesinde; özel öğretim kurumlarının müdürlerinin kurucuları tarafından, diğer yönetici ve öğretmenlerin ise müdürleri tarafından seçilip, istihdamlarının Milli Eğitim Bakanlığı'nın iznine sunulacağı ve Bakanlığın iznine sunulmadan önce, müdür ile diğer yönetici ve öğretmenlerin işe başlatılamayacağı hükmü yer almaktadır. Yine aynı maddede; gerekli şartları taşıyan öğretmenler için Bakanlıkça çalışma izni verileceği, çalışma izninin iptalinin yine Bakanlıkça yapılacağı ve izin talebinin reddi halinde tebliğ tarihinden itibaren adaylara vazife gördürülemeyeceği belirtilmiştir (m.23/2,3). Dolayısıyla, öncelikle sözleşmenin Bakanlığa gönderilmesi ve gerekli izinlerin alınabilmesi bakımından yazılı şekil şartı bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, bakanlığın onayının aranması, yönetici ve öğretmenlerin yasal niteliklere sahip bulunup bulunmadıklarının saptanmasına yöneliktir. Yazılı şekil şartı gerçekleştirilmeden bakanlığın onayının alınması mümkün değildir. Bu nedenle, 625 sayılı kanuna tabi hizmet sözleşmeleri bakımından sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve bakanlığın onayının alınması bir geçerlilik şartı niteliğindedir⁶¹.

b. Sözleşmenin taraflarınca öngörülen şekil şartının hukuki niteliği

BK. m.16/I kanunen bir şekle tabi tutulmayan sözleşmenin taraflarca belirli bir şekle bağlanması durumuna ilişkin bir karine içermektedir. BK. m.16/I'ya göre, iradi bir şekil sözkonusu ise, bu şekle uyulmadıkça taraflar bağlanmaz. Şu halde, iradi şekil, kural olarak

⁶⁰ AB'nin çeşitli tarihlerdeki yönerge tekliflerinde de belirli süreli sözleşmelerin yazılı olarak yapılması gereği öngörülmüş, yazılı şekil şartına uyulmaması durumunda ise, sözleşmenin belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hukuki hükümlere tabi olacağı hükmüne yer verilmiştir. Bak. Bölüm III, § 8

⁶¹ Y 9HD., bir kararında Bakanlığın onayının bir geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştir, YKD., C.XIII, Mart 1987,420-421, Kararın Değerlendirilmesi için bak. Ü. NARMANLIOĞLU, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989,9-10

işlemin geçerlik şartıdır⁶². Taraflar sözleşmede öngörülen şeklin niteliğine ilişkin herhangi bir açıklama yapmamışlarsa, öngörülen şeklin bir geçerlik şekli olmadığını ileri süren taraf bu iddiasını ispat ederek sözü edilen karineyi etkisiz bırakabilir. Bunun yanısıra, istisnai bazı durumlarda iradi şeklin ispatı kolaylaştırmak için kararlaştırıldığı, yani BK. m.16/l'de yer alan karinenin düştüğü kabul edilir. Özellikle, tarafların, kararlaştırdıkları şekil şartına uymaksızın sözleşmenin ifasına girişmelerinden, onların sözleşmenin geçerliğini kararlaştırdıkları şekle bağlı tutmadıkları sonucu çıkarılabileceği gibi⁶³, sözleşmenin ifası anılan şekil şartının zımnen bertarafı şeklinde de yorumlanabilir⁶⁴. Dolayısıyla, taraflarca öngörülen şekil şartına uyulmaksızın hizmet sözleşmesinin ifasına başlandığı durumlarda, sözleşme geçerli kabul edilmelidir. Bu durumda, hizmet sözleşmesinin belirli süreli olarak kurulduğu iddiası ispat sorunu oluşturur.

Şekil şartı toplu iş sözleşmesi taraflarınca da getirilebilir. Nitekim, uygulamada toplu iş sözleşmelerinde sıklıkla belirli süreli sözleşmelerin yazılı olarak yapılması gerektiği yolunda hükümlere yer verilmektedir.

Toplu iş sözleşmelerinde bir yıl ve daha uzun süreli hizmet sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasına ilişkin hükümler, yasa hükümlerinin tekrarı niteliğindedir. Bir yıldan az süreli hizmet sözleşmesi bakımından yazılı şekil şartı getiren hükümler ise, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yorumu hususundaki esaslar dahilinde ve sözleşme metninin açık olmaması durumunda, tarafların gerçek iradelerinin araştırılması yoluyla değerlendirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmelerinde tarafların belirli süreli sözleşmelere ilişkin getirdikleri hükümler bu tür sözleşmelerin sınırlandırılmasına yöneliktir. Öte yandan, tarafların esas amaçlarının sözleşmenin ayakta tutulması olup, toplu sözleşmelerle esasen işçiyi koruyucu hükümlerin getirilmesinin hedef alındığı ve yine geçersizliğin işçi aleyhine sonuç doğuracağı dikkate alındığında, şekle ilişkin şartın bir geçerlik şartı teşkil etmeyeceğinin kabulü yerinde olacaktır⁶⁵.

⁶² K. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1976,218; N. KOCAYU-SUFPAŞAOĞLU / R. SEROZAN / H. HATEMİ / A. ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, İstanbul 1996,265; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 177; OĞUZMAN/ ÖZ, 122

⁶³ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, 218.

⁶⁴ OĞUZMAN / ÖZ, 124; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 178

⁶⁵ Ayrıca bak. Ö. EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesi ile Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996,84, Yazar hizmet sözleşmesinin şekline ilişkin hükümlerin geçerlilik koşulu olarak öngörülmesinin her zaman işçi aleyhine olacağı gerekçesiyle mümkün görmemektedir. Aksi görüş: TUNÇOMAĞ, 367-368; S. REİSOĞLU, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967,56; ÇELİK İş Hukuku, 363, Sonuncu yazar duraksamalı durumlarda şekle ilişkin koşulun ispat koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

İkinci Bölüm

BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU VE SINIRLANDIRILMASI

§ 3. BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

I. Genel Olarak

Borçlar Hukukuna hakim sözleşme sebestisi ilkesi, kişilerin diledikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapabilmek konusunda sahip oldukları özgürlüğü ifade eder¹. Anayasanın 48. maddesinde de dayanağı bulan² bu ilkeye göre; taraflar yasal sınırlamalar dahilinde bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta, diğer tarafın seçiminde, sözleşmenin içeriğini, tipini ve şeklini belirlemede ve nihayet karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldırmada özgürdürler³.

¹ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 483

² AY m.48'de sözleşme özgürlüğü çalışma özgürlüğü ile birlikte ele alınmıştır. Maddeye göre "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir".

³ P. GAUCH / W. R. SCHLUEP, Band I, 104; E. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage Zurich 1988,89 vd.; K. LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989,40

Borçlar Kanunu'nun 19/1. maddesinde esas itibariyle sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden söz edilmiştir. Buna göre taraflar sözleşmenin içeriğini belirlemede yasal sınırlar içerisinde özgürdürler. Ancak maddenin 2. fıkrası, belirli sınırlamalar dışında, sözleşme özgürlüğünü bütün yönleriyle doğrulayan bir düzenleme niteliğindedir⁴. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesi bakımından da ayrıca ele alınmış ve BK.m. 319'da hizmet sözleşmesinin şartlarının, kanuna, ahlaka (adaba) aykırı olmamak üzere istenildiği gibi tayin olunabileceği belirtilmiştir.

İrade özerkliği esasına dayanan sözleşme özgürlüğü ilkesi liberal bir düşüncenin ürünüdür. Borçlar Hukukuna hakim olan bu düşünce, tüm bireylerin gerçek eşitliğinden hareketle bunlar için irade serbestisi yoluyla adil bir düzenlemenin sağlanmasını ve karşılıklı çıkarların dengelenmesini hedefler. Oysa taraflardan birinin ekonomik veya sosyal yönden eşitsizliği sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlanmasına ve zaman içerisinde yasakoyucunun ve yargı kararlarının müdahalelerine yol açmıştır. Zira, irade özerkliği ve bunun sonucu olarak sözleşme özgürlüğü ilkeleri, hukuki haklılığını ancak tarafların bizzat hukuki ilişkiyi belirleme gücüne sahip olduklarında korur⁵. Taraflardan birinin sözleşmenin bağitlanmasında ve içeriğinin belirlenmesinde müzakere gücünün daha zayıf olması ise taraf eşitliğini ihlal eder ve adeta bir zorlamaya yol açar⁶. Nitekim, Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğünün hangi sebeplerle sınırlanabileceğine "temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlığını taşıyan 13. maddesinde yer verilmiştir: Kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık. Bu hükümle Anayasa, "kamu düzeni"nin olduğu kadar sözleşmelerde zayıf olan tarafın, genel iktisat ve ahlak düzeninin, insan kişiliğinin, iş hayatındaki güvenin ve emniyetin... korunmasını gerektiren hallerde de sözleşme özgürlüğünün sınırlanabileceği" esasını kabul etmiştir⁷.

İrade özerkliğinin zedelenmesi temeline dayanan sözleşme özgürlüğünün sınırlanması Borçlar Hukukunda özellikle XX.yy.'da önem kazanarak yasal müdahaleleri gerektirirken (örneğin kira hukukunda), İş Hukuku bakımından daha da belirgin bir nitelik kazanmıştır⁸. Hizmet sözleşmesinin konusunu işçinin emeğinin oluşturması, hizmet sözleşmesinin özellikle işçi bakımından kişisel niteliği, iş ilişkisinin kurulmasında

⁴ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 484-485

⁵ W. FLUME, *Rechtsgeschaeft und Privatautonomie*, Karlsruhe 1960, Sonderdruck aus Hundert Jahre Deutschen Juristentages 1860-1960 Band I, 143; B. SCHRÖTER, *Befristete Arbeitsvertraege und Arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit*, Göttingen 1972, 73

⁶ W. FLUME, *Rechtsgeschaeft und Privatautonomie*, 143

⁷ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 486

⁸ İş Hukunda irade özerkliğine tanınan anlam ve sınırları için bak. B. BOEMKE, "Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht", NZA, Heft 12/1993, 532 vd.

işçinin işverene kişisel ve ekonomik bağımlılığı tarafların eşitliğinden hareket eden sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasına yol açmıştır. İş ilişkisi tüm bu nitelikleri ile diğer hukuki ilişkilerden ayrılır. Kural olarak sözleşmenin kurulmasında, işveren işçi karşısında sosyal bir güce sahiptir. Özellikle ekonomik konjonktürün durağan bir görünüm arzettiği dönemlerde, çoğu kez işçi işverenin sunduğu şartları kabul etme durumundadır. Zira, iş ilişkisi kural olarak işçinin yaşam temelini ve giderek tek gelir ve geçim kaynağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, işçinin daha sözleşmenin bağitlanması anında serbestçe seçim hakkı veya sözleşmenin içeriğini belirleme yetkisi zedelenmiştir. İşçi çoğu kez sözleşmenin kurulmasında ve içeriğinin saptanmasında hiç veya pek az etkide bulunabilmektedir.

Tüm bu nedenler, modern İş Hukukunun bir koruma hukuku olarak şekillenmesine ve işçiyi koruma ilkesinin bu hukuk dalının oluşumunda temel bir ilke olarak benimsenmesine yol açmıştır. Nitekim, bir yandan devlet yasalarda mutlak emredici hükümler yanında “nispi emredici” veya “sosyal kamu düzeni” olarak nitelenen ve ancak işçi yararına aksi kararlaştırılabilen normlar kabul etmek suretiyle sözleşme özgürlüğünün alanını sınırlarken, bir yandan da işçiyi koruma ilkesi yargı içtihatlarına da ışık tutmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında İş Hukukunun bu niteliğini vurgulayarak “iradenin bağımsızlığı ilkesine karşıt olarak doğan iş hukukunun gerektirdiği kuralların büyük kısmı, kamu düzeni düşüncesine dayanmaktadır. Buna bağlı olarak İş Yasası’nın en belirli amacı, hem koruyucu iş hayatı kurallarını zayıfların korunması ülküsüne yöneltmek, hem de toplum düzeninin ve toplum sükununun süreklilik şartlarını araştırmaktan ibarettir” demiştir⁹.

Bu bağlamda, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlanması ve işçiyi koruma ilkesi Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesinin de bir görünümüdür. XIX. yüzyıla hakim liberal devlet anlayışının XX. yüzyılda yerini sosyal devlet anlayışına bırakmasıyla, devletin sosyal barışı ve adaleti sağlamak amacıyla, sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesi meşru ve gerekli görülmüştür¹⁰.

Nitekim Anayasa’nın 49. maddesinde çalışma, herkesin hakkı ve ödevi olarak belirtildikten sonra devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli bir ortam yaratmak için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Öte yandan çalışma hakkının yanında, AY m.55’de çalışanların adaletli bir ücret elde etmeleri ve

⁹ YHGK., 29.5.1963, E.4/30, K. 59, B. ORHANER, Türk İş Hukukunda Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1966, 353

¹⁰ E. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 2. bası, Ankara 1993, 98

diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirlerin alınması, AY m.60'da sosyal güvenliğin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması yönünde, devlete getiren yükümler hep çalışma yaşamına devlet müdahalesini öngören sosyal devlet ilkesinin sonucudur.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da, sosyal devlet ilkesi tanımlanırken sosyal devletin bu niteliği vurgulanmıştır. Mahkemenin 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda, "demokratik sosyal hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali gelirin adaletle uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemler alan, adaletli bir hukuk düzenini kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini yükümlü sayan... devlet demektir. Anayasa, devleti işverenle işçi arasında ekonomik ve sosyal bir denge kurmak, sermayenin emeği, ve emeğin sermayeyi sömürmesini önleyici tedbirler almakla yükümlü tutmuştur"¹¹ şeklinde tanımlanmıştır. Aynı tanım Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararında da tekrarlanmıştır¹².

İş hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi ile işçinin korunması ilkesi arasındaki çatışmanın, işçinin korunması ilkesi lehine sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sonucu doğurması, devletin çalışma şartları bakımından sözleşmenin içeriğini belirlemede emredici normlar getirmesi, bazı hallerde sözleşme yapma zorunluluklarının kabulü ve nihayet sözleşmenin sona ermesi ve fesih hakkının sınırlandırılması şeklinde belirmiştir.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, sözleşmenin süre açısından türünü belirlemede de kendini göstermiştir. Belirli ve belirsiz süreli sözleşmelere bağlanan hukuki sonuçların farklılığı, belirsiz süreli sözleşmelerin kural olarak işçi yararına olması, çeşitli hukuk sistemlerinde bu tür sözleşmelerin geçerliliği sorununu ortaya çıkarmış ve kurumun az veya çok ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur.

Ancak İş Hukukunun dinamik niteliği bu konuda da kendini göstermiştir. Nitekim, önceleri belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılması eğilimi kuvvetlenmiş ve çeşitli hukuk sistemlerinde yasal düzenlemeler veya yargı kararlarıyla sınırlamalar gerçekleştirilmişken, 70'li yılların ikinci yarısından itibaren çalışma yaşamında esneklik ihtiyacının ortaya çıkması, atipik iş ilişkilerinin yaygınlaşması ve bir anlamda teşvik edilmesinin iş

¹¹ 26-27.9.1967, E.1963/336, K. 1967/29, AMKD, S.6, 26 vd.

¹² 18.2.1985, E. 1984/9, K. 1985/4, AMKD, S.21,59

hukuku ve sosyal politikanın başlıca uğraş alanlarından biri haline gelmesi ile, belirli süreli hizmet sözleşmeleri rejimi farklı bir boyut kazanmıştır.

Bu bağlamda, belirli süreli sözleşmeler esneklik ihtiyacının giderilmesinde gerekli bir istihdam türü olarak değerlendirilmiş ve bir anlamda sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğüne dönme yolunda çabalara girilmiştir.

II. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Sınırlandırılması Sorunu

Sözleşme özgürlüğü ilkesi ve yasa gereği belirli süreli hizmet sözleşmeleri kural olarak geçerlidirler. Öte yandan bu türden sözleşmeler çalışma yaşamında özel bir işleve ve kendini sosyal yönden haklı kılan nedenlere sahiptir¹³. Aşağıda ayrıntıları ile ele alacağımız bu nedenler işçi yararına olabileceği gibi işveren yararına da olabilir. Ancak İş Hukukunun işçiyi koruma işlevi yanında nihai amacının toplum düzenini ve bu arada işverenin haklı menfaatlerini koruma ve bunlar arasında adil bir dengeyi sağlama olduğu düşünülürse, bu tür sözleşmelerin gerekliliği tümüyle yadsınamaz ve olması gereken hukuk açısından da (de lege feranda) tamamiyle bertarafı düşünülemez¹⁴.

Bu bağlamda sorun belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılması gerekip gerekmediği veya bu sınırlamanın ne ölçüde gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda toplanmaktadır. Nitekim, aşağıdaki paragraflarda inceleyeceğimiz çeşitli hukuk düzenlerinde, bu türden sözleşmeler az veya çok ölçüde sınırlandırılmakla birlikte tamamiyle yasaklayıcı bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

¹³ CENTEL, İş Hukuku, 84

¹⁴ Alman Hukukunda aksi görüş için bak. G. W. LINDER, "Probleme der rechtlichen Zulaessigkeit von befristeten Arbeitsvertraegen", DB 1975, Heft 14, 2082 vd. İş ilişkilerinde tarafların ekonomik ve sosyal eşitsizliğinden hareket eden yazara göre, işçi ile işverenin sözleşmeyi eşit şartlarla kurdukları veya işçinin özel arzusu ile sözleşmenin sürelendirildiği istisnai durumlar dışında, iş sözleşmeleri belirsiz süreli olarak yapılmalıdır. Ayrıca bak: KEMPF, "Befristete Arbeitsverhaeltnis und zwingender Kündigungsschutz" DB 1976, 1576 vd.

1. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasını gerektiren nedenler

a. Belirli süreli hizmet sözleşmesi ve iş güvencesi

İşçinin korunması ilkesi ve sosyal devlet anlayışının sonucu olarak işçinin işinin korunması diğer bir ifade ile iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması modern İş Hukukunun başlıca amaçlarından birini oluşturmuştur. Bu amaçla klasik liberal anlayıştan uzaklaşılarak işverenin fesih hakkının sınırlandırılması ve iş güvencesinin gerçekleştirilmesi çeşitli ülke mevzuatlarında pozitif düzenlemelere kavuşturulmuştur. Çalışma hakkının korunması ve iş güvencesinin sağlanması uluslararası sözleşmeler bakımından da önem kazanmış ve uluslararası düzenlemelerde bu yönde hükümler getirilmiştir. Nitekim, Avrupa Sosyal Şartında¹⁵, "Herkesin özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama fırsatı olacaktır" hükmüyle (bölüm I, 1) çalışma hakkı vurgulandıktan sonra, m.1/2'de sözleşme tarafı ülkelerin çalışma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, "Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin bir biçimde korumayı" taahhüt ettikleri hükmüne bağlanmıştır. Söz konusu hükmün anlamı, salt iş ve işyeri seçme özgür-lüğünün değil, aynı zamanda edinilmiş işlerde iş güvencesinin sağlanmasıdır¹⁶. Yine, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında" 158 sayılı sözleşmesi ve 166 sayılı tavsiye kararında işverenin fesih hakkının sınırlandırılması ve iş güvencesinin gerçekleştirilmesi için temel ilkeler saptanmıştır. 158 sayılı sözleşmenin temel ilkesi, sözleşmenin sona erdirilebilmesi (feshi) için belli geçerli nedenlerin bulunması gerekliliğidir. Feshin haklı bir neden bulunmaksızın yapılması halinde ise feshin geçersizliği ve işe iade veya tazminat ödenmesi öngörülmüştür.

Belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılması esas itibarıyla iş güvencesi (feshe karşı koruma hukuku) ile sıkı bir bağlantı içindedir. Zira modern iş hukuku işçinin işinin sürekliliğini korurken bunu işveren

¹⁵ Türkiye Avrupa Sosyal Şartını imzalayan ülkeler arasında olmakla birlikte, şartın onaylanması 1989 yılında ve bazı hükümlerine çekince koyulmak suretiyle gerçekleştirilmiştir (Kanun No:3581, RG. tarihi: 4.7.1989, RG. sayısı: 20215; Bakanlar Kurulunun Onayı, Karar sayısı: 89/14434, RG. Tarihi: 14.10.1989, RG. sayısı: 20312)

¹⁶ Ö. EYRENCİ, "Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Türk Mevzuatı", Avrupa Sosyal Şartı ile ilgili Konferanslar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1990, 16; T. CENTEL, "Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Çalışma, Adil Çalışma Koşulları ile Adil Ücret Hakları ve Türkiye", İHD, Cilt II, 1992, 235

tarafından yapılacak keyfi fesihlere yönelmiştir. Diğer bir deyişle feshe karşı koruma hukuku esasen belirsiz süreli sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır¹⁷. Oysa, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin karakteristik özelliğini kararlaştırılan sürenin bitimiyle, sözleşmenin feshe gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesi oluşturmaktadır. Sözleşmenin sona ermesinde fesih olgusunun bulunmayışı ise, yasal düzenlemelerle belirsiz süreli sözleşmelere tanınan koruyucu hükümlerin bu tür sözleşmelere uygulanmaması sonucunu doğurur. Nitekim, UÇÖ'nün 158 sayılı sözleşmesinde de belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalışan işçilerin, sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulama alanı dışında bırakılabileceği (m.2/2a) hükmü yer almaktadır.

Etkin bir iş güvencesinin sağlandığı ülkelerde, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesinde fesih ve buna bağlı olarak feshe karşı koruma söz konusu olmadığından, işçinin bu tür sözleşmelerle çalıştırılması, özellikle bunların zincirleme biçimde ard arda gelmeleri durumu, feshe karşı korumadan kaçınmayı mümkün kılan bir yol olarak görülmüş ve bu tür sözleşmelerin sınırlandırılması yasal düzenlemeler veya kazai kararlarla gerçekleştirilmiştir. 158 sayılı sözleşmede de, belirli süreli hizmet sözleşmeleriyle çalışan işçilerin korunması gereği hissedilmiş, bu sözleşmenin getirdiği korumayı önlemek amacıyla yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerine karşı yeterli koruma tedbirlerinin alınması konu-sunda onaylayan devletlere yükümlülük getirilmiştir (m.2/3).

Türk Hukuku bakımından soruna yaklaşıldığında ise, 158 sayılı sözleşmenin 1994 yılında onaylanmasına¹⁸ karşın iç hukukumuzda buna ilişkin düzenlemelere halen yer verilmediği görülmektedir. Diğer taraftan son yıllarda güncellik kazanan iş güvencesi yasa taslağı¹⁹ halen yasa-laşamamıştır. Bugünkü hukuk sistemimiz çerçevesinde feshi ihbar hakkının herhangi bir nedene dayalı olmaksızın serbestçe

¹⁷ Feshe Karşı Koruma Hukukunun esas itibarıyla sadece belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde uygulanmasının nedeni, bir yandan tarafların belirli süreli sözleşme kurma yoluyla aralarındaki hukuki ilişkinin süresini sınırlamış olmaları, diğer yandan da iş güvencesi sağlamaya yönelik hükümlerin, işverenin fesih hakkını sınırlama ve hizmet sözleşmesinin sınırsız bir süre için korunmasını sağlama amaçlarının gerçekleştirilmesinin ancak belirsiz süreli sözleşmelerle mümkün olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. (F. DEMİR, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986, 69)

¹⁸ 9.6.1994 t. ve 3999 sayılı yasa ile (RG. t. 18.6.1994) onaylanması uygun bulunan sözleşme, Bakanlar Kurulunca, 10.8.1994 tarihinde 94/5971 sayılı kararname ile onaylanmıştır (RG. t. 12.10.1994, No: 22079)

¹⁹ Hukukumuzda işçinin feshe karşı korunması yolunda girilen düzenleme çalışmaları 1978, 1982 ve 1992 yıllarına rastlamaktadır. Bu yöndeki son çalışmayı oluşturan ve 1992 yılında hazırlanan "1475 sayılı İş Kanunu ile 2821 sayılı Sendikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Yasa Taslağı" uygulamada "iş güvencesi yasa taslağı" olarak anılmaktadır.

kullanılabilmesi, işe iade müessesesinin bulunmaması, fesih hakkının kötüye kullanıldığıının ispat yükünün işçide olması gibi nedenlerle gerçek anlamda bir iş güvencesinin bulunduğundan sözedilemez.

Dolayısıyla konuya bu açıdan bakıldığında, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin bir anlamda (bu süreyle sınırlı olsa da) iş güvencesi (sözleşmesel iş güvencesi) sağladığı düşünülebilir. Gerçekten, belirsiz süreli sözleşmelerde işçinin sürekli bir fesih tehdidi altında bulunduğu dikkate alındığında, belirli süreli sözleşmeler işçi bakımından daha avantajlı olarak görünmektedir. Hizmet sözleşmesi tarafları belirli süreli sözleşme bağitlemek yoluyla bu süre zarfında sözleşmenin olağan fesihle sona erdirilemeyeceğini kabul etmektedirler. Sözleşme ancak haklı bir fesih nedeni (İşK.m.16,17) bulunduğu sona erdirilebilmektir. Oysa uygulamada belirli süreli sözleşmeler çoğunlukla kısa süreli olarak bağitlanmakta ve bu sınırlı etki de ortadan kaldırılmaktadır²⁰.

Hukukumuzda gerçek anlamda iş güvencesi sağlamaya yönelik tek hüküm işyeri sendika temsilcilerinin hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin Sen.K. m.30 ile getirilen düzenlemedir. Buna göre; işveren sendika temsilcilerinin hizmet sözleşmelerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı vardır. Dava iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin kararı kesin olup, mahkeme temsilcinin işine iadeye karar verirse, fesih geçersiz sayılarak iş gördürülmemiş olsa dahi, temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün hakları işveren tarafından ödenir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye mahkemece öngörülen tazminat ödenmez (m.30/I). Mahkemenin kararı kesin olmakla birlikte, işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları saklıdır (m.30/II).

Görüldüğü gibi, işyeri sendika temsilcisine tanınan güvence, sözleşmenin fesihle sona erdirilmesine bağlanmıştır. Dolayısıyla, güvencenin temsilcinin belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalıştırılması durumunda herhangi bir işlevi bulunmamakta, belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitmesiyle sona ermesi durumunda temsilcilik sıfatı da ortadan kalkmaktadır²¹.

²⁰ EKONOMİ, Seminer, 6

²¹ M. SUR, "Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Sona Ermesine İlişkin Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi" AÜSBFD XL, 1-4 (Ocak-Aralık 1985), 271; DEMİR, 54. Bu yönde; Y9HD, 5.5.1997, 3690/8218, İşveren D. , Ağustos 1997, 15.

Öte yandan geniş anlamda iş güvencesi, işverenin fesih hakkına yasa ve sözleşme ile getirilen bütün sınırlamaları feshin hukuki sonuçlarını hafifleten önlemleri de kapsar²². Doğrudan feshe karşı koruyucu nitelik taşımamakla birlikte feshin hukuki sonuçlarını hafifletme niteliğini taşıyan ve bu nedenle geniş anlamda iş güvencesi kapsamında düşünülmesi gereken ihbar önelleri, ihbar tazminatı müesseseleri belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesinde uygulanmazlar. Zira belirli süreli sözleşmelerin karakteristik özelliğini sürenin bitiminde feshe gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesi oluşturur.

Dolayısıyla, kural olarak işveren belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı işçiye sözleşmenin sona ereceği konusunda bir bildirimde bulunmakla yükümlü değildir. Şüphesiz, taraflarca sözleşmenin sona ereceği tarihin önceden belirlenmiş olması, bu yöndeki bir bildirimde gerek görülmemesinin haklı ve hukuki açıklamasını oluşturur. Bununla birlikte, bu tür sözleşmelerde işçinin son güne kadar sözleşmenin sona erip ermeyeceği veya diğer bir deyişle uzatılıp uzatılmayacağı konusunda belirsizlik içerisinde bırakılabileceği de gözden uzak tutulmalıdır²³. Yine belirsiz süreli sözleşmelerin feshi ihbarına bağlanan bir diğer sonuç; işverence işçiye bildirim önelleri sırasında yeni bir iş bulması için iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan iş arama izni verilmesi yükümü öngören hükümdür. Belirli süreli sözleşmelerde ise, işçinin sözleşmenin sona ermesinden önceki devrede yeni bir iş aramak için ücretli izin kullanma hakkı bulunmamaktadır.

İş Kanunu'nda işçiye iş güvencesi sağlamaya yönelik düzenlemelerden bir diğerini İş.K.m.24 hükmü teşkil etmektedir.

Madde'de 4.7.1975 t. ve 1927 sayılı yasa ile yapılan değişiklik gerekçesinde, işçinin sadece işletmenin ekonomik gereksinimleri nedeniyle işten çıkarılması gerektiği hallerde kullanılması gereken İşK.m.13'nün başka amaçlarla da kullanılmaya başlandığı belirtilerek, öngörülen değişiklikle amaçlananın İşK.m.13'ün işverenlerce kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğu vurgulanmıştır. Ancak yapılan değişiklikte fesihlerin "haklı, makul" bir nedene bağlanması yerine, işverene, belirli şartlarla işine son verilen işçileri ihtiyaç durumunda tekrar işe alma yükümü getirilmiştir.

İş K.m.24'e göre; işveren 13. maddeye dayanarak hizmet sözleşmesini feshettiği veya 16.maddenin III.bendi uyarınca hizmet sözleşme-

²² M. EKONOMİ, "Türkiye'de Feshe Karşı Korunmanın Kanun Yolu İle Düzenlenmesinin Sosyal ve İktisadi Sonuçları", Almanya'da ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985, 87; S. TAŞKENT, İş Güvencesi, İstanbul 1991, 16; Ayrıca bak: DEMİR, 75

²³ M. EKONOMİ, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuka Uygunluğu", M. REHBINDER/M. EKONOMİ, Türk -İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, 7; DEMİR, 54; TAŞKENT, İş Güvencesi, 21

sini fesheden işçilerin yerine çıkarma veya çıkma tarihinden itibaren altı ay içinde başka işçi alamaz. Bu süre içinde işveren aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak isterse durumu uygun araçlarla yayınlar ve işten çıkarılan işçiye noter aracılığıyla bildirir. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde işyerine başvuran işçileri, işveren işe almak zorundadır (m.24/I, II). Yine aynı maddeye göre, işveren tarafından 17. maddenin I.bendinin (b fıkrası) veya III.bendi gereğince işten çıkarılan işçilerin çıkarılma nedenlerinin altı aylık süre içinde ortadan kalkması halinde bu işçiler için de yukarıda belirtilen hükümler geçerlidir (m.24/III). Bir işyerinin aynı şartlarla işletilmesi veya işletilmeye başlanması yahut mevsim yada kampanya nedeniyle yeniden çalışmaya geçmesi hallerinde de madde hükmü uygulanır (m.24/IV).

Görüldüğü gibi, işverene, belirli şartlarla hizmet sözleşmesi sona eren işçilerle, sözleşme yapma yükümü öngören madde hükmünde, işverenin bu yükümlülüğüne aykırılığı haline hukuki bir sonuç bağlanmamıştır. İşK.m.98/B'de, madde hükmüne aykırı olarak işçi çıkaran veya işyerine yeni işçi alan işveren veya işveren vekili için para cezası öngörülmekle yetinilmiştir.

Doktrinde, işverenin madde hükmüne aykırılığı durumunda sadece tazminat ödemekle yükümlü tutulacağı görüşüne karşılık²⁴; "aynen ifa"nın sözkonusu olması gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Bu ikinci görüşe göre; işçinin işe alınması için işverene başvurusu (icapta bulunması) üzerine işveren serbest bırakılmayarak sözleşmenin kurulması için kabul beyanında bulunmakla yükümlü kılınmıştır. İşverenin buna uymaması ve işçinin dava açması halinde mahkeme hükmü işverenin kabul beyanı yerine geçer ve sözleşme bu yolla kurulmuş olur²⁵.

Yargıtay ise, İşK.m.24'ün hukuki bir yaptırım içermeyip sadece cezai sorumluluk getirdiğini belirtmektedir²⁶.

Sonuçta feshi doğrudan sınırlamak yerine, kural olarak sadece belirli fesih hallerinde işverene hizmet sözleşmesi sona eren işçilerle sözleşme yapma yükümü öngören ve bu niteliği ile işgüvencesi sağlama yönünde dolaylı bir etkisi bulunabilecek bu hükmün sadece cezai müeyyide içermesi, hükme aykırılığa hukuki bir sonuç bağlanmaması

²⁴ SAYMEN, İş Hukuku, 470; OĞUZMAN, Fesih, 285

²⁵ M. EKONOMİ, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, 1969 (yayınlanmamış doçentlik tezi), 124 vd; C. TUNCAY, "İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları", İHMF, 50. Yıl Özel Sayısı, İstanbul 1973, 595; ÇENBERCİ, 445; TAŞKENT, İş Güvencesi, 78

²⁶ Y 9HD., 18.12.1980, 13019/13778, YELEKÇİ, 312; Y 9HD., 26.11.1980, 18844/12214, TÜTİS, Ocak 1981, 23

nedeniyle işgüvencesinin sağlanmasında çok sınırlı bir işlevinin bulunduğu söylenebilir²⁷.

Ancak, İşK.m24'de işverenin sözleşme yapma yükümü sadece belirli fesih hallerine bağlı tutulmuş, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin süresinin bitmesi durumunda ise, mevsim ve kampanya işleri hariç olmak üzere, işverene bu yönde bir yükümlülük öngörülmemiştir.

Nihayet, iş güvencesinin sağlanması amacıyla İş Hukukunun geliştirdiği kurumlardan bir diğeri de belirli durumlarda hizmet sözleşmesinin askıya alınmasıdır²⁸.

İş ilişkilerinde ortaya çıkabilecek bir çok neden hizmet sözleşmesinin normal seyrini etkileyerek onu dayanıksız hale getirir. Nitekim iş kazası, hastalık, analık, askerlik, bazı kamusal ödevlerin ifası, grev ve lokavt gibi haller işçinin geçici ve kusursuz olarak işgörmeye borcunun ifasını etkilemekte, engellemektedir²⁹. Bu gibi olaylar nedeniyle hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesini önlemek ve iş ilişkisini korumak amacıyla kabul edilen askı kurumu, bu bağlamda iş güvencesi etkisi doğurur.

İş Kanunumuzda hizmet sözleşmesinin askıya alınması kavramına yer verilmemekle birlikte, sözleşmenin askıya alındığı bazı durumlar ve bunların hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Nitekim, işçinin kendi kusuruna yükletilmeyen nedenlerle hastalık, doğum ve gebelik (m.17/İb son), muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınma veya herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işten ayrılma (m.27/1-3), işyerinde işin durdurulmasını gerektiren zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması (m.16/III, 34), işyerinde işçiyi çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması (m.17/III, 34) durumlarında kavram olarak yer verilmemekle birlikte, hizmet sözleşmesinin askıda kalmasının hüküm ve sonuçları belirtilmiştir. Yine TSGLK'da grev ve lokavt süresince hizmet sözleşmesinin askıda kalacağı hükme bağlanarak bunun hukuki sonuçlarına yer verilmiştir (m.42)³⁰.

Askı kurumunun sağladığı hukuki koruma yasada belirtilen askı süresince hizmet sözleşmesinin askı durumunu doğuran olay nedeniyle feshedilememesidir. Bu bakımdan hizmet sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması önem taşımaz. Ancak, sözleşmenin sona ereceği

²⁷ Öte yandan işverenin, çıkaracağı işçisinin yerine yeni bir işçi almak ve sonra işçiyi çıkarmak yoluyla bu yükümden kurtulması da mümkündür. EKONOMİ, Seminer, 10

²⁸ S, SÜZEK, İş Aktinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 13; DEMİR, 8, 82

²⁹ SÜZEK, Askıya Alınma, 14

³⁰ BK. m. 328 ve 344/II'de, Deniz İşK. m. 14/ III a'da, Basın İşK. m. 16 ve 17'de askı halinin hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir.

anın açıkça kararlaştırıldığı belirli süreli bir sözleşmede, askı durumunu ortaya çıkaran olay nedeniyle sözleşmenin askı süresince feshi mümkün olmamakla birlikte, bu durum sözleşme süresinin uzaması sonucunu doğurmaz. Zira, taraflar sözleşmeyi belirli süreye bağlamakla aralarında ki hukuki ilişkinin devamını açık iradeleriyle sınırlamışlardır³¹. Dolayısıyla, sözleşme süresinin askı süresi içerisinde bitmesiyle, hizmet sözleşmesi sona erer³².

b. Belirli süreli hizmet sözleşmesi ve kıdem tazminatı

İş Kanunu'nun 14. maddesine göre işveren, kanunda öngörülen fesih hallerinde işçiye ve işçinin ölümü halinde yasal mirasçılara en son ücreti üzerinden işyerindeki kıdemi esas alınmak suretiyle kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür. İşçinin en az bir yıl çalışması şartına bağlı olan kıdem tazminatına hak kazanma bakımından sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması önem taşımaz. Ancak, kıdem tazminatına hak kazanmak için sözleşmenin İşK. m.14'de belirtilen nedenlerden biriyle sona ermesi gerekli olup, yasada sayılan sona erme halleri sınırlı niteliktedir. 17.10.1980 gün ve 2320 sayılı yasa ile İşK. m.98/D'ye getirilen hükümle kıdem tazminatının "öngörülen esaslar dışında" ödenmesi cezai müeyyideye tabi tutulmuş, İşK. m.14'de yer alan hükümlere mutlak emredici nitelik tanınmıştır.

Belirli süreli hizmet sözleşmeleriyle çalışan işçiler, sözleşmenin İşK.m.14'de sayılan nedenlerle sona ermesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanırlar. Oysa bu tür sözleşmelerin sürenin bitimiyle sona ermeleri İşK.m.14/1'de öngörülen sona erme biçimlerinden olmadığından işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmaz³³. Yargıtay da yerleşik kararlarında; belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitimi ile sona ermesi durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanmadığına hükmetmektedir.

Yargıtay tarafından, işçinin işyerine ve işine bağlılığının bir karşılığı olarak değerlendirilen³⁴ kıdem tazminatı kurumunun 1927 sayılı

³¹ SÜZEK, Askıya Alınma, 90

³² EKONOMİ, Seminer, 12; SÜZEK, Askıya Alınma, 90

³³ CENTEL, İş Hukuku, 206; EKONOMİ, İş Hukuku, 232; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 385; S. TAŞKENT, "Belirli Süreli Hizmet Akdi ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanma", İHU, İşK. m. 9 (no:5); ŞAHLANAN, "Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1979-1983, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Mili Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985, 93

³⁴ YİBK., 15.5.1957, E. 13, K. 10, ORHANER, 338-340; Y 9HD., 20.4.1993, E. 1992/15341, K 1993/6568 ve A. ÇİFTER'in incelemesi için bak. Mercek D., Ocak 1996, 45 vd.; Kıdem tazminatının hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşler için bak: B. ERGİN, Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar, İstanbul 1989, 29 vd.

kanunun gerekçesinde “hizmet sözleşmesinin devamlılığını ve işçinin işyerine ve işine bağlılığını sağlama esasına dayandığı” belirtilmiştir. Nitekim doktrinde tazminatın bunların yanısıra “işsizlik sigortası karşılığı” ve “işçinin işini kaybetmesi karşılığı” olduğu savunulmuştur. Tüm bu işlevlere sahip kurumun özellikle gerçek anlamda iş güvencesinin bulunmadığı ülkemizde işçiler bakımından önemi büyüktür. Ancak, kıdem tazminatının bu işlevi belirli süreli sözleşmenin sürenin bitimi ile kendiliğinden sona ermesi durumunda etkisini göstermemekte³⁵ ve bu durum uygulamada işverenlerin kıdem tazminatı ödemekten kaçınmak amacıyla belirli süreli sözleşmelerle işçi istihdamı yolunu tercih etmelerine neden olmaktadır.

2. Çalışma yaşamında esneklik ihtiyacı ve atipik iş ilişkisi olarak belirli süreli hizmet sözleşmesi

a. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılması eğiliminde görülen değişim

Endüstriyel yönden gelişmiş Batı Avrupa ülkelerinde işçi-işveren ilişkileri son 20 yılda, uluslararası rekabet, teknolojik yenilenme, üretim organizasyonuna ve personel yönetimine yeni yaklaşımlar ve işçilerin gelişen ihtiyaç ve arzularının etkisi ile değişim göstermiştir³⁶. Yine bu değişimin en önemli nedenlerinden birini de, 70’li yılların ikinci yarısında petrol krizinin neden olduğu ekonomik durgunluk ve bunun sonucu olarak işsizliğin artması oluşturmuştur³⁷.

Tüm bu gelişmeler 80’li yıllarda yeni istihdam modellerinin ortaya çıkmasına ve bu zamana kadar “standart”, “normal” olarak kabul edilen iş ilişkisinden ayrılan ve atipik olarak nitelendirilen iş ilişkilerinin yaygınlaşmasına neden olmuştur.

Herhangi bir süreye bağlanmamış, tam gün süreli, tek bir işverene bağlı olarak ifa edilen ve işçinin feshe karşı belli bir korumadan yararlandığı iş ilişkisi olarak nitelenen “normal” veya “standart” iş ilişkisi³⁸ teşebbüslerin ekonomik rekabetin yoğun olarak yaşandığı piyasa

³⁵ Ayrıca bak. EKONOMİ, Seminer, 9

³⁶ A. S. BRONSTEIN, “Temporary Work in Western Europe; Threat or Complement to Permanent Employment”, International Labour Review, Vol 130, 1991, No. 3, 291

³⁷ T. TREU, “Labour Flexibility in Europe”, International Labour Review, Vol 131, 1992, No. 4-5, 497

³⁸ A. S. BRONSTEIN, 291; W. BLOMEYER, “Almanya’da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler”, Çalışma Hayatında Esneklik, Kasım 1994, İzmir, 195; W. DAEUBLER, “Perspektiven des Normalarbeitsverhältnisses”, ArbuR, Heft 10/1988, 302-303; H. PLANDER, Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis, Rechtsgutachten für die Hans Böckler Stiftung, Band 3, 1. Auflage, Baden Baden 1990, 2

şartlarına uyumlarında katı, sert düzenlemesiyle engelleyici nitelikte görülmüştür.

İş Hukukunun klasik, katı normlarını yumuşatmaya yönelik esnekleşme çabalarının bir yönünü teşkil eden istihdamda esneklik; kısmi çalışma, job sharing, işgücünün evde istihdamı, ödünç iş ilişkileri ile birlikte belirli süreli hizmet sözleşmesi bakımından da kendini göstermiştir. Bu bağlamda 80'li yıllarda Batı Avrupa ülkelerinde belirli süreli hizmet sözleşmeleri farklı bir açıdan ele alınmış ve esneklik boyutu altında yeni gelişmelere neden olmuştur.

Şüphesiz, feshe karşı koruma ve belirli süreli hizmet sözleşmeleri konusunda sınırlayıcı, ayrıntılı yasal bir düzenlemeye sahip olmayan ülkemizde, esasen katı bir hukuki sistemin varlığından ortaya çıkan esnekleşme gereğinden söz edilemez. Bununla birlikte bu konuda ve özellikle feshe karşı koruma alanında yapılacak düzenlemelerin, mahkeme içtihatlarının göstereceği eğilimin belirlenmesinde batılı ülkelerde yaşanan gelişmelerin yol gösterici etkisi büyük önem taşımaktadır. Öte yandan, çalışma yaşamındaki bu yeni anlayış, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasında ekonomik ve sosyal politikaya ilişkin düşüncelerin ne ölçüde belirleyici olması gerektiği bakımından da değer taşımaktadır.

Batılı ülkelerdeki bu yöndeki gelişim bir anlamda iş hukukunun 80'li yıllara kadar daima tek yönde ilerleyen seyrini etkilemiştir. Nitekim, bu yıllara kadar iş hukukundaki eğilim, işçilerin ve temsilcilerinin haklarının daimi suretle artırılması, yapılan her yeni düzenlemeyle işçilere öncekine nazaran daha fazla haklar sağlanması veya daha iyileştirilmiş bir koruma getirilmesi yönünde olmuştur. Yıllar boyu, işçinin korunmasından hareket edilerek girişimcinin özel bir korunma ihtiyacı bulunmadığı düşünülmüş, işsizlerin menfaatlerinin dikkate alınmasının ise doğrudan iş hukukunun alanına girmediği benimsenmiş ve iş hukuku bu yönde gelişmiştir³⁹.

Bununla birlikte, normal iş ilişkisini şekillendiren bu sosyal düşünce, yoğun istihdam problemlerinin yaşanması ve teşebbüslerin uluslararası rekabet şartlarına uyumları ile ilgili nedenlerden dolayı zamanla zayıflamıştır. Özellikle işçinin yasal bir düzenleme ile feshe karşı korunduğu batılı ülkelerde işsizlik sorunu yasaların ve diğer hukuki düzenlemelerin katı oluşuna, çalışma yaşamında yeteri kadar esneklik sağlanamamasına bağlanmıştır. Bu bağlamda, işçiyi koruyucu yasaların katılığı işverenlerin yeni işçi istihdamlarını engelleyici bir faktör olarak

³⁹ K. ADOMEİT, Wen schützt des Arbeitsrecht, Wie Gesetze, Richtersprüche und Tarifzwang Arbeitslosigkeit produzieren, Stuttgart 1987, 26

kabul edilmiştir⁴⁰. İşverenler, özellikle ekonomik belirsizlik dönemlerinde, feshe karşı koruma ile karşı karşıya kalmamak için, işgücü ihtiyacını yeni işçi almak yerine, mevcut işçilere fazla çalışma yaptırarak gidermektedirler⁴¹. Bu düşünceye göre, iş hukuku istihdam edilenleri korurken, işsizliği de beraberinde getirmektedir⁴².

İşte bu noktada Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde belirli süreli iş ilişkileri esneklik çerçevesinde ele alınırken, işçinin korunmasına yönelik sosyal düşüncenin değişimi de kendini göstermektedir. Bu konuda yapılan yasal değişikliklere temel teşkil eden iki eğilimden biri girişimcinin korunması, diğeri işsizlerin korunmasıdır.

b. Örnekler

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin esneklik çerçevesinde ele alınması konusunda Alman ve İspanyol hukukunda gerçekleştirilen yasal değişiklikler örnek olarak gösterilebilir. Alman ve İspanyol hukuk sistemlerinde belirli süreli hizmet sözleşmesinin yapılabilmesi 80'li yıllara kadar sadece belirli istisnai nedenlerin varlığına bağlı kılınmışken, ekonomik durgunluğun yaşandığı bu yıllarda tekrar belirli ölçülerde sözleşme özgürlüğü ilkesine dönme ve bu türden sözleşmelerin yapılmasının kolaylaştırılması yönündeki çabalar, çalışma yaşamındaki esneklik ihtiyacının sonucu olarak belirmiştir. Her iki hukuk düzeninde bu yönde yapılan yasal düzenlemelerdeki amaç, yukarıda da değinildiği gibi, işsizliğin hakim olduğu istihdam alanını iyileştirmek, işverenlerin yeni işçi alımlarını, yeni teşebbüsler kurmalarını teşvik etmek, işsizlere iş imkanı yaratmaktır⁴³.

⁴⁰ S. FROHNER/R. PİEPER, "Befristete Arbeitsverhältnisse" ArbuR, 4/1992, 105; K. ADOMEİT, "Befristete Arbeitsverhältnisse wieder verboten?", Arbeitsrecht für die 90'er Jahre, München 1991, 72; W. BLOMEYER, "Alman Hukukunda Feshe Karşı Korumanın Sosyal ve Ekonomik Önemi", Almanya'da ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985, 85; W. HAFELE, Die Zulassung befristeter Arbeitsverhältnisse durch § 1 BeschFG 1985, Stuttgart 1988; K. LİNNENKOHLE/G. KİLZ/D.A. REH, "Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Begriffs der Deregulierung", BB 1990, Heft 29, 2041

⁴¹ P. HANAU, "Alman Feshe Karşı Korunma Hukuku", Almanya'da ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985, 10; C. KELLER, Befristete Arbeitsverhältnisse nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz und dabei auftretende Rechtsprobleme, Würzburg 1990, 2

⁴² ADOMEİT, Wen schützt das Arbeitsrecht, 24

⁴³ Alman Hukukunda bu konudaki düzenleme, sosyal pazar ekonomisinin kendi dinamiğini güçlendirme ve tüm ekonomik çevre şartlarının iyileştirilmesini hedef alan istihdam alanının iyileştirilmesine ilişkin stratejinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir. İstihdamı Teşvik Yasasının işsizlerin korunması yönündeki hedefi, Çalışma Bakanı Blüm'ün ifadesiyle "belirli süreli çalışmak belirsiz süreli işsiz olmaktan iyidir" temeline dayanmaktadır (ADOMEİT, Befristete Arbeitsverhältnisse wieder verboten?, 73. Yasada, işsizlere sağlanacak süreli iş

Alman Hukukunda bu yöndeki eğilim 1985 tarihli İstihdamı Teşvik Yasası (Beschaeftigungsförderungsgesetz) ile pozitif düzenlemeye konu olmuştur. İstihdamı Teşvik Yasası'nda önce, belirli şartlar dahilinde, bu tarihe kadar Federal İş Mahkemesi kararları ile saptanan ve belirli süreli sözleşmelerin kurulmasında aranması gereken "objektif haklı neden" bulunmaksızın, bu tür sözleşmelerin kurulmasına olanak tanınmıştır. Yasaya göre; işçinin işe yeni alınmasında veya işçinin mesleki eğitimini takiben işletmede belirsiz süreli işçi için boş yer bulunmaması nedeniyle sadece belirli süreli sözleşmeyle çalıştırılmaya devam edilebileceği durumlarda hizmet sözleşmesi sürelendirilebilecektir (§1/1). Yeni işe alma bakımından kriter olarak yasada, aynı işveren yanında belirli veya belirsiz süreli önceki bir hizmet sözleşmesiyle çalışma arasında sıkı bir objektif bağıllığın bulunmaması aranmaktadır (§1/2). Böyle bir bağıllık ise, özellikle her iki sözleşme arasında dört aydan az bir sürenin varlığı durumunda söz konusudur (§1/2). Bu nedenlerle yapılacak sürelendirme en fazla on sekiz aylık bir süreyi içerebilir. Ancak işverenin en fazla altı aylık bir süreden beri faaliyete başlaması veya işyerinde yirmi veya daha az işçi çalıştırılması durumunda (mesleki eğitim için çalışanlar hariç) bu süre iki yıla kadar uzar (§1/3). 1985 yılında ilk kez beş yıl süreli olarak çıkartılan yasa, en son 26.7.1994 tarihinde 31.12.2000 yılına kadar uzatılmış, 1996 yılında ise, yasada önemli bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Son yapılan düzenlemede esneklik düşüncesine daha fazla değer verilmiş ve belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulması daha kolaylaştırılmıştır.

25.9.1996 tarihli "Büyüme ve İstihdamı Teşvik Yasası" (Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschaeftigung) ile diğer bazı yasa hükümlerinin yanısıra, İstihdamı Teşvik Yasası'nın belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin birinci bölümü de değiştirilmiştir. Yasal düzenlemenin yürürlük süresi yine 31.12.2000 tarihi ile sınırlanmıştır. Bu son düzenlemeye göre, belirli süreli hizmet sözleşmeleri iki yıllık bir süre için yapılabilir ve bu iki yıllık süreyi aşmamak şartıyla üç kez uzatılabilir (§1/1). İşçinin hizmet sözleşmesinin kurulduğu tarihte altmış yaşını doldurmuş olması durumunda sözleşmenin sürelendirilmesi yukarıda anılan sınırlamalar olmaksızın mümkündür (§1/2). Ancak her iki fıkra gereğince sürelendirmelerin geçerliliği için ek bir koşul olarak, işçinin aynı işverenle kurulmuş önceki belirsiz süreli veya fıkra 1'e göre kurulmuş belirli süreli hizmet sözleşmesi arasında sıkı nesnel bağlantının bulunmaması gerektiği kabul edilmiştir. Böyle sıkı bir bağıllık, özellikle hizmet sözleşmelerinin arasında dört aydan az bir sürenin varlığı halinde kabul edilmelidir (§1/3). Bu hüküm uyarınca yasanın ilk paragrafı çerçevesinde kurulan belirli süreli hizmet sözleşmesinin taraflarca iki

olanağını sürekli çalışmanın takip etmesi, diğer bir ifadeyle süreli çalışmanın sürekli istihdama bir köprü oluşturması amaçlanmıştır. İstihdamı Teşvik Yasası hükümet tasarısı (RdA 1984, 169)

yıllık süreyi aşmamak kaydıyla üç kez uzatılabilmesi mümkünse de, ilk sözleşmenin bitiminden sonra aradan dört aydan fazla bir süre geçmedikçe bu yasa çerçevesinde yeni bir belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulabilmesi mümkün değildir.

İspanyol Hukukunda da belirli süreli sözleşmelerin yapılmasının kolaylaştırılması yönündeki çalışmalar 80'li yıllarda yapılan yasal düzenlemelerle gerçekleştirilmiştir. Yasal düzenlemeyle, işletmenin faaliyetinin artması durumunda belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulması, faaliyetin işletmenin "mutad" işlerinden olmaması olgusundan bağımsız kılınmış, işletmenin yeni bir faaliyete geçmesi veya mevcut faaliyet alanını genişletmesi durumunda belirli süreli sözleşmelerin yapılmasına imkan tanınmış ve çalışma dairesine işsiz olarak kaydedilmiş kişilerle belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılabilmesi yasal azami süreler dahilinde mümkün kılınmıştır⁴⁴. Görüldüğü gibi, bu ülke hukukunda bir yandan işletmenin yeni kurulması durumunda belirli süreli sözleşmelerin yapılmasına izin verme yoluyla girişimcinin korunması ve bu bağlamda yeni iş alanları yaratmada teşvik edilmesi hedeflenmiş, bir yandan da işsiz niteliği taşıyan kişilerle belirli süreli sözleşme kurulması olanağı tanınarak işsizlerin korunması sağlanmak istenmiştir.

Tüm bu gelişmeler karşısında, esnekleşme gerektiği görüşüne önem veren ve belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasını belirli ölçülerde kolaylaştıran ülke hukuklarında belirsiz süreli sözleşmelerin yine kural olanı teşkil ettiği söylenebilir. Bu ülkelerdeki değişim hiç bir zaman tam bir kuralsızlaşma (deregulierung) yönünde olmadığı gibi, yapılan yasal düzenlemelerde yine bu türden sözleşmelere belli ölçülerde sınırlama getirilmiş veya mevcut bazı sınırlamalar muhafaza edilmiştir. Gelişmelerde hukuki değil, sosyal politika ve ekonomiye ilişkin nedenler etken olmuştur. Nitekim, Alman Hukukunda yasakoyucu İstihdamı Teşvik Yasası'nın süreli bir düzenleme özelliği ile, esasen belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin belirli süreli sözleşmelerle ikame edilmesinin amaçlanmadığını ortaya koymuş ve belirsiz süreli sözleşmelerin yasal fesih koruması ile arzu edilen bir düzenleme olma özelliğini koruduğunu vurgulamıştır⁴⁵. Öte yandan, İspanyol Hukukunda bu yöndeki yasal düzenlemeler Alman Hukukundakinin aksine belirli bir süreye bağlı kılınmamışsa da, yasal düzenlemeler yine belirsiz süreli sözleşme türünün kural belirli süreli sözleşmelerin ise istisna olarak değerlendirilmesine imkan vermektedir.

⁴⁴ C. GROLMAN, Der Erleichterte Zulassung befristeter Arbeitsverträge als Mittel der Beschäftigung Förderung in der Bundesrepublik Deutschland und Spanien, Berlin 1991, 77 vd.

⁴⁵ GROLMAN, 5, 7; Hükümet Gerekçesi için bak., RdA 1984, 169 vd; R. BRUSCHKE, Befristete Arbeitsverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz 1985, München 1989, 80

§ 4. BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SINIRLANDIRILMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI

I. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Sınırlandırılması Konusunda İleri Sürülen Görüşler

Sözleşme özgürlüğü ilkesi ile işçinin korunması ilkesi arasındaki çelişkinin giderilmesi şeklinde beliren belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması sorunu, bu türden sözleşmelerin geçerliliğinin sınırlandırılmasında dayanılacak esas ve konulacak sınırların tespiti konusunda çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Sınırlamada dayanılacak esas hukuki sonuçları da etkilemektedir. Bu paragrafta, doktrinde ileri sürülen görüşler, yargıtay içtihatları ve bunların uygulanabilirliği ele alınarak bir senteze ulaşmaya çalışılacaktır.

1. İşçiyi gözetme borcuna aykırılık görüşü

Doktrinde bir kısım yazarlar, işverenin belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile işçi çalıştırmasını işçiyi gözetme borcuna aykırılık olarak nitelemişlerdir. Çünkü bu halde işçi belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanamaz. Ancak, bu türden sözleşmelerin yapılması için tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin yeterli sebepler bulunması durumunda gözetim yükümlüne aykırılıktan söz edilemez ve belirli süreli sözleşme geçerlidir⁴⁶.

⁴⁶ A. HUECK, "Kettenvertraege", RdA, 1953, 87; HUECK/NIPPERDEY, 535; NIKISCH, 673

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlanması sorununu özellikle zincirleme sözleşmeler bakımından ele alan bu görüş çalışma yaşamında belirsiz süreli sözleşmenin asıl, belirli süreli sözleşmenin ise istisna olduğundan hareket eder. Buna göre işveren bu türden bir sözleşmeyle, feshe ilişkin koruyucu hükümleri bertaraf ettiği gibi, aynı zamanda, işçiyi sosyal açıdan arzu edilemeyecek bir belirsizlik içine atmış olur. Çünkü, zincirleme hizmet sözleşmeleri ile çalışan işçi her defasında sözleşmenin yenilenip yenilenmeyeceği konusunda tereddüttedir. İşverenin gözetme borcuna aykırılığının hukuki sonucu ise sözleşmenin pozitif ihlalden doğan bir tazminat yükümlüdür. Bu nedenle, işveren tazminat ödemesini gerektiren olay meydana gelmemiş olsaydı hangi durumda olacak idiyse, o durumu yaratmakla yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, eğer gözetim yükümü ihlal edilmemiş olsaydı, işçi belirsiz süreli sözleşmeyle işe alınacak olduğuna göre, işveren işçisine onu belirsiz süreli işe almış gibi davranmak yani sözleşmenin sona erdirilmesi için fesih bildiriminde bulunmak durumundadır⁴⁷.

İş ilişkisinde işçinin sadakat borcu karşılığı olarak beliren işçiyi gözetme borcu, iş ilişkisi çerçevesinde işçinin korunması ve gözetilmesi için gerekenlerin yapılması ve işçinin menfaatlerine zarar verecek herşeyden kaçınılması konusunda işverenin yükümünü ifade eder⁴⁸. Belirli süreli sözleşmelerin esas itibarıyla yargı kararlarıyla sınırlandırıldığı Alman Hukukunda, İmparatorluk İş Mahkemesinin de zaman zaman sınırlamanın gerekçelendirilmesinde yardımcı bir unsur olarak kullandığı gözetim yükümüne aykırılık görüşü⁴⁹ doktrinde çeşitli yönlerden eleştirilmiş olup, bugün için yeterli bir dayanak olarak görülmemektedir.

Herşeyden önce sözleşmenin olumlu ihlali nedeniyle sorumluluk, halen mevcut borç ilişkilerinde söz konusu olur. Oysa bir kerelik süreye bağlanmış sözleşmelerde daha sözleşmenin bağitlanması sırasında taraflar arasında bir borç ilişkisi mevcut değildir. Zincirleme sözleşmeler bakımından da durum aynıdır. Çünkü bir belirli süreli sözleşmenin bitiminden sonra tekrar aynı türden sözleşmenin yapıldığı ara dönemde ilk sözleşme hukuken sona erdiği için arada bir borç ilişkisinin varlığından söz edilemez⁵⁰.

Sonra, gözetim yükümü mevcut borç ilişkilerinde bu ilişkinin içeriğinin belirlenmesine ilişkin bir işleve sahiptir⁵¹. Dolayısıyla daha sözleş-

⁴⁷ HUECK/NIPPERDEY, 535; NIKISCH, 673; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 195

⁴⁸ HUECK/NIPPERDEY, 390

⁴⁹ RAG, 2.12.1936, ARS 28, 343; 5.1.1938, ARS 32, 174

⁵⁰ BÖHM, 30; BRENDER, 90

⁵¹ BÖHM, 30

menin kurulmasından önceki safhada gözetim yükümünün varlığından söz etmek ne derece mümkün olabilecektir⁵².

Alman doktrininde bu eleştirilere karşı bazı yazarlarca, işverenin işçiyi gözetme borcunun sözleşmenin kurulmasından önceki safhada da mevcut olduğu ileri sürülmüş ve gözetme borcuna aykırılık görüşünün belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasının sınırlanmasında yeterli bir dayanak olduğu savunulmuştur. Culpa in contrahendo (akit öncesi sorumluluk)'ya dayanan bu görüşe göre; işçi ile işveren daha sözleşme için görüşmeler yaparken, işveren işçinin çıkarlarının korunması için gerekeni yapmak ve zarar verecek şeylerden kaçınmakla yükümlüdür⁵³. Bu safhada gözetim yükümüne aykırılık ise culpa in contrahendo gereği kural olarak menfi zararın tazminini gerektirir. Ancak hakkaniyetin gerektirdiği hallerde tazminat talebi müspet zararın tazminine de yönelebilir⁵⁴.

Bununla birlikte, asıl sorun genel bir kavram olan işçiyi gözetme borcunun belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin yasal hükümlerin belirli süreli sözleşmelere uygulanması için yeterli olup olmayacağı, bu borcun sınırlarının tespitidir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, gözetim yükümü ancak belirli bir yasal temele dayandığı halde bir talep hakkı verebilir. Örneğin işçi sağlığı iş güvenliği tedbirlerinin alınması, işçiye çalışma belgesi verilmesi, eşyalarının korunması gibi konularda. Açıkça belirli süreli sözleşmelerin varlığını tanıyan bir hukuk sisteminde, sadece belirsiz süreli sözleşmelerin sosyal açıdan arzu edilir bir düzenleme olması, genel bir kavram olan gözetim yükümüne dayanılarak sözleşme özgürlüğünün sınırlanması için zorlama teşkil etmektedir.

Öte yandan gözetim yükümüne aykırılık görüşü sözleşmenin pozitif ihlali ve bu bağlamda kusurun varlığına bağlanmaktadır ki, bunun ispatı oldukça güçtür. Dolayısıyla, gerek kusur gibi subjektif bir unsura dayanması gerekse tazminat yükümü ile yetinilip asıl hedef olan belirsiz süreli sözleşmenin kabulünün sağlanamaması nedenleriyle bu görüş Alman Hukukunda da bugün için kabul edilmemektedir⁵⁵.

⁵² HILLEBRECHT, BGB § 620 Rdnr. 84; KEYSER, Befristete Arbeitsverträge, Bielefeld 1984, 36

⁵³ HUECK/NIPPERDEY, 415; NIKISCH, 671 dn. 36

⁵⁴ BÖHM, 29; WOHNSEIFER, Probleme des befristete Arbeitsvertrages, Köln 1966, 19

⁵⁵ BÖHM, 40; BRENDER, 91; EKONOMI, Seminar, 14; SCHRÖTER, 27; W. BLOMEYER, "Der Befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzinterpretation", RdA 1967, Heft 11, 406; KEYSER, 37; H. WIEDEMANN/H. PALENBERG, "Die Zulaessigkeit von Zeitarbeitsverträgen im öffentlichen Dienst, insbes. im Hochschulbereich" RdA 1977, HEFT 2, 86; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 84,; H. J. OTTE, Zeitvertrag und Kündigungsschutz, Frankfurt 1980, 54

2. Kanuna karşı hile görüşü

Doktrinde belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlanması yolunda dayandırılan gerekçelerden bir diğerini kanuna karşı hile görüşü oluşturmaktadır.

Bir emredici hukuk kuralına aykırı bir fiil hukuki muameleye uygulanacak müeyyideyi bertaraf etmek için hukuken caiz olan başka yollara başvurarak aynı sonuca ulaşma olarak tanımlanan⁵⁶ kanuna karşı hile, bir başka deyişle kanunun yasakladığı bir sonucu kanunun öngördüğü bir yolla elde etmektir.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlanması bakımından ileri sürülen kanuna karşı hile görüşü durumun tespitinde aranacak kriterler bakımından zaman içerisinde farklılık göstermiştir.

a. Subjektif sınırlandırma kriteri olarak dolanma niyeti

Belirli süreli sözleşmelerin geçerliliğini zincirleme hizmet sözleşmeleri açısından ele alan bu görüşe göre; işverenin bu türden sözleşmeyi emredici yasa hükümlerinden kaçınmak amacıyla yapması kanuna karşı hile oluşturur⁵⁷. Bunun hukuki sonucu ise, kendisine karşı hile yoluna başvurulmuş hükümlerin (bildirim önellerine ilişkin hükümlerin) belirli süreli hizmet sözleşmesi hakkında uygulanmasıdır. Ancak bunun için, işverenin belirli süreli sözleşmelerle fesih hükümlerini dolanma kastının varlığı ve bunun da objektif olarak tespit edilmesi gereklidir⁵⁸.

Alman İmparatorluk İş Mahkemesinin de kararlarında aynı kritere başvurulmuş ve kanuna karşı hilenin kabulü için işverenin bu türden sözleşmeler bağitlemekle emredici fesih hükümlerini dolanma kastının aranması gerektiği kabul edilmiştir. İmparatorluk İş Mahkemesi esas itibarıyla tarafların serbest iradeleri ile sözleşmenin süresini belirlemede özgür olduklarından hareketle bu özgürlüğün ancak yasal koruyucu hükümlerin dolanılması kastının bulunması ve durumun objektif olarak tespit edilebilmesi koşuluyla sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Kanuna karşı hile kastının tespiti durumunda ise sürelendirme geçersiz sayılır ve kendisine karşı hile yoluna başvurulmuş hükümlerin uygulanması sonucu

⁵⁶ K. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994, 146

⁵⁷ OĞUZMAN, Fesih, 11; F. TEKİL, İş Hukuku, İstanbul 1981, 147

⁵⁸ OĞUZMAN, Fesih, 11 Dipnot 34

olarak sözleşme ancak olağan fesih yoluyla sona erdirilebilir⁵⁹. Yüksek Mahkeme bazı kararlarında kanuna karşı hile görüşünü işverenin gözetme borcuna aykırılık görüşü ile birlikte kullanmıştır. İmparatorluk İş Mahkemesinin belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasında dolanma kastı ve bunun ispatını araması bu dönemde bir çok olayda mahkemenin sürelendirmelerin geçerliliği yolunda kararlar vermesine neden olmuştur⁶⁰.

Alman doktrinde işverenin kastını esas alan kanuna karşı hile görüşü, belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılması konusunda yeterli görülmemiş, çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Öncelikle, işveren, kural olarak belirli süreli sözleşmeler bağtılamakla hizmet sözleşmesinin süresinin sonunda kendiliğinden sona ermesini, feshi ihbar ve bunun sonuçlarıyla bağlı olmamayı amaçlar ki, bu halde dolanma kastının tüm belirli süreli sözleşmelerde mevcut olabileceği gibi bir sonuca ulaşmaktadır⁶¹. Öte yandan yasal düzenlemelerle belirli süreli sözleşmelerin açıkça tanınması, işverenin kanun tarafından yasaklanmamış bir hukuki şekillendirme vasıtasıyla, yine kanun tarafından yasaklanmamış bir hukuki sonuca ulaşmasına yol açar, burada ise kanuna karşı hileden ne derecede bahsedilebilir⁶². Eğer yasakoyucu bu tür sözleşmeleri engellemek isteseydi yasaklayıcı bir hüküm getirmiş olması, en azından belirli bir süreyle sınırlı tutması gerekirdi⁶³. Bu yüzden yalnızca dolanma niyeti, yasa tarafından izin verilmiş bir vasıta ile yine yasaca uygun görülen bir sonuca ulaşmada, kanuna karşı hilenin kabulü için yeterli değildir⁶⁴.

Öte yandan dolanma kastının ispatı oldukça güçtür ve zincirleme hizmet sözleşmeleri için daha kolaylıkla kabul edilebilecek kanuna karşı hile görüşü bir defalık sürelendirmelerde subjektif bir unsur olan "hile kastının" ispatı konusundaki güçlüklerden dolayı yeterli değildir. Bu konuda getirilmesi gereken ölçüt objektif ve hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından yeterli açıklığa sahip olmalıdır.

⁵⁹ RAG. 2.12.1936, RAG. 9.4.1930, RAG. 5.1.1938, S. FROHNER/R. PIEPER, ArbuR, 4/92, 99'dan naklen

⁶⁰ BÖHM, 21

⁶¹ HUECK, "Kettenvertraege", 86; NIKISCH, BB 1955, 197; OTTE, 73

⁶² BÖHM, 23

⁶³ BÖHM, 24, Aynı görüşte: EKONOMİ, Seminer, 13

⁶⁴ BÖHM, 23

b. Objektif sınırlandırma kriteri olarak işleve aykırılık

Belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında dayanan kanuna karşı hile kurumunda subjektif bir unsur olan hile kastının aranmasının özellikle ispat bakımından gösterdiği zorluklar, kurumun zaman içerisinde farklı şekilde ele alınması gereğini doğurmuştur.

Alman Federal İş Mahkemesi de ilk olarak 1960 yılında verdiği bir kararda kanuna karşı hilede subjektif unsurun aranmasından vazgeçilerek, objektif teorinin benimsenmesi gereğini vurgulamış ve bu tarihten itibaren iş mahkemeleri belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında aynı esasa bağlı kalmıştır⁶⁵.

Bu görüşe göre, bir emredici hukuk normunun amacı, bir başka hukuki şekillendirme imkanının kullanılması yoluyla bertaraf edilirse, kanuna karşı hile mevcuttur. Kanuna karşı hile, bir hile kastına veya emredici hukuki norma bilinçli bir aykırılığa bağlı olmayıp, hukuki işlemin objektif olarak işleve aykırılığına bağlıdır. Esasen taraflarca aksi kararlaştırılamayan hukuki normun ruhu ve amacı bunu gerektirir⁶⁶.

İçerdiği koruyucu hükümlerle belirsiz süreli sözleşmeler çalışma yaşamında kural olanı ve sosyal açıdan arzu edilen bir düzenlemeyi ifade ederler. İstisnai nitelik taşıyan belirli süreli sözleşmeler yaparak işverenin kural (normal) olandan ayrılması, ancak en az bir tarafın ekonomik ve sosyal şartlarının bunu gerektirmesi durumunda haklılık taşır ve hukuk düzenince korunmalıdır. Bu nedenle belirli süreli sözleşmeler, bu türden sözleşme yapılmasını gerektiren makul “objektif bir nedenin” bulunması durumunda geçerli olup, aksi halde objektif olarak “işleve aykırılık” teşkil ederler ve korunacak hukuki yarar bulunmaz⁶⁷.

⁶⁵ BAG, AP Nr. 16 zu § 620 BGB; BAG, 26.3.1986, AP Nr. 103 zu § 620 BGB

⁶⁶ Bu görüş doktrinde de benimsenmiştir; P. BOBROWSKI/D. GAUL Das Arbeitsrecht im Betrieb, Band I, 8. Auflage, Heidelberg 1986, 111-112; FALKENBERG, “Befristung von Arbeitsverhältnissen”, DB 1971, Nr. 9, 430 vd; M. LÖWISCH, Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 1991, 461; K. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1986, 335; SCHAUB, 169; Münchkomm/SCHWERDTNER § 620 RdNr. 17 vd.; STAUDINGER/NEUMANN, BGB § 620 RdNr. 10; ZÖLLNER/LORITZ, 239; ERMANN/HANAU, BGB § 620, RdNr. 47

⁶⁷ BAG AP Nr. 16 zu § 620 BGB; Belirtmek gerekir ki, Alman Federal İş Mahkemesinin konuya ilişkin kararları bugün için İstihdamı Teşvik Yasası ile düzenlenen durumlar dışında, sürelendirmenin geçerliği konusunda belirleyicidir.

Bu noktada objektif teori, subjektiften kanuna karşı hilenin varlığını kabul için, ispatı güç olan hile kastının aranmasını kabul etmeyerek, bilakis emredici hükmün ihlali ile yetinmekle ayrılır.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması konusunda yasal bir düzenleme bulunmayan İsviçre Hukukunda da aynı görüş benimsenmiştir. Özellikle zincirleme hizmet sözleşmelerinin kurulmasında, buna temel teşkil eden “objektif haklı neden” bulunmadıkça, bu sözleşmelerin kanuna karşı hile oluşturduğu kabul edilmektedir⁶⁸.

3. İrade özerkliğinin hakkaniyet esası ile sınırlandırılması görüşü

Alman Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılması konusunda ileri sürülen görüşlerden bir diğeri, AMK § 315’in kıyasen uygulanması yoluyla yargıca hakkaniyet denetiminin tanınmasına ilişkin görüştür. Belirtmek gerekir ki, hakkaniyet denetimi (Billigkeitskontrolle) ile ifade edilen, hakim uyuşmazlık konusu olayda sözleşmede yer alan kayıtların hakkaniyete uygun olmadığını tespiti durumunda, sözleşmenin içeriğine müdahale edebilmesi ve sözleşmede yer alan bu kayıtların yerine hakkaniyete uygun karar verebilmesidir. AMK § 315 sözleşmedeki edimin sözleşen taraflardan birince belirlenmesi halini düzenler. Maddeye göre; edimi sözleşme taraflarından sadece biri belirleyecek ise, bu belirlemenin hakkaniyete uygun olarak yapılması gerekir. Edim ancak hakkaniyete uygun olarak belirlendiği takdirde karşı taraf için bağlayıcıdır. Belirlemenin hakkaniyete uygun olmadığı halde ise, edim yargı kararıyla belirlenecektir (§ 315/I-III)

Tamamiyle sözleşmeyle saklı tutulan bir hakka dayanarak edimin tek taraflı belirlenmesine ilişkin § 315 hükmüne hakim düşüncenin Federal Mahkemece genel işlem koşullarına da kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁹. Buna göre, genel işlem koşullarında, bir tarafın diğer tarafı önceden belirlenmiş koşullara uymaya zorlaması sözkonusudur. Dolayısıyla, bu koşulların belirlenmesinde buna tabi olacak tarafın irade özerkliğinin varlığı görünüştedir. Bu nedenle edimin tek taraflı olarak belirlenmesinde irade özerkliğine bir sınır konulmasına yol açan koruyucu düşünce sözleşme içeriğinin genel koşullarla tek

⁶⁸ M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 11. Auflage, Bern 1993, 110; BGE 101 I a 465; Ayrıca bak: D. HUMBERT, Der Neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Zurich 1991, 131-132, BRENDER, 110

⁶⁹ BGH., 29.10.1962, BGHZ., 38, 183; Alman hukukunda genel işlem koşullarının denetlenmesi, 1.4.1977 tarihinde yürürlüğe giren “genel işlem koşulları hukukunun düzenlenmesi hakkındaki kanun”dan sonra, bu kanunun 9. md’sine göre gerçekleştirilmektedir.

tarafli olarak düzenlenmesi konusunda da geçerli olmalıdır. Alman Federal İş Mahkemesi genel işlem koşulları bakımından vardığı esas genel iş koşulları için de kabul etmiş ve BGB § 315 hükmünün genel iş koşullarının içerik denetiminde de kıyasen uygulanması gerektiğini benimsemiştir. Federal Mahkemeye göre; işveren genel iş koşullarının tespitinde hakkaniyet ilkesi ile bağlıdır. İşverenin hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmayan kurallar getirmesi halinde, yargıç tarafından, tek taraflı olarak saptanmış olan kuralın bağlayıcı olmadığına tespiti ile sözleşmenin bir başka kuralla doldurulması yoluna gidilecektir⁷⁰.

Federal Yüksek Mahkeme tarafından AMK § 315'in genel işlem koşullarına uygulanmasını takiben, doktrinde hakkaniyet denetiminin belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında da dayanarak olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁷¹. Buna göre, işçinin irade özerkliği ile sözleşmenin sürelendirilmesine etkide bulunmadığı veya sözleşme süresinin önceden işverence saptandığı durumlarda, sürelendirme ancak hakkaniyete uygun olduğu takdirde geçerli olmalıdır. Yargıç AMK § 315'e göre yapacağı denetlemede sürelendirmenin hakkaniyete uygun olmadığını tespit ederse artık belirsiz süreli sözleşmenin varlığına hükmetmelidir. Bu ise, sürelendirmenin haklı kılacak objektif bir sebep içermemesi halinde söz konusudur⁷².

Alman Hukukunda bu görüş çeşitli yönlerden eleştirilere uğramıştır. Öncelikle, AMK §315 hükmünün mevcut sözleşmede edimin tek taraflı olarak belirlenmesine ilişkin hallere özgülenmiş olması, oysa belirli süreli sözleşmelerde sürelendirmenin sözleşmenin kurulması safhasında gerçekleştiği, işçinin irade özerkliğinin zedelenmesinden her durumda söz edilemeyeceği, öte yandan işçinin tabi olma, zorlanma olgusunun yargıç tarafından tespitinin güçlüğü bu görüşün uygulanmasında başlıca sakıncalar olarak ileri sürülmüştür⁷³. Sonra, hakime bu yolla iş hukukuna ilişkin tüm çalışma şartlarını hakkaniyet denetimine tabi tutma yetkisi vermenin hukuk güvenliğinin zedelenmesi tehlikesini de beraberinde getireceği haklı olarak vurgulanmıştır⁷⁴.

Hukukumuzda genel iş koşullarının hakkaniyet denetimine tabi tutulabileceği doktrinde ileri sürülmüştür⁷⁵. Ancak mevzuatımızda -

⁷⁰ BÖHM, SCHRÖTER, Befristete Arbeitsverträge und arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit, Göttingen 1972, 58'den naklen

⁷¹ A. SÖLLNER, SAE 1966, 255vd., Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz 1966, 121; BÖHM, 83 vd.

⁷² SÖLLNER, SAE 255 vd; BÖHM, 92; F. J. SAECKER, "Die Vorzeitige Beendigung der Arbeitsverträge mit Leitenden Angestellten" RdA 1976, Heft 2, 96

⁷³ BLOMEYER, "Der befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzinterpretation", 407; OTTE, 65; KEYSER, 40

⁷⁴ SCHRÖTER, 62

⁷⁵ P. SOYER, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, 160-161

Alman hukukunda ileri sürülen sakıncaların yanısıra- hakime sözleşmenin içeriğine müdahale konusunda AMK § 315 hükmü doğrultusunda bir düzenleme yer almadığı sürece, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasında bu görüşün kabulü mümkün görünmemektedir.

Hukukumuzda hakimin salt hakkaniyete uygun olarak karar vermesi, hakimin takdir yetkisine açık tutulmuş olan kurallarda sözkonusu olur. Nitekim, MK. m.4'de bu esas; "Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim hak ve nispetle (hakkaniyete göre) hükmeder" şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla, hakimin ancak kanunda belirtilmiş hallerde hakkaniyete uygun karar vermesi ve takdir yetkisini kullanması sözkonusudur. Örneğin bir hakkın kullanılmasının dürüstlük kuralına uyup uymadığının tespitinde, fesih için haklı nedenin bulunup bulunmadığının tespitinde veya yasa içi boşlukların doldurulmasında olduğu gibi. Bu gibi hallerde hakim doğrudan kanun tarafından verilmiş bir yetkiyi kullanarak hakkaniyete uygun karar vermek durumundadır. Dolayısıyla, belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılması bakımından yasal hukuki bir dayanak olmadıkça, hakimin doğrudan bir takdir yetkisinin ve salt hakkaniyete uygun karar verme imkanının varlığından söz edilemeyecektir.

4. Hakkın kötüye kullanılması görüşü

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması hususunda ileri sürülen görüşlerden bir diğerini, Yargıtay'ın da benimsemiş olduğu hakkın kötüye kullanılması kriteri oluşturmaktadır⁷⁶.

Bu görüşe göre, esas itibariyle sözleşme özgürlüğü ilkesi sözleşmenin süre açısından türünü belirlemede de serbestliği ifade eder. BK. m.338 vd. ve iş kanunlarındaki hükümler hizmet sözleşmesi taraflarına sözleşmenin belirli süreli olarak yapılabilmesi hakkını verirler ve bu hakkın hukuki dayanağını oluştururlar. Ancak işveren sözleşme kurma serbestini kötüye kullanırsa, bu durumda belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılması hukuk düzeninin amacına aykırı düşer ve işverenin sözleşmeyi serbestçe kurma hakkı hukuken korunmaz (MK. m.2). Zira, taraflarca sözleşmenin yapılmasında tanınan yetki objektif, belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile güdülen amaç çerçevesinde kullanılabilir. Taraflar sözleşmeyi belirli süreli kurma olanağını ancak amaca uygun ve objektif nedenlerin varlığı halinde kullanabilirler⁷⁷.

⁷⁶ EKONOMİ, Seminer, 16 vd.

⁷⁷ EKONOMİ, Seminer, 17

Objektif nedenlerin saptanmasında ise öncelikle işçinin korunmaya değer menfaatleri dikkate alınarak tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi önem taşır⁷⁸.

II. Değerlendirme ve Kişisel Görüş

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması hususunda dayanak teşkil etmek üzere yukarıda ana hatlarıyla yansıtılmaya çalışılan görüşler yanında Alman Hukukunda bir takım başka görüşler de ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşler çeşitli eleştirilere uğramış ve doktrinde fazla taraftar bulmamıştır. Kısaca belirtecek olursak: işçinin karar verme serbestisinin zedelenmesi⁷⁹, feshe karşı koruma hükümlerinin kıyasen uygulanması⁸⁰, sosyal devlet ilkesinin esas alınması⁸¹ bu hususta ileri sürülen diğer görüşleri oluşturmaktadır.

⁷⁸ EKONOMİ, Seminer, 17

⁷⁹ M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich 1970, 198; SCHRÖTER, 128, Her iki yazar belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması sorununu, işçinin sözleşmenin kurulması aşamasında, işverenin sosyal ve ekonomik üstünlüğü nedeniyle karar verme serbestisinin sınırlı olması ve bu güce karşı korunması gereği olarak kabul etmektedir. Buna göre, hukuki işlemlerde bulunması gereken karar verme serbestisi, bağımlılık ilişkisi oluşturan iş ilişkisinde mevcut değildir. Bağımlılık ilişkisinin bulunduğu yerde tarafların gerçek eşitliğinden hareket eden sözleşme özgürlüğünün korunması gereğinden söz edilemez. Bu bağlamda belirli süreli sözleşme kurma hakkı ancak hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesini haklı kılan objektif nedenlerin bulunması halinde korunmalıdır. Doktrinde ise bu görüş isabetli olarak hukuk güvenliğini sarsıcı görülmüştür. Zira, salt bağımlılık ilişkisi ve karar verme serbestisinin zedelenmesi sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli bir dayanak olarak öngörüldüğünde, işçinin menfaatlerine aykırı görülebilecek her sözleşme hükmü geçersiz kılınabilecektir. Öte yandan, iş ilişkisinde taraf eşitsizliği sürelendirmelerin sınırlandırılmasında temel bir etken oluşturmakla birlikte, bunun dayanak olarak benimsenmesi, yasanın açıkça bu türden sözleşmelere izin veren düzenlemesi karşısında mümkün değildir. KEYSER, 39; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr. 10

⁸⁰ W. BLOMEYER, "Der befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzinterpretation" 409; BÖTTICHER, "Die Handhabung des Bestandschutzes beim Kettenvertrag" BB 1955, 673-675, SAE 1961, 129 vd., Bu görüşe göre, belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında feshe karşı koruma hükümleri dikkate alınmalı ve sürelendirmeyi haklı kılacak objektif nedenler bulunmadıkça belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin çalıştırılmaya devam edilmemesi, KSchG § 1 anlamında fesih olarak değerlendirilmelidir. Doktrinde bu görüş, feshe karşı koruma yasasının sadece sözleşmenin fesihle sona ermesi haline özgü olduğu, bu yönde bir genişletmenin mümkün olmayacağı, üstelik bu görüşün kabulüyle, dava prosedürüne ve işletme kurulunun fesih işlemine katılmasına ilişkin bir takım problemlerin çıkacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. BÖHM, 59; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr. 87-88

⁸¹ Federal İş Mahkemesi bir kısım kararlarında, sosyal ve ekonomik açıdan işveren karşısında daha güçsüz olan işçinin sözleşme özgürlüğü ilkesinden işverenle aynı ölçüde yararlanmadığını, belirli bir çalışma süresinden sonra işçinin işi üzerinde hakkı bulunduğunu vurgulayarak, Anayasal sosyal devlet ilkesi gereğince hizmet sözleşmesinde sürelendirmenin geçerliğinin sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir BAG. AP Nr. 3 zu § 620BGB. Belirtmek gerekir ki, Anayasal sosyal devlet ilkesi bir program hükmü niteliğinde olup, devlete yüküm getirmektedir. Doğrudan kişilere talep hakkı vermez.

Üzerinde en çok tartışılan görüşlerden “işverenin gözetme borcuna aykırılığı” ve “subjektif kanuna karşı hile” görüşleri yukarıda da belirttiğimiz gibi belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında objektif bir ölçüt teşkil etmezler. Gözetim yükümünü daha sözleşmenin kurulmasından önceki safhada kabul etmek, bu genel kavramı fazlaca zorlamadır. Öte yandan her iki teoride kusur ve hile kastının aranması bilhassa ispat zorluğu bakımından güçlük arzedecek ve işçilerin çoğu kez dava yoluna başvurmamalarına neden olabileceği gibi, çoğu kez ispat edememeleri nedeniyle davaların başarılı olmaması sonucunu da doğurabilecektir.

Bu bakımdan kabul edilmesi gereken dayanak her şeyden önce objektif nitelikte olmalıdır. Bu ise hile kastının aranmadığı objektif kanuna karşı hile veya hakkın kötüye kullanılması yasağı olabilir.

Belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında bu iki kurumdan birinin tercihi için, öncelikle aradaki farkları tespit etmek yerinde olacaktır. Kanuna karşı hile, kanuna uygun bir davranışla kanunun yasakladığı bir sonucu elde etmek amacı gütmeye denir⁸². Hakkın kötüye kullanılması ise, hakkın amacına aykırı olarak kullanımını ifade eder⁸³. Doktrinde, kanuna karşı hile ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki ilişkiye dikkat çekilmekte ve kanuna karşı hile, emredici hükmün amacına aykırı bir sonuca varmak için kanunun başka hükümlerinden yararlanma hakkının kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilmektedir⁸⁴. Bu görüşten hareketle, kanuna karşı hilenin üst kavram olan hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olduğu söylenebilir. Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi de çeşitli kararlarında kanuna karşı hile kurumunu “sözleşmeyi şekillendirme hakkının kötüye kullanılması” biçiminde ifade etmiştir⁸⁵.

Ancak her iki kavram arasındaki fark, kanuna karşı hilede esasen bir yasaklayıcı normun bulunmasıdır. Kanunun yasaklamadığı bir sonuca ulaşmak için, kanunun yasaklamadığı diğer bir yol izlenmesi ise kanuna karşı hile değildir⁸⁶. Konumuza dönecek olursak, yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeleri yasaklamak istediği, bu konuda yasaklayıcı bir normun varlığından söz etmek mümkün olmadığı gibi, bizzat belirli süreli sözleşmelerin feshe ilişkin hükümlere uyulmaksızın

⁸² Ş. AKYOL, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, 14

⁸³ OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, 159; H. MERZ, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitungsband, Art 1-10, Bern 1966, Art. 2, N. 89/93, AKYOL, 14

⁸⁴ OĞUZMAN, 147

⁸⁵ BAG. 12.10.1960, DB. 1961, 410; REHBINDER’de objektif haklı neden bulunmaksızın kurulan zincirleme hizmet sözleşmelerinin kanuna karşı hile teşkil ettiğini vurgularken, İMK. m. 2’ye dayanmaktadır. (Schweizerisches Arbeitsrecht, 110)

⁸⁶ Z. İMRE, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul 1980, 310 (dn. 18)

sona ermesi de yasaklanmamış, aksine yasa tarafından öngörülmüştür. Dolayısıyla, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulmasında, yasa tarafından öngörülmüş bir sonuca yasa tarafından kabul edilmiş bir yolla ulaşma sözkonusu olup, kanuna karşı hileden söz etmek mümkün değildir. Kanuna karşı hile görüşü öncelikle hizmet sözleşmesinin bir kereye mahsus sürelendirilmesini değerlendirmek bakımından yetersiz kalacaktır. Üstelik, her belirli süreli sözleşmenin kurulmasında işveren feshe ilişkin yasal sonuçlarla bağlı olmaksızın sözleşmeden sıyrılmayı hedefleyebilir ki, buda tüm sürelendirmelerde geçerlik sorununu beraberinde getirebilecektir. Bu bakımdan, hernekadar belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine tanınan yasal koruyucu hükümler belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında temel etken teşkil etmekteyse de bu sınırlamada dayanılacak esas, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine bağlanan hukuki sonuçlara göre değil, bizzat belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulmasına izin veren yasal hükümler vasıtasıyla belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, belirli süreli sözleşmelerin sınırlanması sorunu bizzat bu hükümlerin amaçlarıyla sınırlanması noktasında belirmektedir. Dolayısıyla bu sınırlama, öncelikle hakkın amacına uygun kullanımının sağlanması ile gerçekleştirilebilir ki, bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması görüşü yeterli bir yasal dayanak oluşturmaktadır.

Gerçekten taraflara tanınan sözleşme serbestisi ilkesi ve bunun uzantısı olarak Borçlar Kanunu ve İş Kanunlarında ifadesini bulan hizmet sözleşmesini belirli veya belirsiz süreli olarak bağitlayabilme hakkı amacına uygun surette kullanılmak gerekir. Hakkın amacına aykırı kullanımı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve hukuk düzenince korunmaz. İşverenin çalışma hayatında normal olanı teşkil eden belirsiz süreli hizmet sözleşmesinden ayrılarak işçiyle belirli süreli sözleşme yapma hakkı, ancak yasa tarafından tanınmış bu hakkın amacına uygun olarak kullanılması durumunda korunmalıdır.

MK. m.2/2'de hakkın kötüye kullanılması yasağı şöyle ifade edilmiştir: "Bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suistimalini kanun himaye etmez". Her ne kadar madde metninde "sırf gayrı ızzar eden suistimal" den söz edilmekte ise de doktrinde hakkın kötüye kullanılmış sayılması için başkasının zarara uğramış olmasının gerekli olmadığı kabul edilmektedir⁸⁷. Nitekim, mehaz İsviçre Medeni Kanununun 2. Madde-sinde de "Açık kötüye kullanma" yeterli sayılmıştır.

⁸⁷ AKYOL, 20; OĞUZMAN, Medeni Hukuk, 142; Aksi Görüş, SAYMEN, Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Umumi Prensipler, 3. Bası, İstanbul 1960, 325; H. V. VELİDEDEOĞLU, Hakkın İyive ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali) Adalet D., Haziran 1950, 129; H. TOPÇUOĞLU, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, 236; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 152

Öte yandan hakkın kötüye kullanılmasından sözedebilmek için hakkın zarar verme kastıyla kullanılması da zorunlu değildir⁸⁸. Bu da hakkın kötüye kullanılması teorisinin, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasında diğer subjektif teoriler karşısında üstün yönünü oluşturur.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasında hakkın kötüye kullanılması yasağı kriter olarak benimsendiğinde, yasakoyucunun bu türden sözleşmeyi kabulle güttüğü amacın tespiti gerekmektedir. Bunun tespitinde ise iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği gereği işçinin menfaatleri öncelikle dikkate alınmak gerekirse de, işverenin (işletmenin) yararı ve bununla bağlantılı olarak işin niteliği de dikkate alınmalıdır. Zira, bugün için salt işçinin çıkarlarının ön planda tutulması iş hukukunun başlıca gayesini oluşturmamakta, sonuçta toplum menfaati ve düzeni nihai amacı oluşturmaktadır. İşte bu amacın tespiti ile ve bu amaç dahilindeki objektif sebeplerin varlığı halinde sürelendirme hukuken korunmalıdır. Belirli süreli sözleşmelerin çalışma yaşamında istisna teşkil etmesi de işverenin normal olandan ayrılması için objektif haklı nedenlerin bulunmasını gerekli kılar. Nitekim, aşağıdaki bahislerde incelenecek AB ülkelerinde kurumun sınırlandırılmasında objektif sebepler aranmakta ve sınırlama yasa veya mahkeme içtihatlarıyla gerçekleştirilmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kriter olarak benimsendiğinde bu durum zincirleme sözleşmelerde daha belirgin olarak görülmekle birlikte, bir defalık sürelendirmelerde de kötüye kullanma sözkonusu olabilecektir⁸⁹. Çünkü, önemli olan husus işverenin normalden ayrılan biçimde hizmet sözleşmesini şekillendirmekle sözleşme yapma hakkını yasanın tanıdığı amaç dahilinde kullanmış olup olmadığıdır. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmaması, hakkın sosyal gayesinden saptırılması bizzat hakkın kötüye kullanımını teşkil eder. Bu bakımdan somut olayın özelliklerine göre işverenin birden fazla zincirleme sözleşmeler yapması hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyebilirken, bir kez dahi belirli süreli sözleşme yapılması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilir. Ancak, istihdam politikası veya sosyal politikaya ilişkin düşüncelerle bu türden sözleşmelere belirli şartlarla örneğin, bir veya iki kez için izin verilmesi ayrı bir konu teşkil eder. Genel bir kavram olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı yukarıda da belirt-

⁸⁸ SAYMEN, Türk Medeni Hukuku, 324-326; A. ATAAY, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 2. Bası, İstanbul 1971, 349-350; OĞUZMAN, 142; İMRE, 340

⁸⁹ EKONOMİ, Seminer, 17; A. GÜZEL, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995, 60; ÇELİK, 141; Ö. EYRENCİ, "Hukuka Uygun Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Türleri", M. REHBINDER/M. EKONOMİ, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, 57 vd; TAŞKENT, İş Güvencesi, 23

tiğimiz gibi, tüm hakların kullanımında bir sınır oluşturmakta ve bu arada bir kerelik sürelendirmeleri de kapsamaktadır.

§ 5.TÜRK HUKUKUNDA BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SINIRLANDIRILMASI KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMLAR

I. Yargı Kararlarıyla Getirilen Sınırlama: Zincirleme Hizmet Sözleşmeleri

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Yargıtay içtihatlarında belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasında hakkın kötüye kullanılması yasağı kriter olarak benimsenmiş ve bu tür sözleşmelerin sınırlandırılması sorunu sadece zincirleme hizmet sözleşmeleri bakımından ele alınmıştır. Birden fazla belirli süreli sözleşmenin ardı ardına sıralanmasını ifade eden zincirleme sözleşme deyimi yasal bir kavram olmayıp hukukumuzda yargı içtihatları ve doktrin tarafından benimsenmiştir. Alman ve İsviçre Hukuku doktrini ve yargı kararlarında da aynı deyim yerleşmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde belirli süreli hizmet sözleşmesinin bir kereye mahsus olarak kurulması veya zincirleme görünüm arzemesi fark yaratmaz. Bir kereye mahsus belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasında da objektif haklı neden bulunmaması durumunda hakkın kötüye kullanılmış sayılacağı kabul edildiğinde, sözleşmelerin zincirleme görünüm arzemesi ancak haklı nedenin varlığının değerlendirilmesinde örneğin, işin gerçekte geçici nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti bakımından önem taşır. Ancak Yargıtay bu görüşü paylaşmamakta ve bir kereye mahsus olarak kurulan belirli süreli hizmet sözleşmesinde hakkın kötüye kullanılmasının kabul edilemeyeceğini benimsemektedir.

Zincirleme sözleşmeler çeşitli şekilde ortaya çıkabilir. Bu tür sözleşmeler, tarafların bir belirli süreli sözleşmenin bitiminden itibaren

yeni bir sözleşme yapmaları şeklinde gerçekleşebileceği gibi, sözleşmenin BK. m.339/I ve II uyarınca yenilenmesi⁹⁰ durumunda da bu halde yeni bir sözleşmenin varlığını kabul eden görüş çerçevesinde ortaya çıkabilecektir. Zira, Alman MK. m.625 ve İsviçre BK. m.334/II düzenlemelerinin aksine hukukumuzda belirli süreli sözleşmelerin yenilenmesi durumunda yine belirli süreli sözleşme mevcuttur (BK. m. 339/I ve II)⁹¹.

Öte yandan, zincirleme sözleşmelerin varlığını kabul için münferit sözleşmeler arasında bir fasılanın (kesilmenin) mevcut olmaması gerekmez. Nitekim, bir belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi ile diğer bir sözleşmenin başlangıcı arasında bir sürenin bulunması da mümkündür⁹². Ancak sürelendirmenin geçerliliğinin denetlenmesinde, zincirleme sözleşmelerin varlığının kabulü için hangi uzunlukta fasılanın sözleşmeler arası ilişkiyi koruyacağı, diğer bir ifade ile hangi uzunluktaki bir fasılanın zinciri kesmeyeceği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda zincirleme sözleşmelerin varlığı; münferit sözleşmeler arasındaki sürenin uzunluğu, bu sözleşmelerle yapılan işin türü, ücret ve diğer hususlarla birlikte değerlendirilerek, bu sözleşmelerin bir zincir halkası oluşturup oluşturmaması bakımından ele alınmalıdır.

Yargıtay yerleşik içtihadıyla, işverenin birbirini izler şekilde belirli süreli hizmet sözleşmesi yapmakla sözleşme yapma hakkını kötüye kullandığını ve böyle bir durumda ayrı ayrı belirli süreli hizmet sözleşmeleri değil, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli tek bir hizmet sözleşmesinin bulunduğunu ve bu sözleşmenin sona erdirilmesinde bildirimli feshin bütün sonuçlarıyla uygulanacağını kabul etmektedir⁹³.

Yüksek Mahkeme zincirleme sözleşmelerde sürelendirmenin geçerliliği hususunda bir çok kararda işin niteliği bakımından geçici olup olmadığını kriter olarak benimsemiştir.⁹⁴ Buna göre, niteliği bakımından sürekli işlerde işverenin zincirleme sözleşmelerle hukuki ilişkiyi yenilemiş olması, işin niteliğine etkili olmaz. Taraflar arasındaki hukuki ilişki objektif iyiniyet kuralları gözönünde tutularak belli edilmek gerekir. Bir kısım

⁹⁰ BK. M.339'da yer verilen düzenlemenin esasen, BK. m.114 anlamında tecdit (yenilenme)'yi ifade etmeyip, sözkonusu hükmün belirli süreli sözleşmenin uzatılmasına ilişkin olduğu yolundaki görüş ve uzama sonucunun zincirleme sözleşmeler vasıtasıyla belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasındaki etkisi için bak. § 10, II, 1, aa

⁹¹ Y 9HD, 17.11.1993, E. 1993/15152-K. 1993/16726, İHD. Cilt III, 1993, 565 ve M. EKONOMİ'nin incelemesiyle birlikte; ULUCAN, Seminer, 109

⁹² Aksi görüş: NIKISCH, 673; SAECKER, 94, Her iki yazar sözleşmeler arasında fasıla olmaksızın devamdan söz etmektedirler.

⁹³ Y 9HD., 12.11.1966/9141, E. EGEMEN, İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, İstanbul 1968, 173; YHGK., 20.4.1977, E.38, K.400: Y 9HD., 4.6.1974, E.17162, K. 11205 ÇENBERCİ, 265; Yargıtay'a göre birbirini takip eden sözleşmelere belirli tarihler konulmuş olması görünüştedir, Y 9HD., 5.11.1992, E.92/4182, K.92/12212, YKD. Cilt 19, S. 4, Nisan 1993

⁹⁴ Y 9HD., 15.4.1968, 12436/3048, EGEMEN, 164; Y 9HD., 4.5.1970, 3096/4653, YELEKÇİ, 102; Y 9HD, 15.1.1990, E. 1989/7949, K. 1990/91, İşveren D. Mayıs 1990, 18

kararlarda ise, gerekçeler açık olmamakla birlikte salt yenileme olgusunun varlığı vurgulanmış ve sözleşmelerin bir bütün olarak başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılmasına hükmedilmiştir⁹⁵.

Yargıtay'ın 1993 yılında verdiği bir kararda ise, yine hakkın kötüye kullanılması esasına dayanılmış ve belirli süreli sözleşmelerin yapılmasında doktrinde de savunulan "objektif haklı neden" bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre "...ortada objektif haklı bir neden olmadıkça işçinin zincirleme sözleşmelerle çalıştırılması ve böylece belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine tanınan koruyucu hükümlerden kurtulmak amacının güdülmesi sözleşme serbestisinin kötüye kullanılması halini oluşturur ve hukuk düzenince korunmaz."⁹⁶

Yargıtay'ın 1993 tarihli diğer bir kararında, belirsiz süreli hizmet sözleşmesiyle, süreklilik gösteren bir işte çalışmakta iken ve ortada haklı kılan objektif bir neden de yokken hizmet sözleşmesinin belirli süreliye çevrilmesinin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağı ve sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli sayılması gerektiği belirtilmiştir⁹⁷. Görüldüğü gibi Yargıtay isabetli olarak objektif haklı neden gerekliliğini salt ardı ardına kurulan belirli süreli sözleşmelerle sınırlı tutmamış ve belirsiz süreli sözleşmeyle çalışma sırasında sözleşmenin belirli süreliye çevrilmesi durumunda da sürelendirmeyi haklı kılan objektif nedenin bulunması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın zincirleme sözleşmelere ilişkin kararlarından bu tür sözleşmelerin kurulmasında aranan "objektif neden"ler konusunda tam bir sonuca ulaşmak, genel ilkeler saptamak mümkün değildir.

Şüphesiz, zincirleme sözleşmeler salt ardı ardına kurulmaları veya yenilenmeleri olgusuna dayanılarak belirsiz süreli tek bir sözleşme olarak değerlendirilemez. Objektif haklı bir nedenin bulunması durumunda, birden fazla belirli süreli sözleşme mevcut olsa da, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez ve münferit sözleşmeler belirli süreli olarak geçerliliklerini korurlar. Yargıtay, 625 sayılı yasa uyarınca özel okul yönetici ve öğretmenleri ile bağitlanan birer yıllık sözleşmelerin belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşmeyeceği yolunda kararlar vermektedir⁹⁸. Yine Yüksek Mahkeme, anonim şirket müdürleri ile yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerinin birden fazla olması durumunda

⁹⁵ Y 9HD., 3.2.1981, 10762/1290, Y 9HD. 4.12.1980, 12095/12721, ÇENBERCİ, 261-262

⁹⁶ Y 9HD., 16.9.1993, 2848/12920 İş ve Hukuk, Nisan-Mayıs 1994 ve A. GÜZEL'in incelemesi için bak. Değerlendirme 1993, 11-12

⁹⁷ Y 9HD., 16.9.1993, 1719/13030, Tüba/İÇB: 24.1.1994

⁹⁸ YHGK, 1.7.1992, E. 1992/9-335, K. 1992/448 ve M. KUTAL'ın incelemesi için bak. "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1992 Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, 40

bunların belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşmeyeceğine hükmetmektedir⁹⁹.

Gerçekten her iki durumda da hakkın kötüye kullanılmasından sözedilemez, zira sözleşmelerin sürelendirilmesi yasal zorunluluklardan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda gerek yasa gereği sürelendirmeler gerekse objektif haklı nedene dayanan sürelendirmeler zincirleme görünüm oluştursalar bile belirli süreli olma niteliklerini korurlar¹⁰⁰. Bununla birlikte, yasa gereği sürelendirmeler dışında objektif haklı nedene dayanan sürelendirmelerde, zincire dahil sözleşmelerin sayısı ve süresi bizzat objektif nedenin varlığının değerlendirilmesi bakımından önem taşır ki, sözleşmelerin sayısı ve süresinin bizzat objektif haklı nedenin kabulüne imkan vermediği durumlarda, hakkın kötüye kullanıldığının, esasen taraflar arasındaki ilişkinin belirsiz süreli sözleşmeye dayandığının kabulü gerekir.

Zincirleme sözleşmelerle ilgili önemli bir diğer husus kaç kez yenilemenin sözleşmeyi belirsiz süreli saymak için gerekli ve yeterli olduğudur. Doktrinde savunulan bir görüşe göre; ancak ikinci yenileme, üçüncü sözleşme ile sözleşme belirsiz süreliye dönüşebilir. Zira, aksi halde BK.m.339'un tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olacaktır¹⁰¹. Bu görüş doğrultusunda, BK.m.339 uyarınca yenilenen sözleşmelerle, ardı ardına bağitlanan sözleşmeler arasında bir ayırım yapılması söz konusu olabilecektir. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin ardı ardına kurulduğu durumda zincirleme sözleşmenin varlığı ikinci sözleşme ile kabul edilirken, sözleşmelerin zımnen yenilenmesi yoluyla kurulduğu durumlarda zincirleme sözleşmenin varlığı ancak üçüncü sözleşmenin kurulmasıyla kabul edilecektir.

Diğer bir görüşe göre ise; hakkın kötüye kullanılması söz konusu ise, artık birinci kez yenileme de zincirleme sözleşme oluşturur ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşme gerçekleşir¹⁰². Gerçekten zincirleme sözleşme ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşme, sözleşme sayısına veya sözleşmenin açıkça veya zımnen kurulmasına bağlı bir olgu olmayıp, doğrudan doğruya hakkın kötüye kullanıp kullanılmadığına bağlıdır. Yasada belirli bir sözleşme türünün ve yenilenme kurumunun düzenlenmiş olması bunun genel kural olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından denetlenmesi ve sınır-

⁹⁹ Y 9HD., 31.10.1989, 6047/9302, YKD, Nisan 1990, 553 ve S. SÜZEK'in İncelemesi için bak. "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1991, 43 vd.

¹⁰⁰ EKONOMİ, İHD, C.III, 1993, 570

¹⁰¹ N. ÇELİK, Değerlendirme 1987 (Genel Görüşme), 45

¹⁰² EKONOMİ, Değerlendirme 1987 (Genel Görüşme), 49

lanmasını engellemez. Öte yandan aksi yöndeki bir yorum, sözleşmelerin zımnen yenilenmesi yoluyla, zincirleme sözleşmeler konusunda kabul edilen esasların bertarafı tehlikesini de beraberinde getirebilecek, sözleşmenin açık iradeyle kurulması ile zımnen kurulması (uzatılması) arasında gereksiz bir ayırım yaratacaktır.

Yargıtay içtihatları ise ilk görüş doğrultusunda olup, belirli süreli hizmet sözleşmesinin ancak ikinci yenileme, üçüncü sözleşme ile belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği kabul edilmektedir¹⁰³.

Belirtmek gerekir ki, zincirleme sözleşmelerin varlığının kabulü için bunların süreleri de önem taşımaz. Yargıtay bir kararında; "bir kimsenin zincirleme iş akitleriyle çalıştırılmış olmasından bahsedebilmek için 2-3 seneye varabilen uzun bir zamanın geçmiş olması ve ilgisinin de bu tarihler içinde fiilen bir işe giriş-çıkış olmamakla beraber, kayden işe girmiş ve çıkmış şeklinde gösterilmiş olması gerekir" yolunda hüküm tesis etmiştir¹⁰⁴. Oysa zincirleme hizmet sözleşmelerinin varlığından sözedebilmek için tekrarlanan hizmet sözleşmeleri ile uzun bir süre çalışmış olmanın bir etkisi bulunmaz, burada belirleyici olan husus birden fazla belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasıdır¹⁰⁵. Yukarıda da belirtildiği gibi, münferit sözleşmelerle ulaşılan süre; zincirleme sözleşmelerin varlığının kabulünde değil, bizzat zincirleme sözleşmelerin belirli süreli olarak geçerlilikleri değerlendirilirken bunları haklı kılan objektif nedenin varlığının tespitinde önem taşır.

II. Toplu İş Sözleşmeleri ile Getirilen Sınırlamalar

Toplu iş sözleşmesi tarafları, kendilerine tanınmış olan toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler getirebilirler. Belirli süreli sözleşmelerin yapılması veya yapılmaması yahut belirli şartlar altında yapılabilmesine ilişkin hükümler toplu iş sözleşmesinin normatif kısmına dahil olan ve hizmet sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümlerdendir¹⁰⁶.

¹⁰³ Y 9HD., 17.11.1993, 15151/16726, İHD, Eylül-Ekim 1993, 560 vd. ve M. EKONOMİ'nin incelemesi; A. GÜZEL'in incelemesi için bak. Değerlendirme 1993, 64 vd.; Y 9HD., 28.2.1995, E.94/16836, K.95/6017, Ajans Tüba/İlÇB: 1023/12.6.1995

¹⁰⁴ Y 9HD., 16.5.1974, 17093/9898, ÇENBERCİ, 265

¹⁰⁵ EKONOMİ, İHD, 570

¹⁰⁶ SCHAUB, 193; WANK, Münchener Handbuch, Arbeitsrecht Band 2, Individual Arbeitsrecht II, München 1993, § 113 RdNr. 61; ERMAN/HANAU, BGB §620 RdNr. 35; WIEDEMANN/STUMPF, § I, TVG, München 1977, RdNr. 229, Sonuncu yazar bu tür hükümleri hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerden saymaktadır.

Öte yandan tarafların belirli süreli sözleşmelere uygulanacak özel hükümler belirlemesi de mümkün olup, bunlar da normatif nitelikte, hizmet sözleşmesinin muhtevasına veya sona ermesine ilişkin hükümler olabilir.

Uygulamada toplu iş sözleşmelerinde belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak yer verilen hükümler, bu sözleşmelerin belirli şartlarla yapılmasına, süresinin sınırlanmasına ve bu tür sözleşmelerle çalışan işçilerin çalışma şartlarına yönelik özel düzenlemeler olarak belirmektedir. Belirli süreli sözleşmelere ilişkin yasal düzeyde sınırlamaların bulunmadığı ülkemizde bu tür toplu sözleşme hükümlerinin önemi büyüktür.

1.Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler genelde bu tür sözleşmelerin istisnai niteliğini öngören sınırlayıcı nitelikteki hükümlerdir. Bu bağlamda tarafların belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılmasını tamamiyle bertaraf etmelerinin mümkün olup olmayacağı akla gelebilir.

İşçi ve işveren taraflarının karşılıklı anlaşarak aralarındaki ilişkiyi düzenleyen kuralları serbestçe koyabilmelerini ifade eden¹⁰⁷ toplu iş sözleşmesi özerkliği belli sınırlara tabidir. Nitekim, emredici yasa hükümleri, temel hak ve özgürlükler yanında, işverenin girişim özgürlüğü de özerkliğin sınırını oluşturmaktadır. Toplu İş Sözleşmesi yanları işverenin Anayasa'da güvence altına alınmış bulunan girişim özgürlüğünü ortadan kaldıramazlar¹⁰⁸. Anayasa'nın sağladığı koruma çerçevesinde işveren mesleğini serbestçe yürütme, girişim faaliyeti konusunda kararlar alma hakkına sahiptir¹⁰⁹. Bu bağlamda, işverene hiçbir suretle belirli süreli hizmet sözleşmesi ile işçi çalıştırmayacağına ilişkin yükümlülük öngören toplu sözleşme hükümleri sözleşme ve girişim özgürlüklerine aykırılık teşkil eder ve geçersiz sayılmalıdır¹¹⁰. Zira, yasalarla da tanınan belirli süreli hizmet sözleşmesi çalışma hayatında özel işlevlere sahiptir. İşverenin kendi işyerinin (işletmesinin) verimli bir şekilde işlemesi bakımından öngöreceği bu sözleşme türü de girişim özgürlüğüne

¹⁰⁷ F. ŞAHLANAN, Toplu İş sözleşmesi, İstanbul 1992, 3; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 357

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bak. D. ULUCAN, Toplu Görüşme ve toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Ankara 1990, 73 vd.

¹⁰⁹ Ö. EKMEKÇİ, 79; İ. Ö. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993, 25

¹¹⁰ Aksi görüş: HUECK / NIPPERDEY, 534; F. BÖHM, 16

dahildir. Dolayısıyla her Anayasal hak gibi, girişim özgürlüğü ve sözleşme serbestisinin de özüne dokunulamaz sadece belirli şartlar dahilinde sınırlandırılabilir.

Toplu iş sözleşmelerinde belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması başlıca iki tür hüküm vasıtası ile gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilkinde bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi için belirli nedenlerin varlığı öngörülmekteyken, diğerinde bu tür sözleşmelere süre açısından bir sınır getirilmektedir.

a. Sözleşmenin kurulmasına neden yönünden getirilen sınırlamalar

Toplu sözleşme yanları genelde, belirli süreli sözleşmelerin yapılabilmesi hususunda sınırlamalar getirirken işin niteliğini ölçüt olarak benimsemektedirler. Bu bağlamda belirli süreli sözleşmelerin niteliği itibariyle daimilik arzetmeyen, geçici nitelikte işler için yapılabileceği öngörülmektedir. Yine bir kısım toplu iş sözleşmelerinde bu tür sözleşmelerin yapılabileceği hallerle ilişkin belli somut nedenlere yer verilmektedir. Bunlara örnek olarak, geçici surette iş yoğunluğunun arttığı olağanüstü üretim dönemleri veya geçici olarak işçi ihtiyacının ortaya çıktığı işyerindeki yıllık izinler, kısa süreli askerlik, hastalık, doğum, sendikal görevler için uzun süreli ayrılmalar, niteliği bakımından geçici olan inşaat ve montaj vb. işler sayılmaktadır¹¹¹. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan tüm bu hükümlerdeki ortak özellik; işin niteliği gereği belli bir süreye ilişkin olması veya işçiye olan ihtiyacın belli bir süreyi kapsamasıdır. Nitekim, olağanüstü üretim dönemlerinde yapılacak işlerde, işyerindeki tamir, inşaat ve montaj işlerinde işin geçici niteliği belirlemekle, yıllık izin, kısa süreli askerlik, hastalık, doğum vb. nedenlerle çalıştırılmak üzere işçi alınması durumunda esasen yapılan iş işletme bakımından devamlılık göstermekteyse de, işçi bakımından yine işyerinin daimi işçisinin tekrar işe başlayacağı bir süreyi kapsaması nedeniyle geçici nitelik taşır.

Şüphesiz, tarafların getirdikleri bu tür hükümler toplu iş sözleşmesi özerkliği içerisinde geçerli kabul edilmek gerekir. Toplu iş sözleşmesi tarafları belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulmasına neden

¹¹¹ Lever Temizlik Maddeleri San. ve Tic. A.Ş. ile Petrol İş Sendikası arasında akdedilen 1.2.1996-31.1.1998 yürürlük tarihli TİS.m.122; Türkiye Denizciler Sendikası ile Setal Denizcilik A.Ş. temsilen Türk Armatörleri İşverenleri Sendikası arasında akdedilen 1.1.1996-31.12.1997 yürürlük tarihli işyeri TİS.m.5/c.; Teksif Sendikası ile Modern Dokuma San. Ltd. Şti. işvereni arasında 1.6.1996-31.5.1997 tarihli TİS.m.17/c; İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası ile Petrol-İş arasında akdedilen 1.1.1988-31.12.1989 yürürlük tarihli işyeri TİS.m.19

yönünden sınırlamalar getirirken bu hükümlere aykırılık durumunda uygulanacak müeyyideyi belirleyebilecekleri gibi, örneğin bu nedenler bulunmaksızın yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerinin belirsiz süreli sayılacağı şeklinde, bu yönde sözleşmede herhangi bir açıklık bulunmayabilir. Ancak müeyyidenin açıkça belirlenmediği durumlarda da öngörülen nedenler bulunmaksızın kurulan belirli süreli hizmet sözleşmesinde sürelendirmenin geçersizliği ve taraflar arasında belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir. Zira, söz konusu durumda müeyyide bizzat kararlaştırılan hükümden çıkmaktadır.

Toplu iş sözleşmeleriyle getirilen ve belirli süreli hizmet sözleşmelerini sınırlayıcı nitelik taşıyan bir diğer tür hüküm ise mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçiler bakımından yapılan düzenlemedir. Toplu iş sözleşmelerinde, genelde, mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işlerinin mevsim sonunda sona ermesine rağmen, hizmet sözleşmelerinin sona ermeyip, gelecek mevsim ve kampanya dönemine kadar askıda kalacağı öngörülmektedir¹¹².

b. Sözleşmeye süre yönünden getirilen sınırlamalar

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması hususunda hükümler içeren toplu iş sözleşmelerinin bir çoğunda bu tür sözleşmelere ilişkin azami bir süre de saptanmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinde belirli süreli sözleşmeler bakımından kabul edilen azami süreler genelde oldukça kısa (2-6 ay arasında) olup yine sözleşmelerin uzatılması en fazla ilk sözleşme süresi kadar ve bir kereye mahsus olmak üzere mümkün kılınmaktadır. Bu sürelerin aşılması durumunda ise sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceğine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Şüphesiz bu tür sözleşmelerin gerçek anlamda sınırlandırılması, neden bakımından sınırlama yanında süre açısından da sınırlamanın kabulü ile mümkündür. Dolayısıyla bu tür toplu iş sözleşmesi hükümlerinin büyük önem taşıdığını belirtmeliyiz.

Toplu iş sözleşmelerinde görülen bir diğer sınırlamayı ise, kamu kesiminde daimi-geçici kadro ayırımına paralel olarak getirilen hükümler oluşturmaktadır. Bu bağlamda, bir takım toplu sözleşmelerde işyerindeki daimi işçiler için ayrılan kadroların boşalması durumunda işverenin yeni işçi alamayacağı, mevcut boş kadroların veya açılacak kadroların

¹¹² Dosan A.Ş. Çay Fabrikası ile Tek Gıda İş arasında bağitlanan 1.1.1990-31.12.1991 yürürlük tarihli işyeri TİS.m.15; Orman İş ile Tühis arasında 1.1.1995-31.12.1996 yürürlük tarihli işletme TİS.m.39/b; Tek Gıda İş-Kamu İş arasında 1.3.1995-28.2.1997 yürürlük tarihli TİS.m.20

öncelikle işe giriş tarihine göre geçici işçilere verileceğine ilişkin hükümlere yer verilmektedir¹¹³.

Yargıtay'ın 1993 tarihli bir kararında¹¹⁴ geçici işçi kadrosunda çalışmakta olan işçinin TİS hükmü gereği daimi işçi kadrosu içinde bulunduğu tespiti ve boş olan daimi işçi kadrosuna işçi alımının ihtiyati tedbir kararı ile önlenmesi yolundaki talebi, işyerindeki daimi işçi kadrosuna işçi alımının ihtiyati tedbir kararı ile engellenemeyeceği, zira işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması ya da ortadan kaldırılmasının iş hukukunun esasları ve sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bağdaşmayacağı gerekçesi ile reddedilmiştir. Yine kararda işçinin daimi işçi kadrosunda bulunduğuna ilişkin tespit davası açmakta hukuki yararın bulunmadığı, zira zincirleme belirli süreli sözleşmelerle çalıştırılmanın belirsiz süreli sözleşmelerle aynı hukuki sonuçları yarattığı belirtilmiştir.

Yargıtayın kararına konu olayda iki hukuki sorun mevcuttur. Bunlardan ilki, ihtiyati tedbir kararı ile işverenin boş daimi işçi kadrosuna yeni işçi alımının önlenip önlenemeyeceği, ikincisi işçinin TİS hükmü gereği daimi işçi kadrosunda bulunduğunu taleple bu konuda tespit davası açmasının mümkün olup olmadığıdır. Şüphesiz, ihtiyati tedbir kararı ile yeni işçi alımının engellenmesi sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden mümkün değildir. Öte yandan, Medeni Usul Hukukunun genel esasları çerçevesinde tespit davasının açılabilmesi için genel dava şartlarından başka "hukuki ilişki şartı" ve "hukuki yarar şartı" aranmaktadır ki, bu da davacının tespit davası açmakta hukuki bir yararı bulunması, eda davası açamamasıdır. Eda davasının açılabilmesi hallerde tespit davasının açılması mümkün değildir. Nitekim, söz konusu kararda da belirtildiği gibi, Yargıtayın yerleşik kararlarına göre işçinin birbirini izleyen belirli süreli sözleşmelerle çalıştırılması durumunda, bu tür sözleşme yapmak için objektif nedenler bulunmadıkça hakkın kötüye kullanıldığı ve taraflar arasında baştan itibaren tek bir belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edilmekte ve işçi ihbar ve şartları gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatı hakkından yararlanabilmektedir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmelerinde yer alan ve geçici işçi statüsünde çalıştırılan işçilerin, boş daimi işçi kadrolarına nakledileceklerine ilişkin hükümlerin asıl işlevi, işçinin bir kereye mahsus olmak üzere belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalıştığı durumda ortaya çıkmaktadır. Zira, bir kereye mahsus olarak kurulmuş belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona

¹¹³ Belediye İş ile Avcılar Belediye Başkanlığı arasında bağitlanan 1.3.1996-28.2.1998 yürürlük tarihli TİS.m.22/4; Tühis ile T. Yol-İş arasında bağitlanan 1.3.1993-28.2.1995 yürürlük tarihli işletme TİS'de ise, boş işçi kadrolarına işçi alınması gerektiğinde en az doksan gün ve daha fazla süreyle belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında sınav açılacağı kabul edilmiştir (m.7).

¹¹⁴ Y 9HD, 2.2.1993, 1093/1237, Ajans Tüba / İİÇB:908/909, 5.4.1993 ve E.AKİ'nin incelemesi için bak. Değerlendirme 1993, 11 ve A.GÜZEL'in incelemesi için bak. Değerlendirme 1993,63

ermesinde Yargıtay hakkın kötüye kullanılması iddiasını kabul etmemektedir. Oysa, TİS'nin normatif bölümüne giren maddi anlamda yasa hükmü ve objektif hukuk kuralı niteliğinde olan bu hüküm, işçinin bir kereye mahsus olarak kurulmuş belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinde de açacağı eda davası ile esasen belirsiz süreli hizmet sözleşmesiyle çalıştığının tespiti ve ihbar tazminatının yanı sıra, şartları gerçekleşmişse kıdem tazminatı hakkını talep edilebilmesine imkan vermektedir. Şüphesiz, bu yolda karar verilebilmesi için TİS'de öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar ise anılan TİS örneğinde, işçinin belirli süreli hizmet sözleşmesi ile "geçici işçi" statüsünde çalıştığı sırada boş daimi işçi kadrosunun bulunması ve somut olayda işçinin kıdem bakımından diğer işçiler arasında önceliğe sahip olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, mahkemenin burada hakkın kötüye kullanılmasını değil, bizzat TİS hükmünü esas alarak karar vermesi söz konusudur. Öte yandan, burada sözleşme özgürlüğünün ve yönetim hakkının sınırlandırılmasından da söz edilemez. Zira, işverenin boş daimi işçi kadrosuna işçi alması engellenmemekte, salt işverenin TİS'le öngördüğü bir hükme dayanarak, işçinin, esasen belirsiz süreli sözleşmenin sona ermesinde tanınan yasal haklardan yararlandırılması sağlanmaktadır.

Bu yöndeki bir talebin mümkün görülmemesi durumunda ise, toplu iş sözleşmelerinde yer alan bu tür hükümlerin, işveren tarafından uyulmadıkça fiiliyatta uygulanma kabiliyeti olmayan hükümler olarak kalması kaçınılmaz olacaktır.

2. Toplu iş sözleşmelerinde belirli süreli hizmet sözleşmesine ilişkin diğer hükümler

Uygulamada toplu iş sözleşmelerinde belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasına ilişkin hükümler yanında bu tür sözleşme ile çalışan işçilerin çalışma koşulları konusunda da özel bazı düzenlemelere yer verilmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde çalışma koşulları konusunda yer alan hükümlerden bir kısmı yine bu tür sözleşme ile çalışılan işçileri korumaya yöneliktir. Mevsimlik işlerde çalışan işçilere belirli şartlarla izin hakkı öngören¹¹⁵, yine bu tür işlerde

¹¹⁵ Orman İş ile Tühis arasında bağitlanmış İşletme TİS.m.62/2'de "bir takvim yılı içinde en az 180 gün çalışan mevsimlik işçilere 12 işgünü, fiilen 5 yıl veya daha fazla süreyle çalışmış işçilere ise 18 işgünü izin verileceği" öngörülmüştür. Mevsimlik işlerde çalışan işçilere yıllık ücretli izin hakkı getiren toplu iş sözleşmesi hükmünün, İşK.m.50/5 karşısında geçerliliğinden söz etmek, ancak İşK.nun söz konusu hükmünün nispi emredici nitelik taşıdığının kabulü ile mümkün olabilir. İşçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için kural olarak altı aylık bir bekleme süresi öngören Alman Hukukunda (Bundesurlaubgesetz, § 4), yasanın kısmi izne imkan veren (§ 5) hükmü uyarınca, mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçiler, yasal bekleme süresini doldurmadıkları

çalışan ve mevsim ve kampanya dönemi dışında hizmet sözleşmesi askıda kalan işçiler bakımından, işverene yeni mevsim ve kampanya döneminin başlamasından önce çağrı yükümü getiren¹¹⁶, belirli süreli sözleşmelerle işçilerin kıdeme bağlı ücret zamlarını düzenleyen hükümler bu niteliği taşırlar.

Bir kısım toplu iş sözleşmelerinde ise, tam aksi yönde belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiler aleyhine, çalışma şartları konusunda ayırım getiren hükümlere rastlanılmaktadır. Nitekim, belirli süreli sözleşmelerle çalışan işçilere daha az ücret zammı öngören veya toplu iş sözleşmeleri ile sağlanan bir takım haklardan yararlandırılmamalarına yönelik hükümler toplu sözleşmelerde yer almaktadır.

Yargıtay'ın 1987 yılında verdiği bir kararda daimi ve geçici işçiler bakımından farklı miktar ve ödemeler öngören toplu iş sözleşmesi hükmü " tarafların serbest iradelerine dayalı olarak" geçerli kabul edilmiştir¹¹⁷. Yine Yargıtay'ın aynı yıl içerisinde verdiği diğer bir kararda "belirli süreli hizmet sözleşmesi ile geçici işçi statüsünde çalışanların, toplu iş sözleşmesi ile kadrolu işçiler için getirilmiş bulunan haklardan yararlanmalarının olanaksız olduğu" hükmüne bağlanmıştır¹¹⁸.

Söz konusu her iki kararda da işçinin belirli süreli sözleşmelerle geçici işçi adı altında sürekli olarak çalıştırıldığı yine karar metinlerinden anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın kararlarında dikkati çeken nokta, somut olaylarda belirli süreli hizmet sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılması olgusunun bulunup bulunmadığının dikkate alınmamasıdır. Öncelikle, işçinin zincirleme sözleşmelerle işyerindeki daimi işler için çalıştırılması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağından, hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi ve işçinin toplu iş

hallerde de çalıştıkları her tam aya karşılık, bekleme süresini doldurmadıkları hallerde de çalıştıkları her tam aya karşılık, bekleme süresini dolduranların kazandıkları yıllık izin süresine oranlı olarak izin hakkı kazanırlar.

¹¹⁶ Tek Gıda İş ile Kamu İş arasında Tekel Genel Müdürlüğü işyerlerini kapsamak üzere bağitlanan 1.3.1995-28.2.1997 yürürlük tarihli TİS.m.20; Dosan A.Ş. ile Tek Gıda İş arasında bağitlanan 1.1.1990-31.12.1991 yürürlük tarihli işyeri TİS.m.15

¹¹⁷ Y 9HD, 26.1.1987, 1105/660 ve A. R. OKUR'un incelemesi için bak. İHU 1987 TSGLK 2 (No:1); Aynı yönde; Y 9HD., 25.12.1979, 9604/17012, YKD., Haziran 1980,812-813

¹¹⁸ Y 9HD, 22.4.1987, 3683/4059, Yasa Hukuk D., Ocak 1988, 106/110 ve M. KUTAL'ın incelemesi için bak. Değerlendirme 1987, 17 vd. Karara konu olayda, işçi işyerinde beş yıl süreyle iki ayda bir yenilenen belirli süreli sözleşmelerle çalıştırıldığını belirterek, toplu iş sözleşmesinde daimi işçiler için öngörölmüş hakları talep etmiştir. Aynı yönde; Y 9HD., 25.12.1979, 9604/17012, YKD, Haziran 1980,812-813. 1979 tarihli kararda; davacının muvakkat işçi olduğu ve bu nedenle toplu iş sözleşmesinde yer alan daimi işçilere özgü haklardan yararlanamayacağı, aksine düşünce ile davacının toplu iş sözleşmesinde yazılı yemek parası, asgari ücret farkı ücret zammı ve ikramiyeye ilişkin hükümlerden yararlandırılmasının yasaya aykırı olduğuna hükmedilmiştir. Karara ekli karşı oy yazısında ise, davacının işyerinde sürekli ve daimi olarak çalıştığı dosya muhtevassından ve davalının ibraz ettiği iş cetvelinden anlaşıldığı bu nedenle, davacı işçinin daimi işçi olduğunun kabulü ile toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği belirtilmiştir.

sözleşmesinde daimi işçilere tanınan haklardan yararlandırılması gerektiği açıktır. Bunun yanısıra, salt sözleşmelerin türünün toplu iş sözleşmesi taraflarına böyle bir ayırım yapma yetkisi verip vermeyeceği incelenmelidir.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği dahilinde maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde uyulması zorunlu ve emredici hukuk kuralları koyabilen toplu sözleşme yanlarının, toplu iş sözleşmelerinde farklı işçi grupları oluşturmaları ve bunlar için farklı hükümler öngörmeleri mümkündür. Bu bağlamda, taraflar belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerle çalışan işçiler bakımından farklı hükümlerde öngörebilirler. Ancak taraflar tüm bu düzenlemeleri yaparken kaynağını Anayasa'da bulan (AY.m.11) eşitlik ilkesine uymakla yükümlüdürler¹¹⁹. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmeleri ile belli işçi grupları arasında yapılacak ayırım ancak bu işçi gruplarının yaptıkları işlerin niteliği, işçilerin vasıfları, kıdem ve bunun gibi objektif ölçütlerin bu ayırımı gerektirmesi, haklı kılması durumunda mümkündür¹²⁰. Bu bakımdan salt işçinin belirli veya belirsiz süreli sözleşmeyle çalışmasına dayanılarak ayırım yapan toplu iş sözleşmesi hükümleri eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder¹²¹ ve yapılan işin veya işçinin niteliklerinden kaynaklanan somut ölçütler bulunmadıkça bu hükümler geçersizdir.

III. 158 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi

Yukarıda da değinildiği gibi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesi hakkında" 158 sayılı sözleşmesinde iş güvencesinin sağlanması amacıyla, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması konusunda ayrıntılı düzenlemeler kabul edilmiştir. Sözleşmede belirli süreli hizmet sözleşmeleri de iki farklı açıdan ele alınmıştır. Bunlardan ilki, "belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler" in üye devletçe sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının uygulama alanı dışında bırakılabileceğine ilişkin hükümdür(m.2/2a). Söz konusu düzenleme, sözleşmenin esas itibarıyla işveren tarafından yapılan feshin sınırlandırılmasına ilişkin amacıyla uyumludur. Sözleşmedeki konuya ilişkin diğer düzenlemeyi ise, üye devletlere "bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına

¹¹⁹ N. ÇELİK, İHU 1975, TSGLK 1(No:4); ULUCAN, Temel Sorunlar Semineri,74

¹²⁰ ÇELİK, İHU 1975, TSGLK 1(No:4); NIKISCH I, 438; S. TAŞKENT, İHU 1982, TSGLK 6 (No:9)

¹²¹ ÇELİK, İş Hukuku, 364; Değerlendirme 1987 (Genel Görüşme), 46; A. R. OKUR, İHU 1987, TSGLK 2(No:1) Yazar tis hükmünü sendikanın üyelerine eşit davranma yükümlüne aykırı görmektedir.

karşı yeterli güvenceler alınması" yükümünü öngören hüküm (m.2/3) oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi, belirli süreli sözleşmelerle çalışan işçilerin korunması gereği 158 sayılı sözleşmede de kabul edilmiş ve üye devletlere bu konuda yüküm getirilmiştir. Ancak bu konuda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılmasına karşı alınacak tedbirlerin kapsamı ne olacaktır? Hukukumuzda salt zincirleme hizmet sözleşmelerinin kurulmasında objektif haklı neden aramak suretiyle bu türden sözleşmeleri belirli ölçüde sınırlayan yargı içtihatları, 158 sayılı sözleşmenin uygulanması bakımından yeterli sayılabilecek midir?

Öncelikle, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulmasına karşı alınabilecek tedbirlerin başında, belirsiz süreli sözleşmelerin sona erdirilmesinde işçiye tanınan hakların, örneğin, hukukumuzda her iki sözleşme türünün sona ermesinde ortaya çıkan en önemli hukuki sonuç olarak değerlendirebileceğimiz kıdem tazminatı hakkının, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin süresinin dolması nedeniyle sona ermesi halinde de tanınması düşünülebilir. Bununla birlikte, 158 sayılı sözleşmenin amacı ve hükümleri birlikte ele alındığında, esas itibarıyla hizmet sözleşmesinin sona ermesinin belirli nedenlerin varlığına tabi tutulduğu, bu nedenler dışında hizmet sözleşmesinin sona erdirilmemesinin hedeflendiği görülmektedir. Bu nedenle her ne kadar sözleşme belirli süreli sözleşmelerin kurulmasına karşı alınabilecek tedbirler hakkında açıklık içermemekteyse de, bizzat sözleşme amacı ve hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gereken tedbirler, öncelikle bu türden sözleşmelerin kurulmasında belirli objektif nedenlerin aranması olmalıdır. Nitekim, bağlayıcı nitelikte olmakla beraber 158 sayılı sözleşmenin eki niteliğini taşıyan UÇÖ'nün 166 sayılı tavsiye kararında belirli süreli hizmet sözleşmelerine karşı alınabilecek koruma tedbirleri; belirli süreli sözleşme yapılmasını ifa edilecek işin niteliği veya ifanın gerçekleştirileceği şartlar veya işçinin menfaatleri nedeniyle iş ilişkisinin belirsiz süreli olamayacağı durumlarla sınırlamak, bu durumların dışında belirli süreli sözleşmeleri belirsiz süreli sözleşme olarak kabul etmek ve yine yukarıda belirtilen nedenlerle geçerli olanlar dışında bir veya daha fazla kez yenilenen belirli süreli sözleşmeleri belirsiz süreli kabul etmek şeklinde sayılmıştır(m.3). Buradaki örneklerden de, belirli süreli hizmet sözleşmelerine karşı alınacak koruma tedbirlerinin öncelikle, bu türden sözleşmelerin kurulmasına neden yönünden getirilecek bir sınırlamayı gerektirdiği görülmektedir.

158 sayılı sözleşme çerçevesinde, hukukumuzda bu konuda Yargıtay içtihatları doğrultusunda gerçekleştirilen sınırlamanın yeterli olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Zira, 158 sayılı sözleşmenin bu konudaki amacı, madde metninde açıkça, "sözleşmenin

koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvencelerin” alınması olarak ifade edilmiştir. Sözleşme hükümlerinden kaçınma zincirleme hizmet sözleşmelerinde daha belirgin ortaya çıkabileceği gibi, hizmet sözleşmelerinin bir kerelik sürelendirilmesinde de söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan, 158 sayılı sözleşme çerçevesinde alınacak tedbirler sözleşmelerin kurulmasına neden yönünden getirilecek bir sınırlamayı gerektirdiği gibi, bu tedbirler sözleşmenin bir kereye mahsus kurulmasını da kapsamalıdır.

158 sayılı sözleşmenin 1994 tarihinde onaylanmasına karşın, iç hukukumuzda gerekli düzenlemelerin yapılmaması, uygulamada sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği sorununu ortaya çıkarmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, AY.m.90/son uyarınca “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir”. Dolayısıyla, “tekçi okul anlayışı”nı kabul eden Anayasal sistem içerisinde, uluslararası hukuk işlemi olan sözleşmenin, ulusal hukuk düzenine girmesi için, ayrıca bir ulusal hukuk işlemi yapılması ve bu işlemle ulusal hukuk kuralına dönüştürülmesi zorunlu değildir¹²². AY.m.90, uluslararası sözleşmelerin usulüne uygun olarak yapıp onaylanmasıyla, hukuk düzenine başkaca bir işleme gerek kalmaksızın gireceğini; yasama, yürütme, yargı organları ve idari makamları bağladığını ifade eden bir hükümdür¹²³.

Ancak bir “kanun hükmü” niteliği taşıyan uluslararası sözleşmenin, mahkemeler önünde doğrudan uygulanıp, uygulanmayacağı, diğer bir ifadeyle mahkemelerin önlerindeki davada sözleşmeyi, uygulanacak kural olarak kullanıp kullanamayacakları, sözleşmenin dar anlamda

¹²² N. YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993,16; S. BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993,37-39

188 YÜZBAŞIOĞLU, 16. Doktrinde, AY.m.90/son maddesinde yer alan ve “Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa mahkemesine başvurulamaz” hükmünün uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisi içerisindeki yerinin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; söz konusu hükümle, uluslararası sözleşmelerin, iç hukuk bakımından üstünlüğü ilkesine yer verilmiştir (E. ÇELİK, Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, İstanbul 1984,7; BATUM, 261, M. SUR, İş Hukukunun Uluslararası Belgeleri, İzmir 1995,51 ve orada anılan yazarlar). Doktrindeki karşıt görüşe göre ise, uluslararası sözleşmeler, yasalarla eşit değerdendirler. Bu anlayışın temel dayanağı, AY.m.90/son da kullanılan uluslararası sözleşmelerin “kanun hükmü” niteliğinde olduğuna ilişkin ifadedir. Zira, anayasa koyucu uluslararası sözleşmeye daha üstün bir değer tanımak isteseydi, bunu açıkça belirtirdi. A.Y.m.90'da yer alan ve sözleşmenin Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulamayacağına ilişkin hüküm, sözleşmelere yasalar üstü bir yer tanımak için değil, devletin uluslararası sorumluluğunu belirlemek ve devletlerin ortak iradeleri ürünü olan bir tasarrufun bir iç hukuk organı tarafından iptaline imkan vermemek amacıyla konulmuştur. (H.PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Bası, Ankara 1992,34; S. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, Cilt 1, Ankara 1968).

uygulanabilirliği sorunu olarak ortaya çıkar¹²⁴. Bir sözleşmenin, iç hukuk düzeninde, doğrudan uygulanabilir nitelikte olması üç koşulun gerçekleşmesi ile bağlantılı olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan ilki, sözleşme taraflarının amacının, salt devletlerarası ilişkilere uygulanmak üzere hükümler getirmek olmayıp, bireylere ilişkin, onlar için hak ve yükümlülükler öngören hükümler getirmek olmasıdır. İkinci koşul, sözleşme hükümlerinin, başka uygulama kurallarına ihtiyaç göstermeyen, subjektif hakları kişiler lehine tanıdığı olmasıdır. Nihayet son koşul, ilkelerin sözleşmede genel ifadeler şeklinde değil, açık-ayrıntılı ve kesin hükümler biçiminde yazılmış olması zorunludur¹²⁵. Bu koşulların bulunmaması halinde ise, sözleşmenin doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.

158 sayılı sözleşmenin diğer hükümleri bir yana bırakılarak salt belirli süreli sözleşmelere ilişkin 2/3. maddesi ele alındığında, maddenin “Bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınmalıdır” hükmüyle, öncelikle bireylere doğrudan subjektif hak tanıyan bir düzenleme niteliğini taşımadığı görülmektedir. Maddede, doğrudan üye devlete bu konuda güvenceler alınması, tedbirler getirilmesi yükümü öngörülmüştür. Bu niteliğiyle madde bir program hüküm niteliğindedir. Öte yandan, madde hükmü konu ve şekil bakımından da gerekli açıklığa sahip değildir. Bu konuda alınması gereken tedbirler açık-ayrıntılı biçimde, kesin hükümler şeklinde belirtilmemiştir. Bu bakımdan sözleşmenin sözkonusu hükmünün doğrudan uygulanabilirliğinden söz etmek mümkün görünmemektedir¹²⁶.

¹²⁴ BATUM, 42; Genel olarak UÇÖ sözleşmelerinin doğrudan uygulanabilirliği konusunda bak: A.GÜZEL, “ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı”, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara 1997, 22 vd.

¹²⁵ BATUM, 43, Bak ve karşı. M. SUR, İş Hukukunun Uluslararası Belgeleri, İzmir 1995,56; YHGK. “Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin” UÇÖ’nün 151 sayılı sözleşmesinin bu konuda gerekli yasal düzenlemeler yapılmaksızın uygulanamayacağı yolunda karar vermiştir (24.5.1995, E. 1995/4-367, K. 1995/550, Tüba/İlÇB: 1029-24, Temmuz 1995).

¹²⁶ 158 sayılı sözleşmenin doğrudan uygulanabilir nitelik taşımadığına ilişkin görüş için bak: D. ULUCAN, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye’nin Uyum Sorunu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1987, 167 vd.

§ 6. BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SINIRLANDIRILMASINDA OBJEKTİF HAKLI NEDEN KAVRAMI VE SÜRELENDİRMEYİ HAKLI KILAN HALLER

I. Genel Olarak

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sınırlandırılmasında ülkeler arası yöntem farklılığı, bu tür sözleşmelerin yasal düzenlemeler veya yargı kararlarıyla sınırlandırılması şeklinde belirmiştir¹²⁷. Ancak, gerek belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılması yolundaki görüşlerin gerekse bu konudaki düzenlemelerin birleştikleri ortak nokta hizmet sözleşmesinin normalden ayrılan biçimde kurulmasında bunu haklı kılan objektif bir nedenin bulunması gerekliliğidir. Belirli süreli sözleşmeleri haklı kılacak objektif nedenler, mevzuatlarında yasal düzeyde sınırlayıcı hükümlere yer veren ülkelerde yasada kazuistik olarak sayılmakta iken, bu tür sözleşmeleri yargı kararlarıyla sınırlandıran ülkelerde objektif haklı nedenler konusunda belirli mesele grupları oluşmuştur.

Gerçekten işverene yasa ile tanınmış belirli süreli sözleşme yapma hakkı, hakkın tanınmasındaki amaca uygun surette kullanılmak gerekir. Bu bağlamda objektif neden hakkın kullanılmasında meşru nedeni ifade eder.

¹²⁷ Bak. Bölüm III, § 9

II. Hizmet Sözleşmesinin Sürelendirilmesinde Objektif Haklı Neden Kavramı

Hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi için objektif haklı neden gerekliliği bu nedenlerin tesbiti sorununu da beraberinde getirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında hakkın kötüye kullanılması kriteri benimsendiğinde bu hususta kesin sınırların tesbiti mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Zira hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı olgusu, her somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenebilecektir. Ancak bu hususta genel ilkeler oluşturulabilir ve yine bu hususta yapılacak çalışma yol gösterici nitelik taşıyabilir.

Objektif nedenlerin tespitinde mahkeme kararları ile bir tipoloji oluşturulan Alman Hukukunda Federal İş Mahkemesi'nce, makul bir işverenin işletmesinin çıkarları ile birlikte işçinin de çıkarlarını dikkate alması gerektiği belirtilmiş ve sürelendirmenin geçerliliği için tarafların veya her halukarda bir tarafın ekonomik veya sosyal durumunun bu türden sözleşmeyi haklı kılması gerekliliği vurgulanmıştır. Yine bu bağlamda çalışma yaşamındaki uygulamalar değerlendirilerek, sorumluluk sahibi tarafların ne tür hizmet sözleşmesi bağlatmakla yükümlü olduklarının dikkate alınması gerekliliği belirtilmiştir¹²⁸. Alman Hukukunda Federal İş Mahkemesi'nce saptanan bu genel esaslar çerçevesinde belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılmasında ve sürelendirmeyi haklı kılacak objektif nedenlerin belirlenmesinde MK.m.2/1 anlamında objektif iyi niyet kurallarının esas alındığı söylenebilecektir. Yine, bu geniş ve soyut nitelikteki kavramın somutlaştırılmasında işçinin menfaatleri yanında işverenin menfaatlerinin de dikkate alınması gerektiği haklı olarak kabul edilmiştir.

Gerçekten sürelendirmenin geçerliliğinin değerlendirilmesinde salt işçinin menfaatlerinin değerlendirilmesi, belirsiz süreli sözleşmelere

¹²⁸ BAG, 12.10.1960, DB 1961,409; 5.5.1965, DB 1965,1102; 21.10.1954, DB 1954, 1023; BAG NZA 1991,18.1977 tarihli İş Yasası Tasarısında da esas itibarıyla Federal Mahkemece saptanan esaslara bağlı kalınmıştır. Buna göre, belirli süreli hizmet sözleşmesi sadece, işletmenin veya işin niteliğinden kaynaklanan yahut işçinin kişiliğinde yer alan ve bu tür sözleşmeleri ve süresini haklı kılan objektif nedenler bulunduğu takdirde yapılabilir (RICHARDI, NJW 1978, 488'den naklen).

tanınan hukuki sonuçlar nedeniyle hemen her olayda belirli süreli sözleşmelerin işçi zararına olarak değerlendirilmesini gerektirebilecektir. Oysa, belirli süreli sözleşmelerin çalışma hayatındaki işlevleri ve işverenin bu tür sözleşmeler kurmadaki meşru menfaati yadsınamaz.

Bu nedenle sürelendirmeyi haklı kılabilecek nedenlerin saptanması, işçi ve işveren taraflarının meşru menfaatlerinin dikkate alınması, bunlar arasında bir dengenin sağlanması yoluyla gerçekleştirilmelidir. Bu yolda yapılacak bir değerlendirmede başta işin veya işletmenin niteliği olmak üzere işçinin şahsına bağlı sebepler de belirleyici olacaktır. Çalışma yaşamında “mutad olma” ise başlı başına objektif neden olarak kabul edilmemelidir¹²⁹. Çünkü bir meslek veya branştaki uygulamalar daima hukuka uygun ve adil olanı göstermez. İşletme veya işin niteliği sürelendirmeye imkan verdiği ölçüde “mutad olma” bir değer taşıyabilir.

III. Sürelendirmeyi Haklı Kılan Haller

1. Kişisel nedenlere bağlı sürelendirmeler

a. Deneme amaçlı iş ilişkileri

Deneme amaçlı iş ilişkileri, tarafların sözleşmeyle belirli veya belirsiz bir süre için bağlanmayıp, ilk önce karşılıklı olarak, işveren bakımından işçinin işe uygunluğu ve yeterliliği, işçi bakımından ise işyeri ve çalışma şartlarının tanınması hususunda belirli bir sürenin öngörüldüğü iş ilişkilerini ifade eder. Bu süre içerisinde kural olarak her iki taraf gerçek durumun beklentilerine uyup uymadığını denetleme imkanına sahiptirler. Deneme süresi bu niteliği ile hem işçinin hem de işverenin menfaatine hizmet eder. Gerçekten deneme amacı ile işçiye çalıştıran işveren, işçinin sözkonusu işe uygun olup olmadığı hususunda; mesleki bilgisini, kabiliyetini, işyerine uyumunu görme imkanını elde ederken, işçi de işvereni, işyerini ve çalışma şartlarını tanıyarak, işin kendisine uygun olup olmadığı hakkında fikir sahibi olabilecektir¹³⁰.

¹²⁹ WIEDEMANN / PALENBERG, 89, Yazar, mutad olmanın kriteri olarak kabul edilmesiyle, sosyal bakımdan onaylanmayan durumun engellenemeyeceğini belirtmektedir. Aynı yönde: WANK, Münchener Handbuch, § 113, RdNr 47

¹³⁰ B. WALTER, Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, 3. Auflage, Heidelberg 1965, 11; EKONOMİ, İş Hukuku, 84; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 76; SAYMEN, İş Hukuku, 440; OĞUZMAN, Fesih, 15-16; CENTEL, İş Hukuku, 95; SCHAUB, 290; HUECK / NIPPERDEY, 539 dn.46, Yazar, deneme süresinin esas itibarıyla işverene, işçinin sözkonusu iş için uygunluğu konusunda bir karar verebilme imkanı sağladığını, bir çok meselede işçinin işletmeye ilişkin şartları tanımaya hizmet etmekle birlikte işçinin çıkarının, işverenin çıkarının ardında kaldığını ifade etmektedir. Benzer görüş için bak. NIKISCH I, 678 dn.73;

Hukukumuzda gerek Borçlar Kanunu (BK.m.342) ve gerekse İş Kanunlarında (İşK.m.12; Basın İş K.m.10/1; Deniz İş K.m.10) deneme süresine ilişkin yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Düzenlemelerdeki ortak özellik sözleşen taraflara deneme süresi kararlaştırmada serbestlik tanınmasıdır. Bu nedenle yapılan her hizmet sözleşmesinde deneme süresinin varlığından söz edilmez. İşçinin işyerindeki işe yeni alınmış olması deneme süresinin varlığı için delil oluşturmaz. Deneme süresinin varlığı, tarafların bunu açıkça kararlaştırmış olmalarını gerektirir. Bunun doğal sonucu ise, deneme süresinin varlığını iddia eden tarafın bu iddiasını ispatla yükümlü olmasıdır¹³¹. Ancak deneme süresinin tarafların açıkça kararlaştırmaları durumunda var olacağına ilişkin genel düzenlemelerin istisnasını teşkil eden bir hükme BK.m.342/II'de yer verilmiştir. BK.m.342/II "çırak ve hizmetçi akitlerinde hilafına bir mukavele yoksa hizmete duhulden itibaren ilk iki hafta tecrübe müddeti sayılır" hükmü ile söz konusu kişiler bakımından bir yasal karine içermektedir. Ancak burada da sözleşen taraflar için deneme süresi öngörülmesi bir yasal yüküm teşkil etmez. Buna göre, maddede anılan kişilerle yapılan sözleşmelerde deneme süresi kaldırılmak istendiğinde bunun açıkça kararlaştırılması gereklidir¹³².

İsviçre Borçlar Kanununun deneme süresine ilişkin 335b. maddesi hükmü de hizmet sözleşmelerinde deneme süresinin varlığı konusunda yasal karine getirmiştir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece hizmet sözleşmeleri deneme süresine tabidir¹³³.

Deneme süresi hizmet sözleşmeleri yanında toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. Ancak toplu iş sözleşmesinde salt deneme süresinin uzunluğunun saptanmış olması buna tabi olacak tüm sözleşmelerin deneme süreli olacağı anlamına gelmez¹³⁴.

Deneme süresi sürekli bir hizmet sözleşmesi mevcut olmak kaydıyla belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi, belirli süreli hizmet sözleşmelerinde de kararlaştırılabilir. Deneme süresinin hukuki fonksiyonu, bu süre içerisinde tarafların hukuki ilişkiden kolaylıkla sıyrılabilmesinde görünür. Nitekim, BK.m.342'de bu imkan taraflara yasal feshi ihbar önellerinden daha kısa öneller tanınması, iş kanunların-

¹³¹ OĞUZMAN, Fesih, 20; EKONOMİ, İş Hukuku Dersleri, 85; ESENER, 137; SAYMEN, 443; CENTEL, 96; NARMANLIOĞLU, 171

¹³² K. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku II, 919; CENTEL, 96

¹³³ İsviçre doktrinde, İBK'nun 335.maddesinin esas itibarıyla belirsiz süreli hizmet sözleşmelerini düzenlediğinden hareketle, 335b'de yer alan karinenin salt belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin olduğu, belirli süreli sözleşmelerde ise, açıkça kararlaştırılmak suretiyle deneme süresinin kabul edilebileceği savunulmaktadır, STREIFF / KAENELL 326, REHBINDER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art 331-355, Bern 1992, Art 335b, N. 1

¹³⁴ M. EKONOMİ, "Toplu İş Sözleşmesinin Hizmet Akdi ile Belirlenen Deneme Süresine Etkisi", İHU TSGLK m.3 (No:8), CENTEL, İş Hukuku, 96

da ise, taraflara hizmet sözleşmesini bildirimsiz ve tazminatsız feshedebilme hakkının tanınmasıyla gerçekleştirilmiştir (İşK.m.12, Deniz İş.K. m.10, Basın İş.K. m.10). İsviçre Borçlar Kanunu m.335b'de de deneme süresi içinde taraflara yasal feshi ihbar önergelerinden daha kısa fesih öneli ile sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı tanınmıştır. Bunun dışında deneme süreli iş ilişkisi gerçek anlamda bir iş ilişkisi niteliğinde olup, taraflar için bu ilişkiden doğan hak ve borçlar bakımından bir farklılık göstermez.

Hizmet sözleşmesinde tarafların birbirlerini tanıma amacı ile belirli bir süre öngörmeleri iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi esas itibarıyla mevzuatımızda düzenlenmiş bulunan ve yukarıda ana hatlarıyla kısaca ele aldığımız belirli veya belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde bir ön süre olarak deneme süresinin kararlaştırılması, diğeri ise bu amaçla bir belirli süreli sözleşmenin kurulmasıdır. Konumuz bakımından önem taşıyan nokta, deneme amacının sürelendirmeyi haklı kılıp kılmayacağı diğeri bir deyişle belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasında "objektif haklı neden" teşkil edip etmeyeceği veya bunun hangi şartlarla kabul edilebileceğidir.

aa.Sözleşmenin deneme amacıyla sürelendirilmesi

Deneme amacıyla yapılan belirli süreli sözleşmeler, deneme süreli hizmet sözleşmelerinden hukuki sonuçları ve nitelikleri bakımından ayrılırlar. Şöyleki; deneme süreli hizmet sözleşmelerinde, deneme süresi hizmet sözleşmesinin içeriğine dahil olan ve bu süre içerisinde tarafların sözleşmeden kolayca sıyrılabilmelerine imkan tanıyan bir ihtirazi kayıt teşkil eder. Taraflar deneme süreli hizmet sözleşmesi yapmakla, hizmet sözleşmesini bu süre ile sınırlamazlar. Diğeri bir ifade ile, deneme süreli hizmet sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirli veya belirsiz süre içeren tek bir sözleşmedir. Deneme süresinin bitmesi sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmaz ve tarafların hukuki ilişkiye devam etmek istemeleri durumunda bu yönde herhangi bir irade beyanında bulunmalarını gerektirmez. Oysa, deneme amacıyla yapılan belirli süreli sözleşme bu sürenin dolmasıyla sona erer. Bu durum, deneme süresinin özel bir sonucu olmayıp, sürelendirmenin doğal hukuki sonucudur. Deneme amaçlı belirli süreli sözleşmede sözleşmenin süresi ile deneme süresi örtüşür¹³⁵. Tarafların bu süre içerisinde olağan fesihle hizmet sözleşmesine son vermeleri mümkün değildir. Tarafların bu süreden sonra hukuki

¹³⁵ F. BÖHM, 107; WALTER, 16; G. BREDE / G. ETZEL, Arbeitsrecht, 6. Auflage, Berlin 1991, 31; K. HOBERKORN, Arbeitsrecht, Stuttgart 1992,26

ilişkiyi devam ettirmeleri ise bu yolda açık veya örtülü iradelerinin bulunmasını gerektirir¹³⁶.

Mevzuatımızda yukarıda ana hatlarıyla belirtmeye çalıştığımız, hizmet sözleşmelerinde yer alan deneme şartı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kanımca tarafların deneme amacı ile belirli süreli hizmet sözleşmesi kurma imkanları mevcuttur¹³⁷. Hatta, tarafların kesin olarak bağlanmak istemeyip karşılıklı olarak birbirlerini ve iş koşullarını tanımak amacıyla bir süre öngörmeleri ve bunu belirli süreli hizmet sözleşmesi biçiminde şekillendirmeleri, sürelendirme için objektif haklı neden oluşturacaktır. Her şeyden önce, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulması bakımından herhangi bir nedenin aranmadığı hukuki sistem içerisinde, deneme amacıyla sözleşmenin sürelendirilmesine yasal bir engel bulunduğundan sözedilemez. Öte yandan, deneme amacı ile sürelendirmenin, bu süre içerisinde kural olarak olağan fesih hakkının bertaraf edilmiş olması nedeniyle, deneme şartına oranla, işçi bakımından daha yararlı olduğu söylenebilir.

Ancak, deneme amacının hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi için objektif haklı neden oluşturması somut olayda denemenin gerekli olması şartına bağlıdır. Nitekim, işçinin daha önce çalıştığı işyerine, aynı iş için tekrar deneme amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmesiyle işe alınması dürüstlük kurallarına aykırıdır ve sürelendirme için haklı neden teşkil etmez. Bununla birlikte, işçinin daha nitelikli bir iş için işe alınması¹³⁸ veya önceki çalışma ile arada uzunca bir zamanın geçmesi yeniden denemeyi gerekli ve sürelendirmeyi haklı kılabilir.

Alman Hukukunda, yargı içtihatları¹³⁹ ve doktrin¹⁴⁰ tarafından, işverenin daimi bir iş ilişkisi ile bağlanmadan önce işçinin mesleki ve kişisel yeterliliğinin tanınması ve denenmesindeki çıkarı, sürelendirme için objektif haklı neden olarak kabul edilmektedir.

Uygulamada, tarafların İşK.m.12 anlamında salt bir deneme şartı mı kararlaştırdıkları, yoksa deneme amacı ile belirli süreli hizmet

¹³⁶ EYRENCİ, Seminer, 61

¹³⁷ EYRENCİ, Seminer, 61; Ayrıca bak ve karşı: M. SUR, "Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Düzenlenmesi", 761

¹³⁸ HILLEBRECHT, § 620 BGB RdNr 162; ve orada belirtilen Federal İş Mahkemesi kararları. Mevzuatımızda Basın İş Kanununun 10.maddesinde gazeteciler bakımından deneme süresi sadece mesleğe ilk başlayanlar için öngörülmüştür.

¹³⁹ BAG. 28.2.1963, AP Nr. 7 zu § 620 BGB, BAG. 15.3.1966, AP Nr. 28 zu § 620 BGB; BAG. AP Nr. 16,22,24,45 zu § 620 BGB

¹⁴⁰ HUECK / NIPPERDEY, 539; NIKISCH, 678; H.WIEDEMANN, "Zur Typologie Zulaessiger Zeitarbeitsvertraege", Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, München 1970, 401 vd.; SCHAUB, 196; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 161; MünchKomm / SCHWERTNER, § 620 RdNr 28; STAUDINGER / NEUMANN, § 620 RdNr 48,54; BÖHM / BÖRGMANN, 19-20; ERMAN / HANAU, § 620 RdNr 72

sözleşmesi mi yaptıkları açıkça anlaşılmayabilir. Bu, sözleşmenin yorumu ile tespit edilmek gerekir. Ancak, sözleşmedeki ifadelerin yorumunda kural olarak, tarafların deneme süresinin başarılı geçmesi şartıyla sürekli bir şekilde bağlanmak amacıyla hukuki ilişkiye girdiklerinden hareket edilmeli ve şüphe halinde deneme şartı içeren belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir¹⁴¹. Bu bağlamda sözleşmede 3 hafta, 1 ay gibi sadece sürenin uzunluğunun saptandığı durumlarda aksi yönde bir irade tespit edilmedikçe, deneme amaçlı belirli süreli bir hizmet sözleşmesi değil, deneme şartı içeren belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir. İş hukukunda belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin kural, belirli süreli olan ise istisna olarak kabulü de bu yorumu gerektirir. Nitekim, uyuşmazlık durumunda da deneme amacı ile belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığını iddia eden bunu ispatla yükümlüdür¹⁴².

bb. Deneme süresinin uzunluğu

Taraflar sözleşmede deneme süresinin uzunluğunu yasal sınırlar içerisinde belirleyebilirler. Şüphesiz sürenin belirlenmesinde yapılacak işin niteliği, işçinin nitelikleri önem taşır¹⁴³. Vasıfsız işçiler için belirlenecek süre daha kısa olabilirken, özel bir uzmanlık gerektiren işlerde bu süre daha uzun olabilecektir¹⁴⁴.

Bununla beraber, iş kanunlarında deneme süresinin azami sınırı emredici hükümlerle tespit edilmiştir. Buna göre; İş Kanunu'nun kapsamına giren işçiler bakımından bu süre en çok bir aydır. Ancak toplu iş sözleşmeleriyle bu süre üç aya kadar uzatılabilir (İşK.m.12/I-II). Yine, Deniz İş Kanunu'nda deneme süresi en çok bir ay (DenizİşK.m.10) ve Basın İş Kanunu'nda en çok üç ay olarak belirlenmiştir (Basın İşK.m.10).

Tarafların deneme süresi kabul etmekle birlikte bunun uzunluğunu kararlaştırmadıkları durumda, bu süre bir ay veya toplu iş sözleşmesinde buna ilişkin düzenlemenin varlığı durumunda üç ayı geçmeyecek şekilde toplu iş sözleşmesinde yer alan süre uygulanacaktır¹⁴⁵. Toplu iş sözleşmesinde deneme süresinin üç aydan fazla olarak sap-

¹⁴¹ EYRENCİ, 63; BÖHM, 107; REHBINDER, 100; HUECK / NIPPERDEY, 540; STAUDINGER / NEUMANN, § 620 RdNr 55; W. DUTZ, Arbeitsrecht, München 1990, 51; HOBERKORN, 26; BAG, AP Nr.3 zu § 620 BGB

¹⁴² HUECK / NIPPERDEY, 540 dn 51; EYRENCİ, 62; STAUDINGER / NEUMANN § 620 RdNr 67; D. NEUMANN, Das Probearbeitsverhältnis, Düsseldorf 1964, 9

¹⁴³ WIEDEMANN, "Zur Typologie Zulaessiger Zeitarbeitsvertraege", 401

¹⁴⁴ EKONOMİ, İş Hukuku, 87; CENTEL, İş Hukuku, 98

¹⁴⁵ ATABEK, 58; CENTEL, İş Hukuku, 98; OĞUZMAN, Fesih, 21; ÇENBERCİ, 224; EKONOMİ, İş Hukuku, 86-87

tanması durumunda ise sözleşmenin bu hükmü yasal sınıra uygun olarak uygulanmalıdır¹⁴⁶.

Borçlar Kanunu'nun deneme süresini düzenleyen hükmü ise emredici nitelik taşımaz. BK.m.342'ye göre; uzun süreyle yapılan sözleşmede bir deneme şartının kararlaştırılmış olması durumunda aksine sözleşme yapılmadıkça ilk iki ay deneme süresi olarak kabul edilir. Çırac ve hizmetçi sözleşmelerinde ise, aksine bir anlaşma yoksa, ilk iki hafta deneme süresi sayılır. Yasada, taraflara aksine bir düzenleme yapabilmelerine ilişkin tanınmış olan serbesti nedeniyle BK.m.342'deki deneme süreleri genel olarak, sınırlayıcı nitelik taşımaz. Taraflar daha uzun veya kısa deneme süresi kabul edebilirler¹⁴⁷.

İş kanunlarına tabi işçiler bakımından, deneme süresinin azami sınırının emredici hükümlerle belirlenmiş olması olgusu karşısında doktrinde, deneme süresi içinde hastalık, grev, lokavt gibi nedenlerle denemenin gerçekleşmediği inancında olan tarafların, deneme amacını gerçekleştirebilmeleri ancak, ilk sözleşmeyi feshedip, yeni bir deneme süreli sözleşme kurmaları yoluyla mümkün görülmektedir¹⁴⁸. Ancak, bu görüş işçi aleyhine sonuç doğurabileceği gibi, aynı zamanda zorlama teşkil etmektedir. Deneme süreli birinci sözleşmenin feshinden sonra ikinci sözleşmeyi yapma imkanı tanınırken, objektif ve kusura bağlanamayan nedenlerle denemenin gerçekleştirilemediği durumlarda deneme süresinin uzatılmasına izin verilmesi öncelikle mümkün olmalıdır. Zira yasanın amacı, tarafların birbirlerini ve iş koşullarını tanınması olup azami süre kural olarak bu sürenin yeterli olduğu inancı ile tanınmış bir süredir. Oysa, kusura bağlanamayan nedenlerle denemenin gerçekleştirilememesi durumunda bu amacın gerçekleştiğinden söz edilemez ve çalışmanın mümkün olmadığı bu süreler kadar deneme süresinin uzatılması yasanın amacına aykırı düşmez. Aksi bir çözüm tarzı benimsendiğinde işveren, yeni bir sözleşme kurmak yerine başka bir işçiyi istihdama da yönelebilecektir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 335b.maddesinde deneme süresine ilişkin olarak bir aylık bir süre öngörülmüştür. Bu hüküm bir karine içerir. Taraflar yazılı anlaşma, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile aksine düzenleme yapabilirler, ancak deneme süresi en fazla üç ay olabilir (İBK.m.335b/1,2). İsviçre Hukuku'nda deneme süresi için kabul edilen azami sürenin işe alınmadan itibaren geçecek üç aya mı, yoksa fiilen çalışılan süreye mi ilişkin olduğu konusunda önceleri farklı görüşler ortaya çıkmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1989 tarihinde yapılan

¹⁴⁶ OĞUZMAN, Fesih, 20; S. REİSOĞLU, Hizmet Akti, Mahiyeti-Unsurları, Ankara 1978,44

¹⁴⁷ OĞUZMAN, Fesih, 17; CENTEL, İş Hukuku, 98

¹⁴⁸ EKONOMİ, İş Hukuku, 87; İHU, İşK.12 (No:1); TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 75; CENTEL, İş Hukuku, 99

değişiklikle yasakoyucu m.335b'ye 3. bir fıkrayı eklemiştir. Buna göre, deneme süresinin hastalık, kaza veya zorunlu olarak üstlenilen yasal yükümlerin ifası nedeniyle fiilen kısalması durumunda, deneme süresi buna tekabül eden süre kadar uzar (İBK.m.335b/3). Yasanın görüldüğü gibi sadece üç ifa engeli (Verhinderung) durumuna özgülediği uzama olgusu emredici nitelik taşımaz. Dolayısıyla, tarafların yasa hükmünü aksine bir sözleşme ile bertaraf etmeleri mümkün olduğu gibi, bu durumlara benzer başka durumları da uzatma için neden olarak öngörebilirler¹⁴⁹.

Konumuz bakımından önem taşıyan husus; deneme süresinin uzunluğuna ilişkin yasal azami sürenin, deneme amacı ile yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerine de bir sınır oluşturup, oluşturmayacağıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, deneme süreli sözleşmeyle deneme amacı ile yapılan belirli süreli sözleşme farklı niteliklere sahiptirler. Deneme süreli sözleşmede, taraflar öngörülen süre içerisinde sözleşmeyi ihbarsız ve tazminatsız feshedebilirken, deneme amacı ile bağitlanmış belirli süreli hizmet sözleşmesi kural olarak sürenin sonuna kadar tarafları bağlar ve sürenin dolması ile herhangi bir hukuki işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Bu nitelik farkı ve yasada esas itibariyle belirli veya belirsiz süreli sözleşmelerde bir ön süre niteliğini taşıyan deneme şartının düzenlenmesi, belirli süreli sözleşmeler bakımından ise herhangi bir yasal sınırlamanın mevcut olmaması, iş kanunlarında deneme süresi için öngörülen sürelerden daha uzun süreli deneme amacına yönelik belirli süreli sözleşme yapılmasını mümkün kılabilir mi? Her şeyden önce azami sürenin amacı; işçinin deneme süresi içinde bulunduğu belirsizliği zaman açısından sınırlamaktır. Bu, iş kanunlarındaki düzenlemelerde daha yoğun bir gereksinim olarak ortaya çıkar. Çünkü deneme süresi içinde hizmet sözleşmesinin bildirimsiz ve tazminatsız feshi imkanı tanınmıştır. Yasakoyucunun azami süreyle güttüğü amaç, salt tarafları (özellikle işçiyi) bildirimsiz ve tazminatsız feshe karşı koruma olarak algılandığında, deneme amacıyla yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerinde kural olarak olağan fesih imkanı bulunmadığından bunların azami bir süre ile sınırlanması gereğinden de söz edilemeyecektir. Oysa deneme süresine azami sınır getirmenin asıl amacı işçinin esasen gelecekte çalışıp çalışmayacağını, daimi bir iş ilişkisine girip girmeyeceğinin belirsiz olduğu bu dönemi kısa tutmak olduğu dikkate alındığında, bu amaç belirli süreli sözleşmelerde de kendini gösterir. Yasal sınırın ötesinde deneme amacıyla sürelendirmelere izin verilmesi yasanın amacına aykırı olduğu gibi,

¹⁴⁹ STREIFF / KAENELL, Art. 335b N.3, Yazar, bu hallerde işçinin kusursuz olması gereğini belirtirken, REHBINDER, yasada sayılan durumların kusur durumundan bağımsız olduğunu savunmaktadır. (Berner Kommentar, Art 335b N.5)

kötüye kullanmalara açık bir yol teşkil edebilecektir. Bu nedenle deneme amacı, denemenin objektif olarak gerekli olması yanında, sürenin yasal sınırlar içinde tespit edilmesi şartıyla sürelendirmeyi haklı kılar¹⁵⁰.

İsviçre doktrininde de deneme amacının belirli süreli sözleşme yapmak için haklı neden teşkil ettiği kabul edilmiştir. Ancak bu görüşe göre, belirli süreli sözleşmenin süresi, deneme süresine ilişkin yasal düzenlemeyle sınırlı olmamak gerekir. Çünkü İBK. m.335b salt belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin bir hüküm içermektedir. Örneksme yoluyla uygulama ise hükmün amacıyla bağdaşmaz, belirli süreli hizmet sözleşmelerinde kural olarak fesih sözkonusu olmadığı gibi kötüye kullanılarak kısaltılabilecek bir fesih öneli de bulunmaz¹⁵¹.

Deneme süresine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmayan Alman Hukukunda, feshe karşı koruma yasasının uygulama başlangıcı olan işçinin 6 aylık çalışma (bekleme) süresi, doktrin ve yargı kararlarında deneme süresinin kural olarak azami sınırı olarak kabul edilmektedir¹⁵². Bununla birlikte istisnai olarak; bilim adamları, kimyagerler, sanatsal faaliyette bulunanlar gibi gördükleri işlerin niteliği gereği daha uzun süreli denemeyi gerektiren meslek grupları ile yapılan sözleşmelerde veya işçinin uzun seneler mesleğini ifa etmemiş olduğu durumlarda deneme süresinin 6 aydan uzun olabilmesi mümkün görülmektedir¹⁵³. Alman Hukukunda deneme şartı bakımından kabul edilen bu esaslar deneme amacı ile yapılan belirli süreli hizmet sözleşmeleri için de geçerlidir.

Deneme amacıyla sürelendirmelerin zincirleme bir görünüm oluşturmaları kural olarak hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Bununla birlikte, zincirleme sözleşmelerin toplam süresinin deneme süresi için öngörülen yasal azami sınırı aşmadığı hallerde bunların geçerlilikleri hususunda bir şüphe bulunmaz. Öte yandan, sözleşmenin süresinin uzatılması için haklı nedenin (deneme amacının) mevcut olduğu hallerde sözleşmenin uzatılması mümkün ve geçerli görülmelidir. Bu ise, deneme şartı ile ilgili açıklamalarda da belirtildiği gibi esas itibarıyla denemenin objektif ve kusura bağlanamayan; grev, lokavt, hastalık, kaza gibi nedenlerle gerçekleştirilememiş olması durumunda sözkonusu olabilecektir. Yine, deneme amacıyla yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerinde BK. m.339/1'in uygulanması da ancak bu amaç ve azami süre dahilinde

¹⁵⁰ Ayrıca bak. EYRENCİ, Seminer, 62 dn. 16

¹⁵¹ M. REHBINDER, "Hizmet Akitlerinin Süreye Bağlanmasını Haklı Kılan Objektif Nedenler" M. REHBINDER/M.EKONOMİ, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, 43§

¹⁵² DUETZ, 51; MünchKomm/SCHWERDTNER, § 620 RdNr28; SCHAUB, 196; HILLEBRECHT, BGB § 620 Rdnr 163; R. RICHARDI, "Die Bedeutung der Personalstruktur für die Befristung von Arbeitsverhältnissen im Hochschulbereich", DB 1981, 1462; WANK, Münchener Handbuch § 113, RdNr. 9; BAG, 15.3.1978, AP Nr 45 zu § 620 BGB

¹⁵³ BAG, AP Nr. 24, 45, zu § 620 BGB

mümkün görölmek gerekir. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki, yukarıdaki durumlar dışında, BK.m.339/1 hükmünün deneme amacı ile yapılan belirli hizmet sözleşmelerinde uygulanması deneme amacı ile bağdaşmaz. Çünkü, deneme amacı ile belirli süreli hizmet sözleşmesinin bağitlanması durumunda taraflar kural olarak deneme süresinin başarılı geçmesi ile daimi bir iş ilişkisinin kurulacağından hareket etmektedirler. Aksi bir görüşle sözleşmenin zımnen devamına aynı süre ve nihayet bir yıl için yenilenme sonucunu bağlayan BK.m.339/1'in deneme amacıyla yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerinde uygulanması yasal azami süre ile güdülen amacın bertaraf edilmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, sürenin sona ermesinden sonra sözleşmeye susarak devam edilmesi durumunda kural olarak, denemenin başarılı geçtiği ve ilişkinin belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesine dönüştüğü kabul edilmek gerekir¹⁵⁴.

b. Başarıya bağlı olarak sürelendirme

İşverenin, işçinin hizmet sözleşmesini onun işin yürütülmesinde gösterdiği başarısını esas alarak kurması da mümkündür. Burada, deneme amacıyla yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerindeki gibi, işçinin kararlaştırılan dönemde belirli bir başarıyı elde etmesi sözleşmenin devamını da belirleyen bir unsur teşkil eder. Uygulamada, daha çok üst düzey yönetici işçilerle yapılan sözleşmelerde görüldüğü gibi.

Yönetici işçiler diğer işçilerle aynı hukuki statüye sahip olmakla beraber, işyerinde yürüttükleri işlerin niteliği, bu kişileri fiilen işçiden çok işveren konumuna yaklaştırmaktadır. Yöneticilerin işyerinde bizzat işletmenin faaliyeti, varlığı konusunda önem taşıyan kararlar vermek durumunda olması onları diğer işçilerden ayırmaktadır. Yöneticinin başarısı bu bağlamda işletme veya işyerinin başarısı ile doğru orantılı olarak belirir. Uygulamada da, yönetici işçilerle genelde hizmet sözleşmeleri belirli süreli olarak yapılmaktadır. Bunun nedeni bir yandan işletme için bu derece öneme sahip kişilerin çalışmasını en azından bu süre için garanti altına almak, bir yandan ise bu sürede yöneticinin işletme yönetimindeki başarısını görmektir.

Alman doktrinde yönetici işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesi geçerli kabul edilmektedir¹⁵⁵. Bu konuda dayanak olarak ise Feshe Karşı Koruma Yasası'nın § 14/2 hükmü esas alınmaktadır. Maddeye göre; yönetici işçilerle yapılan belirsiz süreli sözleşme-

¹⁵⁴ EYRENCİ, Seminer, 65

¹⁵⁵ NIKICH 672; SAECKER,98; WANK, Münchener Handbuch, § 113 RdNr, 30, MünchKomm/SCHWERDTNER, § 620 BGB RdNr. 36; SCHAUB, 198

lerin geçersiz feshi durumunda işverenin, herhangi bir gerekçe aranmaksızın tazminat ödemek suretiyle mehkmeden sözleşmenin sona erdirilmesini talep hakkı mevcuttur. Hükme temel teşkil eden esas, işletme yönetiminin hareket ve iş görme yeteneğini güvence altına almak amacıyla, işletme için kararlar vermek, onları doğrudan hazırlamak yada kontrol etmek suretiyle, işçi statüsü ile işlevsel girişimci ve işveren statüleri arasında bir konumda bulunan yönetici işçilerin sözkonusu görev için somut olarak aranan yeterliği gösteremedikleri veya güven ilişkisinin zedelendiği durumlarda, işletmeden kolaylıkla ayrılmasının sağlanabilmesidir. Dolayısıyla yasakoyucu, yönetici işçiler bakımından işletmenin fonksiyonel işleyişini işçinin işinin devamlılığına olan menfaatine üstün tutmuştur¹⁵⁶. Alman Federal İş Mahkemesi de yönetici işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesini bunların süresinin bitiminde tazminat ödenmek suretiyle sona erdirilmesi şartıyla mümkün görmektedir¹⁵⁷.

Sürelendirme için objektif haklı nedenlerin tespitinde işçinin menfaatleri yanında işverenin (işletmenin) menfaatlerinin de dikkate alınması gereği kabul edildiğinde, işverenin, işletmesinin verimli işlemesindeki menfaati yönetici işçilerle sürelendirmeyi kural olarak geçerli kabul etmeyi gerektirir. Bu görüş özellikle gerçek anlamda feshe karşı korumanın sağlandığı sistemler bakımından geçerli olacaktır. İşveren yönetici işçinin işletme yönetiminde yeterli başarıyı gösteremediği veya aradaki güven ilişkisinin zedelendiği durumlarda, feshin haklılığını ispat ve diğer yasal prosedürlerle uğraşmak zorunda olmaksızın, belirli süreli sözleşmenin sonunda iş ilişkisinden kolaylıkla sıyrılabilme imkanını elde edebilecektir. Bu bağlamda, Alman Hukukunda kabul edilen görüş kendi içerisinde tutarlıdır. Bununla birlikte, gerçek anlamda feshe karşı korumanın bulunmadığı hukuki sistem içerisinde işverenin sözleşmeyi neden göstermeksizin olağan fesih yoluyla sona erdirebilme imkanının varlığı dikkate alındığında, bu yönde korunmaya değer bir menfaatin bulunduğundan söz etmek mümkün görünmez. Ancak, yönetici işçilerle yapılan belirli süreli sözleşmelerin aynı zamanda işçinin bu süre içerisindeki edimini garanti altına alma işlevine sahip olduğu, diğer bir ifadeyle işverenlerin belirli süreli sözleşme kurma yoluyla işçinin çalışmasını bu

¹⁵⁶ SAECKER, 98

¹⁵⁷ Federal Mahkemenin 1954 tarihli kararında, iş ilişkilerinde her iki tarafın eşit sosyal ve ekonomik güce sahip olduğu durumlarda sürelendirmeye cevaz verilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu durumlara örnek olarak, yönetici işçiler ve diğer vasıflı işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri gösterilmiştir (21.10.1954, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG). Federal Mahkemenin 1979 yılında verdiği kararda ise sürelendirmenin geçerliliği konusunda Feshe Karşı Koruma Yasasının ilgili maddelerine dayanılmıştır (26.4.1979, AP Nr. 47 zu §620 BGB); İtalyan Hukukunda da yönetici işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesinde haklı bir neden aranmamaktadır. Ancak yasal hüküm gereği bu durum da sürelendirme beş yılı aşamayacağı gibi, üç yıldan sonra sözleşmenin işçi tarafından olağan fesihle sona erdirilebilmesi mümkündür (H. KRONKE, Regelungen auf dem Arbeitsmarkt, Baden-Baden 1990, 83)

süreyle sınırlama amacı güttükleri dikkate alındığında, işletmenin faaliyetlerinin devamlılığı bakımından sürelendirmede menfaatin bulunduğu söz edilebilir. Zira, işletme için alınacak kararlar, belirli bir süre içerisinde gerçekleştirilecek projeler bakımından, kısaca işletmenin verimliliği ve faaliyetlerin istikrarı bakımından yönetici işçilerin önemi büyüktür. Bununla birlikte her iki gerekçe de, farklı hukuki sistemler bakımından yönetici işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin bir defaya mahsus sürelendirilmesi için haklı neden olarak kabul edilebilirse de, işçinin zincirleme sözleşmelerle aynı statüde görülen, aynı kapsama sahip iş için çalıştırılması durumunda, belirsiz süreli sözleşmelere tanınan koruyucu hükümlerin bertarafı için yeterli görülemez¹⁵⁸. Nitekim, Alman Hukukunda da yönetici işçiler hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesi karşısında tamamiyle korumasız bırakılmamışlar ve bu işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesine cevaz verilmesi, ancak sözleşmenin sona erdirilmesi anında bir tazminat ödenmesi şartına bağlanmıştır.

c. Yan iş olarak kısmi süreli iş ilişkileri

Normal iş süresinden daha kısa bir zaman parçası içinde, düzenli ve isteğe bağlı olarak sürdürülen çalışma biçiminde ifade edilen¹⁵⁹ kısmi süreli iş ilişkileri ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu giderek artan bir önem kazanmıştır. Kısmi süreli iş ilişkilerinin temel özelliğini, normal olarak adlandırılan tam gün esasına dayalı iş ilişkilerinden farklı olarak çalışmanın günde belirli bir saat, yarım gün veya haftanın belirli günlerinde yerine getirilmesi oluşturmaktadır. Kısmi süreli iş ilişkisi, işçinin çalışma yaşamına ilişkin tek faaliyeti olabileceği gibi, işçi bakımından bir yan iş niteliğini de taşıyabilir. Yan iş kavramı işçinin hizmet sözleşmesi ile yürüttüğü asıl iş ilişkisi yanında girilen ikinci bir iş ilişkisini (ek işi) ifade eder¹⁶⁰. Bu bağlamda yan işi aynı zamanda yasal

¹⁵⁸ Özellikle sıkı bir feshe karşı koruma sisteminin bulunmadığı hukuki sistem içerisinde işverenin, yönetici işçinin edimini garanti altına alma amacını, asgari süreli hizmet sözleşmesi kurma yoluyla da gerçekleştirmesi mümkündür. Bu durumda ise sözleşmenin sona ermesi daima bir fesih beyanını gerektireceğinden feshe ilişkin yasal hükümlerin bertarafı tehlikesi bulunmayacak, işçi bu surette korunmuş olacaktır.

¹⁵⁹ K. TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 154; Benzer tanımlamalar için bak.. M. EKONOMİ, "Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar" -Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, İstanbul 1986, 184; Ö. EYRENCİ, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Çalışmalar, İstanbul 1989, 22; T.CENTEL, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, 27

¹⁶⁰ E. AKYİĞİT, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara 1995, 4 vd; Ayrıca bak. CENTEL, İş Hukuku. 132 vd; EYRENCİ, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar,19

düzenlemelerin imkan verdiği ölçüde girifilen kısmi süreli iş ilişkisi niteliğindedir.

Ancak, her kısmi süreli iş ilişkisi, bir yan iş oluşturmaz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kısmi süreli iş ilişkisi işçinin içinde bulunduğu tek iş ilişkisini oluşturabileceği gibi, işçinin hiçbirisi asıl olarak nitelenemeyecek, değişik işverenler yanında veya değişik işyerlerinde birden fazla kısmi süreli iş ilişkisi ile çalışması da mümkündür¹⁶¹.

Alman doktrinde, kısmi süreli iş ilişkisi olarak şekillenen yan işler, hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi için haklı neden olarak kabul edilmiştir. Buna göre, yan iş olarak ifa edilen meslek veya meslek dışı işlerde çalışan işçilerin faaliyet tipi dikkate alındığında bunların esas itibariyle iş hukukuna dahil olmadıkları görülür. Çünkü bunlarda yan iş, işçinin geçim kaynağını oluşturmadığı gibi, işveren işçiyi işe alma ile işçinin varlığına özen göstermeyi de yükümlenmez. İşçinin korunmasının özü mesleğin korunmasıdır yan iş faaliyetlerinde ise, işçide mesleki faaliyetin devamına güven uyanmaz ve bu yüzden korunmasına gerek yoktur. Bu nedenle öğrenciler, gazete dağıtıcıları gibi yan uğraş olarak işin ifası ile görevli olanlarla yapılan sözleşmelerin sürelendirilmeleri geçerli olmalıdır¹⁶². Alman Federal İş Mahkemesi de özellikle öğrenciler bakımından öğrenimi aksatmayacak biçimde çalışmanın "yan kazanç" teşkil ettiğinden bahisle bu tür çalışmalar için sürelendirmeyi geçerli saymıştır¹⁶³. Ancak belirtmek gerekir ki, öğrencilerin öğrenim zamanları dışında çalışmaları yan iş teşkil etmez. Yan işin kabulünde iş hukuku açısından önem taşıyan nokta, hizmet sözleşmesi ile yürütölen asıl iş olarak nitelenebilecek bir iş ilişkisinin varlığıdır.

Hukumumuzda da yan iş olarak yürütölen kısmi süreli çalışmanın hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesinde haklı bir neden oluşturacağı ileri sürölmüştür¹⁶⁴. Esasını, yan işin işçi bakımından ekonomik varlık temeli teşkil etmemesi ve mesleki faaliyetin yanında yapılan işlerde işçinin sosyal bakımdan daha az korunmaya muhtaç oluşu fikirlerinde bulan bu görüş, çeşitli yönlerden eleştirilebilir. Öncelikle kısmi süreli iş ilişkilerinde işçinin korunmaya ihtiyacı bulunmadığı genel bir ilke olarak benimsenemez. Nitekim, kısmi süreli iş ilişkileri işçi bakımından ekono-

¹⁶¹ AKYİĞİT, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşte Çalışması, 9; CENTEL, İş Hukuku, 132; H. MONJAU, Nebentaetigkeit von Arbeitsnehmern, AR-Blattei (D) Stand 1975, A III; EYRENCİ, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar

¹⁶² WIEDEMANN, "Zur Typologie Zulaessiger Arbeitsvertraege", 404-405; RICHARDI, DB 1981, 1162; SCHAUB, 196; WIEDEMANN/PALENBERG, 90; WANK. Münchener Handbuch § 113, Rdnr. 32; HILLEBRECHT, BGB § 620 Rdnr. 174-175; Bu yönde: RICHARDI, "Die Bedeutung der personalstruktur für die Befristung von Arbeitsverhaeltnissen im Hochschulbereich", 1461-1462

¹⁶³ BAG AP Nr. 21 zu § 620 BGB

¹⁶⁴ EYRENCİ, Seminer, 66-67

mik yaşam temeli oluşturabilirler. Bu, işçinin birden çok ve bunlardan hiçbirinin asıl olarak nitelendirilemeyen kısmi süreli iş ilişkileriyle çalıştığı durumlarda belirgindir. Öte yandan kısmi süreli çalışmalar bu gün iş hukukunda hakim görüşlere göre, uygulanacak yasal hukuki sonuçlar bakımından normal iş ilişkilerinden ancak niteliklerinin gerektirdiği ölçüde ayrılabilirler. Gelişmeler de, bu tür çalışmaların bir yandan sosyal nedenlerle teşviki ve korunması, bir yandan da bu türden iş ilişkisi ile çalışan işçilerin korunması yönündedir. Nitekim, UÇÖ'nün "Kısmi Süreli Çalışmaya ilişkin" 1994 tarih ve 175 sayılı sözleşmesi ve yine aynı tarih ve 182 sayılı tavsiye kararında kısmi süreli çalışan işçilerle tam gün çalışan işçiler arasında çalışma koşulları, iş güvenliği, örgütlenme hakları ve diğer konularda eşitliğin sağlanması amaçlanmış, "istihdam" (m.4) ve "istihdamın sona erdirilmesi" (m.7) de ayırım yapılamayacak haller arasında özel olarak sayılmıştır¹⁶⁵. AB'nin ilk olarak 1982 yılında hazırlanan¹⁶⁶, 1983 yılında değişikliğe uğrayan¹⁶⁷ yönerge tasarısı da, kısmi süreli işlerde çalışanlarla, tam gün çalışanlar arasında, iş sürelerinden doğan farklılığın gerekleri dışında, ayırım yapılmaması esasına dayanır.

Öte yandan, işçinin korunmasının özünün sadece mesleğin korunmasına yönelik olduğu fikri de benimsenemez. İş hukuku, mesleğin değil, bizzat bağımlı çalışmanın korunmasına yönelmiştir. Ayrıca, yan iş meslek dışı bir faaliyet olarak ortaya çıkabileceği gibi mesleki bir faaliyetin ifası şeklinde de olabilir. Bir diğer önemli husus ise kendini şu noktada gösterir. İşçinin bir yan iş ilişkisine girmesi genelde bir zorunluluğun sonucu olarak ortaya çıkar. Özellikle ücretlerin düşük olduğu ülkelerde yan işin ilave bir gelir imkanı değil, yaşamı sürdürmek için asıl geçim kaynağının bir parçasını teşkil ettiği yadsınamaz. Bu bağlamda, asıl iş ilişkisinin işçinin geçimi için temel olduğundan hareketle asıl iş ilişkisinin varlığının korunmasının yeterli görülmesi gerçeklere uymaz. Ayrıca işçinin korunmasını sadece yaşamı için gerekli olan ücretin (asıl iş ilişkisinin) korunması ile sınırlı tutmak işçiye koruma düşüncesi ile de bağdaşmaz. Belirli süreli sözleşmelere; işçinin yasal feshi ihbar önelleri, askı süreleri, kıdem tazminatı açılarından, bunlara ilişkin haklarının korunması amacıyla yaklaşıldığında bu hakların kaybı için salt yan iş ilişkisinin varlığının yeterli gerekçe oluşturmayacağı açıkça görülmektedir. Alman Hukukunda yan işler bakımından sürelendirmenin geçerli kabul edilmesinin temeli; asıl iş ilişkisi bakımından feshe karşı korumanın tam olarak gerçekleştirilmiş olması ve yasa tarafından güvencelenmiş bir iş ilişkisi ile, esasen ekonomik yapı farklılığı da dikka-

¹⁶⁵ Labour Law Documents, Treaties and Legislation on labour and social security, 1994/3, International Labour Office, Geneva 1994

¹⁶⁶ ABI (82), Nr. C 62 von 12.3.1982

¹⁶⁷ ABI (83), Nr. C 18/5 von 21.1.1983

te alındığında işçinin ekonomik varlığının da sağlanmakta olmasıdır. Kendi mantığı içerisinde tutarlı görülebilen bu görüşün hukukumuz bakımından kabulü ise kanımca mümkün görünmemektedir. Her şeyden önce, yeterli bir feshe karşı korumanın bulunmadığı ülkemizde işçinin, asıl iş ilişkisi bakımından iş güvencesi, ücret sürekliliği sözkonusu değildir ki, işçinin yan iş bakımından korunma ihtiyacının bulunmadığından sözedilebilsin.

2. Yapılan işin (mesleğin) özelliklerine bağlı sürelendirmeler

a. Sahne sanatçıları

Sahne sanatçılarının yaptıkları işler nitelikleri gereği diğer alışlagelmiş işçi edimlerinden ayrılırlar. Öncelikle bu mesleklerde işin, halkın önünde ifası sözkonusudur ve halkın beğenisi önem taşır¹⁶⁸. Halkın beğenisi ve talebi bu tür işlerde sürekli bir değişiklik gereksinimi ortaya çıkarır. Dolayısıyla, bu tür işyerlerinde yerleşik ve standartlaşmış edimler değil, sürekli değişiklik gereksinimi ile birlikte arzın da daimi yenilenmesi gereği sözkonusudur¹⁶⁹. Daha çok tiyatro ve eğlence yerlerinde ifa edilen bu işler bakımından, halkın gözünde cazibeyi yitirmeme olgusu program değişikliği ile birlikte sanatçı değişimini de zorunlu kılar¹⁷⁰. Burada bir anlamda işletmenin devamlılığı değişikliğe bağlıdır.

Nitekim, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yaygın olduğu tiyatrolarda genelde oyun programları sezonluk olarak oluşturulur. Bu müesseselerde, yine genelde ana bir oyuncu kadrosu bulunmakla birlikte, yeni oyun sezonunda seçilen oyundaki karakterlere göre yeni oyunculara yer verilmesi kaçınılmazdır. Bir sezon görev almış bir kişiye yaşı, nitelikleri vd. nedenlerle ertesi sezonda uygun bir rol bulunmaması ihtimal dahilindedir. Öte yandan, müzisyen, şarkıcı ve gösteri sanatçılarının çalıştıkları diğer eğlence yerleri bakımından da durum farklı değildir. Bu müesseselerde aynı kişilerin uzun süre çalışması onların halkın gözünde cazibesini yitirmesine ve bu müesseselere olan talebin azalmasına neden olabilecektir. Nihayet sadece belirli sayıda konser veya bir turne süresince sanatçılarla sözleşme yapılması da olasıdır. Bu hallerde ise, bizzat iş geçici nitelik gösterir ve sürelendirme işin niteliğinden kaynaklanır.

¹⁶⁸ BRENDER, 131

¹⁶⁹ WIEDEMANN, 408

¹⁷⁰ M. REHBINDER. "Der Befristete Arbeitsvertrag als Regeltyp im Recht der Bühne" RdA 1971, Heft 7/8, 214

Ülkemizde sahne sanatçıları özel bir hukuki düzenlemeden yoksun, sendikal bakımdan yeterli derecede örgütlenmemiş ve dolayısıyla toplu sözleşme düzeninden yararlanmayan bir kesimi oluşturmaktadır. Esasen şehir ve devlet tiyatrolarında çalışanlar, 657 sayılı DMK.nun kapsamında çalışmaktadırlar ve memuriyet statüsü içerisindeyler. Ancak geçici olarak, kök personel dışındaki oyuncu ihtiyaçları belirli süreli istihdam yoluyla giderilmektedir. Özel tiyatrolarda ise, bir kısım sanatçılar bizzat müteşebbis olarak çalışırken, diğerleri ise genelde belirli süreli sözleşmeler ile çalışmaktadırlar.

Bugüne kadarki yargı içtihatlarında ise, sanatçılarla yapılan sözleşmelerin sürelendirilmesine ilişkin bir karara rastlanmamıştır.

Alman Hukukunda, sahne sanatçılarıyla yapılan sözleşmelerin sürelendirilmesi, gerek Federal İş Mahkemesinin kararları¹⁷¹ gerekse doktrindeki baskın görüş tarafından geçerli görülmektedir¹⁷².

Federal Mahkeme sahne sanatçıları ile yapılan sözleşmelerde sürelendirmenin geçerliliği hususunda farklı gerekçelere dayanmıştır. Yüksek Mahkemenin gerekçelerinden birini "sanatsal mesleklerde objektif olarak değişiklik gereksiniminin bulunması" oluşturmaktadır¹⁷³. Buna göre, bu meslekler bakımından sürelendirme halkın gereksiniminden doğar ve objektif bir haklılık taşır. Tiyatro müdürü ve sanat yönetmeni sanat eserini uygun, yeterli gördüğü elemanlarla sunma serbestisinde olmalıdır.

Federal Mahkemenin dayandığı bir diğer gerekçe ise, belirli süreli sözleşmelerin bu mesleklerde "mutad" olanı oluşturmalarıdır. Yüksek Mahkeme, öteden beri toplu iş sözleşmelerinde sahne sanatçıları için belirli süreli hizmet sözleşmelerinin öngörüldüğüne işaret etmekte ve bunun da söz konusu işler bakımından kuralı teşkil ettiğini vurgulamaktadır¹⁷⁴. Nihayet Federal İş Mahkemesi, sürelendirmenin sanatçılar bakımından da arzu edilebilir bir durum teşkil ettiğini, zira bu mesleklerde işyerine sıkı bir bağlılığın işçi lehine olmadığı, sanatçıların

¹⁷¹ BAG. 12.10.1960 tarihli ilke kararı niteliğindeki kararında diğer sebepler yanında, sanatçılarla yapılan sözleşmeler de sürelendirmeyi haklı kılan objektif sebepler arasında sayılmıştır. Federal İş Mahkemesinin aksi yönde kararları da mevcut olmakla birlikte bunlar somut olaydaki durumlar gereği verilen hadise kararı niteliğindedirler.

¹⁷² NIKISCH, 675; K. HURST, "Die Bühnendienstverträge als Befristete Verträge" RdA 1952, 455; B. RIEPENHAUSEN, Das Arbeitsrecht der Bühne, 2. Auflage, Berlin 1956, 64 vd; H. KOCH. "Die Zulaessigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse", BB 1978, Heft 24, 1222; HILLENBRECHT, § 620 BGB, RdNr 195-199; F.BÖHM, 105; KEYSER, 324 vd. SCHAUB, 197; İsviçre Hukukunda REHBINDER, 110

¹⁷³ BAG. 5.3.1970, AP Nr. 34 zu § 620 BGB

¹⁷⁴ BAG. 21.5.1981, DB 1981,2080

devamlı olarak bir sahneden diğer sahneye geçmelerinin mesleklerinin özelliğini oluşturduğunu belirtmiştir¹⁷⁵.

Kanımca, bu tür mesleklerde "mutad olma" veya "uygulanagelir olma" şeklindeki görüşlerin sürelendirmenin geçerliliği hususunda yeterli bir gerekçe olarak kabulü yerinde değildir. Salt bir branştaki uygulamanın hukuki bir müessesenin değerlendirilmesinde ölçüt kabul edilmesi, hukukun objektif normlar aracılığıyla adaleti ve düzeni sağlama fonksiyonu içerisinde mümkün görülemez. Nitekim, Alman doktrininde de eskiden beri uygulanagelir olmanın günümüzde değişen işçiyi koruma ve güvence gereksinimleri karşısında geçerli olmayacağı belirtilmiş ve Yüksek Mahkeme kararı eleştirilmiştir¹⁷⁶. Öte yandan belirli süreli hizmet sözleşmesinin aynı zamanda işçi yararına da olduğu genel bir kural olarak kabul edilemez. Şüphesiz belirli süreli sözleşme bu süre ile sınırlı bir iş güvencesini de beraberinde getirir. Bu bağlamda, sezon içerisindeki fesih nedeniyle tekrar iş bulabilme zorluğunu önler. Ancak, her durum bakımından sürelendirmenin işçi yararına olduğu veya işçinin arzusunun bu yönde olduğu gibi bir varsayımdan hareket edilemez. Nitekim, işçi bakımından sıkı bir bağlılığın istenmediği hallerde, onun için belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde olağan fesih yoluyla ilişkiden kurtulabilme imkanı mevcuttur¹⁷⁷.

Sahne sanatçılarıyla yapılan belirli süreli hizmet sözleşmelerinin değerlendirilmesinde dayanılması gereken esas bu tür işlerin ve bu tür işyerlerinin özel çalışma şartlarıdır¹⁷⁸. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, sanatçıların yaptıkları işlerin niteliği bu işlerin ifa edildiği işyerleri bakımından sürekli bir değişikliği, yenilenmeyi gerektirir. Bu tür işyerlerinin program oluşturmaları salt müesseselerin değil, büyük ölçüde halkın beğenisine ve isteğine göre yönelir. Dolayısıyla, sahnenin özel değişiklik gereksinimi sadece program oluşturmada değil, personel politikasında da ortaya çıkar¹⁷⁹ ve bu tür işyerleri esnek bir personel politikasını gerektirir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu tür işyerlerinde değişiklik gereksiniminin varlığı ancak halkın önünde ifa edilen ve halkın beğenisinin ön planda olduğu işler bakımından kabul edilebilir¹⁸⁰. Bunun dışında sanat yönetmeni, kostümcü vb. işini arka planda ifa eden kişiler

¹⁷⁵ BAG. 5.3.1970, AP Nr. 34 zu § 620 BGB

¹⁷⁶ K.MONJAU. "Kettenvertraege bei künstlerischen Berufen", UFITA 74 (1975), 84; WIEDEMANN, 408

¹⁷⁷ Ayrıca bak. REHBINDER, "Der Befristete Arbeitsvertrag als Regeltyp im Recht der Bühne" 214 dn 39; WIEDEMANN, "Zur Typologie Zulaessiger Zeitarbeitsvertraege", 409 dn.8

¹⁷⁸ REHBINDER, "Der Befristete Arbeitsvertrag als Regeltyp im Recht der Bühne" 214; KEYSER, 324-325

¹⁷⁹ REHBINDER, "Der Befristete Arbeitsvertrag als Regeltyp im Recht der Bühne" 214; EYRENCİ, Seminer, 70

¹⁸⁰ WIEDEMANN, "Zur Typologie Zulaessiger Zeitarbeitsvertraege", 409; EYRENCİ, Seminer, 70

bakımından böyle bir gereksinimden sözedilemez. Bunun yanısıra, "değişiklik gereksinimi" sahne sanatçıları bakımından kural olarak sürelendirmeyi geçerli kılan objektif haklı bir neden oluşturmakla birlikte, somut olayın özelliklerinin de dikkate alınması gerekir. Nitekim, bu tür işlerdeki sözleşmelerin zincirleme bir görünüm oluşturması durumunda salt değişiklik gereksiniminin bu sürelendirmeleri geçerli kıldığını söylemek kolay görünmez¹⁸¹. Ardı ardına yenilenen sözleşmeler değişik gereksiniminin bulunmadığına işaret edebilecektir¹⁸². Özellikle, bir çok tiyatro işletmesinde senelerce asıl, kök bir personel grubu oluşturacak sanatçı grubunun varlığı dikkate alındığında, bu durumlarda gerçekte daimi bir ilişkinin varlığı kolaylıkla söylenebilecektir.

b. Profesyonel futbolcular

Profesyonel sporcular ile klüpleri arasındaki hukuki ilişki hizmet sözleşmesine dayanır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde profesyonel sporcular kanunun kapsamı dışında bırakılmışlardır. Bu nedenle, profesyonel sporcular bakımından, kendileri için yapılan özel düzenlemeler ve Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Bugün için, profesyonel futbolcuların hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler Türkiye Futbol Federasyonunca çıkarılan "Profesyonel Futbol Talimatı'nda ayrıntılı olarak yer almaktadır¹⁸³.

Profesyonel sporcuların yaptıkları işler de sanatçılarda olduğu gibi nitelik itibarıyla farklılık gösterir. Her şeyden önce, bu işler kısa bir süre için ifa edilebilir. Profesyonel sporcu için otuz-otuzbeş yaş adeta bir sınır oluşturur. Öte yandan özellikle futbol ve basketbolun takım oyunu olması, oyuncuların uyum içinde bulunmasını zorunlu kılar. Bu da takımın oluşturulmasında esneklik ihtiyacını doğurur. Öte yandan, oyuncunun da aktif olabildiği bu kısa dönemi mümkün olan en iyi şekilde değerlendirebilmesi hususundaki çıkarı tarafların uzun süreli hizmet ilişkisine girmelerini mümkün kılmaz. Bu nedenlerle, profesyonel sporcularla yapılan sözleşmelerin sürelendirilmesi işin niteliğinden kaynaklanır.

Nitekim, profesyonel futbolcuların yaptıkları işler dikkate alınmak suretiyle; sözleşmenin süresi, hükümsüzlüğü, klüpler arası transfer, geçici futbolcu transferi, sözleşmenin uzatılması ve sona ermesi bakımlarından özel hükümler getiren Profesyonel Futbol talimatında

¹⁸¹ MONJAU, "Kettenvertraege bei Künstlerischen Berufen", 82

¹⁸² V. BEUTHIEN, "Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht" RdA 1978, Heft 1,8

¹⁸³ RG. 22.6.1989, 20203

futbolcularla yapılan sözleşmelerin belirli süreli olması öngörülmüştür. Talimatın 9. maddesine göre; "bütün profesyonellik sözleşmeleri iki yıldan fazla olamaz" ancak "bir futbol sezonu içinde Profesyonel Ceza Kurulunca bir defada üç aydan fazla ceza veya toplam altı maç müsabakadan men cezası ile cezalandırılmış olan ve bu nedenle takımının müsabakalarında yer almayan profesyonel futbolcuların sözleşmelerini klüpleri bir yıl daha uzatabilir..." (m.12).

Görüldüğü gibi, profesyonel futbolcular bakımından hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesi aynı zamanda bir yasal zorunluluk olarak belirmektedir.

c. Yaş sınırı

Sözleşme taraflarının hizmet ilişkisinin süresini tespiti yönelik bir yaş sınırı belirlemeleri de mümkündür¹⁸⁴. Yaş sınırı içeren sözleşmelerde genelde işverenin çalıştırdığı iş gücünü belirli bir yaş grubu ile sınırlama eğilimi mevcuttur. İşvereni buna yönelten gerekçe ise iki ayrı şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, bizzat görülecek işin belirli fiziksel veya zihinsel yetenekler gerektirmesi, işin özel bir zorluk arzemesi ve sorumluluk gerektirmesi ve belirli bir yaşa ulaşma ile bu zorluk ve sorumlulukların üstlenilebilmesi için gerekli yeteneklerin azalması, Örneğin, pilotlar bakımından düşünülebileceği gibi¹⁸⁵. Diğer ise, tek tek münferit işler ve meslekler düşünülmezsizin işgücünü mümkün olduğunca kişilerin dinamik oldukları yaş grubu ile sınırlı tutma ve bu bağlamda işyerinde çalışan tüm işçiler bakımından bir üst çalışma yaşı getirilmesi. Örneğin, hizmet sözleşmelerinin işçilerin emeklilik yaşına ulaşıncaya kadar devam etmesi gibi¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Alman Hukuku'nda bu tür yaş sınırı içeren sözleşme hükümlerinin bozucu şarta bağlı sözleşme niteliğini taşıdığı belirtilmekte (BAG 20.12.1984, EzA § 620 BGB Nr. 15) ve bu tür sözleşmelerde sone erme anına ilişkin mevcut açıklık karşısında genel olarak bozucu şarta bağlı sözleşmelere ilişkin ileri sürülen sakıncaların sözkonusu olmadığı savunulmaktadır. (HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr. 29).

¹⁸⁵ WANK, Münchener Handbuch, § 113, RdNr. 97, Yazar bu gibi durumlarda sürelendirmenin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

¹⁸⁶ Alman Hukuku'nda özellikle emeklilik yaşına ulaşma ile hizmet sözleşmesinin sona ereceğini öngören sözleşme hükümlerinin, işçinin bu yaşa ulaştıktan sonra başka bir işte çalışma imkanının iş bulma zorluğu nedeniyle fiilen mevcut olmaması nedeniyle çalışma özgürlüğüne aykırılık oluşturacağına, işçinin durum korumasının salt gelirin korumasını ifade etmeyip, esasen kişinin bir kimlik kazanmasına imkan veren işin, çalışmanın korunmasını içerdiğine ilişkin görüş için bak: W. SCHLÜTER/D. BELLUNG, Die Zulaessigkeit von Altersgrenzen im Arbeitsverhaeltnis, NZA 9/1988, 297 vd.: UÇÖ'nün 166 sayılı Tavsiye Kararında ise, "Ulusal kanun veya uygulamaya göre emeklilik gözönünde bulundurularak yaş'ın hizmet sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden oluşturmadığı kabul edilmiştir (m.5).

İlk bakışta, görülecek işin bizzat belirli bir fiziksel veya zihinsel yeterlilik gerektirmesi ve bunun da genelde genç işgücünde bulunması, sürelendirmeyi halkı kılan bir neden olarak görünmekteyse de, katı bir feshe karşı koruma hukukuna sahip olmayan hukuki sistemde, işverenin kural olarak hizmet sözleşmesini neden göstermeksizin olağan fesih imkanına sahip olduğu düşünülürse, salt belirli bir yaşa ulaşmanın hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi ve bu yolla işçinin fesih ve feshe ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanmasının önlenmesi için haklı bir neden teşkil etmeyeceği kabul edilmelidir. Öte yandan hizmet sözleşmesinin olağan feshinin belirli nedenlerin varlığına bağlı tutulduğu bir sistem içerisinde de, "işçinin yeterliliği" ile ilgili nedenlerin işverene olağan fesih hakkı vereceği düşünüldüğünde, bu gerekçenin yine sürelendirme için haklı bir neden oluşturmayacağı söylenebilecektir. Zira, işçinin herhalukarda belirli bir yaşa ulaşma ile, zihinsel ve fiziksel verimini yitireceği gibi genel bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Yine, iş belirli bir zorluk arzemediği halde, işverenin salt işgücünü belirli bir yaş grubu ile sınırlı tutma yolundaki arzusu da, doğal olarak, hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesinde haklı bir neden oluşturmaz.

Yargıtayın 1989 tarihli bir kararında işyerinde mevcut personel yönetmeliğinde yer alan ve işyerinde çalışan personelin işyeri ile olan ilişkisinin 60. yaşını doldurduğu ayın sonu itibariyle kesileceğine ilişkin hükme dayanılarak, işverence yapılan fesih sonucu, işçinin hizmet sözleşmesinin 60. yaşın bitiminde sona ereceğini bildiğinden hareketle ihbar tazminatı isteyemeyeceğine hükmedilmiştir¹⁸⁷. Yargıtayın kararında hizmet sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığına ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamış, ancak fesih olgusunun bulunması karşısında, ihbar tazminatının ödenmesi gerekip gerekmeyeceğinin tespiti ile yetinilmiştir.

Yaş sınırı getiren hükümler hizmet sözleşmesinde yeralabileceği gibi, toplu iş sözleşmesinde veya işyeri iç yönetmeliğinde de yer alabilir. İşyeri iç yönetmeliğinin bağlayıcı olabilmesi BK.m.315'deki şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bununla birlikte maddede anılan şartların gerçekleşmesi bu bağlamda, yönetmelik hükümlerinin işverence önceden yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması ve dolayısıyla yönetmeliğin hizmet sözleşmesinin eki niteliğini kazanması, bu tür yaş sınırı getiren hükümlerle hizmet sözleşmesinin sürelendirildiğinin kabulü için yeterli değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, işverenin salt işgücünü belirli bir yaş grubu ile sınırlı tutma yolundaki arzusu hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesinde haklı neden oluşturmaz¹⁸⁸. Öte yandan, doktrinde bu tür söz-

¹⁸⁷ Y 9 HD, 30.6.1989, 5046/6188, YKD, Şubat 1990, 232-233 ve kararın incelenmesi için bak: SÜZEK, Değerlendirme 1989, 41 vd.

¹⁸⁸ SÜZEK, Yargıtayın kararına konu olayda hakkın kötüye kullanılmasının düşünülebileceğini

leşme hükümleriyle tarafların azami süreli bir sözleşme kurmak istediklerinin düşünülebileceği belirtilmiştir ki¹⁸⁹, bu görüşe de katılmak mümkün görünmemektedir. Zira, böyle bir düzenlemenin geçerliliğine imkan tanımakla, işverene bir yandan bu süre içerisinde daima fesih imkanı verilecek, bir yandan da bu sürenin bitiminde fesih ve feshe karşı koruyucu hükümlere uymaksızın sözleşmeden kolayca sıyrılma imkanı verilecektir. Özellikle, işçinin genç yaşta işe girdiği ve 60. yaşın bitimi ile sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği düşünüldüğünde, bu yöndeki bir hükümle uzun yıllar çalışmasının karşılığı olan kıdem tazminatı hakkının bertaraf edilebileceği gözden uzak tutulmamak gerekir. Dolayısıyla, yaş şartı getiren sözleşme hükümlerinin hizmet sözleşmesinin olağan fesih yoluyla sona erdirileceği nihai tarihi belirlemekten başka bir işlevi bulunmadığının kabulü yerinde olacaktır. Nitekim, Yargıtayın kararına konu olayda da sözleşmenin bu tarihte sona ermesi için fesih beyanında bulunulduğu görülmektedir.

Bu noktada bir diğer sorun yapılacak bu fesihte fesih önellerine uyulması zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Öncelikle, taraflar arasında belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin bulunduğu kabul edildiğinde; ihbar önellerine uyulması zorunluluğunun olmadığından söz etmek mümkün görünmez. Bununla birlikte, işçinin sona erme tarihini önceden bildiği kabul edildiğinde ve ihbar önellerinin, hizmet sözleşmesinin sona erme anının önceden bilinmesi ve tarafların durumunu buna göre ayarlayabilmeleri işlevine sahip olduğu dikkate alındığında, Yargıtayın vardığı sonuç hakkaniyete uygun görülebilir. Ancak, kanunun lafzına aykırı olduğu da belirtilmelidir.

Öte yandan doktrinde sona erme anının bilindiği durumda belirli süreli hizmet sözleşmesinin bulunacağı görüşü ileri sürülmekteyse de¹⁹⁰, burada sürelendirmenin geçerliğinin, salt sona erme anının bilinip bilinmemesi olgusundan bağımsız olduğunu, olayda bizzat bu tür bir hükümle sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılmasının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinin sözkonusu olduğu gözden uzak tutulmamak gerekir.

belirtmektedir. (Değerlendirme 1989, 43)

¹⁸⁹ EKONOMİ, Değerlendirme 1989, (Genel Görüşme), 92-93

¹⁹⁰ SÜZEK, Değerlendirme 1989, (Genel Görüşme), 108

3. İşletmeye bağlı nedenlerle sürelendirmeler

a. Geçici işgücü gereksinimi

İşyerinde işçiye duyulan ihtiyaç, işçinin ifa edeceği işin sınırlı bir süreye tabi olması nedeniyle geçici bir nitelik gösterebilir. Bu gibi durumlarda, geçici bir işin varlığından veya geçici işgücü gereksiniminden söz edilebilir. Geçici süreyle bir işin ifasının sözkonusu olduğu durumlarda, genellikle, işletmenin veya işyerinin acil bir işgücü gereksiniminin giderilmesi zorunluğu mevcuttur. Bu bağlamda geçici işleri daimi işlerden ayıran husus, geçici işlerin işletmenin organizasyonuna ilişkin yapısı veya işleyişine dahil olmayıp özellikle bunların dışında, çoklukla öngörülemeyen durumlarda ortaya çıkması ve işgücü gereksinimini doğurmasıdır¹⁹¹. İşverenin geçici işgücü gereksinimini ilave işgücü ile aşma amacı sürelendirme için objektif haklı neden teşkil eder.

Kuşkusuz, geçici bir gereksinimi gidermek amacıyla yapılan sözleşmeler belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Ancak, bu gibi durumlarda işverenden belirsiz süreli sözleşme yapması kural olarak beklenemez, işçi bakımından da belirsiz süreli sözleşmeyle çalışmak onda sözleşmenin devamı hususunda haklı olmayan bir beklenti uyandırabilir¹⁹².

İşyerinde, işçiye duyulan geçici gereksinim çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Bazı durumlarda, işyerinin asıl işçisinin geçici süreyle mevcut olmaması geçici işgücü ihtiyacını ortaya çıkarabilir. Bu durum kişiye ilişkin nedenlerden kaynaklanan geçici işçi gereksinimi olarak ifade edilir¹⁹³. Örneğin: hastalık, yıllık izin, askerlik, hamilelik süresince çalışma yasağı veya doğum izni ve benzer sebeplerden işyerinin asıl işçisinin belirli bir süre mevcut olmaması ve bu işçinin yokluğu süresince yapılması gereken işlerin yeni bir işçi istihdamı yoluyla yerine getirilmesi işletmenin faaliyetinin devamı bakımından zorunludur. Bu gibi hallerde, esasen işçinin gördüğü iş işletmenin faaliyeti bakımından devamlı nitelikte olduğu halde, ilave işçiye duyulan ihtiyaç geçici niteliktedir.

¹⁹¹ WALTER, Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, 67; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr. 178; KEYSER, 263

¹⁹² WIEDEMANN, "Zur Typologie Zulaessiger Zeitarbeitsvertraege" , 405; Yazar bu nitelikteki işler bakımından işçiye iş ilişkisinin devamı hususunda bir koruma sağlama çabasının otel odasını kiralayana koruması kadar işleve aykırı olacağını belirtir.

¹⁹³ WANK, Münchener Handbuch, § 113 RdNr. 65

Bazı hallerde ise, işçi işyerinde veya işletmede ortaya çıkan ilave iş için çalıştırılabilir. Bu gibi durumlarda ise, bizzat işin niteliği geçici bir görünüm arzeder. Örneğin, acil siparişlerin, özel üretim siparişlerinin mevcut olması, mevsim sonu satışları, yılbaşı veya bayram dönemindeki iş yoğunluklarının artması gibi durumlarda işletmeye ilişkin nedenlerden kaynaklanan veya amaçla sürelendirilmiş geçici iş ilişkisinden söz edilir¹⁹⁴.

Görüldüğü gibi, geçici bir gereksinmeyi gidermek için yapılan hizmet sözleşmeleri amacı ile karakterize edilmektedir. Bu türden sözleşmelerde belirleyici esas işgücüne duyulan ihtiyacın işletmenin organik yapısından veya normal işleyişinden kaynaklanmayıp, özel ve çoklukla öngörülemeyen durumlardan kaynaklanmasıdır¹⁹⁵. İlave işgücüne duyulan ihtiyacın düzenli olarak belirli zamanlarda ortaya çıkması durumunda, kural olarak, geçici iş ve geçici işçi gereksiniminden söz edilemez. Örneğin, bir lokantada hafta sonları garson ihtiyacının artması, ay sonları işyerindeki malların sayımı için eleman gereksinimi ve benzeri hallerde olduğu gibi. Çünkü bu tür çalışmalarda iş ayın veya haftanın belirli günlerinde yerine getirilmekle birlikte, düzenli olarak tekrarlanan özelliği ile daimi nitelik taşımaktadır¹⁹⁶. Yukarıdaki örneklerde ancak daimi nitelikte ve fakat kısmi süreli iş ilişkilerinin bulunduğundan sözedilmek gerekir¹⁹⁷.

Geçici işler bu nitelikleri ile mevsim ve kampanya işlerinden de ayrılırlar. Mevsim ve kampanya işlerinde de işin geçici bir süre ile mevcudiyeti sözkonusu ise de, bunlarda iş düzenli olarak ve çoklukla yılın aynı dönemlerinde ortaya çıkar ve bu işletmenin normal işleyişine dahildir¹⁹⁸.

aa. Kişiyeye ilişkin nedenlerden kaynaklanan geçici işgücü gereksinimi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, işyerinde geçici süreyle ilave işgücüne duyulan ihtiyaç işyerinin asıl işçisinin belirli bir süreyle mevcut olmamasından kaynaklanabilir. İşyerinin asıl işçisinin mevcut olmadığı dönemin geçici olması bu halde yerine alınacak işçi ile bu süreyle sınırlı olarak belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasını haklı kılar. Uygula-

¹⁹⁴ HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr. 178-179; WANK, Münchener Handbuch, § 113 RdNr. 65

¹⁹⁵ WALTER, 67; HILLEBRECHT, 178, WANK, Münchener Handbuch, § 113 RdNr. 66

¹⁹⁶ WALTER, 68; OTTE, 133; bu yönde: BAG 2.6.1976, AP Nr. 20 zu § 611 BGB

¹⁹⁷ F. BÖHM, 109; KEYSER, 231-232

¹⁹⁸ WALTER, 68; HILLEBRECHT, BGB § 620 Rd Nr. 178; F. BÖHM, 110

mada da toplu iş sözleşmelerinde hasta veya yıllık izinde olan işçilerin yerine alınacak işçilerle yapılacak sözleşmelerin belirli süreli olması öngörülmektedir.

Alman Hukukunda, doktrin ve Federal İş Mahkemesi içtihatlarında geçici süreyle mevcut olmayan işçinin yerine belirli süreli sözleşmeyle işçi alınması mümkün ve sürelendirmeyi haklı kılan objektif neden olarak kabul edilmekte ve bu durum temsil (Vertretung) şeklinde ifade edilmektedir¹⁹⁹. Alman mevzuatında B.Erz.G.G. (Federal Eğitim Yasası) § 21'deki hüküm, kadın işçinin hamilelik ve analık dönemindeki MuschG. (Ananın Korunması Yasası) ile tanınan çalışma yasağı ve analık izni süresince işten uzak kaldığı dönemde ve bu işçinin işlerini ifa ile görevli olmak üzere yeni işçi alımını düzenlemektedir. Buna göre; ananın korunması yasasıyla kadın işçiye tanınmış bulunan; çalışma yasağı süresince, yetiştirme izni süresince, toplu sözleşme işletme sözleşmesi veya hizmet sözleşmesinden kaynaklanan, işçinin çocuğunun gözetimi süresince işten uzak kaldığı sürelerin herbiri veya hepsi için bu işçinin yerine başka bir işçinin işe alınması iş ilişkisinin sürelendirilmesini haklı kılan objektif neden teşkil eder. Ancak, bu durumda hizmet sözleşmesinin süresi takvim birimine göre belirlenmiş veya belirlenebilir olmalı veya maddede sayılan amaçlardan anlaşılmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi, mevcut olmayan bir işçinin yerine diğer bir işçinin belirli süreli sözleşmeyle işe alınmasının sürelendirmeyi haklı kılması için işyerinin asıl işçisinin işi ile bu işçinin yerine işe alınan işçinin gördüğü iş arasında "ilişkinin" varlığını aramaktadır. Federal Mahkeme önceleri bu ilişkiyi ancak geçici işçinin, asıl işçinin işini ifa ile görevlendirilmiş bulunması halinde mevcut sayarken, 1985 yılından itibaren verdiği kararlarda bu ilişkiyi daha geniş bir bazda değerlendirmektedir. Buna göre; bir işçinin geçici bir süreyle mevcut olmaması nedeniyle, geçici bir işgücü gereksiniminin ortaya çıkması sürelendirme için geçerliliği bakımından yeterlidir. İşyerindeki işgücü azalması, görülmekte olan işlerin işçiler arasındaki dağılımının değişimini diğer bir ifade ile organizasyon değişimini de beraberinde getirebilir. İşveren mevcut olmayan işçinin yerine daimi işçilerinden birini görevlendirebilir ve belirli süreli sözleşmeyle işe aldığı yeni işçiyi bu diğer işçinin işinde çalıştırabilir²⁰⁰.

Geçici süreyle mevcut olmayan işçinin yerine, bu süre zarfında çalıştırılmak üzere işe alınan işçi ile yapılan hizmet sözleşmesi takvim birimine bağlı olarak sürelendirilebileceği gibi görülen işin amacından da hizmet sözleşmesinin sürelendirildiği anlaşılabilir. Ancak belirli süreli

¹⁹⁹ Ancak burada temsil terimi teknik hukuki anlamı ifade etmez, mevcut olmayan işçinin geçici süreyle ikamesi anlamında kullanılmaktadır.

²⁰⁰ BAG. 8.5.1985, NZA. 1986, 569

hizmet sözleşmesi kavramına ilişkin yukarıdaki paragraflarda yapılan açıklamalarda da değinildiği gibi, belirli süreli sözleşmenin varlığı her şeyden önce sürenin açıkça belirlenmiş veya öngörülebilir nitelikte olmasını gerektirir. Örneğin, yıllık izin, analık, hastalık nedenleriyle işçinin işten uzak kaldığı süreler için işe alınan yeni işçi ile yapılan hizmet sözleşmeleri sürenin takvim birimine bağlı olarak açıkça kararlaştırıldığı durumlarda olduğu gibi, açıkça kararlaştırmanın bulunmadığı hallerde de işçinin öngörülen işin amacını bilmesi kaydıyla ve bu gibi askı hallerine ilişkin yasal azami sürelerin mevcudiyeti nedeniyle sürenin öngörülebilir nitelik taşımasından dolayı kural olarak belirli süreli sözleşme niteliğini taşırlar²⁰¹.

Mevcut olmayan bir işçinin yerine, onun işini yapmakla görevli olarak işe alınan işçinin daimi şekilde bu suretle çalıştırılması sürelendirme için haklı sebep teşkil etmez. Örneğin, işçinin önce yıllık izinde olan bir işçinin daha sonra hastalık veya analık nedeniyle çalışamayan işçilerin işlerinde, bu boşlukları doldurmak amacıyla istihdam edilmesi durumlarında işçinin faaliyeti süreklilik gösterir ve işçinin daimi görevi geçici nitelikteki işçi ihtiyaçlarını gidermek olarak değerlendirilmelidir. Düzenli olarak tekrarlanan ilave iş veya ilave işgücüne sürekli ihtiyaç sürelendirmeyi haklı kılmaz²⁰².

bb. İşe (işletmeye) ilişkin nedenlerden kaynaklanan geçici iş gücü gereksinimi

İşletmede geçici işçi ihtiyacı bazı hallerde iş yoğunluğunun artması veya işletmenin normal faaliyetine dahil olmayan geçici nitelikte işlerin yapılması gerekliliği şeklinde de belirebilir. Sınırlı bir süreyle işgücüne duyulan ihtiyaç, yapısı gereği bu işlerin ifası için yapılacak hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesini de beraberinde getirmekte olup, bu gibi hallerde sürelendirme kural olarak haklıdır. Ancak, kişiye ilişkin nedenlerle geçici işçi ihtiyacı durumunda sürelendirmenin geçerliliği kolaylıkla benisenebilirken, işe ilişkin nedenlerle geçici işçi istihdamında sürelendirmenin geçerliliği daha sıkı kriterlere bağlanmak gerekir.

²⁰¹ Fransız Hukukunda da hizmet sözleşmesi askıya alınmış veya geçici surette işyerinde bulunmayan işçinin yerine alınacak işçiyle belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılması mümkün kılınmış (İşK. L. 121-1-1) ve işletmenin faaliyetindeki geçici artıştan farklı olarak bu halde, sözleşme süresinin takvim birimine bağlanması zorunluluğu öngörülmemiştir. Bununla birlikte yapılacak sözleşmenin asgari bir süreyi içermesi işçinin korunması bakımından gerekli görülmüştür (İşK. L.121-2-III)

²⁰² HILLEBRECHT, 180; KEYSER, 267; WANK, Münchener Handbuch, § 113 RdNr 66; bu yönde: BAG 7.5.1980, AP Nr 36 zu § 611 BGB; 30.9.1981, AP Nr 63 zu § 620 BGB

İşletmeye veya işyerine ilişkin geçici işçi ihtiyacı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak geçici bir işin veya geçici işçi ihtiyacının varlığının kabulü için, sözleşmenin sürelendirilmesi anında, belirli süreli sözleşmenin bitimi ile işin de sona ereceğinin öngörülebilir olması gerekir²⁰³. Bu bağlamda, işletmenin normal faaliyetine ilişkin, normal faaliyet sınırları içinde kalan işlerin kural olarak geçici iş kavramı altında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Geçici iş bazı hallerde bir kereye mahsus olarak ortaya çıkabilir, bu durumda genelde önceden mevcut aynı nitelikte bir iş sözkonusu değildir. İşin sonu kural olarak önceden görülebilir niteliktedir ve iş periyodik olarak tekrarlanmaz. Bu niteliği ile iş arızı nitelik taşır ve bu gibi durumlarda kural olarak sürelendirme haklıdır. Örneğin, bir işyerinde bahçe tanziminin yapılması, ilave bina inşaatının tamamlanması, bilgisayar donanımının kurulması gibi durumlarda iş geçici nitelik gösterir ve esas itibarıyla bu tür işler işletmenin daimi faaliyetine dahil değildir. Yine, bazı hallerde işyeri veya işletme bizzat bu geçici işin yerine getirilmesi amacıyla kurulmuş olabilir, örneğin, uluslararası bir konferans veya olimpiyat oyunları çerçevesinde planlama faaliyetleri veya bir sınırlı süreli projenin yürütümü amacıyla kurulan işletmelerdeki gibi. Bu gibi durumlarda iş bizzat işyerinin faaliyetini oluşturur ancak niteliği itibarıyla süreli olup tüm işçiler belirli süreli sözleşmeyle işe alınabilirler²⁰⁴.

Bazı durumlarda ise, geçici işgücüne duyulan ihtiyaç yine işletmenin sürdürdüğü faaliyete ilişkin olarak ortaya çıkar. Gerçekte bir fazla çalışma gereği biçiminde belirir ve acil olarak yetiştirilmesi gereken siparişler, mevsim sonu satışları, özel üretim siparişleri bunlara örnek olarak verilebilir. Bu gibi durumlarda işletmenin faaliyeti sürekli ancak işgücü ihtiyacı sürelidir. Alman Federal İş Mahkemesi verdiği kararlarda işletmenin faaliyetine ilişkin olarak ortaya çıkan, tam belirli bir kapsama sahip olan ve önceden görülebilir sürede sona eren işlerdeki sürelendirmeyi geçerli kabul etmiş ve bunu fazla çalışma (mehr arbeit) olarak nitelendirmiştir²⁰⁵. Ancak fazla çalışma gereğini geçici iş olarak²⁰⁶ nitelendirip sürelendirme için haklı neden olarak kabul etmek, işyerindeki daimi işlerin belirli süreli işçilerle ifası tehlikesini de belirgin olarak ortaya çıkarır. Bu ise, öncelikle işletmenin normal işgücü miktarını düşük tutarak, devamlı surette tekrarlanan işgücü ihtiyacını, belirli süreli istihdamla

²⁰³ HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 185

²⁰⁴ KEYSER, 215

²⁰⁵ BAG. 21.10.1954, AP Nr 7 zu § KSchG; KEYSER, 213, Alman doktrinde çoğunluk görüşü ayrıntılı bir ayrıma gitmeksizin fazla çalışma ihtiyacının belirlediği halleri geçici iş kavramı altında değerlendirmektedir. BÖHM, 151

²⁰⁶ Doktrinde çoğunluk tarafından; acil siparişlerin ortaya çıkması, tatil günlerinden önceki günlerde alışveriş merkezlerinde müşteri yoğunluğu gibi durumlar ilave iş yoğunluğu olarak nitelendirilmekte ve sürelendirme için haklı neden olarak kabul edilmektedir.

giderme şeklinde belirebilir. Bu nedenle, kanımca işyerinde görülmekte olan işin geçici bir süreyle artışı, diğer bir ifadeyle fazla çalışma gereksiniminin sürelendirme için haklı bir neden teşkil etmesi hem işin, işletmenin normal faaliyeti içerisindeki yeri hem de süresi bakımından bazı kayıtlarla kabul edilmelidir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, iş yoğunluğundaki genel belirsizlikler de, geçici iş kavramıyla ilişkilendirilmemelidir. Çünkü işletme rizikosuna veya girişimcinin rizikosuna dahil olan konjonktür dalgalanmaları geçici iş kavramıyla ifade edilemez²⁰⁷. Burada süre bakımından sınırlı bir işin varlığı değil, sadece iş piyasasındaki belirsizlik nedeniyle işgücü ihtiyacının öngörülememesi söz konusudur. Özellikle katı bir iş güvencesi hukukuna sahip olmayan ve bu bağlamda taraflara tek yanlı olarak hizmet sözleşmesine son verebilme imkanı tanıyan hukuki sistem içerisinde ise konjonktür dalgalanmaları nedeniyle işgücü ihtiyacının öngörülememesi sürelendirme için haklı neden oluşturmaz.

Bu bağlamda, işletmenin faaliyetine ilişkin olarak ortaya çıkan işler, ancak; bu işgücü ihtiyacının işletmenin normal işleyişine dahil olmaması, bir anlamda önceden görülememesi ve düzenli olarak mevcut olmaması hallerinde geçici iş olarak nitelenebilir ve sürelendirme için haklı neden teşkil ederler. Zira iş piyasasındaki normal konjonktür dalgalanmaları ve işin azalıp çoğalması her işletme bakımından bir risk teşkil eder. İşverenin salt ekonomik gayelerle iş seyrindeki normal dalgalanmaları belirli süreli sözleşmelerle karşılaması ise sürelendirme bakımından haklı neden oluşturmaz.

Toplu iş sözleşmelerinde geçici işçi başlığı altında işyerinin tadili, tevsii, genel veya kısmi inşaat işleri, yeni makina ve teçhizatın montajı, olağanüstü üretim ve benzeri sebeplerle belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılabileceğine ilişkin hükümler getirilmektedir. Bu nedenlerin de incelenmesinden görüldüğü üzere sayılan bu durumların ortak özellikleri bu işlerin doğası gereği belirli bir süreye ilişkin olmaları ve işletmenin normal faaliyet çevresine veya sınırına dahil olmayıp aynı zamanda arızı olmalarıdır.

Uygulamada geçici iş ve geçici işçi nitelendirmesi altında belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile işçi istihdamı sıklıkla görülmektedir. Ancak bir işin geçici iş veya işçinin geçici işçi olarak nitelendirilmesi doğal olarak hukuki ilişkinin geçici bir gereksinimin giderilmesi amacıyla kurulduğunun kabulü için yeterli değildir²⁰⁸. Somut olayda, salt bir geçici gereksinimin giderilmesinin mi söz konusu olduğu, yoksa işletmenin normal işleyişine dahil olan ve düzenli olarak ortaya çıkan bir işgücü

²⁰⁷ SCHAUB 205; bu yönde ERMAN/HANAU, BGB § 620 RdNr 67

²⁰⁸ EYRENCİ, Seminer, 70

gereksiniminin mi bulunduğu sürelendirmenin geçerliğı hususunda belirleyici olacaktır.

Geçici iş kavramı süre bakımından da bir sınır gerektirir. Şüphesiz yasal bir sınırlama olmadığı sürece bir üst sınırın saptanması mümkün değildir. O halde, yapılan işin niteliğı dikkate alınarak öncelikle kararlaştırılan sürenin, bizzat işin geçici olarak nitelendirilmesine imkan verip vermediğı değerlendirilmelidir²⁰⁹.

Geçici bir gereksinimin giderilmesi için yapılan belirli süreli hizmet sözleşmesinin birden çok yenilenmesi ve sözleşmelerin zincirleme görünüm oluşturmaları durumunda, kanımca, sürelendirmelerin geçerliğı hususunda olayın özellikleri dikkate alınmak gerekir. Hernekadar zincirleme sözleşmeler işçi ile işveren arasında daimi nitelik taşıyan bir iş ilişkisinin varlığı hususunda kuşku uyandırmakta ise de, olayın özelliklerinin değerlendirilmesi aradaki sözleşmenin türünün belirlenmesinde esas alınmalıdır. Buna göre; gerçekte süre açısından sınırlı bir işin ifasının söz konusu olduğu durumlarda işin süresinin önceden tam bir kesinlikle tespit edilememesi nedeniyle belirli süreli sözleşmelerin uzatılması (yenilenmesi) geçerli sayılmak gerekir²¹⁰. Çünkü, önemli olan işin geçici nitelik taşıması ve tarafların hukuki ilişkiyi bu geçici işin ifasına yönelik olarak kurmalarıdır. Ancak işçinin zincirleme sözleşmelerle işyerinin normal faaliyet çevresine dahil işleri ifası bu durumdan farklıdır. Çünkü burada ya iş geçici iş niteliğinde değildir veya başlangıçta geçici olarak ortaya çıksa da sürekli tekrarlanması ile daimi nitelik kazanmıştır ve sürelendirmeler sadece görünüşte olup, geçerli değildir.

Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında, hamilelik izni süresince ve bu işçinin işini ifa ile görevli olmak üzere belirli süreli sözleşme ile işe alınan işçinin hizmet sözleşmesinin, doğum izninin birden fazla kez yenilenmesi nedeniyle uzatılmasını geçerli kabul etmiştir²¹¹. Yüksek Mahkemeye göre, görülen işin amacıyla sürelendirmenin bulunduğu bu halde, sürelendirme için objektif haklı neden bulunmaktadır. Hernekadar sona erme tarihinin tam olarak bilinmemesi nedeniyle yasal fesih önellerinin dolanılması tehlikesi mevcut ise de, bu işverenin gözetim borcu gereğı işçiye vermesi gereken asgari ihbar öneli ile bertaraf edilebilir.

²⁰⁹ Fransız Hukukunda, teşebbüsün iş yoğunluğunda ortaya çıkan geçici artış nedeniyle belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılabilmesi kabul edilmiş (İşK. L.122-1-1(2)) ve sözleşme süresi kural olarak onsekiz ayla sınırlanmıştır (İşK.L. 122-1-2.II)

²¹⁰ BRENDER, 120; HUECK/NIPPERDEY, 537-538

²¹¹ BAG. § 620, EZA Nr. 81

b. Mevsim ve kampanya işleri

aa. Kavram

İşletmedeki iş yoğunluğu ve buna bağlı olarak işgücü ihtiyacının süreli biçimde belirmesi veya artması hallerinden bir diğerini mevsim ve kampanya işleri oluşturur. Yürürlükteki mevzuatımızda mevsim ve kampanya işlerine ilişkin çeşitli hükümler bulunmakla beraber yasal bir tanım mevcut değildir.

Mevsim ve kampanya işlerine ilişkin ilk düzenleme, 3008 sayılı İş Kanunu'nun 25.1.1950 t. ve 5518 sayılı kanunla değişik 2/B. maddesiyle getirilmiştir. Kanunun uygulanma alanını belirleyen bu hükümle "yılın herhangi bir devresinde tam veya fazla faaliyette bulunup, öteki devrede büsbütün faaliyetten kalan yahut faaliyetini azaltan işyerleri..." ifadesiyle mevsim ve kampanya işyerlerinden bahsedilmiştir. Yine aynı kanunun işçi temsilcilerinin seçimine ilişkin 78/2. maddesinde "...yılın herhangi bir devresinde üç aydan aşağı süre ile.. çalışan işyerleri..." sözleri ile bu türden işyerleri ele alınmıştır.

Yürürlükte bulunan mevzuatımızda ise mevsim ve kampanya işlerine ilişkin hükümler 2.1.1924 t. ve 394 sayılı "Hafta Tatili Hakkında Kanun"un 4. maddesine 9.4.1956 t. ve 6710 sayılı kanun ile eklenen , F fıkrasında, İş Kanunu'nun 50/V, 24/IV. maddelerinde ve 57. madde uyarınca çıkarılan "Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği"nin 9. maddesinde yer almaktadır.

Mevsim ve kampanya işlerine kavram olarak en geniş yer veren Hafta Tatili Hakkında Kanun m.4/F'de, "açık havada ve senenin bir kısmında yürütülen veya faaliyeti mevsime tabi tutulan işler"den söz edilerek, bunlara "yapıcılık, tuğlacılık gibi işlerle tütün, incir, üzüm, meyan kökü, zeytin, ağaç palamutu, susam, fındık, pancar ilh... gibi, zirai ve sınai mahsulatın işlenmesi ve maniplasyonu gibi" işler örnek verilmek suretiyle, bu tür işlerin ve bu tür işlerin yapıldığı işyerlerinin hafta tatilinden istisna edildikleri hükme bağlanmıştır.

İşK. m.50/5'de ise "niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsim veya kampanya işlerinde çalışanlara" kanunun yıllık ücreti izne ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür²¹².

İş Kanunu'nun, işverene hizmet sözleşmesi belirli şartlarla sona eren işçilerle hizmet sözleşmesi yapma zorunluluğu getiren 24. maddesinin 4. fıkrasında ise "bir işyerinin aynı şartlarla işletilmesi veya işletmeye başlanması yahut mevsim yada kampanya nedeniyle yeniden çalışmaya geçmesi hallerinde" işverene aynı yüküm getirilmekte ancak burada da mevsim ve kampanya işlerine ilişkin bir tanım yer almamaktadır.

Alman Hukukunda da yürürlükteki mevzuatta mevsim ve kampanya işlerinin tanımına yer verilmemiştir²¹³. Doktrinde ise, mevsim ve kampanya işlerinin belirlenmesinde işletmenin faaliyet süresi esas alınmakta ve buna göre mevsimlik işler kural olarak tüm yıl çalışılmakla birlikte, mevsim dışında iş yoğunluğunun nispeten azaldığı işletmelerde görülen işler olarak tanımlanmaktadır. Kampanya işleri ise, yalnızca yılın belirli dönemlerinde faaliyet gösteren işletmelerde görülen işler olarak mevsimlik işlerden ayrılmaktadır²¹⁴. Bu iki kavram arasındaki bir diğer fark ise, kampanya işlerinde faaliyetin mevsimlik işlere nazaran daha kısa sürmesi şeklinde belirtilmektedir. Öte yandan, bağlanan hukuki sonuçların farklı olmaması nedeniyle ayırımın bugün için fazla bir önem taşımadığı da ileri sürülmektedir²¹⁵.

Avrupa Topluluğunun 1408/71 sayılı yönergesinde ise, mevsimlik işi kavramının, mevsime bağlı olarak her yıl yeniden ortaya çıkan işleri ifade ettiği hükme bağlanmıştır (m.1/c)²¹⁶.

Hukukumuz bakımından anılan mevzuat hükümleri de gözönünde bulundurularak, genel olarak mevsimlik işler, esasa itibariyle faaliyetin

²¹² Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, mevsim ve kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde sürekli olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında da bu yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı esası yer almaktadır. Buna göre, yasadaki hüküm yalnızca bu tür işyerlerinde, mevsim ve kampanya süresince çalışan işçilere ilişkindir.

²¹³ KschG § 22'de işveren için öngörülmüş bulunan toplu işçi çıkarma halinde iş dairesine bildirim yükümünün mevsim ve kampanya işlerinde işten çıkarmalar için uygulanmayacağı hükmü getirilmiş ancak bu tür işlere ilişkin bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Yine 2. fıkrafta inşaat endüstrisinin mevsim ve kampanya işine girmediği belirtilmiştir. Zira, AFG § 76/2 gereğince bu tür işlerde tüm yıl boyunca çalışma teşvik edilmiştir. Eski § 20/4 AOG'de ise, işletme baz alınarak mevsimlik işletmeler düzenli olarak belirli bir mevsimde yoğun olarak çalışan, kampanya işletmeleri düzenli olarak yılda üç aydan fazla çalışmayan işletmeler olarak tanımlanmıştır.

²¹⁴ K.J.LEWERENZ/F. WOLTERECK/ B.WEHLEIT "Saison Arbeit" IA, 3, Arbeitsrecht Blattei, Handbuch für die Praxis, Band 21; GUMPERT, 645; OTTE, 134, Ayrıca bak HUECK/NIPPERDEY, 706; MünchKomm/ SCHWERDTNER, § 620 Rdnr. 68,70

²¹⁵ GUMPERT, 645

²¹⁶ Amtsblatt EG. Nr. 149/4

sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte yılın belirli dönemlerinde faaliyetin yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler olarak tanımlanabilir²¹⁷. İşyerinde faaliyetin yalnızca yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü hallerde, bu dönem için işe alınan işçi mevsimlik işçi ve işyeri mevsimlik işyeri niteliği taşır. Oysa, işyerindeki faaliyetin tüm yıl boyunca devam etmekle birlikte işin sadece belirli dönemlerde yoğunlaştığı hallerde, işyeri mevsimlik işyeri niteliğinde olmayıp, bu dönem için işe alınan işçi mevsimlik işçi niteliğindedir. İşyerinde faaliyetin artması veya sadece belirli dönemlerde ortaya çıkması çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Bu, hava şartlarına bağlı olabileceği gibi (plaj işletmeleri, kaplıcalar gibi), satış veya üretim olanaklarına (turfanda sebze meyve için kutu ve kasa imali gibi) da bağlı olabilir. Ancak, her iki durumda da mevsimlik işin karakteristik özelliğini yılın belirli bir döneminde periyodik olarak tekrarlanması oluşturmaktadır²¹⁸.

Kampanya işleri ise görülen işin niteliği gereği yılda ancak bir kaç ay çalışılan işyerlerinde görülen işlerdir²¹⁹. Bu tür işlerde de faaliyetin satış veya üretim olanakları nedeniyle yılın belirli bir döneminde ortaya çıkması sözkonusudur. Şeker endüstrisi, çay, pamuk toplama faaliyetleri veya yılbaşı için açılan fuarlarda hediyeelik eşya standları kampanya işlerine örnek olarak verilebilir. Bu bağlamda, mevsim ve kampanya işleri arasındaki fark; kural olarak, mevsimlik işlerin görüldüğü işyerlerinde tüm yıl boyunca faaliyette bulunma mümkünken, kampanya işlerinde bu dönem dışında sözkonusu işlerde faaliyet göstermenin mümkün olmasıdır²²⁰. Çünkü, kampanya işlerinin yoğun olarak görüldüğü tarım kesimindeki örneklerden de görüldüğü gibi, bu tür işler genelde, ürünlerin toplanmasını takiben bunların derhal işlenmesini gerektiren ve bu nedenle daha kısa sürede yapılıp bitirilmesi gereken işlerdir.

Ancak bir çok halde kampanya işletmelerinde işletmenin varlığının sürdürülmesi için idari faaliyetlerin yerine getirilmesi veya gelecek kampanya dönemi için hazırlıkların yapılması gibi nedenlerle daimi personel istihdamı zorunludur. Kuşkusuz bu durum, esas itibarıyla

²¹⁷ Ayrıca bak. SAYMEN, İş Hukuku, 252; S. TAŞKENT, "Mevsim ve Kampanya İşleri" İBD. 11-12, Kasım-Aralık 1976, 40; EYRENCİ, Seminer, 71; M. EKONOMİ, "İşin düzenlemesi Açısından Yargıtayın 1976 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1976, İstanbul 1979, 75

²¹⁸ HUECK/NIPPERDEY, 706 dn. 54; EYRENCİ, Seminer, 71; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında işçinin başlangıç ve bitiş tarihleri belli olmayan düzensiz aralıklarla çalıştırılmasında mevsimlik işin sözkonusu olmadığını hükme bağlamıştır. Y9HD, 13.2.1992, E.91/13049, K.92/1301, Değerlendirme 1992 ve M. KUTAL'ın incelemesi, 53-54

²¹⁹ EYRENCİ, Seminer, 72; S. TAŞKENT, "Mevsim ve Kampanya İşleri", 40; M. EKONOMİ, Değerlendirme 1976, 74; Kampanya sözcüğü, Fransızca'dan dilimize geçmiştir ve faaliyet süresi anlamına gelir. Oysa mevsim karşılığı (saison) bir şey için asıl zamanı ifade eder.

²²⁰ WANK, Münchener Handbuch, § 113 RdNr 70

faaliyetin ortaya çıktığı dönemlerde çalışan işçilerin kampanya işçisi ve görülen işin kampanya işi olmasını etkilemez²²¹.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, her iki kavramın birbirinden sıkı çizgilerle ayrılması oldukça güçtür. Üstelik bu tür işlere bağlanan hukuki sonuçların aynı olduğu dikkate alındığında ayırımın fazla bir öneminin bulunmadığı da belirtilmelidir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında, mevsim ve kampanya işleri kavramları ve bu işlerin niteliklerinin irdelenmesinden ziyade, özellikle İş K.m.50/5 hükmünün uygulanması ile bağlantılı olarak, bir yıldan az süren işler mevsim veya kampanya işi olarak kabul edilmiştir²²². Nitekim, sözkonusu kararlarından birinde Yüksek Mahkeme görülen işin niteliğini ele almaksızın 11 ay süren işi kampanya işi olarak değerlendirmiştir²²³. Bir diğer kararda ise, her yıl yedi-sekiz ay süren çalışmayı mevsimlik iş olarak nitelendirmiştir²²⁴. Oysa, mevsim veya kampanya işinin mevcut olup olmadığının tespitinde işin ve işyerinin niteliği esas alınmalıdır. Öncelikle sürenin uzunluğu, bu tür işlerin havaya veya belirli satış ve tüketim olanaklarına bağlı olarak ortaya çıkması veya yoğunlaşması özellikleri karşısında mevsim veya kampanya işinin değil, geçici bir işin bulunduğu olasılığını güçlendirmektedir. İşin mevsim veya kampanya işi olup olmaması doğrudan görülen iş ve işyerinin niteliği ile ilgili olup; salt işin bir yılın altında sürmesi mevsim veya kampanya işi olarak değerlendirilmesine imkan vermez.

bb. Mevsim ve kampanya işlerinde hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi

Mevsim ve kampanya işlerinde çalışmanın belli sürelerle tabi olması bu işlerde çalışmak üzere işe alınan işçilerin hizmet sözleşmelerinin belirli süreli olmasını gerektirmez. Nitekim, bir mevsim ve kampanya işi için kurulan hizmet sözleşmesi belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli de olabilir.

²²¹ J.GUMPERT, "Arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen für Saison und Kampagne Betriebe", BB 1961, Heft 16, 645

²²² Y 9HD., 13.6.1979, 7539/9324 Yasa HD. Ağustos 1979, 1207 ve Ö.EYRENCİ'nin incelemesi için bak "Ücret ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1979-1983)", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985,168 vd; Y 9HD, 13.10.1983, 5641/7958, YKD, Şubat 1984, 240

²²³ Y 9HD., 5.3.1976, 6202/8825, YKD, Eylül 1976, C.2, 1310 ve M. EKONOMİ'nin incelemesi için bak. Değerlendirme 1976,72

²²⁴ Y 9HD., 2.12.1972, 19658/2359, S.SELÇUKİ, 685 ve M. EKONOMİ'nin incelemesi için bak. Değerlendirme 1976,75, Ayrıca bak. S. TAŞKENT, İHU, İş K.m.50 (No:1)

Bu tür işlerde sözleşmenin sürelendirilmesi iki şekilde ortaya çıkabilir. Birinci halde taraflar, hizmet sözleşmesini bir takvim birimi kullanmak suretiyle sürelendirebilirler. Diğer bir olasılıkta ise, sürelendirme görülen işin amacından anlaşılabilir. Ancak bunun için işin amacına bağlı olarak sürelendirmenin gerekli şartlarının yanısıra mevsim ve kampanya işinin sona erme zamanının objektif olarak yeterli açıklıkla belirlenebilir olması gereklidir. Mevsim ve kampanya işleri bakımından bu zamanın söz konusu çalışma alanındaki örf ve adetler yoluyla belirlenmesi genellikle mümkündür. Nitekim, Yargıtay bir kararında “plajda çalışma için yapılmış teklifin kabulü ile süreli bir hizmet sözleşmesi meydana gelir” şeklindeki kararı ile mevsimlik işlerde işin amacı ile sürelendirmeyi mümkün görmüştür²²⁵. Bu durumda mevsim ve kampanyanın bitimi ile kural olarak hizmet sözleşmesi de sona erer.

Mevsim ve kampanya işlerinde taraflar sadece bir çalışma dönemi ile bağlı olmaksızın belirsiz süreli hizmet sözleşmesi de yapabilirler²²⁶. Bu durumda ise, kural olarak çalışılmayan dönemlerde tarafların işgörmeye ve ücret ödeme borçlarının ertelenmesi anlamında askı hali söz konusudur. Gelecek mevsim ve kampanyanın başlangıcı ile her iki borç tekrar yürürlük kazanır²²⁷. Uygulamada da, toplu iş sözleşmeleri ile mevsim ve kampanya işleri için yapılan hizmet sözleşmelerinin mevsim ve kampanya döneminin bitmesi ile sona ermeyeceği, gelecek döneme kadar askıda kalacağı yolunda hükümler getirilmektedir.

Konumuz bakımından önem taşıyan husus, sadece yılın belirli dönemlerinde ortaya çıkan işin veya artan iş yoğunluğunun sürelendirmeyi haklı kılıp kılmayacağıdır. Öncelikle mevsim ve kampanya işlerinde, bu işlerin niteliklerinden ötürü sadece süreli olarak çalışabilme imkanının varlığı, diğer bir ifade ile işin ifa edilebileceği zamanın işin niteliğine bağlı olarak yıl içerisinde belli bir süre ile sınırlı olması, bu türden iş ilişkileri için belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılmasını olağan durum ve haklı neden olarak gösterebilir. Nitekim doktrinde mevsim ve kampanya işleri sürelendirme için haklı neden olarak kabul edilmiştir²²⁸.

Alman Federal İş Mahkemesinin doktrindeki baskın görüş tarafından da benimsenen kararlarında, mevsim ve kampanya işleri hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesinde objektif haklı neden olarak kabul

²²⁵ Y. TD., 29.4.1950, 2089/2157, TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 194

²²⁶ LEWERENZ / WOLTERECK / WEHLEIT, B I 2

²²⁷ LEWERENZ / WOLTERECK / WEHLEIT, B I 2

²²⁸ EKONOMİ, Seminer, 18-19; Aynı yazar, “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986, 22; EYRENCİ, Seminer, 71

edilmekte ve bu tür işlerde sürelendirmenin işletmenin yapısından kaynaklandığı belirtilmektedir²²⁹. Doktrindeki azınlık görüşüne göre ise; işin düzenli ve önceden görülebilir aralarla tekrar ifası gereken bu hallerde, salt münferit çalışmalar arasında bulunan çalışılmayan dönemler sürelendirmeyi haklı kılmaz. Zira, iş esasen geçici nitelik taşımamaktadır. Üstelik, işverenin daha önce çalıştırdığı işçisini yeni mevsimde de çalıştırma hususunda menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla, mevsim ve kampanya işlerinde taraflar arasında, çalışılmayan dönemlerde askıda kalan belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir²³⁰.

Gerçekten, mevsim ve kampanya işlerinin sürelendirmeyi haklı kılıp kılmayacağı, bu tür işletmelerin niteliklerinin incelenmesi ile farklı sonuçlara götürebilir. Herşeyden önce belirtmek gerekir ki; mevsim ve kampanya işleri geçici iş ilişkilerinden farklı özellikler içerirler. Çünkü, geçici olarak tanımladığımız iş yoğunluğundaki süreli artışlarda kural olarak düzenli ve işletmenin normal işleyişine dahil iş artışları değil, arızı durumlar sözkonusudur. Oysa, mevsim ve kampanya işleri; işletmenin düzenli olarak ortaya çıkan normal faaliyeti olup, bizzat işletmenin çalışma düzenini oluştururlar. Bu bakımdan, bu tür işlerde, geçici gereksinmeyi karşılamak için yapılan sözleşmelerden farklı olarak, işin ifası ile hukuki ilişkinin de sona ereceğini, olması gereken bir ilke olarak saptamak mümkün değildir. Geçici gereksinmeyi gidermek amacıyla yapılan sözleşmelerde kural olarak, işgücü ihtiyacı ve artan iş yoğunluğu geçiciyken, mevsim ve kampanya işlerinde kural olarak durum tersine olup, işin ortadan kalkması veya azalması geçici nitelik taşır. Hernekadar gelecek sezonda işçiye ihtiyacın mevcut olup olmayacağını bilinmediği ileri sürülebilirse de bu gerekçe mevsim ve kampanya işleri dışında tüm diğer işler bakımından da ileri sürülebilir. Gelecekteki iş piyasasındaki belirsizlik ise, sürelendirme için haklı neden olarak kabul edilemez.

Mevsim ve kampanya işlerinin işyerinin faaliyeti bakımından sürekliliği, aradaki ilişkinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir ölçüttür. Bu tür işlerde her yıl belirli dönemde işyeri faaliyete başlamakta veya faaliyetini yoğunlaştırmakta ve bu düzenli aralarla tekrarlanmaktadır ki, menfaatler dengesinin değerlendirilmesiyle, işverenin işçiye belirli süreli sözleşmelerle çalıştırmakta korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı görülmektedir. Bilakis, işverenin işi aynı işgücü ile sürdürmesindeki menfaati belirsiz süreli sözleşmelerle işçi istihdamını daha tecih edilir hale getirmektedir. Üstelik gerçek anlamda bir iş güvencesinin

²²⁹ BAG. 12.10.1960, BB 1961,368 vd.; BAG. 29.1.1987, EzA § 620 BGB Nr.87; HILLEBRECHT, § 620 BGB, RdNr 182; GUMPERT, 645; BÖHM, 111, KOCH, BB 1978,1218; SCHAUB, 156; RICHARDI, DB 1981,1461

²³⁰ WIEDEMANN, "Zur Typologie Zulaessiger Zeitarbeitsvertraege", 406; SCHRÖTER, 160; OTTE, 137

bulunmadığı bir sistemde, işverenin bu tür sözleşmeden her zaman kolaylıkla sıyrılabilme imkanı vardır.

Mevsim ve kampanya işlerinin, işletmenin asıl faaliyetini oluşturması ve işverenin bu tür işlerde belirli süreli hizmet sözleşmesi ile işçi çalıştırmakta korunmaya değer bir hukuki menfaatinin bulunmadığı olguları dikkate alındığında, belirli süreli sözleşme tipinin bu tür ilişkilerde kural olan, ideal türü teşkil ettiğini söylemek kolay görünmemektedir. Öte yandan Alman Hukukunda Federal İş Mahkemesi Kararları ve doktrindeki baskın görüş tarafından sürelendirmenin geçerli görülmesinin farklı gerekçelerle desteklendiğini de belirtmeliyiz. Alman Hukuku sisteminde, taraflar arasındaki ilişkinin belirsiz süreli sözleşmeye dayandığı kabul edildiğinde iş görülmeyen askı süreleri içerisinde hizmet sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden işçi, işsizlik sigortası bakımından işsiz tanımı na girmez. Bu durum ise, işçinin işsizlik sigortası yardımından yararlanamaması sonucunu doğurur. Oysa bu tür işlerde belirli süreli sözleşmelerle çalışma halinde mevsim veya kampanyanın bitimi ile hizmet sözleşmesi de sona erecek ve işçi işsizlik sigortası bakımından işsiz niteliğini kazanacağından bu sigorta kolundan yararlanma, gelir elde etme hakkına sahip olacaktır²³¹.

Öte yandan, Alman Hukukunda işçi bir diğer yolla daha korunmuştur ki, bu da Federal İş Mahkemesinin, mevsimlik işlerde işçinin her yıl ardı ardına çalıştırılması durumunda gelecek mevsimde çalıştırılmaya devam hususunda bir talep hakkının bulunduğuna ilişkin içtihadıdır. Federal Mahkemenin kararına göre; mevsimlik işte her yıl ardı ardına çalışan işçide, gelecek mevsimde de çalışmaya dair güven oluşur ve dürüstlük kuralı gereğince işçinin işe alınmayı talep hakkı mevcuttur, meğer ki, son çalışma döneminin bitiminde işverence, işçiye gelecek mevsimde işe alınmayacağı bildirilmiş olsun²³².

cc. Mevsim ve kampanya işlerinde zincirleme sözleşmeler

Mevsim ve kampanya işi için yapılan sözleşmelerin birbiri ardına sürelendirilmesi ve zincirleme sözleşme oluşturması uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu tür işlerde zincirleme sözleşmelerin varlığının kabulü için aradaki çalışılmayan süreler önem taşımaz.

Yargıtay zincirleme sözleşmelere ilişkin genel kuralını mevsim ve kampanya işleri bakımından da uygulamaktadır. Yargıtayın yerleşik içti-

²³¹ HILLEBRECHT, § 620, BGB RdNr. 182

²³² BAG. 29.1.1987, EZA § 620 BGB, Nr.87

hadına göre; mevsimlik bir işte her yıl yenilenen süresi belirli hizmet sözleşmeleriyle çalışılması durumunda gerçekte süresi belirli olmayan tek bir sözleşme mevcuttur. Bu türden sözleşmelerin düzenlenmesi ile sade-ce görünüşte belirli süreli sözleşme yapılmış demektir. Bu ise hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, kısa sürelerle yapılan ve birbirini izleyen bu sözleşmeler bir bütün oluşturarak süresi belirli olmayan tek bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edilirler. Bu nedenle, mevsimlik işlerde çalışma döneminin bitimi ile hizmet sözleşmesi sona ermez. Yalnızca, tarafların temel edimlerini yerine getirme borçlarının ertelenmesi anla-mında askıda kalır. Askı süresi sonunda hizmet sözleşmesinin taraflara yüklediği hak ve borçlar tekrar yürürlük kazanır²³³.

Yargıtay'ın mevsimlik işlerde zincirleme sözleşmelerle ilgili görüşü doktrindeki baskın görüş tarafından benimsenmiştir²³⁴.

Yukarıda yer alan ve mevsim ve kampanya işlerinde, esasen aradaki tam veya kısmen çalışılmayan dönemlere rağmen işyeri bakımından düzenli ve sürekli bir faaliyetin söz konusu olduğuna ilişkin görüş de, zincirleme sözleşmelerle çalıştırılma durumunda gerçekte ilişkinin daimi nitelikte olduğunu desteklemektedir.

Doktrinde savunulan ve bu gibi hallerde aradaki ilişkinin belirlenmesinde "taraf iradelerinin" belirleyici olması gerektiği yolundaki görüş kanımca haklılık taşımamaktadır²³⁵. Belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasında hakkın kötüye kullanılması yasağı ve bununla bağlantılı olarak "objektif işleve aykırılık" benimsendiğinde salt bu tür işler için ardı ardına bağitlanan belirli süreli sözleşmeler, bunları haklı kılan başka neden bulunmadıkça, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Burada artık işverenin iradesi rol oynamaz. Sözleşmelerin ardı ardına tekrarlanması işverenin esasen her mevsim yenilenen sürekli bir hukuki ilişki kurmak istediğini gösterir. Bunun dışında, zincirleme sözleşmelerde işverenin her mevsim sadece söz konusu çalışma dönemiyle sınırlı

²³³ Y 9HD., 8.3.1966, 948/1968; Y 9HD., 16.10.1967, 9653/9609, EGEMEN, 168; Y 9HD., 4.5.1970, 3096/4653; YHGK., 10.11.1961, 1133/415; Y 9HD., 24.11.1965, 11653/11041, ÇENBERCİ, 213-214; Y 9HD., 15.12.1983, E. 1983/9113, K. 1983/10663 İşveren D. Haziran 1984, 14-15; Y 9HD., 20.10.1983, 6228/8481, YKD, Nisan 1984, 581; Y9HD., 24.1.1984, E. 1983/9712, K. 1984/464, Tekstil İşveren D., Nisan 1984 ve M. Ekonomi'nin incelemesi için bak. Değerlendirme 1984, 22; Yargıtayın mevsimlik işlerde askı süresi içinde ihbar önelinin işlemeyeceği konusundaki kararı için bak. Y 9HD., 6.6.1988, 4305/6231, Çimento İşveren D., Nisan 1988 ve kararın incelenmesi için bak. K. TUNÇOMAĞ, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990,77

²³⁴ ESENER, 133; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 195; NARMANLIOĞLU, Değerlendirme, 1990,46

²³⁵ ÇENBERCİ, 245; TAŞKENT, "Mevsim ve Kampanya İşleri" 43; İHU 9 (No:5)

olmak üzere hizmet sözleşmesi kurma yönünde bir iradesinin varlığı düşünülemeyeceği gibi, böyle bir düşünceye değer vermek hakkın kötüye kullanılması yasağının amacına da aykırıdır. Taraf iradelerinin yorumunda sadece işçinin arzusu önem taşıyabilir ki, işçinin serbest iradesi ile belirli süreli hizmet sözleşmesi yapmak istemesi ve bunu gerçekleştirmesi tüm durumlarda sürelendirme için objektif bir neden olarak kabul edilmek gerekir²³⁶.

dd. Sözleşme yapma zorunluluğu

İşK.m.24 sözleşmenin belirli şartlarla sona ermesi halinde işverene sözleşme yapma zorunluluğu getiren bir hükümdür. Maddede işverenin sözleşme yapma zorunluluğunun doğması için hizmet sözleşmesinin belirli fesih nedenleri ile sona erdirilmesi öngörülmüş (İşK.m.24/I ve III) ve bir işyerinin mevsim ve kampanya nedeniyle yeniden çalışmaya geçmesi halinde de bu madde hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir (İşK.m. 24/IV). Ancak, maddede mevsim ve kampanya işlerinde yapılan hizmet sözleşmelerinin türüne ilişkin bir ayırım getirilmemiştir.

Mevsim ve kampanya işleri için yapılan hizmet sözleşmeleri iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olasılıkta, mevsimlik iş için tek bir belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmış olabilir ki, bu durumda sürenin bitimi ile sözleşme sona erer. İşveren, sözleşmesi sona eren işçiyi yeni mevsim ve kampanya döneminin başlangıcında İşK. m. 24/IV uyarınca işe davet etmek ve bu işçiyle sözleşme yapmak zorundadır²³⁷. Madde metninde belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitimi ile sona ermesi halinde işverene sözleşme yapma yükümü öngörülmemekle birlikte, mevsim ve kampanya işleri bu konuda istisna olarak kabul edilmiştir. Mevsim ve kampanya işlerinin sürekli olarak tekrarlanması ve bu tür işlerin işletmenin esas faaliyetini oluşturması yasakoyucuyu bu konuda bir istisna tanımaya sevk etmiştir. Doktrinde, maddenin sözleşme yapma zorunluluğunu esas itibarıyla belirli fesih hallerine bağladığı, mevsim ve kampanya işleri için yapılan belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitimiyle sona ermesinde fesih olgusunun bulunmaması nedeniyle işverenin sözleşme yapma zorunluluğundan sözedilemeyeceği belirtil-

²³⁶ TAŞKENT'in mevsimlik işlerde tekrarlanan belirli süreli sözleşmelerle çalışılması durumunda bunları belirsiz süreli tek bir sözleşme olarak kabul etmenin, işverene işyerinde tesadüfen bir kaç yıl üst üste iş verdiği işçisine ihbar ve kıdem tazminatı ödeme yükü getireceği gerekçesi ile paylaşılamaz.

²³⁷ ÇENBERCİ, 636; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 158; ULUCAN, Değerlendirme, 1979-1983, 16; G. ALPAGUT, İHD., Cilt II, 114; SOYER, Değerlendirme 1991,6-7

miştir. Bu görüşe göre; mevsim ve kampanya işlerinde işverenin sözleşme yapma zorunluluğu ancak sözleşmenin maddede anılan fesih hallerinden biriyle sona erdirilmesi durumunda mevcuttur²³⁸. Madde metninin açıklığı karşısında bu görüşün paylaşılması mümkün değildir. Zira, bu tür işlerde sözleşme yapma zorunluluğu salt sözleşmenin maddede sayılan fesih hallerinden biriyle sona erdirilmesi haline bağlanmak istenseydi, mevsim ve kampanya işlerinin maddede ayrıca sayılmasına gerek duyulmazdı. Yasakoyucunun madde metninde mevsim ve kampanya işlerini diğer fesih halleri yanında açıkça belirtmesinden bu tür işler için kurulan belirli süreli hizmet sözleşmesinin öngörülen fesih nedenlerinden biriyle sona ermesinin yanısıra, mevsim ve kampanya döneminin bitiminde kendiliğinden sona ermesi hallerinde de işverene sözleşme yapma yükümü getirildiği anlaşılmaktadır. Ayırım, bu tür işlerde noter tebligatına gerek görülmemesidir.

İkinci olasılıkta ise, mevsim ve kampanya işleri için yapılan sözleşme baştan belirsiz süreli olarak kurulabilir veya belirli süreli sözleşmelerin ardı ardına tekrarlanması ile zincirleme hizmet sözleşmeleri söz konusu olabilir. Bu durumda ise, aradaki çalışılmayan süreler, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, askı süresidir ve bu sürelerde hizmet sözleşmesi zaten varlığını koruduğundan İşK.m.24'ün uygulanmasından ve yeni bir sözleşme yapma zorunluluğundan söz edilemez²³⁹.

Yargıtay 80'li yıllardan itibaren verdiği kararlarda, hizmet sözleşmesinin türüne ilişkin bir ayırıma gitmeksizin, İşK.m.24'ün mevsimlik işlerde çalışanlara uygulanması gerektiği yolunda kararlar vermektedir²⁴⁰. Yargıtaya göre; İşK. m. 24/IV hükmü uyarınca mevsimlik işlerde işçi işin başlaması halinde işe alınmayı isteme hakkına sahiptir. İşverenin işçiyi usulüne uygun olarak işe davet etmemiş olması durumunda hizmet sözleşmesinin işverence mevsim başında "haklı olmayan sebeplerle feshedildiğinin" kabulü gerekir. İşverence maddede öngörülen bi-

²³⁸ OĞUZMAN, Değerlendirme 1990, (Genel Görüşme), 96; Değerlendirme 1991, (Genel Görüşme), 47

²³⁹ Ü. NARMANLIOĞLU, Değerlendirme 1990, 47-48; OĞUZMAN, Değerlendirme 1990 (Genel Görüşme), 96; D.ULUCAN, "İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1979-1983)", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985,15-16; M. EKONOMİ, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986, 23; ALPAGUT,118

²⁴⁰ Y 9HD., 15.12.1983, 9113/10663; Ayrıca bak. Y 9HD., 15.2.1990 E. 1989/10447, K. 1990/1505, YKD, C. XVI, S. 10, Ekim 1990, 1481-1482 ve Ü. NARMANLIOĞLU'nun incelemesi için bak. "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992,47-48; YGHK, 6.11.1996, E. 1996/9-636, K. 1996/754, Tekstil İşveren D., Nisan 1997,14

çimde yapılan tebligata rağmen yeni mevsim başında işe başlamayan işçi ise, hizmet sözleşmesini "haksız feshetmiş" sayılır²⁴¹.

Yargıtayın, mevsim ve kampanya işlerinde hizmet sözleşmesinin askıda kaldığı durumlarda da yeni çalışma döneminin işveren tarafından işçiye bildirilmesi, işçinin işe davet edilmesi konusundaki kararı, herne kadar işçi bakımından yararlı ve özellikle çalışma döneminin başlangıcının tam bir açıklıkla belli olmadığı işler bakımından zorunlu ise de, bunun dayanağı İşK. m.24 değildir. İşK. m.24'de sona ermiş bir sözleşmeyi takiben yeni bir sözleşme kurulması ve bu yönde bir bildirimde bulunulması sözkonusuyken, hizmet sözleşmesinin askıda kaldığı durumlarda zaten mevcut bir sözleşmeden doğan hak ve borçların tekrar yürürlük kazanacağı tarihin belirlenmesine yönelik bir bildirimde bulunulması sözkonusu olacaktır. İşveren, hizmet sözleşmesinin askıda kaldığı ancak, mevsim ve kampanya döneminin başlangıcının işçi tarafından bilinmediği hallerde esasen dürüstlük kuralı gereğince bir bildirimde bulunmak zorundadır. Mevsim ve kampanya döneminin başlangıcının işçi tarafından bilindiği veya yerleşik uygulama nedeniyle çalışma dönemlerinin işçi tarafından tam olarak bilindiği durumlarda ise işverenin bu yöndeki bir bildirim yükümü mevcut değildir.

4. Yasa gereği sürelendirmeler

Hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesi bazı hallerde yasal bir zorunluluktan kaynaklanır. Şüphesiz yasanın sözleşmenin süre açısından türünü belirlemede taraflara serbesti tanımadığı bu durumlarda, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez ve bu bağlamda sürelendirmenin geçerliliği ayrıca objektif bir haklı nedenin bulunması şartına bağlı değildir. Hukukumuzda bu yöndeki yasal düzenlemeler 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Profesyonel Futbol Talimatında yer almaktadır.

²⁴¹ Yargıtayın yukarıdaki dipnotta belirtilen kararlarında işçinin mevsim ve kampanya dönemi başında işe davet edilmesi İşK.m.24/IV'e dayandırılmışken, diğer bazı kararlarında işe davet yükümünden bahsedilmekle birlikte kanunun sözkonusu maddesine yer verilmemiştir. Bu kararlar için bak: Y 9HD., 20.2.1995, 17042/4833, Tüba/İİÇB: 1016-24.4.1995, Y 9HD., 19.6.1995, 4330/22029, Tüba/İİÇB: 1037-18.9.1995; Mevsimlik işçinin işverence yapılan duyuruya rağmen çalışmaya başlamaması durumunda sözleşmeyi feshetmiş sayılacağı ve kıdem tazminatı hakkının doğmayacağı konusunda bak: Y 9HD., 14.2.1995, 3735/3603, Tüba/İİÇB: 1015-17.4.1995; Y. HGK., 16.10.1996, 1996/9-510, 1996/689, Tekstil İşveren D., Mart 1997,13

a. Özel okul yönetici ve öğretmenleri ile yapılan sözleşmeler

8.6.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, yasada belirtilen özel öğretim kurumlarının kurulması, öğretime başlaması, işleyiş esasları, denetimi ile bu kurumlarda çalışacak yönetici ve öğretmenlerin işe alınma ve çalışma koşullarını düzenlemektedir.

Yasanın konuyla ilgili 32/1. maddesinde; özel öğretim kurumlarında çalışan müdür, diğer yönetici ve öğretmenler ile kurumların kurucuları veya kurucular temsilcisi arasında hizmet sözleşmesinin en az bir yıl süreli olmak kaydıyla yazılı olarak yapılacağı öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki, yasadaki "en az bir yıl süreli olmak kaydıyla" ibaresi asgari süreli hizmet sözleşmesini ifade etmez. 625 sayılı yasada öngörülen sözleşme türü başlangıç ve bitiş tarihleri belli olan belirli süreli hizmet sözleşmesidir. Nitekim, aynı fıkra da yer alan ve "yazılı sözleşmede... süresi... ve sözleşmenin uzatılması, feshi şartları belirtilir" yolundaki ve yine son fıkrada yer alan "süresi öğretim yılı içinde sona eren sözleşmeler öğretim yılı sonuna kadar kendiliğinden yenilenmiş sayılır" hükümlerinden sözleşmenin asgari süreli olarak değil, belirli süreli olarak yapılmasının amaçlandığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, yasadaki "en az bir yıl süreli olmak kaydıyla" ifadesi belirli süreli sözleşmenin asgari süresini belirlemeye yöneliktir. Taraflar en az bir yıl süreli olmak kaydıyla sözleşmeyi diledikleri süre için bağtlayabilirler. Ancak, bu kurala yasanın yine aynı maddesinde bir istisna tanınmış ve Milli Eğitim Bakanlığınca uygun görülecek mazeretleri nedeniyle geçici olarak okuldan ayrılmak zorunda bulunan öğretmenlerin yerine alınacak olan öğretmenlerle, bir yıldan daha az süreyle de sözleşme yapılabilmesi kabul edilmiştir.

Yasakoyucunun asgari bir süre belirleyerek yasa kapsamına giren özel okul yönetici ve öğretmenleri ile belirli süreli sözleşme yapılması zorunluluğu getirmesindeki ana gaye öğretimin aksamadan yürütülmesidir²⁴². Nitekim, yasaya hakim olan bu düşünce bir kısım özel hükümlerde de kendisini göstermektedir. Bu bağlamda Yasakoyucu, özel okulun kapatılabilmesini ancak, bakanlığa, yönetici, öğretmen ve öğrencilere, en az altı ay önce yazılı olarak bildirmek şartıyla ve gerekçesi Bakanlıkça uygun bulunduğu takdirde, öğretim yılı sonu için mümkün görmüştür (m.16). Bunun dışında özel okulun kurucusu tarafından öğretim yılı içinde hiç bir şekilde kapatılamayacağı belirtilmiştir (m.16/2).

²⁴² CENTEL, İş Hukuku, 90; M. EKONOMİ, İHU, İşK.9 (No:4)

Öte yandan, yasa tarafından asgari süresi belirlenmiş belirli süreli hizmet sözleşmesi bu kurumlarda çalışan yönetici ve öğretmenler bakımından bazı güvenceleri de beraberinde getirmektedir. Bu yolla bir yandan kısa süreli sözleşmeler engellenmiş ve bir yandan da özel bir hükümle, öğretim döneminin bir yıldan az olduğu halde, sınav ve tatil aylarında da ücret ödenmesi kabul edilmiştir (m. 35).

Görüldüğü gibi 625 sk. kapsamına giren özel okul yönetici ve öğretmenleri ile yapılan sözleşmelerin sürelendirilmesi, yasal bir zorunluluğun sonucudur. Bu zorunluluk karşısında işverenin belirli süreli sözleşmelerle sözleşme yapma hakkını kötüye kullandığı ileri sürülemez. Yasal hüküm, sözleşmenin bir defaya mahsus olarak sürelendirilmesinde olduğu gibi, ardı ardına birden çok belirli süreli sözleşmelerin yapıldığı hallerde de sürelendirmeyi haklı kılan objektif neden teşkil eder ve yapılan sözleşmeler belirli süreli olma niteliklerini korurlar²⁴³.

Yargıtayın yerleşik içtihatlarında da özel okul yönetici ve öğretmenleri ile yapılan sözleşmelerin, işin niteliği itibarıyla 625 sayılı yasa uyarınca belirli süreli olarak öngörüldükleri ve bunların ardı ardına bir görünüm oluşturdıkları halde dahi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmenin mümkün olmayacağı belirtilmektedir²⁴⁴.

b. Anonim şirket müdürleri ile yapılan sözleşmeler

Ticaret Kanununda, anonim şirketlerle ilgili olarak iki tür müdür düzenlenmiştir. TTK m.319 da anılan müdürler, esas sözleşme uyarınca, yönetim kurulunun haiz olduğu yetkilerle donatılan ve ancak genel kurul tarafından azledilebilen organ müdür niteliğinde kişilerdir. Zira, TTK. m.319 da belirtilen müdürler, idare ve temsil organı olan yönetim kurulu yerine görev yapar. TTK. m.342 vd. da düzenlenen müdürler ise, yönetim kurulunun emir ve denetiminde, ortaklığın günlük işlerini yürüten müdürlerdir. Ortaklıkla bu müdürler arasındaki hukuki ilişki hizmet sözleşmesine dayanır²⁴⁵.

²⁴³ EKONOMİ, İHU, İŞK.9 (No:4); Aynı yazar, Değerlendirme 1991,60; Ü. NARMANLIOĞLU, Değerlendirme 1984,79; C. TUNCAY, Karar incelemesi, İHD., Cilt II 1992,597

²⁴⁴ YHGK., 1.7.1992, E. 1992/9-935, K. 1992/448 ve C. TUNCAY'ın incelemesi, İHD, Ekim-Aralık 1992,593 vd.; Y 9HD., 20.10.1992, 6571/11557, YKD Cilt 19, S.9, Eylül 1993,1347; Y 9HD., 29.4.1993, E. 1992/13027, K. 1993/7332, İşveren D., Şubat 1994, Cilt XXXII, S.5,17; Y 9HD., 3.6.1980,998/6689, İHU, İŞK.9 (No:4) ve M. EKONOMİ'nin incelenmesi; Y 9HD., 26.1.1993, E. 1992/12253, K. 1993/949, Ajans Tüba, İİÇB, 907-22.3.1993

²⁴⁵ O. İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1991,366-367; H. DOMANIÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. ŞERHİ, İstanbul 1988,717

TTK.m.344 anonim şirket müdürlerinin azami görev sürelerini düzenlemektedir. Buna göre; "Aksine esas mukavelede hüküm olmadığı takdirde müdürler idare meclisi azalarının vazife müddetlerini aşan bir zaman için tayin olunamazlar..." Yine TTK.m.314'de yönetim kurulu üyelerinin "en çok üç yıl" süre ile seçilebilmeleri öngörülmüştür. Dolayısıyla anonim şirket yönetim kurulları kendi görev süresini aşan bir süre için müdür tayin edemeyeceklerinden, anonim şirket müdürlerinin görevleri en çok üç yıl olabilir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin üç yıldan daha kısa süreyle görevli olmaları durumunda da müdürlerin görev süreleri bu süreyle sınırlıdır²⁴⁶.

Görüldüğü gibi, Anonim Şirket müdürleri bakımından hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesi TTK.m.344'den kaynaklanmakta olup, anılan kişilerle belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulması ve bunların birden çok kez uzatılması (yenilenmesi) hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaz²⁴⁷.

²⁴⁶ Yargıtay bir kararında, idare heyetinin süresini aşan bir süreyle müdür tayin edilememesinin kamu düzenini ilgilendirmedikinden bahisle buna aykırı hizmet sözleşmesinin geçerli olduğunu ancak böyle bir sözleşmeyi yapan yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Tic.D.13.10.1966, E. 1964/4552, K. 1966/3946, Batider, C.IV S.2,357

²⁴⁷ Yargıtay 9 HD.de bir kararında, "işverenin davacı ile aralarındaki hizmet ilişkisini birer yıllık süresi belirli sözleşme niteliğine dönüştürmesi genel müdürlük görevinin bir gereği olarak düşünülmelidir. Ticaret Kanunu hükümlerinin de, A.Ş. müdürlerinin esas itibarıyla süresi belirsiz sözleşmelerle çalıştırılmasına müsait olmadığı gözönünde tutulduğunda, taraflar arasındaki sözü edilen sözleşmelerin süresi belirli sözleşmeler olarak kabulü gerekir..." şeklinde hüküm vermiştir. 31.10.1989, 6047/9302, YKD Nisan 1990, 553 ve S. SÜZEK'in incelemesi için bak. Değerlendirme 89,43-44

§ 7. SÜRELENDİRMENİN HUKUKA AYKIRILIĞINA BAĞLANAN SONUÇLAR

I. Genel Olarak

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlanmasında hukuki dayanak oluşturmak üzere ileri sürülen görüşlerden bugün için benimsenen ve sürelendirmenin hukuka uygunluğunun saptanmasında uygulanan görüşler; kanuna karşı hile veya hakkın kötüye kullanılmasıdır. Nitekim, Alman ve İsviçre Hukukunda yargı içtihatları ile gerçekleştirilen sınırlamada kanuna karşı hile kurumu hukuki dayanak olarak benimsenmişken, bu sınırlama hukukumuzda Yargıtay içtihatları ile hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

II. Kanuna Karşı Hile Görüşünün Hukuki Sonuçları

Objektif haklı neden bulunmaksızın yapılan sürelendirmelerde kanuna karşı hile iki ayrı hukuki sonucu mümkün kılmaktadır.

Bunlardan ilki, kanuna karşı hile nedeniyle hukuki işlemin kısmi hükümsüz olmasıdır (BK. m.20/II, AMK 139). Alman Hukukunda Federal İş Mahkemesi içtihatlarıyla kabul edilen ve doktrince de benimsenen görüşe göre, kanuna karşı hilenin sabit olması durumunda sözleşmenin tümü geçersiz olmayıp, sadece sürelendirmeye ilişkin hüküm geçersizdir ve sözleşme belirsiz süreliye dönüşür. Ancak, dönüşmenin başlangıçtan itibaren kabul edilmesi işverene olağan fesih hakkı vereceğinden, dönüşmenin asgari süreli sözleşme biçiminde gerçekleştiği kabul edil-

mektedir²⁴⁸. Bunun da kural olarak tarafların meşru menfaatlerine uygun olduğu söylenebilir. Zira, bu kural olarak işçi lehine olduğu gibi, işveren belirli süreli sözleşme yaparak iki amacı hedefler. Bunlardan birincisi belirli bir süreyle işçinin edimini garanti altına almak iken, diğeri sürenin bitiminde iş ilişkisinden kolayca sıyrılmaktır. İşçiyi feshe karşı koruyan yasal hükümlerin öngörmediği husus ise, sadece hizmet sözleşmesinin sona ermesinde işçiyi koruyucu hükümlerin bertarafıdır. Dolayısıyla, bu çözüm kararlaştırılan süreden önce sözleşmenin olağan fesih yoluyla sona erdirilebilmesini önlediği gibi, sözleşmenin ancak sürenin bitiminde fesihle sona erdirilebilmesi ve feshe karşı koruyucu hükümlerin uygulanmasını sağlamak bakımından da uygundur²⁴⁹.

Kanuna karşı hile teşkil eden sürelendirmeye bağlanacak diğer hukuki sonuç ise, belirli süreli hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesinin kabul edilmeyerek, sadece somut biçimde kaçınılan, dolanılan hukuki sonuçların belirli süreli sözleşmeye uygulanmasıdır²⁵⁰. Dolayısıyla, tarafların bu süre zarfında sözleşmeyi olağan fesihle sona erdirmeye hakları yoktur.

Kısmi geçersizlik görüşünün kabulü bir zorluğu birlikte getirmektedir. AMK 139²⁵¹ uyarınca hukuki işlemin kısmi geçersizliği, kural olarak sözleşmenin tümünün geçersizliğine neden olur, meğer ki tarafların geçersiz kısım olmaksızın sözleşmeyi yine de yapacakları kabul edilebilsin. Dolayısıyla kısmi geçersizliğin kabul edilmesi, tarafların bu geçersiz kısım olmasa bile sözleşmeyi yapacakları yönünde bir iradelerinin varsayılabilmesine bağlıdır. Alman hukukunda, AMK § 139 uyarınca tarafların varsayıli iradelerine ancak tarafların eşit durumda bulundukları takdirde değer verilebileceği, bağımlılık ilişkisinde ise, hükmün bu yönde uygulanabilir olmadığı savunulmuştur. Zira, AMK tarafların sadece hukuken değil, fiilen de eşit oldukları düşüncesini benimseyerek, kısmi geçersizlik hallerinde de irade özerkliğine değer tanımıştır. Oysa, özellikle sözleşme şartlarını belirlemede hiç veya pek az etkisi bulunan tarafın iradesinin sözleşmeden çıkarılması mümkün değildir²⁵². Federal

²⁴⁸ BAG. 12.10.1954, AP Nr.1 zu § 620 BGB, BAG. AP Nr.26 zu § 620 BGB; BAG 12.10.1960, EzA, § 620 BGB. Nr.2; BAG 19.6.1980, AP Nr.55 zu § 620 BGB; HILLEBRECHT § 620 RdNr 205 vd.; MünchKomm / SCHWERDTNER § 620, RdNr 81; HUECK / HUENE, KSchG § 1, RdNr 596; BRUSCHKE, 45; BÖHM, 97; U. PALLASCH, Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, Heidelberg 1993, 85; ERMAN / HANAU, BGB § 620 RdNr 81

²⁴⁹ HILLEBRECHT, RdNr 206 vd.; BÖHM 99 vd.; İsviçre doktrininde de bu görüş STÖCKLI tarafından savunulmaktadır, Seminer, 90

²⁵⁰ STÖCKLI, Seminer, 82; BRENDER, 123; OĞUZMAN, Fesih, 12

²⁵¹ BK.m.20/II'de ise sözleşmenin içerdiği şartlardan bir kısmının geçersiz olması durumunda kural olarak sözleşmenin geriye kalan kısımları geçerli olarak kalır. Ancak sözleşmenin geçersiz sayılan kısmı olmaksızın tarafların sözleşmeyi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa o takdirde geçersizlik işlemin tümüne yayılır.

²⁵² SCHRÖTER, 120 vd. ve orada anılan yazarlar; W. HERSCHEL ise bu durumda AMK. § 139

İş Mahkemesi de bu durumda sözleşmenin tümüyle geçersiz sayılmasının, işçinin arzu edilen korunmasını tersine çevireceğinden bahisle söz konusu hükmün uygulanmayacağı yolunda içtihat oluşturmuştur²⁵³.

III. Hakkın Kötüye Kullanılması Görüşünün Hukuki Sonuçları

Hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK. M.2/2'de bu yasağa aykırılığa bağlanan hukuki sonuçlar hakkında açıklık bulunmamaktadır. Madde'de sadece hakkın kötüye kullanılması halinde o hakkın kullanılmasındaki "kanuni himaye"nin kalkacağı gösterilmekle yetinilmiştir.

Öncelikle, hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakkını kötüye kullananı dava hakkından veya def'inden yoksun bırakır²⁵⁴. Bunun yanı sıra hakkın kötüye kullanılması hakim tarafından resen dikkate alınır²⁵⁵.

Zincirleme sözleşmeler bakımından hakkın kötüye kullanılması kriterini benimseyen Yargıtay içtihatlarında sözleşmelerin baştan itibaren tek bir belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü kabul edilmektedir²⁵⁶. Şüphesiz, buradaki dönüşme, batıl bir işlemin varlık unsurlarını gerçekleştirdiği diğer bir işleme çevrilerek ayakta tutulması anlamında değildir. Zira, belirli süreli hizmet sözleşmesinde hakkın kötüye kullanılmasının müeyyidesini hukuki işlemin geçersizliği teşkil etmez. Burada ancak hakkın kötüye kullanılmasının tespiti ile taraflar arasında belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığına ilişkin iddianın dinlenmemesi, hukuki ilişkinin belirsiz süreli sözleşmeye dayandığının kabulü, diğer bir ifadeyle sözleşmenin yeniden nitelendirilmesi söz konusu olmalıdır.

Bununla birlikte bu hukuki sonuç, bir takım mahzurlu sonuçları da beraberinde getirmektedir. Özellikle, zincirleme sözleşmelerde başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edildiğinde, işverene sürenin bitiminden önce fesih imkanı verilerek belirli süreli sözleşmenin bu süre ile sınırlı da olsa işgüvencesi etkisi kaldırılmaktadır. Öte yandan, işçinin sözleşmenin belirli süreli olması durumunda, süresinden önce haksız fesih nedeniyle talep edebileceği bakiye süreye ilişkin ücreti

hükmünün amaca uygun yorumu vasıtasıyla sınırlandırılmasından sözedilebileceğini belirtmektedir. "Gesetzvertretendes Richterrecht und Tarifautonomie" RdA 1973, Heft 3, 150

²⁵³ BAG, AP Nr.1 ve 2 zu § 620 BGB

²⁵⁴ AKYOL, 99

²⁵⁵ AKYOL, 111; OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, 167

²⁵⁶ Y 9HD., 16.9.1993, 12848/2920, Tüba/İİÇB: 944-6.12.1993; Y 9HD., 29.11.1994, 12468/16913, Tüba/İİÇB: 1008-27.2.1995. Doktrinde de EKONOMİ, Hukuka uygun olmayan belirli süreli hizmet sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli hizmet sözleşmesi olarak geçerliliğini sürdüreceğini belirtmektedir. Seminer, 18

tutarı bazı durumlarda fesih sonucu elde ettiği ihbar, kıdem tazminatı alacaklarından daha yüksek bir meblağı oluşturabilecektir. Yine, belirli süreli sözleşmenin işverence süresinden önce haksız feshine ilişkin olarak taraflarca öngörülen cezai şart kurumunun, sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreliye dönüştüğünün kabulü halinde uygulanması, diğer bir ifadeyle işçinin sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep edebilmesi mümkün değildir²⁵⁷. Bu durumlarda, işçinin korunması amacıyla uygulanmak istenen müessesenin gerçekte tam aksi yönde işlediği görülmektedir. Hakkın kötüye kullanılması kriterinin kabulü ile belirsiz süreli sözleşmenin baştan itibaren tanınması bu noktada kanuna karşı hile görüşü karşısında zayıf kalmaktadır.

Nitekim doktrinde, bu duruma değinilmiş ve dönüşme teriminin yerinde olmadığı vurgulanmıştır. Buna göre, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan sürelendirmelerde, işverenin tamamen belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi olmasını kabul etmek doğrudur. İşveren sözleşme kaç kez yenilenmiş olursa olsun, sürenin sonunda ancak fesih hükümlerine tabi olarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak hakkını kötüye kullanan bizzat işverendir ve işçi bakımından hakkın kötüye kullanılmasından bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla, süresinden önce haksız fesih hali için öngörülmüş cezai şart hükmü içeren belirli süreli sözleşmede sözleşmenin yenilenmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edildiğinde, işverenin bu süreden önce hizmet sözleşmesini feshi halinde kanuni fesih önelleriyle yetinmek doğru olmaz. İşçinin kararlaştırılan cezai şartı istemesine hukuki bir engel bulunmaz²⁵⁸.

Gerçekten, baştan itibaren belirsiz süreli sözleşmenin kabulü bu örneklerde işverene hukuka aykırı davranışı ile kendi yararına bir sonuç elde etmesi imkanını vermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması ile burada elde edilmek istenen amaç, sözleşmenin herhangi bir anda olağan fesih yoluyla sona erdirilmesine imkan vermek olmayıp, sona ermede fesih ve feshe ilişkin hukuki sonuçların bertarafının önlenmesidir. Bu ise Alman hukukunda da belirtildiği gibi, hem tarafların belirli süreli sözleşme kurmakla amaçladıkları sözleşmenin bu süre zarfında olağan fesih imkanının bertaraf edilmesi sonucunun korunması ve hem de sözleşmenin sona ermesinde feshe ilişkin hüküm ve sonuçların uygulanması, dolayısıyla asgari süreli sözleşmenin kabulü ile gerçekleştirilebilir. Öte yandan işverenin gerek bir kereye mahsus gerekse zincirleme olarak belirli süreli sözleşme kurmak-

²⁵⁷ Y 9HD., 17.11.1993, 15152/16726, İHD. Cilt III, 1993,567 ve M. EKONOMİ'nin incelenmesiyle birlikte; Oysa bu gibi durumlarda işçide sözleşmenin kararlaştırılan sürenin sonuna kadar devam edeceğine ilişkin olarak uyandırılan güvenin korunmasından sözedilebilecektir.

²⁵⁸ OĞUZMAN, Değerlendirme 1993,48-49

la, işçide, bu süre zarfında sözleşmenin devamına ilişkin bir güven oluşturduğu da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılmasının tespiti ile sözleşmenin asgari süreli sözleşmeye dönüştüğünün kabulü uygun bir çözüm olarak görülebilir.

Üçüncü Bölüm

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE ÜYE ÜLKE MEVZUATLARINDA BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

§ 8. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEME ÇALIŞMALARI

I. Genel Olarak

Avrupa Birliğine üye devletlerde atipik iş ilişkilerinin gelişmesi, bunların 80'li yıllarda gösterdiği artış ve ülkeler arası temel hukuki farklılıkların mevcudiyeti Avrupa Birliği komisyonu için bu alanda yeni tekliflerin getirilmesi, düzenlemelerin yapılması hususunda neden teşkil etmiştir. Avrupa Birliği için çıkış noktası bir yandan atipik iş ilişkileri ile çalışan işçilerin korunması iken, diğer yandan AB içinde aynı pazar şartlarını sağlamaktır¹.

80'li yıllara kadar normal iş ilişkisi olarak adlandırılan sürekli ve belirsiz süreli çalışmanın yanısıra kısmi süreli, belirli süreli ve ödünç iş ilişkisinin yaygınlaşmasına yönelik topluluk içerisindeki üye devletlerde görülen eğilim, normalden ayrılan atipik olarak tanımlanan istihdam türlerinde yeni bir anlayışı da beraberinde getirmiştir. Birliğin atipik iş ilişkileri ile ilgili yönerge faaliyetlerinin kapsamında, belirli süreli sözleşmelerle çalışma da önemli bir yer tutmaktadır. Birliğin konuyla ilgili

¹ R. WANK, Atypische Arbeitsverhältnisse, RdA 1992, Heft 2, 104

yönerge taslakları 1982, 1984 ve 1990 yıllarında sunulmuş olup, bunlardan sadece biri kabul edilmiştir. Diğerlerinin yakın bir gelecekte benimsenip benimsenmeyeceği belirsizdir. Şüphesiz, yönerge taslaklarının kabulündeki zorluk AB'nin kurucu anlaşmasına göre, birliğin m.100 uyarınca düzenleme yapabilmesi için bunların konseyde oybirliği ile kabul edilme gereğinin mevcudiyetinden kaynaklanmıştır.

II. Avrupa Birliği'nin Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yönerge Faaliyetleri

1. Süreli çalışmaya ilişkin 1982 tarihli yönerge taslağı²

Avrupa Birliği Komisyonunun belirli süreli sözleşmelerle ilgili ilk yönerge taslağı 1982 yılına rastlamaktadır. 1982 tarihli yönerge taslağı, süreli çalışma kavramı altında belirli süreli hizmet sözleşmelerini kapsadığı gibi, ödünç iş ilişkisini de ele almaktadır. Taslağın gerekçesinde 1974 yılındaki ekonomik krizin sonucu olarak bir çok işletmede durumun kötüleşmesi ve orta vadede genel belirsizliğin personel politikasını esaslı suretle değiştirdiği, teşebbüslerin kendilerini ücret maliyetlerini düşürmek ve teşebbüsün idaresinde esnekliğe gitme mecburiyeti karşısında buldukları belirtilmiştir. Öte yandan işçilerin de daha fazla güvence istedikleri belirtilerek, süreli çalışmaların artışına dikkat çekilmiş ve üye devletlerdeki sendikalardan gelen istihdam emniyetsizliğindeki artışa yönelik şikayetler vurgulanmıştır. Gerekçede, belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerin belli uygulama eşitsizliklerinin kurbanı oldukları belirtilmektedir. Topluluk içerisinde bir çok üye devlette bu işçiler işletmedeki tüm işçiler için geçerli olan sözleşmelerle korunurken, bir kısmında belirsiz süreli işçiler için uygulanan yasal ve toplu iş sözleşmeleri ile kabul edilen hükümler belirli süreli sözleşmelerle çalışan işçilere uygulanmamaktadır. İşletmedeki kıdeme bağlı haklardan ise bu işçiler gerekli kıdem yılını dolduramamaları nedeniyle, genelde yararlanamamaktadırlar. Bunların dışında, yine genelde belirli süreli çalışan işçilerin fesih önelleri ve işten çıkarma tazminatına hak kazanamadıkları görülmektedir. Üye devletlerin çoğunda sözleşmenin normal olarak sürenin bitimi ile sona ermesi durumunda "işten çıkarmanın" sözkonusu olmadığı esası hakimdir. Sadece pek az üye devlette bu durumda tazminat hakkı tanınmakla beraber bunlarda hak kazanma için genelde işçinin erişemeyeceği bir kıdem süresi kabul edilmiştir. Öte yandan bu işçiler genelde belirsiz süreli işçilerin elde ettikleri ücreti alamazlar. Zira,

² AB I Nr.C 128 vom 19.5.1982, 2

aynı işte uzun süreyle çalışma imkanları mevcut değildir ve yeni bir hizmet sözleşmesinin kurulmasında, sıklıkla işe yeni başlayan muamelesi görürler. Nihayet, belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışanların emeklilik talepleri hususunda da problemler çıkmaktadır. Çünkü, iki sözleşme arasında çalışılmayan süreler, emekliliğe esas çalışma süresinin hesabında dikkate alınmamaktadır. Doğal olarak iş güvencesinin olmayışı, belirli süreli çalışanların belirsiz süreli işçiler karşısında başlıca dezavantajını oluşturur³.

İşte tüm bu nedenlerden, sürekli (belirsiz süreli) istihdamın kural olması gerektiği kabul edilerek belirli süreli sözleşmelerin ancak ekonomik bakımdan haklı ve süresinin de sınırlı olması durumunda yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre, esas itibarıyla belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılması, sadece faaliyetin geçici olduğu durumlarda meşrudur⁴.

Yönerge taslağında iki hedef saptanmıştır. Bunlardan ilki süreli işlerde çalışanların korunması, diğeri ise sürekli istihdamın korunması ve teşvikidir. Süreli çalışanların korunması, sürekli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri, eşit haklara sahip olmaları ile gerçekleştirilmek istenmiştir. Ancak, burada hedef alınan eşitlik tam bir eşitlik olup, bu bağlamda süreli çalışanların daimi işçilerden daha fazla haklar elde etmeleri ve böylece imtiyazlı bir işçi grubu teşkil etmeleri de önlenmek istenmiştir⁵. Öte yandan, teşebbüsteki esnekliğin korunmasına da dikkat edilmiştir.

Yönerge taslağının kavram tespitlerine ilişkin ilk bölümünde konuyla ilgili olarak sürekli istihdam, sürekli işçi ve belirli süreli hizmet sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre; sürekli istihdam: Belirsiz süreli hizmet sözleşmesi veya iş ilişkisi içinde sürdürülen düzenli bir çalışmadır. Sürekli işçi: İşveren ile belirsiz süreli hizmet sözleşmesi bağtlayan işçidir. Belirli süreli hizmet sözleşmesi: İşverenin işçi ile doğrudan bir hukuki ilişki kurduğu ve sözleşmenin sona ermesinin, belirli bir tarihe ulaşmaya, kararlaştırılan bir işin yerine getirilmesine veya belli bir olayın vukuu gibi objektif şartlara bağlandığı hizmet sözleşmesi veya iş ilişkisi olarak belirtilmiştir (Bölüm I, m.1).

Taslakta belirli süreli istihdamın sınırlandırılması konusunda getirilen en önemli özellik, bu türden sözleşmelerin bağtlanabilmesi için objektif nedenlerin varlığının öngörülmüş olmasıdır. Buna göre belirli süreli hizmet sözleşmeleri;

³ Taslağın resmi gerekçesi için bak. F. BECKER / P. BADER, "Der Vorschlag der EG Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der Leiharbeitsverhältnisse und befristeter Arbeitsverträge-Darstellung und Kritik", RdA 1983, Heft 1,4-5

⁴ Taslağın resmi gerekçesi için bak. RdA 1983, Heft 1,1,5

⁵ M. SCHMIDT, Die Richtlinienentwürfe der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu den atypischen Arbeitsverhältnissen, 1. Auflage, Baden-Baden 1992,42

- çalışanların sayısında geçici süreyle azalma,
- geçici süreyle ve alışılmışın dışında artan iş yoğunluğu veya mevsime bağlı iş yoğunluğu,
- daimi olmayan arızı işlerin ifası,
- faaliyetin özel niteliğinin haklı kıldığı ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi yapmamanın genelde alışılmalı olduğu durumlar,
- belirsiz süreyle yeni bir ticari faaliyete başlama durumlarında

yapılabilir (Bölüm IV, m.15). Belirli süreli sözleşmelerin yapılabilmesi için gerekli objektif nedenin bulunmaması halinde ise sözleşme belirsiz süreli olarak geçerli olur (m.15/3).

Taslağın münferit hükümlere ilişkin açıklamaları içeren bölümünde, öncelikle komisyonun belirli süreli istihdamı faaliyetin sürekli olmadığı durumlarla sınırlı tutma yoluyla korumaya çalıştığı vurgulanmıştır. Bu ise, belirli süreli sözleşmelerin yapılmasında objektif neden olarak belirlenen, daimi işçinin mevcut olmadığı süre için bu işçinin yerine işçi alma, geçici süreyle ve alışılmışın dışında artan iş yoğunluğu, mevsime bağlı iş artışı (bağ bozumu ve hasat zamanları-otel ve diğer konaklama yerleri) hallerinde görülmektedir. Tüm bunlardaki ortak özellik, işçinin göreceği işin bizzat süre bakımından sınırlı olmasıdır.

Öte yandan komisyon, yeni bir ticari faaliyete başlama durumunu da sürelendirme için objektif neden olarak kabul etmiştir. Burada işletmenin rantabl duruma geçmesine kadar belirli süreli sözleşmelerin yapılabileceği kabul edilmiştir. Şüphesiz, komisyonu bunu kabule iten neden iş politikası düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Komisyonun bu noktada çalışma yaşamında beliren esneklik gereğine değer verdiği görülmektedir. Bununla birlikte, yeni bir ticari faaliyete başlama durumunda sürelendirmeye izin verilmesi çeşitli yönlerden eleştirilebilir. Öncelikle, bu durumda süre açısından bir sınırlama öngörülmemesi kötüye kullanma tehlikesini de beraberinde getirebilecektir. İşçi çalışma süresi hakkında daimi bir belirsizlik içerisinde olabilecektir. Öte yandan girişimci rizikosunun da işçiye yüklenmesine neden olabilecektir. Sürelendirmenin doğrudan işletmenin başarısına bağlanmaması, en azından bunun belirli bir süreyle sınırlı tutulması uygun olacaktır⁶.

Bunun dışında, yönerge taslağında çalışma yaşamında mutad olma da dikkate alınmıştır. Örnek olarak, profesyonel futbolcularla bağitlanan iki veya üç yıllık sözleşmeler, altı aylık süreyle finanse edilen araş-

⁶ Karş. SCHMIDT, 112

tırma sözleşmeleri ve sanatsal meslekler belirtilmiş ve bu durumlarda sürelendirmeye cevaz verilmiştir⁷.

Taslakta, üye devletlerin belli hizmet sözleşmelerini veya iş ilişkilerini, işin özel türü veya belli ekonomik dalın gerekleri nedeniyle bu bölümdeki hükümlerin uygulama alanından istisna tutabileceği kabul edilmiştir (m.15/2). Bunlara örnek olarak, maddeye ilişkin açıklamalarda, mesleki eğitim sözleşmeleri, çıraklık sözleşmesi veya aynı zamanda mesleki eğitim ve uygulama ile bağlantılı olarak çalışmanın düzenlenmesi hususundaki sözleşmeler, gençlerde “aupair” sözleşmeleri veya hukuki ve idari hükümler gereği belirli işçi gruplarının istihdamlarının teşviki için yapılan sözleşmeler (örn. gençler, sakatlar) anılmıştır.

Öte yandan yönerge taslağının hedefini esasen, belirli süreli sözleşmelerle çalışan işçilerin belirsiz süreliyle tanınan haklardan yararlanması oluşturduğundan, üye devletlerde her iki işçi grubunun aynı haklardan yararlanmasının kabul edildiği durumlarda belirli süreli sözleşme için objektif sebep gereğini içeren ve bu sebebin bulunmaması durumunda sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağına ilişkin hükümlerden ayrılınabileceği kabul edilmiştir (m.15/4).

Taslakta yer alan bir diğer önemli husus ise, bu tür sözleşmelerin şekline ilişkin hükümdür. Buna göre, ilişkinin süresi yazılı olarak bir belirli zamana ulaşmaya, edimin ifasına veya belirli bir olayın vukuuna bağlanmalıdır. Bunun dışında sözleşmeye; taraflar arasında kararlaştırılan iş şartları, ifa edilecek işin türü, işyeri, iş saatleri, ücret ve tatil ödemeleri yazılı olarak eklenmeli ve gerektiğinde yazılı metin deneme süresinin uzunluğuna ilişkin bilgileri de içermelidir. Yazılı şekil şartına uymama durumunda, belirli kategorideki işçilerin çalışma şartları toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenmiş olmadıkça hizmet sözleşmesinin, belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin hükümlere tabi olacağı kabul edilmiştir (m.16/1,2,3).

Yönerge taslağında, belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmeleriyle çalışan işçiler arasında, ücret bakımından da ayırım yapılmaması kabul edilmiştir. Buna göre; belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçinin ücreti (teşebbüs veya ekonomik dal için geçerli olan) toplu sözleşmelerle düzenlenmemişse aynı işe sahip belirsiz süreli işçilere ödenen ücretten daha az olamayacaktır (m.17).

Öte yandan belirli süreli sözleşmelerin işveren tarafından süresinden önce sona erdirilmesi durumu da teklifte ele alınmış ve işçinin bu halde sözleşmenin süresine uyulmuş olsaydı elde edeceği ücret tutarında bir tazminata hak kazanacağı belirtilmiştir (m.18).

⁷ RdA 1983, Heft I,8

Bunun dışında belirli süreli sözleşmelerin yapılmasından önce, işverene, işçi temsilcisine haber verme yükümü öngörülmüştür (m.19). Ancak işletme içi kontrolü sağlamak amacıyla öngörülen bu yüküme aykırılık durumuna herhangi bir cezai veya hukuki sonuç bağlanmamıştır. Dolayısıyla hükmün sadece moral etkisinin bulunabileceği söylenebilir.

Taslakta ele alınan diğer bir önemli husus ise, belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışanların, teşebbüsün çalışanların sayısına bağlı sosyal yükümleri sözkonusu olduğunda çalışan sayısına dahil edileceğidir (m.20). Dolayısıyla işverenin sosyal yükümleri bakımından belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile çalışan işçiler daimi işçi olarak görülmektedir.

Nihayet taslakta grevci işçilerin işlerinin yerine getirilmesi amacıyla belirli süreli işçi istihdamı yasaklanmıştır.

Yönerge taslağında göze çarpan bir husus belirli süreli sözleşmelere süre yönünden üst sınır getirilmemiş olmasıdır. Bu ise, komisyon gerekçesinde iş ilişkilerinde arzu edilen esnekliğin sözleşmelerin süresinin katı sınırlar içerisinde düzenlenmemesini gerektirdiği şeklinde belirtilmiştir.

2.Süreli çalışmaya ilişkin 1984 tarihli yönerge taslağı⁸

Komisyonun bu alanda yaptığı ikinci çalışma 6.4.1984 tarihinde konseye sunduğu, süreli çalışma ve belirli süreli hizmet sözleşmelerinin düzenlenmesine ilişkin yönerge taslağıdır. Taslakta, 1982 tarihli taslağın değiştirilmesi amaçlanmıştır. Ancak, esas itibarıyla yeni teklif 1982 tarihliye uymakta, sadece belirli noktalarda farklılıklar içermektedir.

Taslakta, bir yandan ödünç iş ilişkisi ve belirli süreli hizmet sözleşmelerinin uygulamada kötüye kullanılmasından hareket edilerek bu tür iş ilişkileriyle çalışanlar bakımından koruyucu hükümler getirilmiş, diğer yandan esnekliğin korunması da ilke olarak benimsenmiştir. 1984 tarihli yönerge taslağında belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılması yine belli objektif nedenlerin bulunmasına bağlı kılınmıştır. Ancak bu nedenlerin tespitinde önceki metinden ayrılmış ve belirli süreli sözleşmelerin yapılabilmesi iki halde mümkün görülmüştür. Buna göre belirli süreli hizmet sözleşmeleri sadece;

-teşebbüsün elemanlarında geçici bir azalma olması ve

⁸ AEG, 21.5.1984, Nr. C, 133/1

-yapısı gereği veya diğer haklı nedenlerden ötürü sürekli olmayan ve böylece sözleşmenin sürelendirilmesini haklı kılan arızı işlerin ifası durumunda yapılabilir (m.15/1). İşverenin bu fıkra hükmüne aykırılığı durumunda sözleşme belirsiz süreli olarak geçerli olacaktır (m.15/2).

Taslakta göze çarpan diğer bir değişiklik yazılı şekil şartına ilişkin hükümde yer almaktadır. 1984 tarihli taslakta yazılı şekil şartı esasen korunmuş olmakla birlikte, yazılı metinde bulunması gereken hususlara sürenin dolmasından önce sözleşmenin feshine ilişkin şartların da eklenmesi gereği ilave edilmiştir (m.16/2).

Yönerge taslağında belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerle çalışan işçiler arasında ücret farklılığı yapılamayacağı esası korunmuş, ancak bunun için her iki işçi grubunun aynı değerde işe sahip olmalarının yanında, benzer (mukayese edilebilir) mesleki nitelik ve tecrübeye sahip olmalarının aranacağı kabul edilmiştir (m.17).

Belirli süreli sözleşmelerin işverence süresinden önce sona erdirilmesi konusunda taslakta esas itibarıyla 1982 tarihli metne sadık kalınmıştır. Ancak işçinin tazminat hakkı, feshe karşı korunma hükümlerinin uygulanmaması şartına bağlanmıştır. Bu durumda işçiye ödenmesi gereken tazminatın miktarı yine, işçinin sürenin sonuna kadar çalışacak olsaydı alacağı ücret tutarındadır (m.18/1).

Yönerge taslağında öncekinden farklı olarak ilk kez düzenlenen bir husus ise, belirli süreli hizmet sözleşmesinin işçi tarafından süresinden önce feshine ilişkindir. Buna göre; hizmet sözleşmesinin işçi tarafından süresinden önce sona erdirilmesi durumunda işveren, işçinin son ücretinden ortaya çıkan zararı gidermek için bir miktarı kesme (alıkoyma) hakkına sahiptir (m.18/2)

Nihayet taslakta, belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışanların teşebbüsteki çalışan sayısına dayanan idari ve hukuki hükümlerin uygulanmasında yıllık ortalamayı esas alan hesaplamaya dahil edilecekleri hükmü yer almaktadır (m.20).

3. 1990 tarihli yönerge taslakları

Topluluk hukukunda atipik iş ilişkileri hususunda son çalışmalar 1990 yılında gerçekleşmiştir. AB komisyonu yönerge taslaklarında, dahili pazarın gerçekleşmesinde, topluluk içerisindeki işçilerin çalışma ve yaşama koşullarının geliştirilmesi, işyerinde işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması ve bu amaçla belirli istihdam türlerinde ortalama

şartların sağlanması gereğinden hareket etmiştir. Özel istihdam türleri olarak ise, belirli süreli sözleşmeler, kısmi çalışma, ödünç iş ilişkisi ve mevsimlik çalışma kabul edilmiştir⁹. Belirli süreli iş ilişkilerini de içeren yönerge taslakları bu kez atipik iş ilişkileri türlerine göre değil, düzenleme hedefleri ve AB'nin kurucu sözleşmesindeki hukuki temellere göre bölümlenmiştir. Yönerge taslaklarından ilki "belirli iş ilişkilerindeki çalışma koşulları hakkında yönerge taslağı"dır ve AB sözleşmesi m.100'e dayandırılmıştır. Diğer yönerge taslağı "belirli iş ilişkilerinde rekabetin bozulması hususunda konsey yönerge taslağı" olup AB sözleşmesi m.100a'ya dayandırılmıştır. Nihayet üçüncü yönerge taslağı ise "geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin güvenlik ve sağlık korumasının iyileştirilmesine ilişkin yönerge taslağı"dır ve AB sözleşmesi m.118a'ya dayandırılmıştır¹⁰.

Ancak bu kez de, sadece geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin güvenlik ve sağlık korumasının iyileştirilmesine ilişkin yönerge taslağı onaylanmış ve pozitif düzenleme halini almıştır¹¹.

a.Belirli iş ilişkilerinde çalışma şartlarına ilişkin yönerge taslağı

Yönerge taslağı atipik iş ilişkilerinin üç türünü düzenlemektedir. Bunlar; kısmi süreli çalışma, ödünç iş ilişkisi ve belirli süreli hizmet sözleşmeleridir¹².

Taslakta, belirli süreli hizmet sözleşmesi tanımı yapılmış ve bu tanımlamada 1982 tarihli taslakta yer alan tanıma büyük ölçüde bağlı kalmıştır. Bununla birlikte, mevsimlik iş ilave olarak anılmıştır (m.1b). Mevsimlik işçilerin belirli süreli çalışanlar yanında özel bir grup olarak anılması AB Hukukunda bu işçi grubunun özel olarak tanımlanması nedeniyledir. Buna göre mevsimlik işçiler; bir diğer üye devletin sahasında sekiz aydan fazla süreyi aşmamak kaydıyla mevsimlik bir işte çalışan ve çalışma süresi zarfında aynı yerde ikamet eden kişilerdir¹³. Mevsimlik işçiler için yönerge taslağı ancak faaliyetin türünün münferit hükümlerin uygulanmasına izin verdiği ölçüde uygulanacaktır. Yönergenin uygulama alanı haftada ortalama en az sekiz saatlik çalışması bulunan kişilerle sınırlanmıştır.

⁹ Com (90), 228 final-SYN 280-SYN 281, Brussels, 13 August 1990

¹⁰ Official Journal of the European Communities, 8.9.1990, No:C 224/4

¹¹ Bak.91/383 sayılı AT yönergesi, Amtsblatt EG, Nr.L 206/19

¹² Official Journal of the European Communities, 8.9.1990, No:C 224/4

¹³ Tüzük 1408/71, m.1/c, Abl.Nr.149/4

Yönerge taslağında öncekilerden farklı bir düzenleme belirli süreli hizmet sözleşmelerinin gerekçelendirilmesi konusunda görülmektedir. Taslakta, işverenin bu türden hizmet ilişkisini seçme hususundaki kararını sözleşmede gerekçelendirme gereğinden sözedilmekteyse de (m.2/4) gerek 1982 gerekse 1984 tarihli taslaklardan farklı olarak belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılabileceği haller sınırlayıcı bir metodla sayılmamıştır. Ancak işverene getirilen gerekçelendirme yükümünden, yine sürelendirme için objektif bir nedenin bulunması gerektiği ve belirli süreli hizmet sözleşmesi için yazılı şekil zorunluluğunun bulunduğu sonucu çıkmaktadır¹⁴.

Taslakta bu kez belirli süreli sözleşmenin gerekçelendirilmemesi, yani objektif bir neden bulunmaması durumuna ilişkin bir müeyyide öngörülmemiştir. Ancak, bu türden sözleşmelerin gerekçelendirilmesi yükümünü öngören hükmün salt bir düzen hükmü olarak kabulü, yönerge taslağının amacına uygun düşmez¹⁵.

Yönerge taslağında yine belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçilerle belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçiler arasında eşit veya mukayese edilebilir uygulamanın sağlanmasına önem verilmiştir. Bu hususta mesleki eğitim olanaklarından yararlanma, teşebbüsteki sosyal hizmetlerden yararlanma, yönetime katılma ve sosyal güvenliğe ilişkin edimlerden yararlanma ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, belirli süreli işçiler ifa edecekleri işin süresi ve niteliği dikkate alınmak suretiyle, teşebbüs tarafından sunulan mesleki eğitim olanaklarından mukayese edilebilir şartlarla yararlanacaklardır (m.2/1). Yine belirli süreli sözleşmelerle çalışanların işletme içerisinde oluşturulacak işçi temsilciliklerinin oluşumunda belirsiz süreli çalışanlarla eşit muamele görmeleri hedeflenmiş, işçi temsilciliklerinin oluşumunda, belirli süreli işçilerin, işlerinin süresi ile oranlı olarak aynı seviyede dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir (m.2/2). Nihayet, taslakta belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçilerin işletmedeki sosyal hizmetlerden yararlanmada da diğer işçilerle eşit haklara sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir (m.4).

Yönerge taslağında dikkati çeken bir diğer husus önceki taslaklarda da olduğu gibi, işverene bu türden sözleşme yapmak istemesi durumunda teşebbüsteki bu yönerge kapsamındaki işçileri zamanında haberdar etme yükümü öngören hükümdür (m.2/2). Görüldüğü gibi burada bir danışma veya onay sözkonusu değildir. Öte yandan, bu hükme aykırılığa bir müeyyide de bağlanmamıştır. Yine işverene, belirsiz süreli ve tam gün çalışacak işçilerin alınmak istenmesi durumunda, belirli süreli çalışan işçilere haber verilmesine ilişkin bir hüküm getirilmiştir

¹⁴ WANK, Atypische Arbeitsverhältnisse, 105; SCHMIDT, 183,184

¹⁵ SCHMIDT, 184

(m.5). Ancak topluluk üyesi devletler kendi iç mevzuatlarında bu hususlara aykırılık halinde uygulanacak hukuki sonuca yönelik bir düzenleme yapmadıkları sürece bu hükümlerin etkin bir işleve sahip olduğundan söz etmek mümkün değildir.

b.Belirli iş ilişkilerinde rekabetin bozulmasına ilişkin yönerge taslağı

Tek pazarın oluşması bakımından üye devletler arası düzenleme farklılıklarının getirdiği rekabeti bozucu etkilerin ortadan kaldırılması gereğinden hareket eden AB komisyonu atipik iş ilişkilerinin düzenlenmesi gereğini öngörerek 29.6.1990'da konseye bir yönerge taslağı sunmuştur¹⁶. Yönerge taslağının kapsamında yine kısmi süreli çalışma, belirli süreli hizmet sözleşmesi ve ödünç iş ilişkisi yer almaktadır. Yönerge taslağında esas itibariyle, süreli çalışmanın, mevcut sürekli işlerin ifası için yapılmasının engellenmesi ve bu konuda üye devletlere gerekli tedbirlerin alınması yönünde yüküm getirilmesi hedeflenmiş¹⁷ ve uygulama alanı haftada ortalama en az sekiz saat çalışan işçilerle sınırlanmıştır.

Yönerge taslağında doğrudan belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin üç hususa yer verilmiştir. Bunlardan ilki bu tür sözleşmelerle çalışanların sosyal güvenlik hakları bakımından çalışmalarının süresi ve ücretleri dikkate alınmak suretiyle, belirsiz süreli çalışanlarla aynı korumadan yararlanacaklarına ilişkin hüküm olup, üye devletlere bu konuda tedbirler alma yükümü getirilmiştir (m.2).

İkinci husus bir yıl veya daha az süre için kurulmuş hizmet sözleşmelerinin uzatılabilmesine ilişkindir. Taslakta, bu türden sözleşmelerin uzatılabilmesi bir üst sınırla saptanmıştır. Buna göre bir yıl veya daha az süreyle yapılmış hizmet sözleşmelerinin süresinin uzatılması durumunda, toplam süre otuzaltı ayı aşamaz (m.4a). Yönerge taslağının gerekçesinde ülkeler arası farklılıklardan sözedilerek altı üye devlette sürelendirme için bir azami sınırın bulunmadığı ve rekabete ilişkin nedenlerle bir uyumlandırma gereğinden bahsedilmiştir¹⁸.

Taslakta konumuzla ilgili olarak önem taşıyan bir diğer husus ise, önceki taslaklarda da yer alan sözleşmenin süresinden önce işverence

¹⁶ Official Journal of the European Communities, 8.9.1990, No:C 224/4

¹⁷ R. BLANPAİN / E. KLEİN, Europaisches Arbeitsrecht, 1. Auflage, Baden Baden 1992,116

¹⁸ SCHMIDT, 189

sona erdirilmesi durumuna ilişkin hükümdür. Bu halde işçinin uygun bir tazminata hak kazanacağı öngörülmüştür (m. 4b).

c. Geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin güvenlik ve sağlık korumasının iyileştirilmesine ilişkin yönerge

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, AB'nin belirli süreli hizmet sözleşmelerini düzenleyen yönerge taslaklarından sadece, geçici iş ilişkisiyle çalışan işçilerin güvenlik ve sağlık korumasının iyileştirilmesine ilişkin yönerge taslağı onaylanmıştır¹⁹.

Komisyon taslağında geçici işçilerin istatiki bilgilere göre diğer çalışanlara oranla iş kazası ve meslek hastalıklarına daha çok maruz kaldıkları olgusundan hareket etmiştir. Yönerge, işvereni belirli süreli işçiler ve ödünç iş ilişkisi ile çalışanlar bakımından diğer işçiler için mevcut aynı güvenlik ve sağlık standartlarını sağlamakla yükümlendirmiştir²⁰. Bu nedenle gerekçede işyerindeki mesleğe, işe bağlı riskler hususunda işçinin eğitilmesi gereği vurgulanmış ve bu yönde hükümler getirilmiştir.

Yönergede üye devletlerin, geçici işçilerin özel mesleki nitelik hüner veya tıbbi gözetim gerektiren bir işe girmeden önce ödünç alan işveren tarafından maruz kalabileceği risklere karşı uyarılması ve gerektiğinde uygun bir eğitim alması hususunda tedbirler getirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Bunun dışında üye devletlere uzun süreyle özel bir tıbbi gözetim gerektiren faaliyetlerde geçici işçi kullanılmaması hususunda yüküm getirilmiş ve belli istisnai durumlarda bu tür işlerde geçici işçilerin kullanılabilmesinin ancak, bu işçilerin sözleşmelerinin sona ermesinden sonra da gerekli tıbbi gözetimin sağlanması şartıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir (m. 6).

III. Değerlendirme

Avrupa Birliği'nin konuyla ilgili her iki yönergesi de henüz kabul edilmiş değildir. Şüphesiz bunda işçilerin çalışma şartlarına ilişkin düzenlemelerin konseyde oybirliği ile kabul edilmesi hususunda AB

¹⁹ 29.7.1991'de yayınlanmış, 91/383 sayılı yönerge için bak. Amtsblatt EG Nr.L 206/19

²⁰ SCHWEDES, Die Gestaltung des Arbeitsrecht durch die Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, Berlin 1993,45

sözleşmesinin 100. maddesinin büyük etkisi vardır. Nitekim bu amaçla “geçici işçilerin sağlık ve güvenlik korumalarının iyileştirilmesine ilişkin” yönerge m.118a’ya dayanılarak çıkarılmıştır. Zira, m.118’e göre yapılacak düzenlemelerin kabulü için konseyde nitelikli oy çokluğu yetmektedir. 1987 yılında kabul edilen Avrupa Tek Senedi ile sözleşmenin 100a ve 118a maddelerine dayanılarak yönerge çıkarma imkanının tanınması, komisyon ve konseyin bu alanda olanaklarını düzeltmiştir. Dolayısıyla, çoğu düzenlemeler için bir engel teşkil eden İngiltere’nin vetosunun Avrupa’ya ilişkin tek düzenlemeyi engellemeye yetmeyeceği düşünülmektedir²¹.

AB.’nin yönerge teklifleri çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Öncelikle, sözkonusu taslaklar, yasama tekniği açısından yetersiz görülmektedir. Zira farklı sistemlerin münferit üye devletlerde uygulanabilirliğinin araştırılması yerine, bir üye devlet modeli temel alınmış ve sonuçta ne işçinin korunması bakımından ne de rekabetin bozucu etkilerinin ortadan kaldırılması bakımından yeterli bir ilerleme kaydedilememiştir²².

Bunun yanısıra yönerge taslaklarına genel olarak baktığımızda, 1982 ve 1984 tarihli taslakların daha ayrıntılı ve koruyucu hükümler içerdiğini görmekteyiz. 1982 ve 1984 tarihli taslaklarda, esas itibarıyla, belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılması eğilimi görülmekte, esneklik ikinci planda kalmaktayken, 1990 tarihli taslaklarda sınırlamadan ziyade esnekliğe değer verildiği söylenebilir. Bu durum ise, genel olarak çalışma yaşamındaki esneklik gereği düşüncesi ile birlikte esasen AB’ne üye devletler arasında belirli süreli sözleşmeler rejimine ilişkin çok farklı hukuki düzenlemelerin bulunmasına ve bu alanda standart bir düzenlemenin oluşturulmasındaki zorluğa bağlanabilir.

Hukukumuz bakımından yönerge taslakları, AB’ne tam üyeliğimiz durumunda, her ne kadar bu tekliflerin kabul edilip edilmeyeceği veya ne zaman kabul edileceği belirsiz sorular olarak kalsa da önem taşımaktadır. Zira, öncelikle AB Hukukunda belirli süreli sözleşmelere ilişkin standart bir düzenlemenin gerekliliğinin kabulü ve bu yöndeki eğilimin mevcudiyeti görülmektedir. Nitekim, “Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”nın I. bölümünde yer alan 7. maddesinde; iç pazarın gerçekleşmesinin, topluluk içinde çalışma ve yaşam koşullarının iyileştirilmesine yol açması gerektiği belirtilerek, bu iyileştirme sürecinin, iş saatleri ve genel olarak iş sürelerinin düzenlenmesi, belirsiz süreli çalışma dışındaki, örneğin belirli süreli, kısmi süreli, geçici iş, mevsimlik iş gibi çalışma biçimlerine ilişkin koşulların ilerleme doğrultusunda birbirine yaklaştırılmasıyla gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Öte

²¹ WANK, Atypische Arbeitsverhältnisse, 113

²² WANK, Atypische Arbeitsverhältnisse, 113; Ayrıca bak: O. WLOTZKE, “EG-Binnenmarkt und Arbeitsrechtsordnung-Eine Orientierung”, NZA 11/1990,418 vd.

yandan yönerge taslakları AB Hukukunda esneklik düşüncesinin gelişimini göstermek bakımından da önem taşımakta olup, hukukumuz bakımından yapılacak düzenlemelerde AB'nin yönerge taslaklarındaki esasların dikkate alınmasının yerinde olacağı söylenebilir.

Yönerge taslaklarında asıl hedef olarak gerçekleştirilmek istenen belirli ve belirsiz süreli işçiler arasında çalışma koşulları ve sosyal güvenlik bakımından eşitlik esasının, hukukumuzda genel eşitlik ilkesi ile sağlandığı söylenebilir. Bununla birlikte, belirli süreli sözleşmelerin gerekçelendirilmesi gereği, yazılı şekil şartı, sözleşmelerin uzatılmasına getirilen sınırlama hukukumuz açısından önem taşımaktadır. Öte yandan, belirli süreli sözleşmelerin işverence süresinden önce haklı neden bulunmaksızın sona erdirilmesi durumunda öngörülen tazminat hakkı esasen hukukumuzda BK.m.325 hükmü ile sağlanmış bulunmaktadır. Yine yönerge taslağındaki grev ve lokavt esnasında grevci işçilerin yerine belirli süreli işçi istihdamını yasaklayan hüküm TİSGLK m.43 ile hem daimi hem de geçici işçi alınmasının yasaklanması suretiyle sağlanmıştır. Sonuç olarak; belirli süreli hizmet sözleşmesinin şekli, yapılmasının gerekçelendirilmesi ve bu tür sözleşmelerin uzatılabilmesi hususları dışında, yönerge taslaklarındaki esasların hukukumuzda genel olarak sağlanmış olduğu söylenebilir.

§ 9. AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE ÜLKELERDE BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİ

I. Genel Olarak

AB'ne üye devletler baz alınarak yapılacak uluslararası mukayesede, belirli süreli hizmet sözleşmeleri rejiminin birbirinden çok farklı içerikte hukuki düzenlemelere konu oldukları görülmektedir. Üye devletlerin kiminde hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesi hususunda serbesti hakimken, bazılarında çeşitli kademelerde sınırlamalar mevcuttur.

Genel olarak AB üyesi ülke mevzuatlarındaki düzenlemeler üç farklı biçimde görünmektedir.

- Sürelendirme için objektif haklılık gereğinin bulunduğu yani sadece belirli şartların mevcudiyeti durumunda sürelendirilmeye cevaz verildiği,
- Zincirleme hizmet sözleşmelerinin geçerliğinin sınırlandırıldığı,
- Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin azami süresinin tespit edildiği sistemler.

Yine bazı üye devletlerde yukarıdaki durumlardan biri mevcutken bazılarında hepsine yer verilmiştir. Münferit sınırlamaların derecesi de (örneğin hizmet sözleşmesinin süresinin uzunluğu veya geçerlilik şartları konusunda) ülkeden ülkeye değişmektedir.

Ancak birliğe üye devletlerde kural olarak sürelendirme geçerlidir ve doğrudan bir sürelendirme yasağı hiçbir devlette bulunmamaktadır²³.

²³ U. WALWEI / R. KONLE-SEIDL / H. ULLMANN, Beschäftigungaspekte und Soziale Fragen des EG Arbeitsmarktes, Nürnberg 1991,39

Bununla birlikte, belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin özel düzenlemelerin bulunmadığı Anglo Sakson hukuk sistemine dahil İrlanda ve İngiltere dışında AB'ne üye devletlerde belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri kural, belirli süreli sözleşme ise istisnayı oluşturmaktadır.

II. Üye Ülkeler Mevzuatı

1. Almanya

-

Alman Hukukunda § 620 BGB'ye göre kural olarak belirli süreli hizmet sözleşmesi yapma serbestisi mevcuttur ve bu tür sözleşmeler sürenin dolması ile feshe gerek olmaksızın kendiliğinden sona ererler.

Bununla birlikte, özellikle 1951 tarihli feshe karşı koruma yasası ve diğer düzenlemelerle feshe karşı koruma alanındaki gelişim ve feshe karşı korumanın sadece belirsiz süreli sözleşmelerle çalışan işçileri kapsamı sosyal devlet anlayışı içerisinde belirsiz süreli sözleşmeyi kural ve sosyal politika bakımından arzu edilir duruma getirmiştir. Buna göre, kural olan belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinden ancak, sözleşmenin kurulduğu anda belirli şartların (sürelendirmeyi haklı kılan objektif nedenlerin) varlığı halinde ayrılabilir.

Alman Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması yolundaki çabalar, diğer bir çok AB'ne üye devletin aksine, yasal düzenlemeler yerine, mahkeme içtihatlarıyla gerçekleştirilmiştir. Yargı organları, içtihatları ile feshe karşı koruma hükümlerinin dolanılması tehlikesini dikkate alarak ve bunu önlemek amacıyla sürelendirmeleri denetime tabi tutmuş ve bu yolla yüklü ve gelişmiş bir örnek meseleler grubu oluşturulmuştur.

Alman Hukukunda yargı içtihatları ile oluşan meseleler grubuna göre belirli süreli sözleşmeler;

- işçinin arzusu üzerine,
- kural olarak en fazla altı ayı geçmeyecek süre ile deneme amaçlı iş ilişkileri için,
- kısa süreli geçici işler, hasta, izinli vd. nedenlerle çalışamayan işçinin yerine işçi istihdamında,
- mevsimlik işlerde,
- sanatçılar, profesyonel sporcular ve medya alanında çalışan bazı işçi grupları ile,

- feshe ilişkin bir uyuşmazlığın sona erdirilmesi amacıyla kazai sulh durumunda yapılabilirler.

Bu hukuk sisteminde belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması sorunu, feshe karşı koruma yasası'nın dolanılması temelinde ele alındığından, kural olarak bu yasanın uygulanması için gerekli süre (işçinin o işyerindeki kesintisiz altı aylık çalışma süresi) içinde kalmak koşuluyla veya yasa kapsamı dışındaki küçük işletmelerde (on işçiden az işçi çalıştıran) belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılması Federal İş Mahkemesince öngörülen objektif haklı neden bulunması gereğine bağlı değildir. Bununla birlikte, özel feshe karşı koruma hükümlerinin sözkonusu olduğu durumlarda (ananın korunması, sakatlar vb.), sürelendirmenin geçerliğinin denetlenmesinde yukarıdaki şartların varlığı aranmaz.

Öte yandan bu hukuk sisteminde toplu sözleşmelerle belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulmasına neden ve süre bakımından getirilen sınırlamalar da yargı içtihatlarıyla geçerli kabul edilmektedir.

Sürelendirmenin objektif haklı neden içermemesi sonucu geçersizliği durumunda, sözleşmenin asgari süreli sözleşmeye dönüşmesi (kararlaştırılan süre içerisinde olağan fesihle sona erdirilememesi sonucu ile birlikte) kabul edilmektedir²⁴.

Alman Hukukunda 80'li yıllara kadar hakim olan işçiyi koruma düşüncesinin, artan işsizlik sonucu yerini iş ilişkilerinde esnekleşme düşüncesine bırakmasıyla, bu alanda önemli değişiklikler kaydedilmiştir. 1985 tarihli İstihdamı Teşvik Yasası (Beschäftigungsförderungsgesetz) belirli şartlar ve belirli sınırlarla objektif neden bulunmaksızın belirli süreli hizmet sözleşmesi yapabilme olanağını tanımıştır. 1985 yılında ilk kez beş yıl süreli olarak çıkartılan yasa, en son 26.7.1994 tarihinde 31.12.2000 yılına kadar uzatılmıştır.

Yasaya göre; işçi yeni işe alınıyorsa veya mesleki eğitimini takiben işletmede belirsiz süreli işçi için mevcut boş yer bulunmaması nedeniyle sadece belirli süreli sözleşmeyle çalıştırılmaya devam edilebiliyorsa sözleşme bir kereye mahsus olmak üzere sürelendirilebilecektir (§ 1/1).

Yeni işe alma bakımından kriter olarak yasada, aynı işverenle belirli veya belirsiz süreli önceki bir hizmet sözleşmesiyle çalışma arasında sıkı nesnel bir bağlılığın bulunmaması aranmaktadır. Böyle sıkı nesnel bir bağlılık ise, özellikle her iki sözleşme arasında dört aydan az

²⁴ Federal İş Mahkemesinin içtihatları için bak: H. KOCH, "Die Rechtsprechung des BAG zur Zuverlässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse", NZA 1992, Heft 4, 154 vd; H. GÖTZ, Grundzüge des Arbeitsrecht, Band I, 2. Auflage, München 1991, 167-168; HILLEBRECHT, BGB § 620 RdNr 158 vd; J. SIEWERT, Einführung in das Arbeitsrecht, 6. Auflage, 1993, 124 vd.

bir sürenin mevcudiyeti durumunda sözkonusudur. Bu nedenlerle yapılacak sürelendirme en fazla onsekiz aylık bir süreyi içerebilir (§ 1/1).

Ancak işverenin en fazla altı aylık bir süreden beri faaliyete başlaması veya işyerinde yirmi veya daha az işçi çalıştırılması durumunda (mesleki eğitim için çalışanlar hariç) bu süre iki yıla uzar (§ 1/2)²⁵.

Alman Hukukunda 25.9.1996 tarihli "Büyüme ve İstihdamı Teşvik için İş Hukukuna İlişkin Yasa (İş Hukukuna İlişkin İstihdamı Teşvik Yasası)" ile diğer bazı yasa hükümleri ile birlikte, İstihdamı Teşvik Yasası'nın belirli süreli sözleşmelere ilişkin birinci bölümü de değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile esneklik düşüncesine daha fazla değer verilerek belirli süreli sözleşmelerin yapılması eskisine oranla kolaylaştırılmıştır. İstihdamı Teşvik Yasasında yapılan son değişiklikte yine belirli süreli hizmet sözleşmesiyle istihdamın, belirsiz süreli istihdama bir köprü oluşturacağı, diğer bir ifadeyle ilk olarak belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçinin sözleşmesinin sona ermesiyle belirsiz süreli hizmet sözleşmesiyle çalıştırılmaya devam olunacağı düşüncesinden hareket edilmiştir²⁶. Yasal düzenlemenin yürürlük süresi yine 31.12.2000 tarihi ile sınırlanmıştır. Bu son düzenlemeye göre; belirli süreli hizmet sözleşmeleri, iki yıllık bir süre için yapılabilir ve bu süreyi aşmamak şartıyla üç kez uzatılabilir (§ 1/1). İşçinin hizmet sözleşmesinin kurulduğu tarihte altmış yaşını doldurmuş olması durumunda sözleşmenin sürelendirilmesi, yukarıda anılan sınırlamalar olmaksızın mümkündür (§ 1/2). Ancak, her iki fıkra gereğince sürelendirmelerin geçerliliği için ek bir koşul olarak, işçinin aynı işverenin kurulmuş önceki belirsiz süreli veya fıkra 1'e göre kurulmuş belirli süreli hizmet sözleşmesi arasında sıkı nesnel bağlantının bulunmaması gerektiği belirtilmiştir²⁷. Böyle sıkı bir bağlılık özellikle hizmet sözleşmelerinin arasında dört aydan az bir sürenin varlığı halinde kabul edilmelidir (§1/3). Yasada usule ilişkin hükümlere de yer verilmiş ve hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesinin geçersizliğini iddia eden işçinin, belirli süreli sözleşmenin süresinin bitiminden itibaren üç ay içinde, İş Mahkemesinde iş ilişkisinin sürelendirme

²⁵ İstihdamı Teşvik Yasası ile getirilen esaslara ilişkin ayrıntılı bilgi için bak: WANK, Münchener Handbuch § 113, RdNr 9 vd.; K. M. DÖRNER, Praktisches Arbeitsrecht, 6. Auflage, Köln 1993, 300vd.; ERMAN/ HANAU, BGB § 620, RdNr 47 vd.; Aynı yazar: Befristung und Abrufarbeit nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz, RdA 1987, Heft 1, 25 vd, R. BRUSCHKE, 67 vd.

²⁶ Hazırlanan araştırma raporları doğrultusunda, 1992 yılında 45.000'e yakın işçinin belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışırken belirsiz süreli sözleşmeyle çalıştırılmaya başlandığı ve böylece sürekli istihdama ulaşıldığı saptanmıştır (D. HEISE / H. M. LESSENICH / P. W. MERTEN, Arbeitgeber 1997, 4/49,94)

²⁷ Belirli süreli sözleşmeler arası sıkı bağlılık salt yasanın birinci fıkrasına göre kurulmuş sözleşmeler bakımından aranacağından, diğer yasal nedenlerden kaynaklanan veya genel olarak objektif nedenlere dayanan belirli süreli sözleşmelerden sonra yine 1. fıkra hükmüne dayanılarak belirli süreli sözleşme kurulabilecektir (M. LÖWISCH, "Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz", NZA 19/1996, 1012).

nedeniyle sona ermediği hususunda tesbit davası açması gerektiği belirtilmiştir (§ 1/5).

Alman Hukukunda hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesine bazı özel yasalarla da izin verilmiştir. Yüksek Okullar Çerçeve Yasası ve Araştırma Kurumlarındaki Bilimsel Elemanlarla Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yasa, Doktorlarla Uzmanlık Eğitiminde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yasa'da belirli şartlarla yasa kapsamına giren kişilerle yapılan sözleşmelerin sürelendirilmesi öngörülmüştür. Öte yandan yine özel bir hüküm olarak Federal Eğitim Yasası'nda kadın işçinin hamilelik ve analık dönemindeki Ananın Korunması Yasası ile tanınan çalışma yasağı ve analık izni süresince, toplu sözleşme, işletme sözleşmesi veya hizmet sözleşmesinden kaynaklanan işçinin çocuğunu gözetimi süresince, işten uzak kaldığı dönemde bu işçinin işini ifa ile görevli olmak üzere işçi alınması, sözleşmenin sürelendirilmesi için objektif haklı neden olarak kabul edilmiştir (§ 21)

Bunun yanısıra belirtmek gerekir ki, İstihdamı Teşvik Yasası kapsamı dışında kalan durumlar bakımından hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi Federal İş Mahkemesince geliştirilen içtihatlar doğrultusundaki sınırlamalara tabidir. Tarafların toplu iş sözleşmesiyle, İstihdamı Teşvik Yasasının getirdiği esasları bertaraf edebilmeleri mümkün olup, Federal İş Mahkemesince toplu iş sözleşmesi hükümlerinin önceliğe sahip olduğu kabul edilmektedir.

2. Belçika

Belçika Hukukuna göre hizmet sözleşmesi, sözleşmede özel bir hüküm bulunmadıkça kural olarak belirsiz süreli olarak geçerlidir.

Şarta bağlı veya belirli süreli sözleşmelerin bir kerelik yapılmasında, bunları haklı kılan objektif neden zorunluluğu mevcut değildir. Şarta bağlı sözleşmeler, feshe karşı koruma hükümlerini dolanma teşkil etmedikçe veya evlenme veya hamilelik durumunda hizmet sözleşmesinin sona ermesini öngörmedikçe geçerlidir. Feshe karşı koruma hükümleri belirli süreli hizmet sözleşmelerine uygulanmamaktadır. 1978 tarihli Hizmet Sözleşmesi Yasası ve 1987 tarihli Süreli Çalışma Yasası, hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi için azami bir sınır öngörmüştür²⁸. Yasaya göre; hizmet sözleşmesi en fazla iki yıl için belirli süreli olarak bağtlanabilmekte, sürenin uzatılması, sözleşmeyi kendiliğinden belirsiz süreli hale getirmektedir (Hizmet Sözleşmesi Yasası m.11). Yine işçiye

²⁸ R. L. STEIN / P. POMPE / S. WASKOW / T. ZULEGER, Arbeitsmarkt Europa, Unternehmenspraxis in der EG, Band 8, Bonn 1991, 46

yüklenilemeyecek nedenlerle arada fasılalar bulunmak suretiyle ardı ardına belirli süreli sözleşmelerin yapılması durumunda da belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin bulunduğu varsayılmaktadır (m.10). Ancak, işverenin münferit belirli süreli sözleşmelerin işin niteliği veya diğer nedenlerle haklı olarak yapıldığını ispatlaması durumunda, zincirleme sözleşmeler geçerli kabul edilmektedir²⁹.

1987 tarihli Süreli Çalışma Yasası'nda işletmede çalışan ve geçici süreyle bulunmayan işçinin yerine çalıştırılmak üzere alınan işçilerle belirli süreli hizmet sözleşmesinin yapılması mümkün kılınmış ve yazılı şekli şartı öngörülmüştür (m.2). Bu şartların bulunması ve azami süre (iki yıl) içerisinde kalmak kaydıyla zincirleme sözleşmelerin geçerli olduğu, aksi halde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı hükme bağlanmıştır (m.4/2). Asgari ve azami süreli olarak yapılan sözleşmeler ise belirsiz süreli olarak kabul edilmektedir³⁰.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin sona ermesinden önce karşılıklı anlaşma ile veya işçinin kusurlu davranışları nedeniyle sona erdirilmesi mümkün olup, bu sona erme nedenlerinin bulunmaması durumunda işveren işçiye yasal tazminat ödemekle yükümlü tutulmuştur³¹.

3. Fransa

Fransız Hukukunda, yasakoyucunun belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılmasının kolaylaştırılması yolundaki çabalarına rağmen, önceden olduğu gibi, şimdi de belirsiz süreli sözleşme kural olanı teşkil etmektedir.

Fransız İş Kodunun L122-1 vd.'nda düzenlenen belirli süreli hizmet sözleşmesi rejimi ilk kez 5.2.1982 ve daha sonra 25.7.1985 tarihlerinde önemli değişikliklere uğramıştır. 1982 tarihli kanun hükmünde kararname ile önce, belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler arasında seçim serbestisi açıkça sınırlandırılmıştır. Buna göre, hizmet sözleşmesi kural olarak belirsiz süreli olarak yapılır. Belirli süreli sözleşmelerin yapılabilmesi sadece tüzükte belirtilen durumların varlığı halinde mümkündür (Art. L121-5). Tüzükte belirtilen durumlar; bir işçinin geçici süreyle mevcut olmaması (grev hariç); işletmenin faaliyetinin istisnai ve

²⁹ H. KRONKE, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt, 1. Auflage, Baden-Baden 1990, 43-44; R. BLANPAIN / C. ENGELS, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 2, 72

³⁰ KRONKE, 45

³¹ STEIN / POMPE / WASKOW / ZULEGER, 46

geçici süreyle artışı (faaliyetteki artışın istisnai olmasına ilişkin şart 1986 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmıştır), işletmenin normal faaliyetinden kaynaklanmayan kesin olarak tanımlanmış arızı işlerin ifası, işsizliği azaltma (gençler, uzun süreli işsizler) tedbirleri çerçevesinde kurulan iş ilişkileri, mevsimlik iş, faaliyetin niteliği gereği belirsiz süreli sözleşmelerin kurulmasının mutad olmadığı iş ilişkileri (sanatçılar, sporcular, oteller vb.)'dir. 25.7.1985'de çıkarılan yasada ise, yukarıda değinilen gruplara yenileri eklenmiş ve belirli süreli hizmet sözleşmesi yapma imkanı genişletilmiştir. Buna göre; belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin ani sona erişi ve önceden seçilen kişinin işe başlamasının beklenmesi, güvenlik nedeniyle yapılması gereken acil işlerin ortaya çıkışı, ani sipariş artışları (sadece idarenin onayı ile), işletmenin yeniden yapılanması (aynı şekilde idarenin onayı ile) durumlarında belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılabilir³².

Fransız Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmeleri konusundaki diğer bir yasal değişiklik de, 16.7.1990 tarihinde gerçekleşmiştir. İş Kodunda yapılan değişiklikle belirli süreli hizmet sözleşmesinin teşebbüsün normal ve kalıcı faaliyeti ile bağlantılı bir işi sürekli olarak görmek amacını güdemeyeceği gibi böyle bir etkiyi de gösteremeyeceği belirtilmiş (L. 122-1) ve bu tür sözleşmelerin yapılması ancak yasada belirtilen belirli nedenlerin bulunması şartıyla ve sadece geçici işlerin ifası için mümkün kılınmıştır (L. 122-2). Yasada belirtilen nedenler esas itibarıyla önceki düzenlemelerle uyumlu olup³³, buna göre; belirli süreli sözleşme kurulduğunda sona erme tarihini içermelidir (L.122-1-2.I). Ancak belirli süreli sözleşmenin, geçici olarak mevcut olmayan veya hizmet sözleşmesi askıya alınan işçinin ikamesi amacıyla yapılması veya belirsiz süreli hizmet sözleşmesi yapılmış işçinin işe başlayacağı döneme kadar onun yerine, ikame amacıyla yapıldığı durumlarda sözleşmenin kesin bir süre içermesine gerek bulunmayıp, asgari bir süre tesbiti yeterli görülmüştür (L. 122-1-2. III). Belirli süreli sözleşmeler, kural olarak, en fazla 18 ay için yapılabilmekte olup (daha önce bu süre 24 ay olarak belirlenmişti), 18 aylık süre içinde sözleşmenin bir kez uzatılabilmesi mümkünse de bu süre aşılammaktadır. Sözleşmenin uzatılmasına ilişkin şartların sözleşmede veya kararlaştırılan sürenin sona ermesinden

³² KRONKE, 63; STEIN / POMPE / WASKOW / ZULEGER, 47; M. DESPAX, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 5, N.99; Fransız Hukukunda 1985 yılına kadar mevcut belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler için ayrıca bak: M. SUR, "Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Düzenlenmesi: Fransız Sistemi Örneği ile Türk Hukuku Bakımından Bazı Öneriler" E. HIRSCH'in hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1986, 755 vd.

³³ 1990 tarihli değişiklikle ilave olarak, işyerindeki işçinin gördüğü işin tamamıyla kaldırılmasından önce bu işçinin işten ayrılması ve işin tamamen ortadan kalkacağı süre zarfında bu işin görülmesi (ayrılan işçinin ikamesi) amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulması kabul edilmiştir (L.122-1-1.(1)).

önce yapılacak ek bir sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir (L. 122-1-2. I). Bununla birlikte, belirli süreli hizmet sözleşmesi, aslında işin belirsiz süreli işçi ile yapılması gerektiği fakat işi ifa edecek bu işçinin henüz işe başlamaya hazır olmaması veya güvenlik tedbirleri nedeniyle derhal yerine getirilmesi gereken acil işlerin bulunması nedenleriyle kurulmuş ise; sürelendirme sadece dokuz ay için yapılabilir. Öte yandan, hizmet sözleşmesinin yurt dışında ifa edilmesi veya yurt dışından alışılacağı dışında sipariş artışı olması durumlarında, bu süre 24 aya kadar çıkabilmektedir. Yine, 9 ve 24 aylık süreler içinde kalmak şartı ile sözleşmenin uzatılabilmesi de mümkündür (L. 122-1-2. II). Öte yandan sürekli bir işin kalıcı şekilde belirli süreli sözleşmelerle yerine getirilmesinin önlenmesi amacıyla, aynı iş için birbirini takip eden belirli süreli sözleşme yapılması da yasaklanmış ve işverenin aynı iş için birinci sözleşme süresinin 1/3'ü oranında bir süre geçmedikçe belirli süreli hizmet sözleşmesi ile işçi çalıştıramayacağı belirtilmiştir (L. 122-3-11 ve L. 124-7)³⁴.

1990 tarihli düzenleme ile getirilen diğer bir hüküm ise, ekonomik nedenlerle işçi çıkarılan işletmelerde bu fesihleri takiben altı ay içerisinde faaliyetteki geçici artışa dayanılarak işçi çıkarılan işler için belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulamayacağına ilişkin yasaktır. Ancak kurulacak sözleşmenin yenileme kaydı içermemesi ve üç aydan az süreli olması durumunda bu yasak uygulanmayacağı gibi, işletmenin nitelik ve nicelik olarak normalde kullandığı kendi kaynakları ile karşılayamayacağı büyüklükte istisnai bir ihracat siparişi alması durumunda da uygulanmamaktadır (L. 122-2-1).

Fransız Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmeleri bakımından yazılı şekil koşulu öngörülmüş olup yazılı sözleşmede, sözleşmenin sürelendirilmesini gerektiren gerekçenin tam olarak yer alması aranmaktadır. Yazılı şekil koşuluna uymama durumunda ise, sözleşmenin belirsiz süreli olarak geçerli olduğu kabul edilmiştir (L. 122-3-1).

Belirli süreli sözleşmenin yasada belirtilen şartlara uygun olarak yapılmaması, bu bağlamda; sürelendirme için gerekli yasal nedenlerin bulunmaması, aynı iş için birbirini takip eden belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulması (sözleşmeler arasında yasa tarafından öngörülmüş süre bulunmaksızın), sözleşmenin uzatılmasına ve süresine

³⁴ Bununla birlikte 1988 tarihli yönetmelikte bu konuda bazı istisnalar öngörülmüştür. Buna göre, aynı işçinin birbirini takip eden ikamesi sözkonusu olduğu veya acil güvenlik çalışmalarının gerektirdiği durumlarda yine işsizliğe tedbir olarak gençlerin işe alınmalarında anılan süreye riayet gerekli olmadığı gibi sözleşmenin yenilenmesinin işçi tarafından reddedilmesi durumlarında da gerekli değildir (G. COUTURIER, Droit du travail 1, Les relations individuelles de travail, PUF, 2. Edition, Paris 1994, 172-173).

ilişkin kuralların ihlali durumlarında sözleşme mahkeme kararıyla belirsiz süreli olarak nitelenmektedir³⁵.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilmesi sadece ağır kusur ve mücbir sebep durumlarında mümkündür. Sözleşmede sürenin bitiminden önce feshe ilişkin bir hükmün bulunması durumunda yargı içtihatlarına göre, sözleşme belirsiz süreli sayılmaktadır³⁶.

Fransız Hukukunda belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri arasında geniş ölçüde eşitlik öngörülmüş olup, geçici süreyle mevcut olmayan veya hizmet sözleşmesi askıya alınmış işçinin ikamesi amacıyla veya teşebbüsün faaliyetindeki geçici artış nedeniyle yapılan belirli süreli sözleşmelerin sona ermesinde, işçiye, ücreti ve sözleşme süresi dikkate alınarak bir tazminat ödenmesi öngörülmüştür (L. 122-3-4). Yine yıllık ücretli izin parasını tazmin için brüt ücretin 1/10'u oranında, 1.11.1990'dan sonra kurulan veya uzatılan iş ilişkileri için %6 oranında bir ödeme öngörülmüştür. Bu kurala, mevsimlik işçiler ve öğrenciler bakımından istisna tanınmıştır.

4. İtalya

İtalyan Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmeleri ayrıntılı olarak yasal düzeyde düzenlenmiş ve çeşitli sınırlamalara yer verilmiştir.

18.4.1962 tarih ve 230 sayılı yasa m. 1/1'de istisnai durumlar mevcut olmadıkça hizmet sözleşmelerinin belirsiz süreli olarak yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre belirli süreli hizmet sözleşmeleri ancak;

-İşin mevsimlik niteliğinin sürelendirmeyi gerektirmesi (Buna ilişkin kararname yayınlanmıştır. Bunlardan biri 1525/1963 diğeri ise 560/1987 tarih ve sayılı olup esas olarak tarım ve gıda maddeleri endüstrilerine ilişkindir),

-İşletmenin bir diğer daimi işçisinin mevcut olmadığı süre için onun işini bu süre zarfında ifa etmek amacı ile işçi istihdamı (hastalık veya analık iznini kullanan, askerlik görevini ifa eden işçinin yerine belirli süreli işçi alımı),

³⁵ COUTURIER, 174

³⁶ Cour Paris 26.3.1987, D.1987, I.R.108, KRONKE, 64'den naklen

-Olağandışı ve arızı karaktere sahip, süre açısından sınırlı işlerin yapılması için işçi istihdamı (içtihat çoğunlukla “olağandışı” işgücü ihtiyacının öngörülebilir olmamasına dayanmaktadır),

-Çok devreli işlerde özel uzmanlık gerektiren işler (bunların işletmenin esas faaliyetini tamamlayıcı bir niteliğe sahip olmaları ve işletmenin normal elemanlarının sahip oldukları niteliklerden farklı nitelikler gerektirmesi gerekir),

-Özel televizyon, radyo ve show kurumlarında görülen teknik ve sanatsal işler (yasaya 1977’de eklenmiştir),

-Hava limanı işletmeleri ve hava yolu kurumları tarafından azami süreyle işçi alınması (ancak bu hallerde yapılacak sözleşmelerin süresi 4-6 ay ile sınırlanmış ve belirli süreli çalışanların işletmedeki tüm personelin %15’ini aşamayacağı belirtilmiştir) durumlarında yapılabilir.

İtalyan Hukukunda yasal düzenlemenin dışında kararname ile (1977/876) “ticari faaliyetin genişletilmesi” durumunda sürelendirmeye izin verilmiştir. Ancak buna göre hizmet sözleşmesinin süresi bir yıldan fazla bir süre olamaz. Yine bu nedenle sürelendirme için uygun şartların bulunup bulunmadığı ve sürenin uzunluğu ilgili alandaki yetkili sendika kuruluşunun görüşünün alınmasından sonra yetkili makamlarca tespit edilir. Kararnamenin uygulama alanı öncelikle ticaret ve turizmle sınırlanmışken 1983/17 tarih ve sayılı kararname ile tüm ekonomik sektörlere yayılmıştır.

İtalyan Hukukunda hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesi imkanının bir diğer genişletilmesi ise 1987/566 tarih ve sayılı yasanın 23. maddesi ile gerçekleştirilmiştir. Buna göre, hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi için, toplu sözleşmelerle ilave durumlar tespit edilebilir. Ancak, toplu sözleşmelerde belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalıştırılabilecek işçilerin işletmedeki tüm işçi sayısına oranı tespit edilmelidir (m.23/1). İtalya’da tekstil ve giyim sektöründe yapılan 6.5.1987 tarihli toplu sözleşmede belirli süreli sözleşmelerin yapılması işletmedeki iş yoğunluğunun artması haline ilişkin olarak öngörülmüş ve belirli süreli çalışan işçilerin oranı 70’e kadar işçi çalıştıran işyerleri için %10, daha büyük işyerleri için %5, ancak herhalükarda 7 kişi olarak belirlenmiştir.

1962 tarihli yasada sürelendirmenin geçerliliği için yasal nedenlerin bulunmasının yanısıra diğer bazı şartlar da belirtilmiştir.

Öncelikle, sürelendirme için yazılı şekil şartı öngörülmüştür. Bununla birlikte arızı bir iş ediminin mevcudiyeti ve iş ilişkisinin süresinin 12 günden fazla olmaması durumunda yazılı şekil şartına uyma zorunluluğu bulunmaktadır (m.1/v).

Öte yandan belirli süreli sözleşmenin uzatılması da sınırlanmıştır. Buna göre; belirli süreli sözleşme iş edimine ilişkin öngörülemeyen sebeplerin gerektirmesi durumunda bir defaya mahsus olmak üzere aynı süre için uzatılabilmektedir (m.2/I).

Sürelendirme için gerekli şartların bulunmaması durumunda, sözleşme belirsiz süreli olarak geçerli olur (m.2/II). Sürelendirmeyi haklı kılan olguların varlığına ilişkin ispat yükü işverendedir (m.3).

İtalyan Hukukunda, yönetici işçilerle yapılan belirli süreli hizmet sözleşmeleri için yasal haklı neden aranmamaktadır. Ancak, sürelendirme 5 yılı aşamayacağı gibi, 3 yıldan sonra yönetici işçiler bakımından olağan fesih hakkı mevcuttur (m.4). Nihayet, 1984/863 tarih ve sayılı yasa ile mesleki eğitimle birlikte çalışmasını sürdüren 14-29 yaşları arasındaki gençlerle yapılan sözleşmelerin sürelendirilmesine imkan tanınmış ancak bu sözleşmelerin 24 ayı aşamayacağı hükme bağlanmıştır³⁷.

5. Hollanda

Hollanda Hukuku, hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi konusunda serbesti kabul eden, sınırlamalara yer vermeyen hukuk sistemleri arasında sayılır. Öncelikle sürelendirme için nesnel bir neden gerekli olmadığı gibi belirli süreli sözleşmeler sürenin uzunluğu bakımından da bir sınırlamaya tabi değildir³⁸. Ancak uygulamada kural olanı belirsiz süreli hizmet sözleşmesi oluşturmakta olup sürelendirmenin açıkça ve yazılı olarak kararlaştırılması gerekmektedir³⁹. Yine bu uygulamada bu tür sözleşmeler genelde iki yılın altında kalan bir süre için yapılmakta ve toplu sözleşmelerle çeşitli sınırlamalar öngörülmektedir.

Belirli süreli sözleşmenin zımnen uzatılması durumunda, iş ilişkisi aynı süre ve fakat en fazla bir yıl ve aynı şartlarla geçerlidir. Bir kerelik uzatmadan sonra ise, sözleşmenin sona ermesi için feshe gerek vardır (Hollanda MK.m.1639/1)⁴⁰.

³⁷ KRONKE, 82-85; STEIN / POMPE / WASKOW / ZULEGER, 48, T. TREU, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 6, N. 72-75; New Forms of Work and Activity, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1994, 186-187

³⁸ STEIN / POMPE / WASKOW / ZULEGER, 49

³⁹ KRONKE, 118

⁴⁰ KRONKE, 118

6. Portekiz

Portekiz Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmeleri oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bu tür sözleşmelerle çalışan işçiler önemli ölçüde korunmuşlardır.

Portekiz Hukukunda 1989 tarihli yasada öncelikle belirli süreli sözleşmelerin yapılması belli durumların varlığına bağlı kılınmıştır⁴¹. Buna göre belirli süreli hizmet sözleşmeleri;

- geçici süre ile iş edimini yerine getirmekten engelli veya hizmet sözleşmesi feshedilmiş ancak buna karşı bir dava açmış olan işçinin, işini ifa ile görevli olmak üzere işçi istihdamı,
- teşebbüs faaliyetinin geçici süreyle olağandışı genişletilmesi,
- mevsimlik iş,
- sürekli olmayan ve tam olarak sınırlı arızı işlerin veya bir hizmetin ifası,
- yeni bir işletme veya teşebbüsün açılması gibi belirsiz süreyle yeni bir faaliyete başlama,
- özel veya kamusal nitelikteki yapı işlerinin icrası, yönetimi ve denetlenmesi veya montaj, tamir ve buna ilişkin planlama ve kontrol işleri veya buna benzer tür ve süre açısından sınırlı işler,
- teşebbüsün yürütülmekte olan faaliyetinden sayılmayan, geliştirme, araştırma, yönetim ve denetlemeyi içeren projelerin yürütümü,
- çalışma hayatında ilk kez iş arayanlarla, uzun süreli işsizlerle veya istihdam politikasına ilişkin diğer özel durumlarda yapılabilir.

Bunun yanı sıra belirli süreli hizmet sözleşmelerinin geçerliliği bakımından aranan diğer bir koşul ise sözleşmenin yazılı olarak yapılmasıdır (m.41 Nr.2). Yasada yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar belirlenmiş ve sürelendirme nedeni de bu unsurlar arasında sayılmıştır (m.42 Nr.1,3). Yazılı şekle uyulmaması veya içerikte noksan bulunmasının müeyyidesi sürelendirmenin geçersizliğidir.

⁴¹ Bu tarihe kadar geçerli olan 1976 tarihli yasada sadece 6 aydan kısa süreli sözleşmeler bakımından haklı nedenlerin varlığı aranmıştır ki, son dönemlerde belirli süreli sözleşmelerle çalışan işçi sayısının tüm işçilere oranı %70'lere erişmiştir. PINTO, "Die Flexibilisierung des Arbeitsrecht... ein europäische Herausforderung?", ZIAS 1987, 346 (348).

Belirli süreli sözleşmelere ilişkin üçüncü sınırlama bu türden sözleşmelerin süresinin uzunluğu konusunda kabul edilmiştir. Buna göre belirli süreli sözleşme azami üç yıl için yapılabilir ve bu süre içinde kalmak kaydıyla iki kez yenilenebilir (m.44 Nr.2,4). Üç yıllık sürenin aşılmasının hukuki sonucu sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesidir (m.47)⁴².

Portekiz hukukunda konuyla ilgili önemli bir düzenlemeyi, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesi için fesih gerekliliğini öngören hüküm oluşturmaktadır. İspanya ve bazı özel sınırlamalarla Fransa dışında diğer AB üyesi ülke hukuklarında belirli süreli hizmet sözleşmeleri sürenin bitimi ile kendiliğinden sona ererken, bu hukuk sisteminde sözleşmenin sona ermesi sürenin bitiminden önce yapılması gereken sekiz günlük bir önel içeren fesih beyanına bağlanmıştır (m.46 Nr.1). Feshin yapılmaması durumunda ise sözleşme önceki süre kadar yenilenir (m.46 Nr.2).

Bu hukuk sisteminde yer alan bir diğer önemli hüküm, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesinde işçinin özel bir çıkış (kıdem) tazminatına hak kazanacağına ilişkindir (m.46 Nr.3). Buna göre hizmet sözleşmesinin sona ermesinde işçinin çalışmış olduğu her ay için iki günlük ücreti tutarında tazminat talep hakkı mevcuttur.

Bunların yanısıra, yine yasayla işverene biri olumlu diğeri olumsuz olarak niteleyebileceğimiz iki yükümlülük öngörülmüştür ki, bunlardan ilki;

İşverenin belirsiz süreli işçi almak istemesi ve belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçinin bu iş için müracaatı durumunda, bu işçiyi öncelikli olarak işe almakla yükümlü olmasıdır (m.54 Nr.1). İşveren bu yükümlülüğe uymazsa işçiye yarım aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemek zorundadır (m.54 Nr.2).

Diğeri ise; işverenin 12 aydan fazla sürmüş bir belirli süreli iş ilişkisinin sona ermesinden sonra, aynı iş için üç ay geçmedikçe tekrar belirli süreli hizmet sözleşmesi ile işçi almasının yasaklanmasına ilişkin hükümdür. Ancak hizmet sözleşmesinin işçiden kaynaklanan nedenlerle sona ermesi durumu istisnadır (m.46 Nr.4)⁴³.

⁴² KRONKE, 131

⁴³ KRONKE, 132

7. İspanya

İspanyol Hukukunda belirli süreli iş ilişkileri esas itibariyle 32/1984 sayı ve tarihli yasada ve 1989/1984, 2104/1984 sayı ve tarihli tüzüklerde düzenlenmiştir. Bu hukuk sisteminde de dikkati çeken birinci özellik belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olmasıdır. Diğer özellik ise, bu konudaki düzenlemelerdeki zaman içerisindeki gelişmedir.

İspanyol Hukukunda 80'li yıllara kadar hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesini faaliyetin süre açısından sınırlı olması olgusuna bağlayan yasal sistem, ekonomik krizin başgöstermesi, istihdam durumunun yeni iş ve işyerleri yaratılması yoluyla iyileştirilmesi düşüncelerinin belirmesiyle yerini yeni düzenlemelere bırakmıştır⁴⁴. Almanya örneğinde görüldüğü gibi, İspanya'da da iş hukukunun esnekleştirilmesi yoluyla, yüksek orandaki işsizliğin ortadan kaldırılması çabaları bu yıllarda hakim olmuştur⁴⁵. Bu amaçla gerçekleştirilen 1984 tarihli yasal değişiklik bir reform niteliği taşımaktadır.

Çalışma yaşamında dezavantaja sahip yaşlı, sakat vb. kişilerin ve işsizlerin işe girişlerini desteklemek, işverenin yeni işçi alımını teşvik etmek ve hatta kişileri işveren olmaya teşvik etmek amacını taşıyan yeni düzenlemelerle, "konjonktür tedbiri" olarak belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yapılması, işin geçici olması olgusundan bağımsız kılınmış, kolaylaştırılmıştır⁴⁶. Bununla birlikte, yasal düzenlemeye göre yine kural olanı belirsiz süreli sözleşme teşkil etmekte olup, belirli süreli hizmet sözleşmeleri;

- sözleşmenin konusunu, bir belirli eserin icrası veya bir belirli hizmetin ifasının oluşturduğu ve hizmet ediminin veya eserin yapılması ile çalışmanın da kesin olarak sona erdiği durumlarda (örneğin yapı endüstrisinde olduğu gibi süre açısından sınırlı bir işin veya hizmet ediminin ifası durumlarında),
- Özel piyasa şartları gereği, özellikle talebin artması nedeniyle teşebbüsün faaliyetinde geçici süreyle genişletme gereğinin belirmesinde (ancak bu halde sürelendirmeye 12 aylık bir zaman dilimi içerisinde en fazla 6 ay için izin verilmiştir),

⁴⁴ GROLMAN, 78, 88

⁴⁵ GROLMAN, 105

⁴⁶ GROLMAN, 79,89

teşebbüsün faaliyetlerindeki artışın sürelendirme için neden teşkil edebilmesi önceleri, işin teşebbüsün “mutad” işlerinden olmaması şartına bağlanmışken, yapılan değişiklikle bu şart kaldırılmıştır. Bu esneklik çabalarının bir sonucudur. Ancak doktrinde bu düzenleme, işletme rizikosunun işçiye yüklenmesi olarak değerlendirilmektedir⁴⁷.

- Geçici süreyle işyerinin daimi işçisinin iş başında bulunamaması ve bu süre için diğer bir işçinin işe alınması durumlarında (tipik örnekleri, analık ve hastalık izinleri sırasında izinli bulunan işçilerin yerine işçi istihdamları oluşturmaktadır) ancak bu durumda sözleşmenin sona ermesi için fesih beyanı gerekmektedir. Geçici süreyle mevcut olmayan işçinin işine dönmeyeceğinin kesinleştiği durumlarda ise sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.
- İşletmenin yeni bir faaliyete geçmesi veya faaliyet alanını genişletmesi durumlarında,
- İstihdam politikasına ilişkin sebeplerden, çalışma dairesine işsiz olarak kaydedilmiş işçilerin işe alınmaları durumlarında yapılabilir. Bu halde sözleşmenin süresi en az 6 ay, en çok 3 yıl olabilir ve sözleşmenin sona ermesi yine fesih beyanında bulunulmasına bağlıdır.

Tarım veya turizme bağlı alanlarda mevsimlik olarak ardı ardına bir kaç yıl çalışan işçilerin gelecek veya daha sonraki mevsimlerde tekrar işe alınmalarını talep hakkı yine yasa ile öngörülmüştür⁴⁸.

İspanyol Hukukunda bu konudaki bir diğer önemli düzenlemeyi belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinde işçiye çalıştığı her yıl için 12 günlük ücreti tutarında bir tazminat ödeneceğine ilişkin hüküm teşkil etmektedir⁴⁹.

8. İngiltere

İngiliz Hukuk Sisteminde belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı yasal bir düzenleme yer almamaktadır. Şüphesiz, bunda

⁴⁷ GROLMAN, 76-77 ve orada anılan yazarlar

⁴⁸ M. A. OLEA / F. R. SANIDO, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 9, N. 178

⁴⁹ STEIN / POMPE / WASKOW / ZULEGER, 50; KRONKE, 150; GROLMAN, 88; OLEA / SANIDO, N. 164-177

esasen iş ilişkilerinin örf adet hukuku çerçevesinde yürütülmesinin etkisi bulunmaktadır.

Bununla birlikte, 1978 tarihli İstihdamı Koruma Yasası'nın belirli süreli sözleşmelere bir sınırlama getirdiği söylenebilir. Yasanın 55. maddesinde yasa kapsamına giren⁵⁰ belirli süreli sözleşmelerin yenilenmemesi sözleşmenin işveren tarafından feshi halleri arasında sayılarak belirli nedenler olmaksızın, salt sürenin bitimi ile sözleşmenin sona ermesi halinde, işçinin haksız fesih halinde sağlanan işe iade veya tazminat haklarından yararlanması kabul edilmiştir. Ancak işçinin ifa ile yükümlü olduğu işin geçici nitelik taşıması veya diğer bazı özel nedenlerle sürelendirmenin haklılık taşıması durumları, yine aynı yasanın 61/1. maddesi gereği istisna teşkil eder ve sürelendirme bu hallerde geçerlidir. Yargı uygulamasında, sürelendirmenin geçerliliği konusunda dayanan esas, özel bir nitelik taşımayan bir iş için belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmak yoluyla işçinin yasal haklarından mahrum bırakılmasının önlenmesi teşkil etmektedir⁵¹.

9. Yunanistan

Yunan Medeni Kanunu'nda hizmet sözleşmesinin kural olarak belirsiz süreli olarak kurulacağı esası yer almıştır (m.669). Belirli süreli sözleşmelerin yapılması ise, belli bazı nedenlerin varlığına bağlı kılınmıştır. Buna göre; belirli süreli hizmet sözleşmesi; acil, ertelenemez işlerin yerine getirilmesi, iş yoğunluğunda geçici süreyle ortaya çıkan artışın karşılanması, kapsamı kesin olarak belli ve işletmede arızı olarak ortaya çıkan işler için yapılabilir⁵².

Bu hukuk sisteminde, sürelendirme için azami bir süre öngörülmemişse de, sözleşmenin uzatılması yasal nedenlerin bulunmasına bağlı kılınmıştır. Bu şartların mevcut olmasıyla sözleşme en çok iki kez uzatılabilmekte, ikinci kez uzatılan sürenin de dolmasıyla hizmet sözleşmesi, belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşmektedir. Aynı esaslar sözleşmenin zımnen uzatılması durumunda da geçerli bulunmaktadır (m.671).

⁵⁰ İstihdamı koruma yasası iki yıldan fazla çalışma süresine sahip işçileri ve 20'den fazla işçi çalıştıran işyerlerini kapsama almaktadır.

⁵¹ N. M. SELWYN, Selwyn's Law of Employment, London 1982, 203; KRONKE, 183; STEIN/ POMPE / WASKOW / ZULEGER, 183

⁵² KRONKE, 76-77; T. B. KANIARIS / M. SMITH, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 5, N. 126-127

Yunan Hukukunda belirli süreli sözleşmeyle çalışanlar ile belirsiz süreli sözleşmeyle çalışanlar arasında ücret ve sosyal haklar bakımından eşitlik öngörülmüş, yine işletmenin yönetimine katılma bakımından belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçilerin de hesaba dahil edileceği hükme bağlanmıştır⁵³.

10. Danimarka

Danimarka Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özel bir anlaşma bulunmadıkça hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan mahkemeler belirli süreli ve özellikle zincirleme hizmet sözleşmelerinin feshe karşı koruma hükümlerini veya işletmedeki kıdeme bağlı hakları dolanma oluşturduğu durumlarda, hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu yolunda karar vermektedir.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitiminden sonra zımnen devamı sözleşmeyi belirsiz süreliye dönüştürür. Mevsimlik ve geçici işlerde sürelendirmenin bu işlerin niteliğinden doğduğu ve geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵⁴.

11. İrlanda

İrlanda AB'ne üye ülkeler içinde belirli süreli hizmet sözleşmeleriyle ilgili hiçbir sınırlamaya yer vermeyen tek ülke konumundadır. Nitekim bu hukuk sisteminde belirli süreli sözleşmelerin yapılması neden yönünden sınırlanmadığı gibi, uzatmaların sayısına ilişkin sınırlama veya sözleşmelerin uzatılması durumunda belirsiz dönüşme gibi diğer AB üyesi ülkelerde az veya çok yer verilen sınırlamaların hiçbiri yer almamaktadır⁵⁵.

12. Lüksemburg

Lüksemburg Hukuku da belirsiz süreli hizmet sözleşmesi türünün iş ilişkilerinde kuralı oluşturduğunu kabul eden hukuk sistemleri içinde

⁵³ KRONKE, 76-77

⁵⁴ KRONKE, 52

⁵⁵ KRONKE, 79

yer alır. Özel bir anlaşma bulunmadıkça, hizmet sözleşmesi belirsiz süreli olarak kurulmaktadır. Bu hukuk sisteminde, toplu iş sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmadıkça belirli süreli hizmet sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olduğu kabul edilmiştir⁵⁶.

Lüksemburg Hukukunda, sürelendirme son yıllarda yapılan değişikliklerle nedene bağlanmış ve hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesi ancak; kısa süreli ve işletmenin alışılmış (mutad) işlerine dahil olmayan işler için mümkün kılınmıştır. Öte yandan, bu tür sözleşmelerin uzatılmasına da bir sınır getirilmiştir. Buna göre belirli süreli sözleşmeler en fazla iki kez uzatılabilecek ve toplam süre 24 ayı geçemeyecektir⁵⁷.

13. İsveç

İsveç Hukukunda, 1982 tarihli İstihdamı Koruma Yasasına göre kural olarak hizmet sözleşmeleri belirsiz süreli olarak geçerlidirler (§ 4/1). Belirli süreli hizmet sözleşmeleri ancak yasada belirtilen istisnai nedenlerin bulunması durumunda yapılabilir. Yasada belirtilen istisnai durumlar ise genel olarak işin özel niteliğinin gerektirdiği haller ile sınırlandırılmıştır (§ 5/1). Buna göre belirli süreli hizmet sözleşmeleri;

- Belirli bir süre için (medya, sanat, spor alanlarında olduğu gibi işin niteliği gereği belirli bir süreye tabi olduğu),
 - Belirli bir mevsim için (tarım ve gıda maddeleri endüstrisinde olduğu gibi),
 - Kesin sınırları belli bir iş ödevi için (sanat, araştırma alanlarında),
- yapılabilir.

Bunların dışında yasada yine; hastalık veya izin gibi nedenlerle işyerinin daimi işçisinin işi başında bulunmadığı dönemlerde bu sürede bu işçinin işinin ifası için işe alınacak işçilerle, belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılması mümkün kılınmıştır (§ 5/2).

Yasada, geçici surette artan iş yükü sürelendirme için bulunması gerekli nedenler arasında sayılmıştır. Ancak burada dolanmaları önlemek amacıyla bu tür sözleşmelere bir sınır öngörülmüştür. Buna göre; işçi aynı işveren nezdinde iki yıllık bir süre içinde toplam olarak en fazla altı ay süreyle çalıştırılabilir (§ 5/3).

⁵⁶ KRONKE, 115

⁵⁷ WALWEI / SEIDL / ULLMANN, 42

Nihayet yasada sürelendirme için gerekli nedenler arasında işçinin üç aydan uzun sürecek askerlik veya bu türden hizmet yükümüne başlayacak olması veya yaşlılık sigortası yaşına erişmiş olmasına da yer verilmiştir. İşçinin askerlik veya benzeri yüküme başlayacak olması durumunda hizmet sözleşmesi bu yükümün başlangıcına kadar sürer. Yaşlılık sigortasından yararlanma şartlarına sahip işçiler bakımından ise ikili bir ayırım yapılmış ve ilk olarak işçinin yasa gereği işten ayrılmak zorunda bulunduğu hallerde bu işçilerle sürelendirmeye cevaz verilmiş, işçinin ayrılma zorunluluğu bulunmadığı durumlarda ise sürelendirmenin geçerli olabilmesi için ilave olarak 65. yaşın doldurulmuş olması aranmıştır (§ 5/4,5).

Öte yandan 6 aya kadar süreyle deneme iş ilişkileri için de belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılması geçerli kabul edilmiştir (§ 6)⁵⁸.

İsveç Hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmesiyle işçi çalıştıran işverene bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Bunlar, genel olarak işçiye ve sendikaya karşı bildirim yükümlülüklerini içerir. İşverenin işçiye karşı olan yükümlülükleri; kararlaştırılan sürenin dolmasından sonra ilişkiye devamın arzu edilmemesine ilişkindir ve bu durumda işveren işçiye bu sürenin dolmasından bir ay önce bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Ancak bu yüküm, işçinin işveren yanında son iki yılda toplam 12 aydan fazla süreyle çalışması durumunda sözkonusudur. Yine son iki yılda toplam altı aydan fazla çalışan ve yeni sezonda işe alınmayacak mevsimlik işçiye de işveren yeni sezonun başlangıcından bir ay önce durumunu bildirmekle yükümlüdür.

İşverenin, işçinin bağlı olduğu sendikaya karşı yükümlülükleri ise; işçiye karşı bildirim yükümlülükleri kapsamında olup, sendika ve işçinin işverenle bu hususta müzakereye girişmesi imkanını verir. İşverenin bu yüküme uymamasının müeyyidesi ise tazminat borcudur. Nihayet, belirli süreli hizmet sözleşmeleri için anılan yasal şartlar bulunmaması durumunda iş mahkemesince sözleşmenin belirsiz süreli olarak kurulmuş olduğu yolunda hüküm verilmektedir (§ 36/1).

14. Avusturya

Avusturya Hukukuna göre belirli süreli hizmet sözleşmesi kural olarak geçerli olup, hizmet sözleşmesi takvim birimine göre veya objektif ve gerçekleşeceği tarih öngörülebilir nitelik taşıyan bir olaya bağlanmak

⁵⁸ A. ADLERCREUTZ, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 9, N. 140; W. DANNHAEUSER, Schweden: Befristete Arbeitsverhältnisse vor dem Hintergrund Kündigungsschutzrechtlicher Normen, RdA. 1991, Heft. 1, 37

suretiyle sürelendirilebilir. Hizmet sözleşmesinin bozucu şarta bağlı olarak kurulmasında sözleşmenin sona ereceği an önceden tespit edilemiyorsa belirsiz süreli sözleşmenin varlığı kabul edilir⁵⁹. Belirli süreli hizmet sözleşmesi özellikle sanatsal meslekler bakımından önemli olup özel bir yasada bir kısım kurallara bağlanmıştır (§ 29 SchSpG). Bu hukuk sisteminde de feshe karşı koruma hükümleri belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitimiyle sona ermesi durumunda uygulanmaz. Yine bir çok işçilik hakları belirli bir çalışma süresini gerektirir⁶⁰. Avusturya hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmesinin bir kereye mahsus olarak kurulmasında objektif haklı neden aranmamakla birlikte, zincirleme hizmet sözleşmelerinin geçerliliği objektif haklı nedenin varlığına tabidir. Yargı kararlarına göre zincirleme hizmet sözleşmelerini haklı kılacak objektif neden bulunmaması durumunda taraflar arasında belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilir⁶¹.

⁵⁹ OGH v. 15.9.1991, 9Ob A 158/91

⁶⁰ R. STRASSER, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 2, 55

⁶¹ OGH v. 15.6.1988, 9Ob A 118/88

Dördüncü Bölüm

BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

§ 10. BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. Genel Olarak Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Sürekli bir borç ilişkisi teşkil eden hizmet sözleşmesi, ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak, bir defada edimin ifası ile sona ermez. Ancak taraflar arasında yoğun ve kişisel bir ilişkinin var olduğu sürekli borç ilişkilerinin bu özellikleri ile sonsuza dek sürmesi beklenemez. Sonsuza dek bağlılık, kişisel özgürlüğe ve kişilik haklarına aykırı düşer.

Sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi; ya taraflarca edimin ifa süresinin önceden belirlenmesi durumunda kendiliğinden, yani herhangi bir hukuki işleme gerek olmaksızın veya bir hukuki işlemle gerçekleşir. Sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi konusundaki genel esaslar kural olarak hizmet sözleşmelerinde de geçerlidir. Ancak hizmet sözleşmesinin tarafları arasındaki sıkı kişisel bağlılık ve işçinin varlığının temeli olarak iş ilişkisinin önemi, hizmet sözleşmelerinin sona ermesinde önemli bazı farklılıkları beraberinde getirmiştir¹. Bu nedenle yasalarda, özellikle sosyal devlet anlayışının ve bunun bir uzantısı olarak işçiyi

¹ HUECK/NIPPERDEY, 327; SÜZEK, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 5; E. T. KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, 6

koruma düşüncesinin 20. yüzyılın iş hukuku anlayışına hakim olmasıyla, hizmet sözleşmesinin sona ermesinde sözleşme özgürlüğü kısıtlanmış ve ayrıntılı yer yer sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmiştir.

Hizmet sözleşmesi, taraflarca ifa süresinin kararlaştırıldığı durumlarda bu sürenin bitmesi, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye yolundaki anlaşması, taraflardan birinin ölümü ve sözleşmenin feshi nedenleriyle sona erer.

Hizmet sözleşmesinin sona erme nedenlerinden birini taraflarca ifa süresinin kararlaştırılmış olduğu durumlarda sürenin bitmesi oluşturmaktadır. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin karakteristik özelliğini oluşturan bu durum aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Bunun dışında, taraflar hizmet sözleşmesini anlaşarak her zaman sona erdirebilirler. Bu durum yasalarda özel olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen², Borçlar Hukukuna hakim sözleşme özgürlüğü ilkesi, tarafların sözleşmenin kurulmasında olduğu gibi sona erdirilmesinde de serbest olabilmelerini ifade eder. Öte yandan, tek taraflı fesih iradesi ile borç ilişkisinin sona erdirebilmesi imkanını tanıyan yasal sistem içerisinde tarafların karşılıklı iradeleri ile aynı sonucu elde etmeleri için bir engel düşünülemez³. Sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasının tarafların anlaşması ile sözleşmeyi sona erdirmeye etkisi bulunmaz. Öte yandan sona erdirmeye anlaşması açık olarak yapılabileceği gibi, örtülü olarak da yapılabilir⁴. Tarafların davranışlarıyla iş ilişkisini bitirmek istediklerini veya sona ermiş olarak gördüklerini açığa vurdukları durumlarda böyle bir anlaşmanın varlığından söz edilebilir. Sona erdirmeye sözleşmesinde sözleşmenin derhal sona ereceği kararlaştırılabileceği gibi ileri bir tarih de saptanabilir. Ancak sona erdirmeye sözleşmesinde sözleşmenin sona ereceği tarih hususunda açık bir hüküm bulunmaması halinde, sona erdirmeye sözleşmesinin yapıldığı gün hizmet sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmelidir⁵.

Tarafların anlaşması ile hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi fesih niteliğinde değildir ve fesihle ilgili koruyucu hükümler uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle özellikle bir zımni sona erdirmeye anlaşmasının varlığının kabulünde dikkat göstermek gerekir.

Hizmet sözleşmesinin sona ermesi nedenlerinden bir diğerini işçinin ölümü oluşturur. İşçinin ölümü ile hizmet sözleşmesi sona erer

² Mehaz İsviçre BK. nun "Alacağın tarafların anlaşması ile" ortadan kaldırılabilmesini düzenleyen 115. maddesi Borçlar Kanunumuz kabul edilirken alınmamıştır.

³ SELİÇİ, 104

⁴ HUECK/NIPPERDEY, 528; NIKISCH, 666; ATABEK, 32-33; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 147; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 239; CENTEL, İş Hukuku, 137

⁵ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 137

(BK. m. 347/1). Sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasının bir etkisi bulunmaz. İşçinin ölümü yasadan doğan ve hizmet sözleşmesine hukuki işleme gerek olmaksızın son veren bir neden teşkil eder⁶. İşverenin ölümü ise kural olarak hizmet sözleşmesini sona erdirmez. Zira hizmet sözleşmeleri genelde, işverenin şahsı nazara alınmadan yapılır. Sözleşmeden doğan hak ve borçlar işverenin mirasçılara geçer. Ancak, hizmet sözleşmesi işverenin şahsı gözönünde tutularak yapılmışsa, işverenin ölümü sözleşmeyi sona erdirir (BK.m. 347/2). Bu durumda, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması sona erme bakımından fark yaratmaz. Bununla birlikte, belirli süreli sözleşmenin süresinin bitiminden önce sona ermesi halinde, zarara uğrayacak işçi hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir (BK. m.347/3). Bu tazminatın miktarı, geriye kalan süre için işçinin alacak olacağı ücret miktarını aşamaz⁷.

Hizmet sözleşmesinin sona erme nedenlerinden en sık rastlanılanı sözleşmenin feshi beyanı ile sona erdirilmesidir. Kendiliğinden sona erme nedenlerini bünyelerinde taşımayan sürekli borç ilişkilerinin süresiz olarak devam etmesi düşünülemez. Nitekim, yasakoyucular kişilik haklarının korunması düşüncesinden hareketle, tarafların ifa süresini kararlaştırmadıkları durumlar bakımından belirli şartlarla tek taraflı olarak sözleşmeden kurtulabilme imkanı tanımışlardır⁸. Borçlar Kanunu ve İş Kanunlarında hizmet sözleşmesinin feshi, sözleşmeye derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle son veren, taraflara tek taraflı feshi bildirimi ile sözleşmeden kurtulabilme imkanı tanıyan bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan feshi bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Yasal sistemimizde taraflara tanınan feshi yetkisi, kullanılma şartları ve sonuçları bakımından feshi ihbar (olağan, bildirimli feshi) ve haklı nedenle (olağanüstü, bildirimsiz) feshi şeklinde düzenlenmiştir. Hizmet sözleşmesinin feshi ihbarı, süresi belirsiz sözleşmelerde taraflardan birinin diğer tarafa bir süre vermek suretiyle ve hiçbir neden göstermek zorunda olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmeye yolundaki yenilik doğuran hukuki işlemi ifade etmektedir (BK.m.340; İşK.m.13; Deniz İşK.m. 16; Basın İşK. m.6-7). Haklı nedenle feshi ise, belirli veya belirsiz süreli sözleşmelerde, haklı bir nedenin varlığı durumunda süre vermeksizin sözleşmeyi derhal sona erdirmeye yolundaki yenilik doğuran hukuki işlemdir (BK.m.344; İşK.m.16-17; Basın İşK.m. 11; Deniz İşK.m. 14). Her iki halde de sözleşmeyi sona erdiren bir tarafın irade beyanı olmasına karşın, feshi ihbarda kişilik haklarının korunması gereği, belir-

⁶ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 137

⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 335, N.2; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 138; E.T.KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987,9; SAYMEN, İş Hukuku, 539; ATABEK, 31; BRÜHWILER, 221 N.3; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 196

⁸ SELİÇİ, 111

siz süreli bir sözleşmeyle sınırsız bir süre bağlı kalmanın önlenmesi⁹, haklı nedenle fesihte ise sözleşme belirli veya belirsiz süreli olsun, dürüstlük kurallarına göre sözleşmeye devamı kendisinden beklenemeyecek olan tarafa bu borç ilişkisinden kurtulabilme imkanının sağlanması sözkonusudur¹⁰.

II. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Özellikler

1. Hukuki işleme gerek olmaksızın sona erme (ipso iure Beendigung)

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin karakteristik özelliğini, kural olarak hukuki bir işleme, teknik anlamda bir feshe gerek olmaksızın sürenin bitimi ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi oluşturur (BK.m.338). Bu durumda fesih bulunmadığından feshe ilişkin hukuki sonuçlar ve işçiyi koruyucu hükümler uygulanmaz. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin bu özelliği, bir yandan bu tür sözleşmelerin yapılmasının sınırlandırılmasını bir zorunluluk haline getirirken, diğer yandan bizzat belirli süreli hizmet sözleşmesi kavramının kesin kalıplar içerisinde tespitini ve bu bağlamda diğer özel hukuk borç ilişkilerinde sürenin belirlenmesinde kullanılan bazı hukuki vasıtaların hizmet sözleşmelerinde süre belirleme vasıtası olarak kabul edilmemesini gerektirir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, hizmet sözleşmesinde süre taraflarca ya doğrudan gün, hafta, ay, yıl gibi bir takvim birimi kullanılmak suretiyle belirlenebilir veya böyle bir süre görülen işin amacından anlaşılabilir (BK.m. 338). Ancak her iki halde de tarafların sözleşmenin süresinin belirlenmesi yönünde ortak iradeleri sözkonusudur. Aradaki fark ilkinde bu yöndeki iradenin açık bir anlaşmaya dayanması iken ikincisinde zımni bir anlaşmanın varlığıdır. Tüm bu hallerde hizmet sözleşmesi kararlaştırılan sürenin bitimi veya yapılacak işin ifası ile sona eder (BK.m.338).

Tarafların sözleşmenin süresini ileride gerçekleşmesi kesin ve fakat gerçekleşme anı belirli olmayan bir olaya bağlamaları da olasıdır. Ancak, gerek bu tür bir olayın gerçekleşmesine, gerekse işin amacına

⁹ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 142; SAYMEN, İş Hukuku, 550; OĞUZMAN, Fesih, 19; SELİÇİ, 132; SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 27

¹⁰ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 142; ATABEK, 36; SAYMEN İş Hukuku, 551; OĞUZMAN, Fesih, 35; ESENER, 237; SELİÇİ, 156-157; SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 16-17, Aynı yazar, Askıya Alınma, 36 vd.

bağlı olarak sürelendirilmiş hizmet sözleşmesinin varlığının kabulü, diğer şartlar yanında sözleşmenin sona ereceği tarihin bizzat belirli veya belirlenebilir nitelik taşıdığı durumlarda mümkündür. Bu tür sürelendirmelerde belirlenebilir olma ise, sözleşmenin sona ereceği anın öngörülebilir nitelik taşımamasını ifade eder. Dolayısıyla, görülen işin amacına bağlı veya ileride gerçekleşeceği kesin fakat gerçekleşme anı belirli olmayan bir olaya bağlı sürelendirmelerde sona erme anının öngörülebilir nitelik taşımaması durumunda geçerli bir sürelendirmeden, diğer bir ifadeyle belirli süreli hizmet sözleşmesinden söz edilemez. Aksi bir görüşün kabulü, belirli süreli sözleşme kavramına aykırı olduğu gibi, işçi bakımından hizmet sözleşmesinin sona ereceği an hususunda belirsizliği de beraberinde getirecektir. Bu bağlamda, hizmet sözleşmesinin sona ereceği anın öngörülebilir nitelik taşımadığı durumlarda sözleşmenin sona ermesi, kural olarak bir fesih beyanının varlığını gerektirir.

Sözleşmenin sona ermesinin ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan olaya bağlanması, diğer bir ifade ile hizmet sözleşmesinin bozucu şarta bağlı olarak yapılması durumunda, yine belirli süreli hizmet sözleşmesinden sözedilemez¹¹. Zira bu halde belirli süreli sözleşmenin kabul edilmesi için "sürenin belirli" veya "öngörülebilir" olması kıstası bulunmadığı gibi sözleşmenin yakın veya uzak bir tarihte sona erip ermeyeceği dahi kesinlik taşımamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin sona erdirilebilmesi için bir fesih beyanına gerek bulunur¹².

Öte yandan, sözleşmenin asgari bir süreye bağlanması durumunda da gerçek anlamda bir belirli süreli hizmet sözleşmesinden sözedilemez. Zira, asgari süre belirlenmesi tarafların kararlaştırılan süre zarfında sözleşmenin olağan fesih yoluyla sona erdirilmesini, olağan fesih hakkını sınırlamalarını ifade eder. Bu bağlamda asgari sürenin bitimi sözleşmeyi sona erdirmez. Mutlaka fesih beyanına ihtiyaç vardır. Asgari süre, sözleşmenin fesih beyanı yoluyla en erken sona erdirilebileceği süreyi belirleme işlevine sahiptir. Gerçekte taraflar arasındaki hukuki ilişki belirsiz süreli sözleşmeye dayanır¹³.

¹¹ OĞUZMAN, Fesih, 10 dn.33; ESENER, 134

¹² Aksi görüş: ÇELİK, 138; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku II, 908; OSER/SCHÖNENBERGER Art. 345 N.3; NIKISCH, 669; HUECK/NIPPERDEY, 531; NIKISCH, Sözleşme serbestisi prensibi gereği bozucu şarta bağlı sözleşmeleri geçerli kabul etmektedir. Ancak yazar bu türden bir sözleşmeyle tarafların sınırsız bir bağlılığı arzu etmeyecekleri varsayımından hareketle, yorum yoluyla azami süreli bir iş sözleşmesinin kabul edilmesi gerektiği belirtmektedir. Aynı görüş ULUCAN, 107, Yazar olayın gerçekte gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi objektif olarak saptanabiliyorsa bu durumda bozucu şartın sözkonusu olduğunu belirtmektedir. Ancak şart gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir durumu ifade eder.

¹³ BRENDER, 20 dn. 27; OĞUZMAN, Fesih, 10; ULUCAN, Seminer, 104; ESENER, 134

Hizmet sözleşmesi taraflarının hukuki ilişkisinin devamı bakımından azami bir süre kararlaştırmaları da olasıdır. Bu durumda ise kararlaştırılan süre zarfında olağan fesihle sona erdirilebilen dolayısıyla belirsiz süreli sözleşmelerin hukuki rejimine tabi olan, sürenin sonunda ise kendiliğinden sona eren bir hizmet sözleşmesi mevcuttur.

Hizmet sözleşmesinde sürenin bir takvim birimine bağlı olarak kararlaştırıldığı durumlarda sona erme anı belirli veya belirlenebilir niteliktedir. Ancak sözleşme süresinin görülen işin amacına bağlı olarak belirlendiği durumlarda sürenin öngörülebilir olması sürelendirmenin varlığı için gerekli bir koşul ise de, işçi bakımından amacın gerçekleştiği anın önceden tam olarak tespiti mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda belirli süreli hizmet sözleşmesinin varlığının kabulü bizzat görülen işin niteliğinden kaynaklanır. Zira, örneğin, hasta veya izinli işçinin yerine işçi alınması veya işletmede geçici olarak iş yoğunluğunun artması gibi durumlarda iş geçici nitelik taşır ve işçinin belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesi ile çalıştırılması beklenemez. Bununla birlikte, görülen işin amacına bağlı olarak sürelendirmelerde, işçinin çoğu kez gördüğü işin ilerleyişinden (örneğin bir inşaatın elektrik tesisatının yapılması için işe alınan işçi bakımından), sözleşmenin sona ereceği anı tam olarak saptayabilmesi mümkünse de, bazı durumlarda (örneğin hasta olan bir işçinin yerine onun işini yapmakla görevli olarak bir işçinin işe alınmasında) işçinin bu anı (hasta işçinin işe dönüş anını) tam olarak tesbiti mümkün olmayabilir. Bu noktada, işçinin öngörülebilir bir zaman dilimi içerisinde kalmakla birlikte herhangi bir anda sözleşmenin sona ermesi olgusu ile karşılaşabilmesi söz konusudur.

Alman Hukukunda, hizmet sözleşmesinin görülen işin amacına bağlı olarak sürelendirildiği ancak, amacın gerçekleşme anının işçi tarafından öngörülebilir nitelikte olmadığı veya amacın beklenmeyen bir anda gerçekleştiği durumlarda Federal İş Mahkemesinin eski tarihli kararlarında, asgari fesih önellerinin dolanıldığından hareketle geçerli bir sürelendirmenin mevcut olmadığı ve belirsiz süreli bir sözleşmenin varlığı kabul edilmiştir¹⁴. Bununla birlikte, Federal İş Mahkemesi 1986 tarihli kararı ile görüşünü değiştirmiştir. Federal Mahkemenin bu kararına göre, sona erme tarihi öngörülebilir nitelikte olmayan bu tür sözleşmeler, asgari fesih önellerinin dolanılması nedeniyle geçersizdir. Ancak geçersizlik sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabulünü gerektirmez. Bilakis, sözleşme asgari fesih önellerinin dolması ile sona erer. Doktrinde de benimsenen bu görüşün temelinde işçiye sağlanması gereken korumanın, kural olarak olayda dolanılan hükmün sonucundan öteye gider bir

¹⁴ BAG 17.2.1983, BGB § 620, EZA, Nr. 64

koruma sağlamasının düşünölemeyeceği prensibi yeralmaktadır¹⁵. Amacın gerçekleşmesi ve dolayısıyla sözleşmenin sona erme tarihinin işçi bakımından saptanabilir nitelikte olmaması durumunda işçiye tanınması gereken asgari fesih öneli, doktrinde işverenin genel gözetme borcuna dayandırılmaktadır¹⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki amacın gerçekleştiğine ilişkin bildirim hukuki anlamda bir fesih değildir. Dolayısıyla bu bildirimin yapılmaması sözleşmenin uzaması sonucunu doğurmaz. Sözleşme yine sona ermekle birlikte, işçiye fesih önelleri tutarında ücreti talep hakkı verir.

Şüphesiz, Alman Hukukunda amaca bağlı sürelelendirmenin geçerliğini amacın gerçekleşme anının öngörülebilir olmasına bağla-mayan Federal Mahkeme kararı bu hukuk sisteminin kendi yapısı içerisinde tutarlıdır¹⁷. Bununla birlikte, sözleşmenin sona erdirilebilmesi için yasal nedenlerin aranmadığı ve işe iade kurumunun kabul edilmediği bir hukuki sistem içerisinde, işverenin belirsiz süreli sözleşmeyi her zaman feshedebilme hakkının varlığı dikkate alındığında, sona ereceği an öngörülebilir nitelikte bulunmayan, bu konuda tamamiyle bir belirsiz-liğin hakim olduğu sözleşmelerin belirsiz süreli kabul edilmesi yerinde olacaktır. Bununla birlikte, Alman Hukukunda kabul edilen ve doktrinde de¹⁸ benimsenen bu esasın Türk Hukukunda uygulanması, sözleşmenin sona ereceği anın öngörülebilir nitelikte olmasına rağmen, amacın bu süreden önce gerçekleşmesi veya amacın gerçekleşme anının tam olarak saptanamadığı durumlar bakımından düşünölebilir.

Mevzuatımızda belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi konusunda özel bir hükme Deniz İş Kanununun 7. maddesinde yer verilmiştir. Maddede belirli bir süre için yapılmış hizmet sözleşmesinin bu sürenin bitiminde sona ereceği belirtilerek Borçlar Kanununun 338. maddesindeki kural tekrarlanmış, sözleşmenin geminin seyir halinde iken sona ermesi ihtimalinde ise, sözleşmenin geminin ilk limana varmasına ve güvenlik altına alınmasına kadar devam edeceği kabul edilmiştir. Maddede belirli sefer için yapılmış hizmet sözleşmesinin sona erme anı da özel olarak belirtilmiş ve bu takdirde sözleşmenin,

¹⁵ HILLEBRECHT, § 620 RdNr.64; Aynı durum sözleşmenin sona ermesinin gerçekleşmesi kesin ancak ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir olayla tespit edildiği hallerde de sözkonusudur, BRENDER, 58; Fransız Hukukunda da işçinin başka bir işçinin işini yerine getirmekle görevli olarak belirli süreli hizmet sözleşmesiyle işe alındığı ancak sürenin sözleşmede kesin olarak belirlenmediği durumlarda, işverenin sözleşmenin sona ermesi için bildirimde bulunma yükümlölüğu mevcuttur. (SUR, "Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Düzenlenmesi", 757)

¹⁶ HUECK/NIPPERDEY, 416, 533; MünchKomm/SCHWERTNER, BGB § 620 RdNr.49,73; SCHAUB, 207; BÖHM/BÖRGMANN, 14; SCHWEDES, 135; Aynı yönde bak. ULUCAN, Seminer, 105

¹⁷ Bu konuda bak. yuk. § 2, III, 2,b

¹⁸ ULUCAN, Seminer, 105

sözleşmede yazılı seferin sonunda geminin vardığı limanda yükünü boşaltmasıyla sona ereceği belirtilmiştir.

a. Hizmet sözleşmesinin susma (sukut) ile yenilenmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, belirli süreli hizmet sözleşmesi kural olarak sürenin dolması ile fesih bildirimine gerek olmaksızın sona erer. Ancak sözleşme süresinin dolmasına rağmen tarafların iş ilişkisini sürdürmek istemeleri de olasıdır. Bu bağlamda, taraflar iş ilişkilerini değişen koşullara göre düzenleyebilecekleri gibi, yeni bir düzenleme yapmaksızın işçi bakımından çalışmaya ve işveren bakımından da çalıştırılmaya devamlı sürdürülebilir.

BK.m. 339/I ikinci fıkrası yani sözleşme süresinin bitimine rağmen hukuki ilişkinin susarak (zımnen) devam ettirilmesi halini düzenlemektedir. BK.m. 339/I'e göre "muayyen bir müddet için yapılan hizmet akdi bu müddetin müddetinden sonra her iki tarafın sükutu ile temdit edildiği takdirde, akit aynı müddet ve fakat bir yıl için tecdit edilmiş sayılır".

aa. Hukuki niteliği

Doktrindeki baskın görüş; BK.m.339/I uyarınca işçi ile işverenin ilişkiye devam etmeleri durumunda yeni bir hizmet sözleşmesinin oluştuğu yönündedir¹⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, burada teknik anlamda yenileme müessesesinin varlığından ve dolayısıyla yeni bir sözleşmenin oluşmasından söz etmek mümkün değildir. Zira, BK.m. 114'de düzenlenen tecdit (yenileme) mevcut bir borcun ortadan kaldırılarak yerine yeni bir borcun meydana getirilmesini kapsayan hukuki işlemdir. Tecdit mutlaka eski ve yeni iki borcun varlığını gerekli kılar ve borç ancak yerine yenisini koymak maksadı ile tecdit edilir. Eski ve yeni borçlar arasında hukuki sebep veya muhteva bakımından farklılık olmaması halinde tecdit söz konusu olmayacağı gibi, sözleşmenin süresinin uzatılması da tecdit değildir. Ayrıca tecditin en önemli özelliğini borçlunun yeni bir borç meydana getirmek suretiyle eski edimini yerine getirmeksizin borcundan kurtulması oluşturur²⁰.

¹⁹ SAYMEN, 547; OĞUZMAN, 112; EKONOMİ, 164; ULUCAN, Seminer, 108

²⁰ F.H.SAYMEN/H.K.ELBİR, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler C.II, İstanbul 1958, 858 vd.; F.FUNK, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, İstanbul 1938, 181; S.REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988, 331-332; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTÖP,

Dolayısıyla BK.m. 339'da yer alan sukut ile tecdit müessesesi, BK.m.114'de düzenlenmiş bulunan tecditten tamamiyle farklı bir nitelik taşır. BK.m.339'da düzenlenen durumlarda konu, muhteva ve taraf bakımından eski ve yeni olmak üzere iki ayrı borç söz konusu olmayıp, tek bir borç mevcut olduğu gibi, burada taraflarca amaçlanan eski borcun yeni borç ile sona erdirilmesi değil, borç ilişkisinin sona erdirilmemesi, devam ettirilmesidir. Bu bağlamda sözleşmenin tecditi değil, temditi "uzatılması"ndan söz etmek yerinde olacaktır²¹.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesinin zımnen yenilenmesine ilişkin değişik 334/II. maddesine (eski 346²², sonraki değişiklikte 335/II) göre, belirli süreli iş ilişkisi kararlaştırılan sürenin sona ermesinden sonra zımnen devam ettirilirse, belirsiz süreli iş ilişkisi olarak geçerli olur. Sözleşmeye devam yeni bir sözleşmenin bağitlanmasına değil belirsiz süreli iş ilişkisine dönüşmeye dayanır²³.

Alman Medeni Kanunu'nun konuyu düzenleyen § 625 hükmü de aynı yöndedir. AMK § 625'de hizmet ilişkisinin hizmet yükümlüsü tarafından diğer tarafın bilgisi dahilinde devam ettirilmesinin, ilişkinin uzaması sonucunu oluşturduğu kabul edilmiştir.

Mevzuatımızda ise bu yönde bir hükme Deniz İş Kanununun 8. maddesinde yer verilmiştir. Maddeye göre; belirli bir süre veya sefer için yapılmış olan hizmet sözleşmesinin sonunda gemiadamı, işveren veya işveren vekilinin muvafakatiyle işe devam ederse hizmet sözleşmesi uzatılmış sayılır.

Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1988, 1325 vd.; S.OLGAÇ, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, İstanbul 1969, 895 vd.

²¹ F.N.FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, İstanbul 1977, 434; OĞUZMAN, Hizmet "İş" Akdinin Feshi adlı eserinde (11) yeni bir sözleşmenin oluştuğunu savunmakla beraber Borçlar Hukuku adlı eserinde BK. m. 339 anlamında tecditin borcu sona erdirmeyip devam ettirdiğini belirtmektedir. Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1987, 4. bası, 341; H.HATEMİ'de söz konusu maddeye ilişkin açıklamalarında sözleşmenin uzatılmasından söz etmiştir. HATEMİ / SEROZAN/ ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 328-329; SELİÇİ, kanunun tarafların davranışlarına sözleşmenin yenilendiği sonucunu bağlamasının Roma Hukukunun kalıntısı olarak görüldüğünü, bu hukuk sisteminde borcun kapsamının değiştirilmesinin kural olarak eski borç ilişkisinin ortadan kaldırılması ve yerine değişik kapsamı ile yeni bir borç ilişkisinin alınması ile yani "yenileme" ile mümkün olduğunu, ifa zamanının değiştirilmesinin de aynı şekilde ancak yenileme yolu ile yapılabildiğini, oysa bugünkü hukuk sistemi içerisinde bir borç ilişkisinin şartlarının ilişkinin niteliğini kaybetmeden değiştirilebileceği gözönüne alınınca ve normal olarak tarafların da isteklerinin "aynı borç ilişkisinin" aynı şartlarla uzatılması olduğu düşünüldüğünde, davranışlarına "yenileme" hukuki sonucu bağlamanın tabii hayat görüşüne uzak, yabancı kaldığını belirtmektedir. Bununla birlikte yazar kanunun lafzına bağlı kalmakta ve yeni bir sözleşmenin oluştuğunu savunmaktadır. (78-80)

²² İsviçre Borçlar Kanunu m. 346'da 1972 yılında yapılan değişiklikten önce, belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin sona ermesinden sonra taraflarca ilişkiye zımnen devam edilmesinden (fortsetzung) bahsedilmekle birlikte, buna yenileme (erneuerung) sonucu bağlanmıştır.

²³ REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1993, 109, Aynı yazar Berner Kommentar Art. 334 N.11; BRÜHWILER- Art. 335, N. 5

BK.m.339/I'e sözleşmenin uzaması sonucunun bağlanmasıyla, zincirleme hizmet sözleşmelerine ilişkin görüşün (hakkın kötüye kullanılması görüşünün) uygulama alanının daralmayacağı da belirtilmelidir. Ancak hakkın kötüye kullanılması bu durumda sadece ardı ardına veya arada belirli fasılalarla bağlanmış sözleşmelerde değil, sözleşmenin zımnen uzatılması ile gerçekte tek bir sözleşme bulunması durumunda da uygulanacak ve sözleşmenin belirli süreli olarak uzatılmasını haklı kılan objektif neden bulunmadıkça hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilecektir.

bb. Şartları

BK.m.339/I'in uygulanabilmesi için her şeyden önce sözleşme süresinin bitmesine rağmen edimleri fiilen ifaya devam, yani işçinin işgörmeye işverenin de çalıştırmaya devamı söz konusu olmalıdır. Kuşkusuz bu fiili durumun sözleşmenin uzaması sonucunu doğurabilmesi çalışmanın işverenin bilgisi dahilinde gerçekleşmesini gerektirir²⁴. Sözleşme süresinin bitmesine rağmen işverenin bilgisi olmaksızın işçinin çalışmaya devamı sözleşmenin uzaması sonucunu doğurmaz. Ancak şüpheli durumlarda hayatın olağan akışı içerisinde çalışmanın işverenin bilgisi dahilinde gerçekleştiğinin kabulü yerinde olacaktır²⁵.

BK.m.339/I'in uygulanabilmesi için her iki taraf bakımından sözleşmeye devam niyetinin bulunması gerekli bir unsur olup olmadığı ise, hükmün bir kanuni faraziye mi yoksa bir kanuni karine mi içerdiğinin saptanması ile farklı sonuçlara götürecektir. BK.m.339 kanaat verici davranışa hukuki sonuç bağlayan bir hüküm olarak değerlendirildiğinde, kanuni bir faraziyenin varlığından söz etmek gerekir. Bu takdirde taraf iradelerinin önemi bulunmaz. Hukuki sonuç tarafların bu sonucu istemeleri ile değil, fakat kanun gereğince, kanunun bir davranışı çevreleyen şartları da dikkate alarak objektif olarak belirli bir biçimde değerlendirmesi dolayısıyla yürürlük kazanmaktadır²⁶.

Alman Hukukunda MK. § 625 hükmünün bir yasal faraziye teşkil ettiği görüşü hakimdir²⁷. Buna göre sözkonusu madde hükmü bir yorum kuralı değil, bilakis bir yasal hukuki sonuç düzenlemesi içermektedir²⁸.

²⁴ Y 9HD; 27.10.1987, 9178/0640, Tekstil İşveren D.Ekim 1988 ve K.TUNÇOMAĞ'ın İncelemesi için bak. Değerlendirme 1988, 75-76

²⁵ ÇELİK, Değerlendirme 1988, 123-124

²⁶ FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschaef, 3. bası, 1970, 117

²⁷ HUECK/NIPPERDEY, 531; NIKISCH, 677; FLUME, 117

²⁸ LARENZ, II, 1986, 331

Dolayısıyla AMK § 625'in uygulanabilmesi için gerçekte tarafların hizmet ilişkisinin devam ettiği yolunda zımni iradelerinin varlığına işaret eden durumların bulunması gerekmez. Ancak hükmün yasal faraziye olarak nitelendirilmesi, kanunun salt tarafların belirli davranışlarına irade açıklaması etkisi tanıyarak öncelik vermiş olmasını ifade etmez. Bilakis iş ilişkisinin devam ettirilmesi yasal faraziye gereği kanaat uyandırıcı davranış vakıası teşkil eder. Düzenleme, iş ediminin işçi tarafından işverenin bilgisi ile devam ettirilmesi durumunda kural olarak tarafların iş ilişkisinin uzatılması yönünde zımni iradelerinin bulunduğu görüşünden hareket eder²⁹. Şüphesiz bu görüşün kabulünde, iş ilişkisinin zımnen devam ettirilmesi durumunda uzama sonucunun doğabilmesi için yasada taraflarca bunun derhal (gecikmeksizin) reddedilmemesi şartının öngörülmesi olmasının etkisi bulunmaktadır.

Hukukumuzda ise BK. m.339'un tarafların ilişkiyi sürdürme hususundaki zımni irade beyanlarına dayandığı kabul edilmektedir³⁰. Bu görüş taraftarlarına göre; tarafların susarak ilişkiyi devam ettirmeleri, hukuki ilişkiyi sürdürmeleri konusunda iradelerinin varlığına karine teşkil eder. Kanun burada bir yorum yapmakta ve güven teorisi çerçevesinde bilerek susma ve karşı koymaksızın sözleşmeye devamdan şüphe halinde tarafların ilişkiye devam hususunda anlaştıklarını çıkarmaktadır. Ancak, taraflardan biri, somut olayda davranışının karşı tarafça bilinen hal ve şartlara göre dürüstlük kuralı gereğince, ilişkiyi sürdürme anlamına gelmeyeceğini ispat ederse, kanunen kabul edilen sonucu bertaraf edebilmelidir. Taraflar kanunun davranışlarına bağladığı hukuki sonuca, buna karşı iradelerini açıklayarak engel olabilirler. Bu irade açıklaması, borç ilişkisini sona erdiren bir beyan değildir. İlişkinin sona ermesi, sürenin geçmesi nedeniyle olmaktadır. Bu beyanın içeriği, sürenin geçmesine rağmen, ilişkiyi sürdürme davranışının yenileme anlamına gelmeyeceği ve sürenin bitmesi ile sürekli edimin kendiliğinden sona erme sonucunun geçerli olduğudur. Ancak, herhalukarda ilişkinin devamına karşı çıkma ifa süresinin geçmesiyle gecikmeksizin yapılmalıdır³¹.

Görüldüğü gibi Alman Hukukunda da esasen yasanın zımni iradelerin bulunduğundan hareket ederek hukuki sonucu düzenlediği ileri sürülmekteyse de hükmün yasal faraziye içerdiği kabul edilerek, aksinin ispatlanması ve bu arada hataya dayanılması mümkün görülmemektedir.

²⁹ HILLEBRECHT, § 625 BGB, Rdnr 4,5; STAUDINGER/NEUMANN, § 625 BGB, Rdnr.6

³⁰ SAYMEN, 547; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 240, 396, SELİÇİ, 76; 567; İsviçre Hukuku için bak. BECKER II, Art.346. m.5; von TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zurich 1942, § 21, 7; Aksi Görüş: EKONOMİ. İHD. cilt III, 1993

³¹ SELİÇİ, 77 vd.

Kanımca yasanın tarafların susarak ilişkiyi devam ettirmeleri durumunda bu davranışları ile sözleşmeyi devam ettirmek yolunda zımni irade beyanlarının varlığından hareket ettiğinin, dolayısıyla kanuni bir karinenin varlığının kabulü taraf menfaatlerine daha uygun görünmektedir. Alman Hukukunda kabul edilen faraziye görüşü öncelikle bizzat yasanın lafzından çıkarılabilmektedir. Yasa, hizmet ilişkisinin süresinin bitiminden sonra hizmet yükümlüsü (işçi) tarafından devamına sözleşmenin zımnen uzatılması sonucunu bağlarken bunu diğer tarafça (işverence) derhal itiraz edilmemesi şartıyla kabul etmiştir³². Dolayısıyla, yasada işverene bir itiraz hakkı öngörülmüş ve gecikmeksizin yapılan bir itiraz ile hukuki sonucun bertaraf edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu zaman zarfında yapılmayan bir itirazın sonucu ise, sözleşmenin zımnen uzatılmış olmasıdır. Bu bağlamda faraziye sonucunun kabulü maddenin lafzına uygundur. Dolayısıyla, BK. m.339'un yasal karine düzenlediği ve tarafların belirli şartlarla bu sonucu bertaraf edebilmelerinin kabul edilmesi taraf menfaatlerine uygun düşecektir. Taraflar kanunun davranışlarına bağladığı hukuki sonuca ancak buna karşı olan iradelerini açıklayarak engel olabilirler. Bu ise hizmet sözleşmesinin bitmesinden evvel veya sözleşmenin sona erdiği tarihte sözleşmeye devam etme niyetinin bulunmadığı yönünde açık bir irade beyanı ile yapılabileceği gibi, sözleşme sona erdikten sonra işveren bakımından işvermeme işçi bakımından da çalışmama şeklinde zımnen de olabilir. Bunun yanısıra, sözleşme süresinin bitmesinden sonra edimlerin fiilen ifasına rağmen, sözleşmeyi yenileme iradesinin bulunmadığından sözetmek, ancak pek sınırlı hallerde mümkün görülebilir. Zira, sözleşmeye devam maddi bir olgu teşkil etmektedir. Artık bunun uzatılmadığından gerçekte uzama niyetinin bulunmadığından, ancak mücbir sebep gereği, sözleşmenin uzamaması yönünde bir irade beyanında bulunmanın mümkün olmadığı (örneğin işverenin hastalığı nedeniyle) durumlarda sözedilebilir. Bu hallerde de ilişkinin devamına karşı çıkma gecikmeksizin yapılmalıdır. Karşı çıkma gecikerek yapılmışsa, bunu ileri süren tarafta ilişkiyi sürdürme iradesi bulunmasa bile, davranışına aykırı iradesi dikkate alınmamak gerekir. Zira, sözleşme süresinin dolmasından sonra her iki tarafın bilgisi dahilinde devam edilen bir hukuki ilişkide, ilişkiyi sürdürmenin uzatma anlamına gelmeyeceği yolunda bir irade açıklamasına mutlak bir değer tanımak öncelikle hukuk güvenliğini sarsar.

Öte yandan sözleşme süresinin bitmesine rağmen işverenin sırf yardım amacıyla (işçinin yeni bir iş bulmasına kadar) işçiyi çalıştırmaya devam etmesi veya işçinin henüz yerine alınacak kişi gelmediği için çalışmaya devam ettiği durumlarda esasen uzama niyetinin bulunmadığı

³² Doktrinde bu yöndeki bir itirazın yapılabileceği süre konusunda AMK'nun kira sözleşmesine ilişkin § 568 hükmünde yer alan iki haftalık sürenin kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. (ERMAN/HANAU, BGB § 625 RdNr 6)

ve iş ilişkisinin uzamadığından sözedilemez, zira uzama maddi bir vakıa olarak gerçekleşmektedir³³. Bu durumda, herhangi bir uyuşmazlık çıktığında BK. m.339/I'deki karinenin aksinin ispatı söz konusu olacaktır. Sözleşme taraflarının ilişkiye zımnen devamla sözleşmeyi yasal süre kadar uzatmak isteyip istemedikleri taraf iradelerinin, somut durumun şartlarının değerlendirilmesi ile tespit edilebilir³⁴. Dolayısıyla, BK. m. 339/I'in sözleşmenin zımnen uzatılması sonucunu düzenlediği kabul edildiğinde, yukarıdaki örneklerde yasal karinenin aksinin ispatı ancak uzatılan sürenin uzunluğuna ilişkin olabilir.

cc. Süresi

BK.m. 339/I belirli süreli sözleşmenin süresinin dolmasından sonra tarafların susarak ilişkiyi devam ettirmeleri durumunda sözleşmenin aynı süre ve nihayet bir yıl için yenilenmiş sayılacağını hükme bağlamıştır. Buna göre; hizmet sözleşmesi bir yıldan az bir süre için yapılmış olursa, uzatılan süre de ilk kararlaştırılan süre kadar olacaktır. Hizmet sözleşmesinin bir yıldan fazla bir süreyi içermesi durumunda ise, uzatılan süre ancak bir senelik bir süre olacaktır³⁵.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilk şeklinde (m.346) sözleşmeye zımnen devam edilmesine bağlanan hukuki sonuç aynı süre ve fakat en çok bir yıl için yenilenmiş sayılma iken 1972 yılında yürürlüğe giren değişiklikle sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmesi kabul edilmiştir (m.334). Esasen belirli süreli sözleşmelerin zincirleme sözleşmelere ilişkin görüşün kabulüyle engellenmesi çabaları da İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliğin yerindeliğini göstermektedir.

Nitekim, Alman Hukukunda da İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve AMK § 625'de sözleşmeye zımnen devam edilmesine belirsiz süreyle uzama sonucu bağlanmıştır.

³³ Bak ve karşı. ULUCAN, Seminer, 108, TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 194

³⁴ Ayrıca bak. REHBINDER, Berner Kommentar Art. 334 N.11; BECKER, Art. 346, N.3

³⁵ Deniz İşK. m.8'e göre hizmet sözleşmesinin uzama süresi, sözleşmenin belirli bir sefer için yapıldığı durumlarda yeni sefer süresi, belirli bir süre için yapıldığı durumlarda ise, ilk sözleşme süresi kadar olacaktır.

b. Sözleşmenin irade beyanında bulunmama yoluyla yenilenmesi

Belirli süreli hizmet sözleşmeleri kural olarak sürenin bitiminde feshe gerek olmaksızın sona ermekle birlikte, taraflarca sözleşmenin sona erdirilmesinin bir irade açıklamasına bağlanması da mümkündür. Nite-kim BK.m.338'de bu esas belirtilmiş ve aksi kararlaştırılmadıkça belirli süreli hizmet sözleşmelerinin feshi ihbara gerek olmaksızın kararlaştırılan sürenin bitiminde sona ereceği hükme bağlanmıştır. Yine BK.m.339/II'de tarafların sözleşmeyi feshi ihbarla sona erdirmeye hakkına sahipken iki taraftan hiç birinin ihbarda bulunmaması durumunda sözleşmenin yenilenmiş sayılacağı esasına yer verilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, BK.m.339/II'nin kapsamına giren hallerle, azami ve asgari süreli hizmet sözleşmelerinin birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Belirli süreli sözleşmede tarafların sözleşmenin sona ermesine ilişkin irade beyanında bulunma yükümü iki şekilde ortaya çıkabilir. Taraflar sözleşmenin sona ermesi için belirli bir tarihi öngörebilirler. Ancak bunun yanı sıra bu tarihten önceki herhangi bir zamanda sözleşmenin fesih beyanı ile sona ermesini mümkün kılabilirler ki, bu hal-de azami süreli sözleşme mevcuttur. Böyle bir durumda, kararlaştırılan sürede sözleşme herhangi bir irade açıklamasına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Ancak, kararlaştırılan süreden önce sona erdir-me bir irade açıklamasını, fesih beyanını gerektirir³⁶.

İkinci bir olasılıkta ise, taraflar sözleşmede sona ermeye ilişkin bir süre kararlaştırmakla birlikte sözleşmenin uzatılabilmesi ihtimalini dikkate alarak, kararlaştırılan sürenin bitiminde sona ermesi için belli bir süre önce bildirimde bulunma şartı getirebilirler. Bu bildirim, esasen sözleşmenin kararlaştırılan sürenin bitiminde sona ereceğine, uzatılmayacağına ilişkin olup, bildirimin yapılmaması sözleşmenin uzaması sonucunu doğurur.

BK.m.339/II hükmü salt bu ikinci durumu düzenlemektedir. Belirtmek gerekir ki, BK.m.339'da her ne kadar fesih deyimine yer verilmişse de burada sözkonusu olan teknik anlamda fesih beyanı olmayıp, yenilememe (uzatmama) bildirimidir. Beyanın yapılması ile sözleşme yine kararlaştırılan sürenin dolması ile sona erer. Beyanın etkisi ise sözleşmenin yenilenmemesi (uzamamasıdır)³⁷. BK.m.339/II'de öngörü-

³⁶ Azami süreli sözleşme kararlaştırılan süreden önce belirsiz süreli sözleşme hükümlerine tabidir. Bununla doğal sonucu tarafların ihbar önelleri ve diğer yasal sınırlamalara tabi olmasıdır.

³⁷ SAYMEN, 548; ULUCAN, Seminer, 110; GÜZEL, Değerlendirme 1993, 61; NARMANLIOĞLU,

len bildirimin teknik anlamda fesih bildirimi olmamasının sonucu ise tarafların bu yolda yaptıkları anlaşmada bildirim önelleri ve diğer feshe ilişkin yasal sınırlamalarla bağlı olmamalarıdır.

Yargıtay'ın 1996 tarihli bir kararına³⁸ konu olayda, belirli süreli hizmet sözleşmesinde taraflardan birinin bir ay önce bildirimde bulunmak suretiyle her zaman fesih bildiriminde bulunabileceği hükmü yeralmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında azami süreli hizmet sözleşmesi mevcuttur. Yine sözleşmede yer alan ve sözleşme süresi sonunda taraflarca uzatılmadığı takdirde, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin hüküm de dikkate alınarak Yüksek Mahkeme sözleşmenin süre sonunda kendiliğinden sona erdiğine ve fesih beyanında bulunulmamasının sözleşmenin uzaması sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir. Gerçekten, yukarıda da belirtildiği gibi, azami süreli hizmet sözleşmeleri bu bağlamda BK.m.339/II'de düzenlenen ve uzatmama koşulu içeren hizmet sözleşmelerinden ayrılırlar. BK.m.339/II'de düzenlenen durumlarda taraflar hizmet sözleşmesinin uzamamasını bir bildirim koşuluna tabi tutmuşken, azami süreli sözleşmede kararlaştırılan süreden önceki sona erdirmeye bir fesih beyanına bağlıdır. Kararlaştırılan sürenin sonunda sözleşme kendiliğinden sona erer. Bu tarihten sonra tarafların ilişkiyi susarak devam ettirmeleri ise, sözleşmenin BK.m.339/II değil, BK. m.339/I gereği uzaması sonucunu doğurur.

Öte yandan, BK.m.339/II hükmü asgari süreli sözleşmelere ilişkin de değildir. Gerçekten, asgari süreli sözleşmeler taraflarca devamı belirli bir süre ile garanti altına alınmış sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde kararlaştırılan süre zarfında tarafların olağan fesih hakkı bulunmaz. Fesih bildirimi en erken kararlaştırılan süre için yapılabilir. Gerçekte, taraflar arasında kararlaştırılan sürede sözleşmenin sona erdirilebilmesi bakımından belirsiz süreli iş ilişkisi mevcuttur. Fesih bildiriminin yapılmaması durumunda sözleşmenin uzamasından sözedilemez. Zaten mevcut iş ilişkisi başta öngörülen fesih sınırlaması olmaksızın belirsiz süreli olarak devam eder³⁹.

Dolayısıyla, BK.m.339/II hükmü sözleşmenin kararlaştırılan sürede sona ermesi, uzamaması için belirli bir süre önceden bildirimde bulunma şartı öngören sözleşmelere ilişkindir.

241; ESENER, Bk. m. 339/II'de düzenlenen bu durumu belirli süreli sözleşmenin feshi olarak nitelendirmektedir. (214)

³⁸ Y 9HD, 25.3.1996, E. 1995/31346, K.1996/6089, İşveren D. Eylül 1996, 17

³⁹ Ayrıca bak. ve karşı. OĞUZMAN, Fesih, 14; ULUCAN, 110; OSER/SCHÖNENBERGER Art.346 N.5 Sonucu yazar mehz İsviçre BK. m. 346/II hükmünü asgari süreli sözleşmeleri düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirmiştir. Ancak yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda maddenin bu yöndeki yorumunun mümkün olmadığı görüşündeyiz.

aa. Hukuki niteliği

BK.m.339/II hükmünde yine I. fıkrada olduğu gibi, tecdit (yenileme)'den bahsedilmişse de gerçekte burada da uzamanın sözkonusu olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Bu hususta BK.m.339/I'e ilişkin yukarıdaki açıklamalarda belirtilen ve madde hükmünün BK. m.114'de düzenlenen hukuki anlamda tecdit müessesesinden tamamıyla farklı bir hukuki kavram olmasının yanı sıra, diğer bir özellik daha ortaya çıkmaktadır. Herşeyden önce, uzatmamaya dair beyanın (yasanın deyimiyle fesih beyanının) yapılmaması sözleşmesinin sona ermesini önler ki, sona ermeyen bir sözleşmenin yenilenmesinden, diğer bir ifadeyle yeni bir sözleşme oluşmasından sözedilemez⁴⁰.

bb. Şartları

Doktrinde, BK. m. 339/II hükmü gereği sözleşmenin uzatılması (yenilenmesi) için taraflarca öngörülen sürede sözleşmenin uzatılmayacağı yönünde bildirimin yapılmamış olması yeterli görülmekte ve bu yönde iradelerinin aranmayacağı belirtilmektedir⁴¹. Dolayısıyla, BK. m. 339/II hükmünün bir yasal faraziye içerdiği kabul edilmektedir. Ancak, burada da hükmün bir yasal karine içerdiğinin kabulü taraf menfaatlerine uygun düşecektir. Maddenin her iki fıkrasına farklı hukuki nitelikler bağlanması mümkün görünmemektedir.

cc. Süresi

Borçlar Kanunu'nun 339/I. maddesinde sözleşmenin susmayla yenilenmesi durumunda buna ilişkin bir süre öngörülmüş olmakla birlikte, bildirimde bulunmama suretiyle yenilenme durumuna ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Doktrindeki baskın görüş bu halde sözleşmenin aynı süre ve önceki sözleşme koşullarıyla yenilendiği yolundadır⁴².

⁴⁰ OĞUZMAN, Fesih, 14 dn.48

⁴¹ TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, 910; BECKER, Art. 346 N.4

⁴² OĞUZMAN, Fesih, 15; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 139; SAYMEN, İş Hukuku, 548; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 194; NARMANLIOĞLU, 241; OSER / SCHÖNENBERGER, 346 N.5

Yargıtayın 1995 tarihli bir kararında ise, karar metni açık olmakla birlikte, belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinin altı ay önceden bildirimde bulunma şartına bağlandığı olayda, bu bildirimin yapılmaması nedeniyle sözleşmenin, ilk sözleşme süresi olan üç yıl değil, bir yıl için yenilendiği kabul edilmiştir⁴³.

İsviçre BK.nda yapılan 1972 değişikliği ile sözleşmenin bu durumda belirsiz süreli uzatılmış bir iş ilişkisi olarak geçerli olacağı kabul edilmiş (m.335/3), 1989 değişikliğinde ise sözkonusu fıkra gereksiz görülerek tamamiyle kaldırılmıştır.

2. Hukuki işlemle sona erme

a. On yılı aşan belirli süreli hizmet sözleşmelerinde olağan fesih imkanı

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin karakteristik özelliğini kararlaştırılan süre zarfında kural olarak olağan fesih hakkının bertaraf edilmiş olması oluşturmakla birlikte, BK.m.343'de bu kurala bir istisna tanınmış ve bir tarafın yaşadığı sürece veya on seneden fazla bir süre için yapılmış hizmet sözleşmelerinin belirli şartlar altında, sürenin bitiminden önce sona erdirilebilmesi imkanı kabul edilmiştir.

Hükmün kabul edilmesindeki temel gaye, kişisel özgürlüğün korunmasıdır. Gerçekten, tarafların sözleşmeyle belirli bir süreden daha fazla bağlı kalmaları kişisel özgürlüğün ve bununla bağlantılı olarak ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlandırılmasını teşkil eder. Diğer yandan böyle bir durum sosyal politikaya ilişkin sebeplerden de uygun görülmez⁴⁴.

BK.m.343'de dikkati çeken özellik, uzun süreli hizmet sözleşmelerinde kişisel özgürlüğün korunması düşüncesinin sadece işçi bakımından dikkate alınmasıdır. Madde hükmünde; hizmet sözleşmesinin bir tarafın yaşadığı veya on seneden fazla bir süre için yapıldığı durumlarda işçiye, sözleşmeyi on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık ihbar öneline uymak şartıyla tazminat vermeksizin fesih hakkı tanınmışken, işverene bu yönde bir hak tanınmamıştır.

⁴³ Y 9HD., 28.2.1995, E. 1994/16836, K. 1995/6017, Tüba/İlÇB: 1023-12.6.1995

⁴⁴ HILLEBRECHT, BGB § 624 RdNr.1; SELİÇİ, 141; Ayrıca bak. OĞUZMAN, Fesih, 161; SAYMEN, 418; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku II, 920; BRÜHWILER, Art. 336 N.1; ERMAN/KÜCHENHOFF, BGB § 624 RdNr.1

Benzer bir hüküm içeren AMK § 624'de de hizmet sözleşmesini istisnai nitelikteki fesih hakkı beş yılın dolmasından sonra sadece işçiye tanınmışken, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun değişik 334/III. maddesinde fesih hakkının en erken kullanılabileceği süre olarak on yıl korunmuş ancak bu hak her iki tarafa da tanınmıştır.

Belirtmek gerekir ki, BK.m.343'de öngörülen fesih hakkı emredici nitelik taşır. Bu bağlamda işçinin kişisel özgürlüğünün korunması düşüncesi irade serbestisinden daha ağır basmaktadır. Tarafların anlaşma ile feshi bertaraf edebilmeleri mümkün değildir⁴⁵. Bununla birlikte BK. m.343 hükmü salt tek taraflı olarak işçinin korunmasına yönelik bir hüküm olduğundan, taraflarca sürenin uzatılması mümkün olmadığı halde kısaltılması mümkündür⁴⁶.

BK. m.343 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle hizmet sözleşmesinin "bir tarafın yaşadığı müddetçe" yahut "on seneden fazla için" yapılmış ve on senenin dolmuş olması gereklidir. Burada öncelikle yaşam süresine bağlı olarak yapılan sözleşmelerin belirli bir süreyi içerip içermedikleri, diğer bir ifade ile belirli süreli sözleşme niteliğinde olup olmadıkları tartışılabilir. Belirli süreli sözleşme kavramının incelenmesi sırasında da belirtildiği gibi⁴⁷, sözleşmenin herhangi bir zamanda sona ereceğinin bilinmesi, salt gelecekteki herhangi bir tarihte son bulacağının kararlaştırılması belirli süreli sözleşmenin varlığının kabulü için yeterli değildir. Sürelendirmenin varlığı, sözleşmenin sona erme anının belirli veya öngörülebilir olmasını gerektirir. Bu bağlamda, yaşam süresince yapılan sözleşmeler, sözleşmenin sona erme tarihini belirleyecek olan ölüm olayının gerçekleşeceği tarihin belirli veya öngörülebilir olmaması nedeniyle belirli süreli sözleşme sayılmazlar⁴⁸. Dolayısıyla, BK.m.343'de işçiye tanınan olağan fesih imkanının ancak on yıl ve daha uzun süreli sözleşmelerde önem taşıdığı söylenebilir. Nitekim, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 334. maddesinde yapılan 1971 değişikliğiyle de, "yaşam süresince yapılan sözleşmeler" ibaresi kaldırılarak sadece on yıldan fazla süreli sözleşmelerden sözedilmiştir.

⁴⁵ SELİÇİ, 141; OĞUZMAN, Fesih, 216

⁴⁶ HILLEBRECHT, BGB § 624 RdNr.8; HUECK/NIPPERDEY, 566; NIKISCH, 676; ERMAN / KÜCHENHOFF BGB § 624 RdNr.3; STAUDINGER/NEUMANN BGB § 624 RdNr.14

⁴⁷ Bak. § 2, II, 1

⁴⁸ Ayrıca bak. OĞUZMAN, Fesih, 161. Yazar yaşam süresince yapılan sözleşmeleri belirsiz süreli sözleşme saymakta ve İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından hükmün uygulanma imkanının bulunmadığını savunmaktadır.

b. Haklı nedenle fesih

Belirli süreli hizmet sözleşmeleri kural olarak sürenin sonuna kadar hukuki ilişkinin taraflarca sürdürülmesini amaçlayan sözleşmelerdir. Dolayısıyla sürenin dolmasından önce tarafların olağan fesih hakları kural olarak mevcut değildir.

Bununla birlikte, karşılıklı güven ilişkisi yaratan sürekli borç ilişkilerinde tarafların ilişkiye sürdürmelerinin beklenemeyeceği, diğer bir ifadeyle sözleşmeye devamın katlanılamaz hale geldiği durumlarda ilişkiyi sona erdirmek gerekli olabilir⁴⁹. Bu imkan ise haklı nedenle veya olağanüstü fesih olarak adlandırılan ve hizmet sözleşmesinin süresinin belirli ve belirsiz olmasına bakılmaksızın tanınan fesih türü ile sağlanmıştır.

Belirli süreli sözleşmelerde olağanüstü fesih, haklı nedenlere dayanılarak sözleşmenin süresinden önce gerçekleştirilebilen fesihtir. Olağan fesihten farkı haklı bir nedenin bulunması şartı yanında, fesih önellerine tabi olmamasıdır⁵⁰.

Haklı neden kavramı BK.m.344'de "ahlaka müteallik sebeplerden dolayı, yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal" şeklinde genel olarak belirtilmiştir. İşK.m.16 ve 17'de ise haklı neden tanımına yer verilmemekle birlikte, haklı neden sayılacak durumlar tek tek sayılmıştır. İş.K.m.16 ve 17'de haklı fesih nedenleri hem işçi hem de işveren bakımından "sağlık nedenleri", "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" ve "zorlayıcı nedenler" olarak üç grupta toplanmıştır. Dolayısıyla olağanüstü fesih imkanı veren nedenler nitelikleri yönünden sınırlandırılmış bulunmaktadır. Öte yandan her grup içinde haklı nedenler belirtilirken, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerin saptanmasında kesin bir sınırlamaya gidilmemiş ve kanunda gösterilen "benzeri" durumlarda da fesih hakkının kullanılabilmesi kabul edilmiştir⁵¹. Yasanın bu düzenlemesi karşısında İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından Borçlar Kanunu'nun haklı nedenle sözleşmenin feshini düzenleyen ve taraflardan birini sözleşmeyi yerine getirmemekte haklı gösteren ahlak ve iyiniyet kural-

⁴⁹ SELİÇİ, 156, 157; OĞUZMAN, Fesih, 46; SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 16

⁵⁰ HUECK/NIPPERDEY, 581 dn.8; Ayrıca bak. EKONOMİ, İş Hukuku, 194; ESENER, 236-237; OĞUZMAN, Fesih, 39; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 162

⁵¹ EKONOMİ, İş Hukuku, 196-197; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 211-212

larına aykırılık yaratan her halin fesih hakkı doğuracağını belirten m.344'ün uygulanma imkanı bulunmaz⁵².

Deniz İŞK.nun 14 ve Basın İŞK.nun 11 ve 12. maddelerinde de taraflara sözleşmeyi derhal fesih hakkı veren nedenler sayılmıştır. Ancak, anılan fesih nedenlerinin ortaya çıkması hizmet sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurmaz.

Sözleşmenin sona ermesi bir fesih iradesinin bulunmasına ve bu iradenin karşı tarafa bildirilmesine bağlıdır⁵³.

BK. m.344 hükmü haklı nedenin varlığı durumunda taraflara sözleşmeyi her zaman feshedebilme yetkisi vermekte iken, İŞK.m. 18/I'de "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller"'e dayanılarak yapılan fesihler bakımından bir süre öngörülmüştür. Buna göre, İŞK.m.16/II ve 17/II'ye dayanılarak yapılan fesihlerde sözleşmeyi fesih yetkisi "iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir sene sonra kullanılamaz".

⁵² ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 163; CENTEL, İş Hukuku, 174; EKONOMİ, İş Hukuku, 196; ESENER, 238; ÇENBERCİ, 360; ULUCAN, Seminer, 112-113; Aksi Görüş: OĞUZMAN, Fesih, 43-44; ATABEK, 117-118; SAYMEN, İş Hukuku, 570-571; SÜZEK, Fesih Hakkı, 17; NARMANLIOĞLU, 282,283; KAPLAN, 127 vd.

⁵³ SAYMEN, 569-570; ESENER, 220; OĞUZMAN, Fesih, 36 vd.; ÇENBERCİ, 270; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 163; EKONOMİ, İş Hukuku, 194; CENTEL, İş Hukuku, 174

§ 11. BELİRLİ SÜRELİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın Süresinden Önce Feshi ve Hukuki Sonuçları

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın işçi veya işveren tarafından feshedilmek istenmesi durumunda feshin geçerli olup olmayacağı ve buna bağlanan hukuki sonuçlar doktrinde tartışmalıdır. Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin süresinden önce haksız feshi hiçbir neden gösterilmeksizin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin açıklanması şeklinde olabileceği gibi, gerçekte mevcut olmayan bir nedene dayanılarak haklı nedenle fesih prosedürünün işletilmesi şeklinde de gerçekleşebilir.

1. Sözleşmenin işveren tarafından süresinden önce haksız feshi

a. Feshin hukuki niteliği

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin işverence sürenin bitiminden önce haklı neden bulunmaksızın feshiyle ortaya çıkan durumun hukuki niteliği konusunda doktrinde ileri sürülen baskın görüş, feshin işveren açısından alacaklı temerrüdü oluşturduğu yolundadır⁵⁴. Bu görüş taraf-

⁵⁴ Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde işverenin kabülde temerrüdü fesih iradesi bulunmaksızın da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda işverenin işi kabul etmekle birlikte sözleşmede kararlaştırılan şartlarla kabulden kaçınması durumlarında temerrüt sözkonusu olacaktır. Örneğin, Toplu İş sözleşmesi veya hizmet sözleşmeleriyle kararlaştırılmış olmadığı halde bir kısa çalışmanın

tarlarından bir kısmı dayanak olarak, hizmet sözleşmesinin kural olarak işverene iş verme borcu yüklediğini, işçinin sunduğu işi kabulün, işveren için borç değil, hak olduğunu belirtmektedirler⁵⁵. Alacaklı temerrüdü görüşünü savunan diğer yazarlar ise, belirli süreli hizmet sözleşmesinin niteliğinden ve olağan feshe ilişkin yasal hükümlerden hareket etmektedirler. Buna göre, belirli süreli hizmet sözleşmelerinde taraflar kural olarak sözleşmenin süresinin bitiminden önce sona erdirilmesi imkanını kaldırmışlardır. Bu tür sözleşmelerde olağan fesih ancak, tarafların azami süreli bir hizmet sözleşmesi kurmaları durumunda ve BK. m.343 uyarınca söz konusu olabilir. Nitekim, yasalarda da olağan fesih imkanı sadece belirsiz süreli hizmet sözleşmeleri için öngörülmüştür⁵⁶. Temerrüt görüşü çerçevesinde, işverenin haklı bir nedenle bulunmaksızın hizmet sözleşmesini feshetmesi durumunda fesih geçersiz sayılır ve BK.m. 325 uyarınca "işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir". Feshin geçersiz sayılması sonucu hizmet ilişkisi sözleşmede saptanan sürenin sonuna kadar devam eder ve taraflar hizmet sözleşmesi ile bağlı kalırlar⁵⁷.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise, belirli süreli hizmet sözleşmesi işveren tarafından haklı neden olmaksızın süresinin bitiminden önce feshedilirse hizmet ilişkisi sona erer ve işçi BK.m.325 uyarınca tazminat istemeye hak kazanır⁵⁸.

Nihayet üçüncü bir görüşe göre, bu gibi hallerde alacaklı temerrüdü mevcut değildir. Hizmet sözleşmesinde işverenin iş verme

işveren tarafından teklifi veya işçi sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerinin alınmamış bulunması durumlarında olduğu gibi. Dolayısıyla, işverenin işgörmeye borcunu kabulünden söz edebilmemiz, diğer bir deyişle işçinin işgörmeye borcunun yerine getirebilmesi ancak işin sözleşmeye uygun şartlarla kabulü durumunda söz konusu olabilir.

⁵⁵ K.TUNÇOMAĞ, "Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma", Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, İstanbul 1968, 103; S.KANETİ, (Karar İncelemesi), İHFM. 1963, C.XXIX, S. 1-2, İstanbul 1963, 1209 vd.; SELİÇİ, İşverenin bir işverme borcundan söz edebileceğini, ancak kanunkoyucunun BK. m.325'i düzenlerken karşılıklı ilişkiyi, hizmet borcu karşılığında ücret borcu olarak gördüğünü belirtmektedir (217 dn. 341). Türk - İsviçre hukuklarında olduğu gibi, Alman hukukunda da hizmet sözleşmesinde karşılıklı ilişkiyi işgörmeye ve ücret ödeme borçlarına dayandığı kabul edilmektedir. Alman Hukuku için bak: HUECK/NIPPERDEY, 133; NIKISCH, 513; E. STAHLHACHE, "Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges in Arbeitsverhaeltnis", ArbuR., 1/1992, 8

⁵⁶ Ö.EYRENCİ, İHU. İşK. 9 (No:2); S.SÜZEK, Değerlendirme 1989, 45-46; ULUCAN, Değerlendirme, 1979-1983, 22; Aynı yazar, Seminer, 113

⁵⁷ K.TUNÇOMAĞ, "Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma", 103; Ö. EYRENCİ, İHU, İşK.9 (No:2); REİSOĞLU, 168; C.TUNCAY, "İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları, İHFM, C.XXXVIII., s. 1-4; SELİÇİ, 216; ULUCAN, Değerlendirme 1979-1983, 22; Aynı yazar, Seminer, 113; SÜZEK, Değerlendirme 1989, 46

⁵⁸ M.EKONOMİ, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, 54; Aynı yazar İş Hukuku, 196; "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993, 60

borcunun varlığını kabul eden bu görüşe göre, sürenin sona ermesinden önce belirli süreli hizmet sözleşmesini fesheden taraf kendi ediminde imkansızlık yaratmış olur. Zira, hizmet sözleşmesinden doğan işçi için iş görme, işveren için iş verme borçlarının cebri icra yoluyla aynen yerine getirilmesi mümkün değildir. Alacaklının ifayı icra yoluyla elde etmesi mümkün olmayan hallerde ifa imkansızlığı kabul edilmek gerekir. İlk. daki baskı vasıtaları da durumu değiştirmez. Zira, bu halde de edimini yerine getirmeyen borçlunun ediminin icra vasıtasıyla elde edilmesine imkan yoktur. Dolayısıyla, işverenin haklı bir neden bulunmaksızın hizmet sözleşmesini feshi kusurlu bir imkansızlık oluşturur ve sözleşme kendiliğinden sona erer. Ancak sözleşmenin bu şekilde sona ermesine neden olan işveren, işçinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır⁵⁹.

Görüldüğü gibi, haksız fesih durumunun hukuki niteliği doktrinde farklı şekillerde değerlendirilmekteyse de uygulanacak hüküm konusunda birlik mevcut olup bu durumda BK. m.325 hükmü esas alınmaktadır. Haksız fesih durumunda kusurlu imkansızlığın varlığını savunan görüş de esasen BK. m.325 hükmünün, BK. m.96'nın hizmet sözleşmesinde özel bir uygulama şekli olduğunu belirtir. Buna göre, madde metninde her ne kadar temerrütten söz edilmekteyse de esasen tazminat düzenlenmiştir⁶⁰.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda konuya ilişkin iki hüküm yer almaktadır. Bunlardan ilki m.324'de yer alan (eski m.332) ve genel olarak işverenin kabulde temerrüdünü düzenleyen hüküm, diğeri ise yasada 1972 yılında yürürlüğe giren değişiklikle kabul edilen m.337 c hükmüdür. İBK.m.324/I'e göre; "İş edimi işverenin kusuru nedeniyle ifa edilemez veya diğer nedenlerle işveren işi kabulde temerrüde düşerse, işçi edimini sonradan ifa ile yükümlü olmaksızın, işveren ücreti ödemekle yükümlüdür".

İsviçre Borçlar Kanunu'nun sözkonusu hükmü doktrinde, hizmet sözleşmelerinde temerrüdün mümkün olup olmayacağı konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Savunulan bir görüşe göre, işverenin iş edimini kabul etmemesi imkansızlık oluşturur. Çünkü işgörme borcu daima belirli bir zaman diliminde yerine getirilmek zorundadır. Temerrütten ise sonradan ifanın mümkün olabileceği hallerde söz edilebilir. Oysa, "kesin vadeli borç" (Fixschuld) karakterinde bulunan işgörme borcu, işverenin işçiye iş vermekten kaçındığı durumlarda, sonradan bu zaman diliminin geri getirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle telafi edilemez. Dolayısıyla, hizmet sözleşmesinde işverenin

⁵⁹ OĞUZMAN, Fesih, 143; Aynı yazar, İHFM 1959, C. XXV., S. 1-4, İstanbul 1960, 430 vd., Değerlendirme 1979-1983, (Genel Görüşme), 43

⁶⁰ OĞUZMAN, Fesih, 152

işi kabulde temerrüdünden değil, kısmi ifa imkansızlığından söz etmek yerinde olacaktır. Ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak sürekli borç ilişkilerinde kısmi ifa imkansızlığı sözleşmenin tümünü etkilemez⁶¹.

Buna karşılık baskın görüş, yasa metnindeki ifadeye bağlı kalarak temerrüdün varlığını kabul etmektedir⁶².

Konumuz bakımından özel bir önem taşıyan madde ise İBK'nun işverenin haksız feshinin hukuki sonuçlarını düzenleyen 337 c madde-sidir. İBK.m.337c'ye göre "işveren işçiyi önelsiz olarak haklı neden bulunmaksızın işten çıkarırsa, işçinin, iş ilişkisi fesih önelilerine uyularak veya sözleşmenin süresinin bitimi yoluyla sona erseydi ne kazanacak idiyse onun giderimini talep hakkı mevcuttur". İlk olarak 1972 yılında yapılan değişiklikle getirilen sözkonusu hüküm, 1989 yılında iki önemli değişikliğe konu olmuştur. Tartışmamız açısından önem taşıyan değişik-lik, işverenin hizmet sözleşmesini haklı neden bulunmaksızın feshettiği durumlarda işçinin "ücret talebi" hakkından değil, "giderim" (tazminat) talep hakkından bahsedilmesidir. Yani zararın giderimi sözkonusudur⁶³.

İsviçre doktrininde hükmün ihdası tarihi olan 1972 yılından 1989 yılına kadar haksız fesih halinde yasanın işçi için öngördüğü talebin ücret mi tazminat mı olduğu ve dolayısıyla iş ilişkisinin haksız fesihle sadece fiilen mi sona erdiği yoksa hukuken sona ermenin mevcut olup olmadığı tartışmalıydı. Yasakoyucu yeni düzenleme ile iş ilişkisinin hem hukuken hem de fiilen sona erdiğini açıklığa kavuşturmak istemiş ve bu nedenle maddenin ilk fıkrasında ücretten söz etmekten kaçınmıştır⁶⁴.

Alman Hukukunda genel olarak işverenin işi kabulde temerrüdü AMK § 615'de, haksız feshe ilişkin hukuki sonuçlar ise Feshe Karşı Koruma Yasası § 11'de düzenlenmiştir.

AMK § 615'e göre, "iş sahibi işin kabulünde temerrüde düşerse, hizmet yükümlüsü (işçi) temerrüt nedeniyle ifa edilemeyen hizmet için kararlaştırılan ücreti, sonradan ifa ile yükümlü olmaksızın talep edebilir....".

⁶¹ REHBINDER, "Annahmeverzug im Arbeitsverhaeltnis?" SJZ 1982, 353 vd., Aynı yazar Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, das Obligationenrecht, Bern 1985, Art.324; Bu konuda Alman Hukukundaki görüşler için bak: BEUTHIEN, "Das Nachleisten Versaumter Arbeits, zum Fix Schuldcharakter der Arbeitspflicht", RdA 1972, 20 vd.; R. NIERWETBERG, "§ 615 BGB und der Fixschuld Charakter der Arbeitspflicht", BB 1982, Heft 16, 995 vd.

⁶² BRUHWILER, Hand Kommenter zum Einzelarbeitsvertrag Bern 1987 Art. 324, 83; OSER / SCHÖNENBERGER, Art.332, N.3; BECKER, Art.332 N.II

⁶³ STREIFF/KAENELL, Art. 337c, N.1

⁶⁴ STREIFF/KAENELL, Art.337 c N.3, Bu yönde REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 126; Aynı yazar Berner Kommentar Art.337/c N.2

Alman doktrinde AMK § 615 hükmünün sözleşmeye uygun ücreti düzenlediği, dolayısıyla sözleşmeye tekabül eden bir edim talep hakkının mevcut olup, tazminat talebinin sözkonusu olmadığı kabul edilmektedir⁶⁵. Buna göre, § 615 hükmü işçiye özel bir talep hakkı vermez. İşçi sözleşmenin normal ifası halinde sahip olduğu ücrete ilişkin talep hakkını, edimini sonradan ifa ile yükümlü olmaksızın kazanmaktadır⁶⁶. Dolayısıyla, bu talep ücrete ilişkin koruyucu haklardan yararlandığı gibi ödemenin muacceliyeti de ücrete ilişkin esaslara tabidir⁶⁷.

Feshe Karşı Koruma Kanununun haksız feshe ilişkin § 11'e göre ise, "...iş ilişkisi mahkemenin kararından sonra devam ederse, işçi, işverenin işten çıkarma tarihinden sonra borçlanmış olduğu ücretten... mahsup ettirmek zorundadır".

Bu madde uyarınca Alman Hukukunda haksız fesih durumunda da işçinin talep hakkının ücrete ilişkin olduğu kabul edilmiştir. Bu durum Alman Hukuk sisteminde feshe karşı koruma yasası uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilebilmesinin doğal bir sonucudur. Feshin geçersizliğine karar verilebilen bir sistemde sözleşmenin aradaki süre zarfında devamından, bir başka deyişle temerrüdün varlığından şüphe edilemez.

Türk Hukuku açısından sorun BK.m.325'in genel olarak işverenin temerrüdünü düzenleyen bir hüküm teşkil etmesinden ileri gelmektedir. Yapılacak bir yasal düzenleme ile, İBK. m.337c içeriğinde haksız feshe özgülmüş bir hüküm getirilmesi sorunun çözümünü açıklığa kavuşturacaktır.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin haksız feshi halinin temerrüd veya imkansızlık olarak nitelenmesi, bağlanacak hukuki sonuçların da farklılığına neden olmaktadır.

Öncelikle, haksız fesih durumunda temerrüdün sözkonusu olduğu yani sözleşmenin feshinin geçersiz olup fiilen ifa edilmese bile sözleşmenin hukuken varlığını sürdürdüğü kabul edildiğinde bunun doğal sonucu sözleşmeden doğan yan borçların da devamı olacaktır. Bu bağlamda, işçinin işverene karşı sadakat borcu ve bundan kaynaklanan rekabetten kaçınma yükümlülüğünün devamından söz edilebilecektir⁶⁸. Öte yandan işçinin talebi ücret alacağı olarak değerlendirilip hizmet sözleşmesinin sona ermediği kabul edildiğinde sigortalılık ilişkisinin devam edip etmeyeceği konusu gündeme gelecektir. Yine temerrüt

⁶⁵ MünchKomm/SCHAUB, BGB § 615 RdNr 38; HUECK/NIPPERDEY, 326; NIKISCH, 278; STAUDINGER/R.RICHARDI, BGB § 615 RdNr 7.; ERMAN/KÜCHENHOFF, BGB § 615 N.1

⁶⁶ MünchKomm/SCHAUB, BGB § 615 RdNr 38, 42

⁶⁷ SCHAUB, RdNr 40

⁶⁸ Bu konuda bak. E.AKYİĞİT, İşçinin Başka İşde Çalışması, 163

görüşünün kabulü halinde işçinin sözleşme süresince ücretinin muacceliyeti normal ödeme dönemlerine tabi olacaktır. Oysa feshin haksız da olsa sözleşmeyi sona erdirdiğinin kabulü durumunda işçinin talebi esasen bir tazminat niteliğinde olacağından bakiye ücretin tamamının derhal talep edilebilmesi mümkün olacaktır. Nihayet en önemlisi hizmet sözleşmesinin devam ettiği kabul edildiğinde, bunun doğal uzantısı sözleşmenin kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesidir, bu halde ise işçinin kıdem tazminatı hakkının doğduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Yargıtayın 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin haksız feshi durumunda bir yandan "işçinin mahrum kaldığı iş parasına ilişkin tazminat..." dan sözedilerek kusurlu imkansızlık görüşü kabul edilmiş, diğer yandan sözleşmenin derhal sona ermeyip en yakın feshi ihbar öneli sonunda sona ereceği belirtilerek çelişkiye düşülmüştür⁶⁹. Yargıtayın belirli süreli hizmet sözleşmesinin işverence haksız feshi durumuna ilişkin kararlarında ise, bazen işçinin tazminat alacağından⁷⁰ bazen ise ücret alacağından⁷¹ bahsedilmiştir. Bir kısım kararlarda ise genel olarak işçinin BK. m.325 uyarınca talep hakkından bahsedilmiş ancak bunun hukuki niteliği belirtilmemiştir⁷². Yargıtay, işçinin BK.m.325 uyarınca tazminat alacağından bahsettiği hallerde de sözleşmenin derhal sona erip ermeyeceği hususunda görüş bildirmemiştir. Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin belirli süreli hizmet sözleşmelerinin işverence süresinden önce feshine ilişkin kararlarda, işçinin kıdem tazminatı hakkının doğduğundan söz etmesinden bu fesihleri haksız ve fakat geçerli olarak değerlendirdiği, diğer bir ifadeyle hizmet sözleşmesinin haksız fesihle sona erdiğini kabul ettiği sonucu çıkarılabilir. Çünkü, işçinin kıdem tazminatı hakkının varlığından sözedebilmek için sözleşmenin işveren tarafından yapılan bu fesihle sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir.

⁶⁹ YİBK. 24.6.1959, 31/26, karar ve M.K. OĞUZMAN'ın incelemesi için bak. İHFM 1959, C.XXV, S. 1-4, 425 vd.; Aynı kararın S.KANETİ tarafından incelenmesi için bak. İHFM 1963, C. XXIX, S. 1-2, İstanbul 1963, 1201 vd.

⁷⁰ Y 9HD., 2.6.1967, 3427/5130, ORHANER, 153-154; Y 9HD., 12.6.1967, 5377/5485, EGEMEN, 165, Y 9HD., 19.2.1976, E. 1975/33699, K. 1976/6498, YKD. Ocak 1977, 67 ve kararın incelenmesi için bak. Ö. EYRENCİ, İHU İşK. 9 (No:2); Y 9HD., 7.7.1977, 8605/10690, N. ÇELİK'in incelemesi için bak: "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1977 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1977, İstanbul 1979, 10

⁷¹ Y 9HD, 12.12.1988, 9596/11849, YKD Haziran 1989, 825; Y 9HD., 11.5.1993, 796/8073, YKD Ekim 1993, 1507-1508; Y 9HD., 16.11.1993, 14723/16673, İKİD 1994, 853; YHGK.'nın 1.2.1984 tarihli kararında BK. m. 325'in aynı yasanın 90. maddesinin, hizmet sözleşmesindeki bir uygulama yeri olup iş sahibinin gerçekleştirecek temerrüdünün sonucu olarak işçi bu maddeye dayanarak, gerçekten iş görmüşçesine ücret isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. (E. 1981/9-761, K. 1984/52, YKD., Ağustos 1984, 1144-1147)

⁷² Y 9HD., 28.12.1989, 7899/11458, İşveren D., Mayıs 1990, 20 ve kararın incelenmesi için bak. SÜZEK, Değerlendirme 1989, 45vd.; Y 9HD., 21.4.1994, 1006/6241, Tüba/İÇB- 12.9.1994, 10

Öncelikle belirtmek gerekir ki, BK. 325 hükmü işverenin temerrüde düşmesi halini düzenleyen bir hükümdür. Hizmet sözleşmesinde işverenin temerrüdü, fesih iradesi olmaksızın işverenin, işçinin edimini kabul etmediği veya edimin ifası için gerekli katılım fiillerini yapmadığı durumlarda da ortaya çıkar. Bu gibi durumlarda işçinin ücret talebi BK.m. 325'e dayanır⁷³. Dolayısıyla sorun genel olarak temerrüd durumunu düzenleyen madde hükmünün, işverence kesin olarak hukuki ilişkinin sona erdirildiğinin açıklandığı bir durumda uygulanmasıdır ki, bu durumda BK. m.325 hükmünün kıyasen uygulanmasından söz etmek gerekir. Zira, temerrüt bir edimin ifasında veya kabulünde gecikmeyi ifade eder, feshde ise ifada veya ifayı kabulde gecikmeden farklı bir nitelik vardır. Bu durumda hukuki ilişkinin devamının kesin olarak ve tamamıyla reddedilmesi söz konusudur⁷⁴. Bunun yanı sıra bir yandan işyeri sendika temsilcisinin hizmet sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshi durumu hariç olmak üzere, feshin geçersizliğine karar verilemeyen bir sistemde, haklı bir neden olmasa da açıklanan fesih iradesi ile sözleşmenin sona ermediğini kabul etmek zorlama teşkil etmekte, diğer yandan temerrüd görüşü kabul edilerek alacaklıya sözleşme süresi içerisinde her zaman edimi kabul imkanı tanınarak işçinin belirsizlik içerisinde bırakılabilmesi mümkün olabilmektedir.

Bunların yanı sıra, bizzat BK.m.325 hükmünün de temerrüt esaslarıyla bağdaşmadığı söylenebilir. Maddede esasen ücretin düzenlendiği varsayıldığında bundan hiçbir indirim yapılmaması ve işçinin de başka bir işte çalışmaya mecbur tutulmaması gerekirdi. Oysa, BK. m.325'de yer alan ve işçinin "... kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeye mecburdur" şeklindeki hüküm, burada esasen tazminatın düzenlendiği düşüncesini uyandırmaktadır⁷⁵. Ayrıca, sözleşmenin devamı ilk planda işçinin korunması ilkesi bakımından daha yararlı olarak görünmekteyse de, bundan doğacak hukuki sonuçlar aksi yönde belirmektedir. Nitekim, sözleşmenin devamı kabul edildiğinde, yukarıda da belirtildiği gibi rakabetten kaçınma yükünün de devamı söylenebilecektir. Bu ise, BK.m.325'in mahsup zorunluluğu öngören ve başka bir işte çalışma yükümü getiren hükmü karşısında bir takım problemleri de beraberinde getirecektir. Bu bağlamda, işçinin işveren yanında gördüğü işle aynı nitelikte başka bir işi başka bir işverenin

⁷³ Doktrinde İşK. m. 62/1 hükmünün ücret talebinde esas alınacağı savunulmaktaysa da (TUNÇO-MAĞ, "Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma", 106) madde hükmü iş sürelerine ilişkin genel bir düzenleme niteliğindedir.

⁷⁴ SCHWEINGRUBER, Art. 337c, N.1, Yazar İBK.'nda yapılan değişiklikten önce dahi bu durumda hizmet sözleşmesinin fiilen ve hukuken sona ermiş olup, dolayısıyla bir tazminat talebinin bulunduğu ve işverenin haksız feshi nedeniyle işçinin talebinin "ücret" olarak nitelendirilmesine rağmen, esasen sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan bir tazminat niteliği taşıdığını nitekim, Federal Mahkeme içtihatlarının da bu sonucu doğrular yönde olduğunu belirtmektedir.

⁷⁵ OĞUZMAN, Fesih, 149

işletmesinde yerine getirmesi rekabetten kaçınma yükümüne aykırılık teşkil edebilecek, işverene haklı nedenle fesih olanağı verecektir⁷⁶. Yine temerrüt görüşünün kabulüyle sözleşme devam ettiği sürece işçinin ücret alacağı sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda belirtilen ödeme dönemlerinde muaccel olacak, işçi her ödeme döneminde ücretini elde edebilme zorluğuyla karşılaşacaktır. Nihayet, temerrüt görüşü, işçinin kıdem tazminatı hakkının doğmaması nedeniyle de işçi zararına sonuç doğuracaktır.

b. Feshin hukuki sonuçları

aa. İşçinin sözleşme süresine ilişkin parasal talep hakkı

Yukarıda da belirtildiği gibi, işverenin belirli süreli hizmet sözleşmesini süresinden önce feshetmesi durumunda BK.m.325 uyarınca "işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir". Burada, doktrinde baskın olarak kabul edilen temerrüt görüşünün kabulü halinde, genel olarak temerrütten bahsedebilmek için işin ifasının teklif edilmiş bulunması şartının, haksız fesih durumunda söz konusu olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Diğer bir ifade ile temerrüt salt fesih olgusu ile mi başlayacaktır, yoksa işçi haksız fesihten sonra işin ifasını önermek zorunda mıdır?

Haksız fesih durumunda ücret alacağının değil, tazminatın söz konusu olacağını kabul eden İBK.m.337 c hükmüne ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin tespiti bakımından işin bir kez daha ifası teklifini gerekli ve yeterli görmektedir. Derhal bir itirazın mevcut olmadığı durumlarda, mahkeme işçinin sözleşmenin sona erdirilmesine rıza gösterdiği, karşılıklı anlaşma ile sözleşmeye son verildiğini kabul etmektedir⁷⁷.

Alman Hukukunda Federal İş Mahkemesinin 1984 yılına kadar verdiği kararlarda, işverenin fesih iradesini açıklamasından sonra temerrüde düşürülmesi için işçinin fiilen hazır bulunması değil, ancak ifayı sözlü teklifi yeterli ve gerekli görülmekteyken, bu tarihten sonraki içtihatlarda işçinin fesih iradesinin açıklanmasından sonra tekrar edimini

⁷⁶ AKYİĞİT, bu gibi hallerde işçinin işvereniyle rekabet teşkil eden bir işi kabul etmek mecburiyetinde olmadığı yapmaktan bilerek isteyerek kaçındığı bu işin ve kazancın, temerrüt nedeniyle işverenden alınacak ücrette bir indirim yol açmayacağı görüşündedir (İşçinin Başka İşte Çalışması, 163). Bu görüşün kabulünün ise işçinin bu süre zarfında işgücünü değerlendirmemesi sonucunu doğuracağı açıktır.

⁷⁷ REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 126

ifa teklifi gereksiz görülmektedir⁷⁸. Federal İş Mahkemesi kararında işverenin işçiye iş vermesinin, işçinin işini ifa edebilmesi için takvime göre belirlenmiş bir katılım fiili teşkil ettiği ve AMK § 296 uyarınca alacaklıya düşen bir işin yapılması için belirli bir takvim günü veya takvime göre bir süre kararlaştırıldığında bu tarih veya süre içerisinde sözedilen işi yapmayan alacaklıya herhangi bir teklifin yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir⁷⁹.

Kanımca, temerrüt görüşünün benimsenmesi halinde dahi işverenin temerrüde düşürülmesi için ayrıca bir teklife gerek yoktur İşveren haksız fesih ile edimi kabul etmeyeceğini önceden bildirmiştir ve dürüstlük kuralları gereğince de ifayı kabule davet gerekmez⁸⁰.

İşçinin süresinden önce fesih nedeniyle isteyebileceği ücreti ona bağlı fer'i edimleri de içerir. Başka bir anlatımla, işçinin ücreti belirlenirken geniş anlamda ücret esas alınmalı ve işçiye sağlanmış para ile ölçülmesi mümkün aynı nitelikte ödemeler de ücret hesabına dahil edilmelidir. Zira, yasakoyucunun amacı işçinin işverenin davranışı nedeniyle zarar görmemesi, sözleşmenin normal ifa edilmesi durumunda elde edeceği menfaatlerin teminidir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmeleriyle getirilmiş ve normal ifa süresi içinde gerçekleşecek ücret artışlarının da hesaba katılması gerekir⁸¹.

bb. Mahsubu gereken unsurlar

Gerek Türk, gerekse İsviçre ve Alman Hukukunda işverenin sözleşmeyi süresinden önce haksız feshi durumunda işçinin sözleşme normal olarak ifaya devam olunsaydı elde edeceği menfaatlere, yasal deyimle ücrete hak kazanacağı kabul edilmekle birlikte, bu durumdan

⁷⁸ BAG, 9.8.1984, AP 34 zu § 615 BGB, Federal Mahkemenin kurala istisna tanıdığı ve ifa teklifini gerekli gördüğü durumlar için bak: STAHLHACHE, 10 vd.; J. H.BAUER/F. HAHN, "Zum Annahmeverzug des Arbeitgebers bei unwirksamer Kündigung" NZA, 6/1991; Ayrıca bak: A. NIKISCH, "Annahmeverzug des Arbeitgebers und fristlose Entlassung" RdA 1967, Heft 7, 241 vd.

⁷⁹ Aynı görüşün hukukumuzda da savunulması konusunda bak. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 1118

⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1119; OĞUZMAN, alacaklının kendisini sözleşmeyle bağlı saymadığını ve dolayısıyla edimi kabul etmeyeceğini bildirdiği durumlarda, borçlunun sözleşme yapacağı bir ifa teklifinin alacaklıyı temerrüde düşürmek için yeterli olup, böyle bir durumda fiili bir teklif aramanın alacaklının durumu itibarıyla lüzumsuz olduğunu belirtmektedir (Borçlar Hukuku, 235); Ayrıca bak. TUNÇOMAĞ, "Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma", 94; AKYİĞİT, "İşverenin İş Kabulde Temerrüdünün 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", 16

⁸¹ Bu yönde: MünchKomm/SCHAUB, BGB § 615 RdNr 45, Ayrıca bak. REHBINDER, Berner Kommentar Art.337c N.3

kendi çıkarına bir yarar sağlaması da önlenmek istenmiştir⁸². Dolayısıyla, akitler hukukunda, ifa etmemenin diğer akit tarafın ilave zenginleşmesine yol açmamasına ilişkin genel kural hizmet sözleşmesinde de kendini göstermiş ve (BK. m.325, İBK. m.324, 337c; AMK § 615 ve Feshe Karşı Koruma Yasası § 11)'de özel olarak düzenlenmiştir.

BK.m.325'e göre mahsubu gereken ekonomik değerler "işçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği "yahut" diğer bir iş ile kazandığı" ve "kazanmaktan kasten feragat eylediği" şeylerdir.

İsviçre Hukukunda işverenin genel olarak işi kabulde temerrüdü-nü düzenleyen İBK. m. 324/2'de mahsup zorunluluğu "işçi işin ifasının engellenmesi nedeniyle tasarruf ettiği veya başka işle kazandığı yahut kazanmaktan kasten kaçındığı şeyi ücretine mahsup ettirmek zorundadır" şeklinde belirtilmiştir. Haksız fesih durumuna ilişkin İBK. m. 337c/2 ise yine "işçi iş ilişkisinin sona ermesiyle tasarruf ettiği ve başka işle kazandığı veya kazanmaktan kasten kaçındığı şeyi mahsup ettirmek zorundadır" hükmü yer almaktadır.

Alman Hukukunda ise genel olarak işverenin kabulde temerrüdü-nü düzenleyen AMK § 615'de "... işçi hizmet ediminin yerine getirilmesi sonucunda tasarruf ettiği veya hizmetini başka şekilde kullanmayla kazandığı yahut kazanmaktan kasten kaçındığı değerleri mahsup ettirmek zorundadır" hükmüne yer verilmiştir. Haksız fesih durumunu düzenleyen Feshe Karşı Koruma Yasası § 11'de ise mahsup sadece "fiilen kazanılan veya kasten kaçınılan gelirler"le sınırlı tutulmuştur. Yasa gerekçesinde bunun nedeni, işçinin tasarruf ettiği miktarın küçüklüğü ve yargının bununla uğraştırılmaması şeklinde belirtilmiştir⁸³.

aaa. İşçinin tasarruf ettiği değerler

İşçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği değerler, işçinin normal olarak iş görmeye devam etseydi iş ve işin ifası nedeniyle yapacağı masraflardır. Bu bağlamda işçinin işe gidiş-geliş masrafları, işveren tarafından sağlanmadığı sürece iş kıyafeti, işçinin bizzat sağlamak zorunda olduğu hallerde hammaddelerin ekonomik değeri işçinin tasarruf ettiği değerlerdir⁸⁴. Ancak işçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği değerlerin mahsuba konu olabilmesi için tasarruf edilen değerle iş edimi arasında doğrudan bağlantılı olmalıdır⁸⁵. Bu nedenle

⁸² STAUDINGER / RICHARDI, BGB § 615 RdNr 133; MünchKomm/SCHAUB § 615 RdNr 51

⁸³ H.HUENE, § 11 KSchG, RdNr. 18

⁸⁴ Y HGK., 1.2.1984, E. 1981/9-761, K. 1984/52, YKD, Ağustos 1984, 1144-1147

⁸⁵ REHBINDER, Berner Kommentar Art. 324 N.18

örneğin işçinin çalışmaması nedeniyle ev işlerini kendisinin yapması ve evdeki yardımcısının işine son vermesi durumunda doğrudan işle bağlantılı tasarruf edilen değer bulunduğundan kabul edilemez⁸⁶.

bbb. Diğer bir işle kazanılan veya kazanılmaktan kasten kaçınılan şey

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işverenin haksız feshinin temerrüt olarak nitelendiği durumlarda bile, yasa açıkça bu süre içerisinde işçinin başka işte çalışmasını öngördüğünden yeni bir işe girme hizmet sözleşmesinin zımnın feshi anlamına gelmez⁸⁷. Bunun hukuki sonucu, sadece kazanılan değer mahsubunun gerekmesidir.

İşçinin diğer işle kazandığı paranın mahsuba konu olabilmesi için söz konusu işin, işverence işin kabul edilmediği sürede ve fesih nedeniyle çalışılmayan süre ile ilişkili olarak yapılması gerekmektedir⁸⁸. Bu nedenle işçinin iş saatleri dışında veya hafta sonları esas için yanında zaten sürdürmüş olduğu ek işler, haksız fesih nedeniyle boşta kalan zamana ilişkin değildir ve mahsuba konu olmazlar⁸⁹. Öte yandan, işçinin haksız fesihten sonra bağımsız çalışması da mümkündür. Bu halde elde edilen gelir indirimine tabi olacaktır.

İşçinin kazanılmaktan kasten kaçındığı şeyden söz edebilmek için, işçinin mutlaka işverene zarar vermek amacıyla hareket etmesi ve bu amaçla yeni bir işi reddetmesi aranmaz. İşçinin kendisinden beklenebilecek bir işi işveren için zararlı sonuç doğuracağını bildiği halde kabul etmemesi bu bakımdan yeterli görülür. Bu bağlamda işçinin dürüstlük kuralı gereğince kabul etmesi gereken bir işi reddetmesi kasten kazanılmamış para içine girer. Dürüstlük kuralı gereği işçiden kabul etmesi

⁸⁶ STAUDINGER/RICHARDI, BGB § 615 RdNr 138; MünchKomm/SCHAUB BGB § 615 RdNr 54; LAG Düsseldorf BB 1976, 305

⁸⁷ İşyeri sendika temsilcisinin hizmet sözleşmesinin haksız feshi durumunda, iş gördürülme süresinde başka işte çalışan işçiye ödenmesi gereken ücretten, diğer işte kazanılan miktarın düşülmesine ilişkin Yargıtay kararına karşı, EKONOMİ, temsilci işçinin kendisine iş gördürülme dahi, temsilcilik görevini ifa ile yükümlü olduğunu, işçinin başka işyerinde çalışmasının hizmet sözleşmesinin feshi anlamına geleceğini belirtmektedir. (Değerlendirme 1994, 88); Aynı yönde, OĞUZMAN, Değerlendirme 1992, (Genel Görüşme), 133; Aksi görüş için bak; ŞAHLANAN, Değerlendirme 1994, (Genel Görüşme), 107; TAŞKENT, aynı yer, 109

⁸⁸ MünchKomm/SCHAUB BGB § 615 RdNr 55; STAUDINGER/RICHARDI BGB § 615 RdNr 140

⁸⁹ TUNÇOMAĞ, "Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma", 100; AKYİĞİT, İşçinin Başka İşde Çalışması, 165; REHBINDER, Berner Kommentar, Art.324 N.18; HOBBERKORN, 39; MünchKomm/SCHAUB § 615 RdNr 57. Sonuncu yazar işçinin diğer bir işte fazla çalışma suretiyle elde ettiği gelirlerin de, eğer işçi normal olarak işverenin yanında çalışmasını sürdürecekti olsaydı fazla çalışma ihtiyacı duymayacaksa, mahsuba konu edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

beklenebilecek işler, işçinin mesleki nitelikleri, sosyal durumuna uygun işlerdir. İşçiden mesleki ve sosyal durumuna uymayan farklı tür ve daha düşük nitelikte işi kabul etmesi beklenemez⁹⁰.

ccc. Mahsubu gereken değerlerin ispatı

Doktrinde, BK. m.325 uyarınca işverence işçiye ödenecek ücretten indirimi gereken değerlerin ispat yükünün MK. m.6'daki genel kurala uygun olarak işverende olduğu kabul edilmektedir⁹¹. Yargıtay ise, BK. m. 325'II'de yer alan indirim hükmünün, alacağın hesabına ilişkin bir itirazı ifade ettiğini, indirim konu olan değerlerin birer karşı alacak olmadığını belirterek, madde hükmünün tarafların isteği olup olmadığına bakılmaksızın mahkemece re'sen uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁹².

Öte yandan, Yargıtay kararlarında indirim gidilirken somut olarak kazanmaktan kasten kaçınmanın; bu bağlamda işçi tarafından yeni bir işin reddi veya işçinin iş aramak için çaba göstermemesi gibi olguların tespiti de aranmamakta ve işçinin nitelikleri dikkate alınarak, eski işine aynı veya yakın koşullarla yeni bir işi ne kadar süre içerisinde bulabileceğinin saptanması yeterli görülmektedir. Yargıtay içtihatları çerçevesinde BK. m. 325'de yer alan indirim hükmünün uygulanmasında kazanılmaktan kasten kaçınılan değerlerin tespiti, bu süre içerisinde objektif olarak kazanılabilecek değerlerin tespiti yoluyla gerçekleştirilmektedir.

cc. İhbar ve kıdem tazminatı hakları

İşK. m.13/C'de ihbar tazminatı, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin sona erdirilmesinde ihbar önellerine uyulmaması durumunda

⁹⁰ Bu yönde: BECKER; Art. 332, N. 13; Yargıtay bir kararında "asgari ücret üzerinden çalışmaya razı işçinin fesih tarihinden itibaren sözleşmenin bitim tarihine kadar emek gücünü değerlendirmeyeceğinin kabulü yaşamın olağan akışına uygun düşmez, Yargıtay BK. m.325 çerçevesinde o günlerdeki ülke ortamında sözkonusu işçinin asgari ücret üzerinden bir işi ne zaman içerisinde bulabileceği gerektiğinde bilirkişiye başvurarak saptanması, buna göre elde ettiği ya da elde edebileceği miktarın zarardan düşülmesi ve karar verilmesinden ibarettir" şeklinde hüküm tesis etmiştir ÇENBERCİ, 264; D. ULUCAN'ın incelemesi için bak. Değerlendirme 1979-1983, 22

⁹¹ TUNÇOMAĞ, "Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma", 101; REİSOĞLU, 174-175; AKYİĞİT, İşçinin Başka İşde Çalışması", 174

⁹² Y HGK., 7.3.1956, 23/19; Y 9HD., 12.6.1967, 5377/5485, EGEMEN, 165-166; YHGK., 1.2.1984, E. 1981/9-761, K. 1984/52, YKD, Ağustos 1984, 1144-1147; Y 9HD., 25.4.1989, 1930/3924, Tekstil İşveren D., Haziran 1989, 19

diğer tarafa ödenmek üzere öngörülmüştür. Bu bakımdan belirli süreli hizmet sözleşmesinin haksız feshi durumunda dahi, ihbar tazminatı hakkı doğmaz. Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu yöndedir⁹³. Gerçekten ihbar tazminatının işlevi bakımından da bu halde bir tazminata gerek olmadığı görülmektedir. İhbar tazminatı işçinin yasal önellere uyulmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesinde, normal olarak önellere uyulsaydı alacağı ücretini karşılama işlevine sahiptir. Oysa, belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi durumunda işçiye bu süreye ait ücret tutarı BK. m.325 uyarınca ödenmektedir.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin işverence haksız feshi durumunda feshin geçerli kabul edilmesinin sonucu olarak işçi İşK. m.14'de belirtilen kıdem süresini doldurmuş olması şartıyla kıdem tazminatına hak kazanır⁹⁴. Bu durumda alacaklı temerrüdünün varlığını kabul eden görüş çerçevesinde ise, hizmet sözleşmesi normal olarak sürenin sonunda sona ereceğinden işçinin kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır. Bununla birlikte doktrinde, işverenin süresinden önce haksız fesih beyanında bulunarak işçiyi çalıştırmaması "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller benzeri" kabul edilerek, işçinin, İşK. m. 18/I'deki sürelerle uymak şartıyla, olağanüstü fesih hakkının bulunduğu kabul edilebileceği ve İşK.m.14'deki şartların gerçekleşmesiyle kıdem tazminatına hak kazanacağı ileri sürülmektedir⁹⁵.

2. Sözleşmenin işçi tarafından süresinden önce haksız feshi

a. Feshin hukuki niteliği

Hukukumuzda, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin işçi tarafından süresinden önce haklı neden bulunmaksızın feshine ilişkin hukuki sonuçları düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak işverenin haksız feshine ilişkin yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda sözleşmenin feshinin haksız fakat geçerli kabul edilmesi yerinde olacaktır. Diğer bir

⁹³ Y 9HD., 15.12.1988, 9675/12031, YKD Temmuz 1989, 965; Y 9HD., 31.10.1989, 6047/9302, Tühis, Kasım 1989, 18-19; Y 9HD., 28.12.1989, 7899/11458, İşveren D., Mayıs 1990, 20; Y 9HD., 17.1.1991, E. 1990/9157, K. 1991/189, Tekstil İşveren D. Nisan 1991, 15-16; Y 9HD., 12.4.1993, E. 1992/10078, K. 1993/5592, YKD Ocak 1994, 58-59; Y 9HD., 21.4.1994, 1006/6241, Tüba/İİÇB, Eylül 1994, 10; Y 9HD., 28.2.1995, E. 1994/16836, K. 1995/6017, İşveren D. Ekim 1995, 15; Aksi görüş: SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 164

⁹⁴ EKONOMİ, İş Hukuku, 233; Y 9HD., 11.5.1993, YKD Ekim 1993, 1507-1508; Bu yönde: Y9HD., 26.2.1996, E. 1995/26332, K. 1996/2570, Tüba/İİÇB: 1064-25.3.1996

⁹⁵ EYRENCİ, İHU, İşK. 9 (No:2)

ifadeyle, haklı neden bulunmaksızın açıklanan fesih iradesinin sözleşmeyi sona erdirdiğine ilişkin görüş burada da kabul edilmelidir⁹⁶.

b. Feshin hukuki sonuçları

aa. Süresinden önce fesih nedeniyle uğranılan zararın tazmini

Hukukumuzda, BK.m.325'in karşılığı olarak niteleyebileceğimiz sözleşmenin işçi tarafından feshi durumunda işverenin uğrayacağı zararın ve tazmin yükümünün kapsamını belirleyen özel bir hüküm bulunmaktadır.

İBK. m.337d'de ise işçinin sözleşmeyi haksız feshi durumu özel olarak düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanununda 1972 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen madde hükmünde işçinin sözleşmeyi haksız feshi durumunda tam bir zarar ispatı olmaksızın akdi cezaya benzerlik gösteren maktu bir tazminat öngörülmüştür⁹⁷. Maddeye göre; işçi haklı bir neden olmaksızın işe başlamaz veya önelsiz olarak işi terkederse, işveren, işçinin bir aylık ücretinin dörtte biri tutarında tazminata hak kazanır, bunun yanısıra diğer zararlarının tazminini de isteyebilir. Ancak, işveren için hiçbir zarar doğmaz veya daha az bir zarar gerçekleşirse hakim takdirine göre bunu indirebilir (337d/2). Böyle bir indirim ise, işçi tarafından, işverenin derhal uygun bir işçi bulduğu veya tekrar işçi bulmak için zorluk içinde bulunmadığının ispatı halinde mümkün olur⁹⁸. Görüldüğü gibi, İsviçre Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi sonucunda esas itibarıyla işverenin maktu bir tazminata hak kazandığı kabul edilmekle birlikte, fesih sonucu hiçbir zararın doğmaması veya zarar miktarının daha az olması durumunda tazminatın indirilmesi mümkün kılınmış, yine, işçinin gördüğü işin niteliği gereği işyeri ve üretim sürecinde çok önemli görev ifa etmesi durumunda işverenin zararının daha fazla olabileceği dikkate alınarak, maktu miktarın yanında işverenin diğer zararlarının tazminini talep edebilmesi imkanı tanınmıştır.

⁹⁶ Doktrinde işveren tarafından yapılan haksız feshin belirli süreli sözleşmeyi sona erdirmeyeceği, buna karşılık işçi tarafından açıklanan fesih iradesinin sözleşmeyi sona erdireceği ileri sürülmektedir. H.H.SÜMER, "Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları", Tühis, Şubat 1992, 16

⁹⁷ STREIFF/KAENELL, Art. 337d N.1

⁹⁸ STREIFF/KAENELL, Art. 337d N.5

Mevzuatımızda işçinin süresinden önce haksız feshine ilişkin bir hüküm İşK. m.15'de yer almaktadır. Maddede "yeni işverenin sorumluluğu" başlığı altında "süresi belirli olan... sürekli hizmet akdi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, akid süresinin bitmesinden önce... işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse hizmet akdinin bu suretle feshinden ötürü eski işverenin zararından, işçinin sorumluluğu yanında..." yeni işverenin de sorumlu olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, madde kapsamında sorumluluğun doğması için işçinin hizmet sözleşmesini haksız feshinden sonra yeni işe girmiş olması aranmaktadır. Ancak, işçinin yeni işe girmiş olması, yeni işverenin sorumluluğu bakımından önemli olup, işçinin haksız fesihten sonra yeni işe girmiş olup olmaması işverenin zararın tazminini işçiden talep edebilmesi bakımından önem taşımaz⁹⁹. Diğer bir ifadeyle işçinin yeni işe girmesi, salt zararın maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda yeni işverenden talep edilebilmesi imkanını vermektedir. İşverenin, işçiden zararının tazminini genel hükümler uyarınca (BK.m.96 vd.) talep etmesi mümkündür. İşverenin, sözleşmenin haksız feshi nedeniyle uğradığı zarar kapsamı, aynı nitelikte bir işçi buluncaya kadar işin yapılmaması nedeniyle uğradığı kazanç kaybı, yeni bir işçi bulmak için sarfedilen para, yeni işçiye ödenecek ücret farkı olarak belirtilebilir. Diğer bir tazmin yolu ise, sözleşmede cezai şart kararlaştırılmış olduğu hallerde sözkonusu olur¹⁰⁰.

İşK.m.15'de işçinin sorumluluğu yanında yeni işverenin sorumluluğu bir takım koşulların varlığına bağlı kılınmıştır. Buna göre; a) İşçinin bu davranışına yeni işveren neden olmuşsa, b) Yeni işveren işçinin bu davranışını bildiği halde işçiyi işe almışsa, c) Yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmişse, eski işverenin zararından sorumludur. Belirtmek gerekir ki, maddede işçiyle yeni işveren arasında eksik teselsül kurulmuştur. İşçinin haksız fesih nedeniyle sorumluluğu sözleşmeden, yeni işverenin sorumluluğu ise kanundan doğmaktadır. İşveren işçiye ve yeni işverene birlikte başvurabileceği gibi, bunlardan sadece birine başvurmak imkanına da sahiptir. Ancak maddede sorumluluğun kapsamı özel olarak belirlenmiş ve yeni işverenin haksız fesihten doğan zarardan "hakimin belirteceği derecede" sorumlu olduğu belirtilmiştir (İşK. m.15). Bununla birlikte, yeni işverenin ödemekle yükümlü tutulacağı tazminat, işçinin haksız feshi nedeniyle eski işverenin uğrayacağı zarar miktarını aşamaz¹⁰¹.

⁹⁹ Bak ve karşı: SAYMEN, 587

¹⁰⁰ Bak. § 11, I, 3

¹⁰¹ ÇENBERCİ, 521-522; Ayrıca bak: OĞUZMAN, Fesih, 280

bb. İhbar ve kıdem tazminatı hakları

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin işverence süresinden önce haksız feshine ilişkin açıklamalarda da belirtildiği gibi, İşK. m.13/C'de ihbar tazminatı belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin sona erdirilmesinde ihbar önellerine uyulmaması durumunda diğer tarafa ödenmek üzere öngörülmüştür. Dolayısıyla belirli süreli hizmet sözleşmesinde ihbar öneli ve ihbar tazminatı sözkonusu değildir.

İşK. m.14'de hizmet sözleşmesinin işçi tarafından sona erdirilmesi durumunda işçinin kıdem tazminatı hakkının doğumu; sözleşmenin İşK.m.16 uyarınca, muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla, bağlı oldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi koşullarına bağlanmıştır (İşK. m.14/I). Madde hükmü çerçevesinde sorun, belirli süreli hizmet sözleşmesinin işçi tarafından süresinden önce maddede sayılan İşK. m.16 dışındaki nedenlerden birine dayanılarak feshedilmesinin kıdem tazminatına hak kazandırıp, kazandırmayacağıdır.

Doktrinde, sözkonusu durumların işçiye haklı nedenle fesih imkanı vermeyip, kıdem tazminatı hakkının doğması için sözleşmenin olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi gerektiği¹⁰² savunulmaktadır.

Yargıtayın 1993 tarihli bir kararında¹⁰³, belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyi feshetmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmedilmiştir. Doktrinde karar, kadın işçinin evlenme nedeniyle kıdem tazminatı talep edebilmesi için, sözleşmenin işçi tarafından olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi gerektiği, belirli süreli hizmet sözleşmesinin ise olağan fesih yolu ile sona erdirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁴. Buna karşılık, doktrindeki diğer bir görüşe göre, kanunun anılan hükmü belirli-belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımı yapmaya olanak vermemektedir. Bu görüşe göre; 14. maddede kadın işçinin

¹⁰² NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 346 vd.; M. EKONOMİ, "Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri", Kamu İş D., Ocak 1990, 5; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 191; CENTEL, İş Hukuku, 209; TUNCAY, Değerlendirme 1994, 46; Ayrıca bak: ELBİR, 104; Aksi görüş: ÇENBERCİ, yazar İşK. m. 14'de yer alan ve kadın işçiye evlenmesi nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshi durumunda kıdem tazminatı alma hakkı tanıyan bu olanağın, "İşK. m.16'ya ek olarak işçiye tanınmış bir bildirimsiz fesih" hakkı olduğunu savunmaktadır.

¹⁰³ Y 9HD., 29.4.1993, E. 1992/12219, K. 1993/7209, Tüba/İÇB: 12.7.1993

¹⁰⁴ H.H. SÜMER, İHD., C. III, 572 vd.; A.GÜZEL, Değerlendirme 1993, 94

evlenmesi kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak düzenlenmiş olup, sözleşmenin salt bu nedenle feshedilmesi belirsiz süreli sözleşmelerde olduğu gibi, belirli süreli sözleşmelerde de işçiye kıdem tazminatı talep hakkı verecektir¹⁰⁵.

Yargıtayın gerekçesi açık olmamakla birlikte, burada Yüksek Mahkemenin iki ayrı olasılıktan hareket etmiş olabileceği akla gelmektedir. Bunlardan birincisi, kanunun sözkonusu hükmünün İşK. m.16 dışında ayrı bir olağanüstü fesih nedeni düzenlediğinin kabulü, ikincisi ise, madde hükmünün esasen olağan feshi öngörmüş olmakla ve bu bağlamda belirli süreli hizmet sözleşmesinin evlenme nedeniyle feshi haksız fesih oluşturmakla birlikte, feshin haksız da olsa geçerli olup, hizmet sözleşmesinin sona erdiği ve yasada anılan nedenle sona erme mevcut olduğundan, işçinin kıdem tazminatı hakkının doğacağıdır.

Belirtmek gerekir ki, İşK.m.14'de sayılan ve hizmet sözleşmesinin işçi tarafından "muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla", "bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla" feshedilmesi veya "kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi" nedenleri, kıdem tazminatına hak kazandıran haller olarak belirlenirken maddede feshin türü belirlenmemiştir. Diğer bir ifadeyle, madde hükmü salt kıdem tazminatına hak kazandıran nedenleri belirlemeye yönelik olup, feshin türünü belirlememektedir. İşK.m.14'de sözleşmenin sayılan nedenlere dayanılarak feshedilmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracağı belirtilirken belirli-belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımı da yapılmamıştır. Bu bağlamda kadın işçinin evlenme nedeniyle hizmet sözleşmesini feshi İşK.m.16 dışında özel bir önel-siz fesih hali olarak kabul edilebilir. Aksi görüşün kabulü, yasal neden gerçekleştiği halde, salt sözleşmenin süre açısından türüne dayanılarak yasanın amacına aykırı sonuca ulaşılmasına neden olacaktır. Zira yasanın amacı belirli nedenlerin gerçekleşmesi durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanması, korunmasıdır¹⁰⁶.

3. Süresinden önce haksız fesih ve cezai şart

Sözleşme taraflarının belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinden önce feshi durumunda cezai şart ödenmesine ilişkin bir anlaşma

¹⁰⁵ ŞAHLANAN, Değerlendirme 1993 (Genel Görüşme), 125

¹⁰⁶ Ayrıca bak. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 389 Yazar belirli süreli bir sözleşmeye dayalı olarak çalışan ve kıdem süresini dolduran işçinin muvazzaf askerlik, aylık veya toptan ödeme almak yada kadın ise evlenmek dolayısıyla sözleşmeyi feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanacağını belirtmekte ancak sözkonusu feshin türünü belirtmemektedir.

yapmaları, bu yolda bir hüküm getirmeleri mümkündür. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlunun alacaklıya karşı ifa etmeyi öngördüğü edimi ifade eden cezai şart (BK. m.158/I), asıl borca bağlı olarak ve bu borcun ihlali ile doğan fer'i bir edimdir¹⁰⁷.

Sözleşmede cezai şart kararlaştırılmadığı durumlarda, borçlunun borcunu ihlal etmesi üzerine genel olarak alacaklının aynen ifa veya tazminat talep hakkı bulunmakla birlikte, genel kurallara göre tazminat davalarında alacaklının hem zarara uğradığını hem de zararın miktarını ispat etmesi gerekir. Buna karşılık cezai şart ödemenin taahhüt edildiği hallerde, herhangi bir zarara uğranıldığı veya zararın kapsamının ispatı gerekmeksizin alacaklının tazminat elde etmesi mümkündür¹⁰⁸. Bu bağlamda cezai şart alacaklının ifayı elde edebilmek için borçluya karşı kullanabileceği bir baskı vasıtası olduğu gibi aynı zamanda miktarı önceden kararlaştırılmış maktu bir tazminattır¹⁰⁹.

Uygulamada özellikle işverenin, işçinin edimini belirli süreyle garanti altına almak istediği durumlarda sözleşmelerde cezai şart koşuluna yer verilmesi sıklıkla görülmektedir. Sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi durumuna ilişkin öngörülen cezai şartta bazen işin niteliği (örneğin öğretmenlerle yapılan sözleşmeler veya belirli bir projenin yürütümü için araştırmacılarla yapılan sözleşmeler) rol oynayabilirken, bazen de işçinin nitelikleri (elemanın o işteki özel bilgisi) veya işçinin eğitimi için işverence yapılan harcamalar etken olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, salt sözleşmenin süresinden önce feshi durumuna ilişkin olarak kabul edilen cezai şart koşulu, sözleşmenin haklı nedenle feshi halinde uygulanmaz¹¹⁰. Zira cezai şart sözleşmenin ihlali, diğer bir ifade ile borcun hiç veya eksik olarak ifası haline yönelik bir edim niteliğindedir.

Sözleşmenin süresinden önce haksız feshi durumuna ilişkin olarak taraflarca kararlaştırılmış cezai şartın türünün saptanması, bağlanacak sonuçlar açısından önem taşımaktadır. BK. m.158 uyarınca cezai şart, ya borcun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi halinde istenilmek üzere kararlaştırılmış olabilir (BK. m. 158/I) veya ifanın sözleşmede belirtilen zamanda veya yerde yapılmaması hali için kararlaştırılabilir. (BK.m.158/2). Bunun yanısıra, taraflar anlaşarak borçlunun

¹⁰⁷ von TUHR, Cilt II, 821; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 455; K.TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, 6-7; FEYZİOĞLU Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 388-389

¹⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 455; S.UÇAR, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, 14; Bu yönde Y 13HD, 25.12.1981, 7896/9897, Yasa HD. 1982, 704; Y 13HD, 14.11.1977, 4495/5010, YKD 1978, 598

¹⁰⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 455-456; UÇAR, 14; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 30

¹¹⁰ Y 9HD., 10.9.1986, 6357/7837, YKD, Nisan 1987, 559; Y 9HD., 17.6.1993, 654/10541, Tüba / İİÇB: 939-1.11.1993; Y 9HD., 15.12.1995, 21362/35588, Tüba/İİÇB: 1069-29.4.1996

belirli bir miktar ödeyerek sözleşmeden dönebileceğini de kararlaştırabilirler (BK. m. 158/III). Yasal bir deyim olmamakla birlikte, doktrinde BK. m. 158/I ve 158/2 alelade cezai şart, BK. m. 158/3 ise dönme cezası olarak nitelenmektedir. Alelade cezai şart ile dönme cezası arasında amaç ve hukuki sonuçlar bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Şöyleki; alelade cezai şart sözleşmenin borçlu tarafından ihlali halinde alacaklı tarafından istenmesi mümkün olan bir miktardır. Bu özelliği ile cezai şart alacaklının durumunu kuvvetlendirmek amacı ile kabul edilir. Dönme cezası ise borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesine lüzum göstermez; borçlu ifa zamanında veya daha önce dönme cezasını ödeyerek asıl edimi ifa yükümünden kurtulabilir. Alelade cezai şart, borçluyu borcuna uygun davranmaya yöneltici bir işleve sahipken, dönme cezası, borçluya borcundan kurtulma kolaylığı sağlar.

Bunun yanısıra, alelade cezai şartta alacaklı cezai şartı aşan zarar miktarını, borçlunun kusurunu ispat şartıyla isteyebilirken (BK. m. 159/2), dönme cezasının sözkonusu olduğu hallerde, bu kuralın uygulanması kabul edilemez¹¹¹. Zira dönme cezasının amacı, borçlunun durumunu kuvvetlendirmek ve kararlaştırılan cezayı ödeyerek ifadan kaçınabilme imkanını tanımaktır. Daha yüksek bir tazminat istenmesi durumunda bu amaç zedelenir¹¹². Dolayısıyla, dönme cezası alacaklının değil borçlunun lehinedir¹¹³.

Doktrinde, haksız fesih hali için taraflarca öngörülen cezai şartın, bir alelade cezai şart mı yoksa bir dönme cezası mı düzenlediği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, bu halde hizmet sözleşmesine "keyfi bir surette son verilmesinden bahsedilmeyip, haksız fesih halinde ödenecek tazminatın tayin edildiğinden" hareketle alelade cezai şartın söz konusu olduğunu savunurken¹¹⁴, diğer bir görüş dönme cezasının varlığını kabul etmektedir¹¹⁵.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde tarafların kararlaştırdıkları ve haksız fesih durumuna yönelik edim, herşeyden önce sözleşmenin ihlaliyle ilgili olarak öngörülmektedir. Yine, taraflar borçlunun belirli bir tazminat ödeyerek sözleşmeden dönmeyi değil, esasen sözleşmeye uymayı hedeflerler ki, bu bağlamda, tazminat genelde sadece zararın giderilmesine yönelik olmayıp aynı zamanda ifayı gerçekleştirmek için bir baskı vasıtası olarak kararlaştırılmaktadır. Tüm bu özellikler sözleşmede

¹¹¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 152; OĞUZMAN/ÖZ, 397

¹¹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 480; OĞUZMAN/ÖZ, 397

¹¹³ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 160, N. 16; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 47; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU/ALTOP, 471

¹¹⁴ H.K.ELBİR, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin İşverence Haksız Feshi Halinde Cezai Şart", İHU, İŞK. 9 (No:3)

¹¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 472 dn. 18a

kararlaştırılan miktarın dönme cezası değil, kural olarak, BK.m. 158/I anlamında alelade cezai şart niteliğinde olduğunun kabulünü gerektirir. Nitekim, BK. m. 158/3'de sözleşmede kararlaştırılan miktarın dönme cezası niteliğini taşıdığına ilişkin ispat yükü borçluya yüklenmekle, ceza düzenleyen sözleşme hükmünün dönme cezasını değil, alelade cezai şartı düzenlediği karine olarak kabul edilmiřtir¹¹⁶. Bu bakımdan, sözleşmede borcun ihlali durumunda ödenecek miktarın dönme cezası olduğu yönünde bir açıklık bulunmadığı durumlarda, borçlu tarafından kararlaştırılan miktarın dönme cezası niteliğinde olduğu ispat edilmedikçe alelade cezai şartın varlığı kabul edilir.

a. Sözleşmenin işverence süresinden önce haksız feshi ve cezai şart

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

Belirtmek gerekir ki, BK. m.325 hükmü emredici nitelik taşır. Bu bağlamda tarafların önceden yapacakları bir anlaşmayla sözleşmenin işveren tarafından haksız feshi durumunda bakiye süreye ilişkin ücret tutarının ödenmeyeceğini veya daha az miktarda ödeneceğini kararlaştırmaları geçerli değildir. Öte yandan, seçimlik cezai şart olarak da nitelenen, sözleşmenin ifa edilmemesi veya eksik ifası için kararlaştırılmış cezai şartlarda aksine bir anlaşma bulunmadıkça, alacaklı dilerse borcun ifasını (veya borcun ifa edilmemesi sebebiyle zararının tazminini), dilerse cezai şartın ifasını isteyebilir (BK. m.158/I). Bu bağlamda, belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi durumunda kural olarak işçi, ya BK. m.325 uyarınca sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle zararının tazminini veya cezai şartı talep edebilir. Kanunun düzenlemesi, cezai şartın maktu tazminat niteliğine uygun bir çözümdür. Ancak

¹¹⁶ OğUZMAN/ÖZ, 394

tarafkların aksini kararlaştırdıkları durumda hem BK. m.325 uyarınca sözleşme süresince ücreti, hem de cezai şartın ödenmesini talep imkanı vardır. Bu olasılıkta cezai şartın ceza fonksiyonu öne geçer¹¹⁷.

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

İşverenin haksız feshi bakımından cezai şartın pratik etkisi, öncelikle, cezai şart miktarının bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarının üzerinde olduğu veya hem cezai şartın hem de sözleşmenin haksız feshinden doğan zararın ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda önemlidir. Bunun yanı sıra, işçinin cezai şartı talep ettiği durumlarda, BK. m.325/II'deki mahsup kuralının uygulanması söz konusu olmayacağından, işçinin hiçbir zararı olmasa dahi (örneğin, derhal daha yüksek bir ücretle iş bulması durumunda) cezai şart ödenecek, ancak bu miktarın fahiş olması durumunda BK. m.161/son uyarınca indirime gidilecektir.

b. Sözleşmenin işçi tarafından süresinden önce haksız feshi ve cezai şart

Yukarıda da belirtildiği gibi işverenlerin işçinin edimini belirli bir süre garanti altına almak amacıyla belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapmaları ve süresinden önce haksız fesih haline ilişkin olarak cezai şart koşulu getirmelerine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Özellikle nitelikli işlerde çalışan vasıflı işçiler bakımından, örneğın üst düzey yöneticiler ile yapılan sözleşmelerde cezai şart koşulu işletmede veya işyerindeki istikrarı ve faaliyetin sürekliliğini sağlama bakımından pratik ihtiyaçların sonucudur.

İşçinin haksız feshi bakımından cezai şart koşulunun önem taşıdığı nokta cezai şartın salt işçinin feshi haline yönelik, tek yanlı kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağıdır. Yargıtay içtihatlarında sadece işçinin haksız feshine özgülenmiş olarak tek taraflı cezai şart hükmünün

¹¹⁷ Kanun ifa veya ifayı karşılayan tazminat yanında cezai şartın istenebilmesini sadece, sözleşmenin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi haline ilişkin olarak öngörmüştür (BK. m.158/2).

geçersiz olacağı sonucuna varılmıştır¹¹⁸. Yüksek Mahkeme kararlarında başka bir gerekçe göstermeyerek, tek yanlı işçi aleyhine cezai şart hükmünün işçiyi bağlamayacağını belirtmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar Yargıtay'ın görüşünü benimserken¹¹⁹, diğer bir görüş Yargıtay'ın kararını benimsememekte ve buna gerekçe olarak da uygulamada doğan ihtiyaçların cezai şartı gerektirdiğine işaret etmekte¹²⁰ ve bunun karşılığını esasen sözleşmenin işveren tarafından haksız feshi durumunda BK. m. 325'in teşkil ettiğini¹²¹ belirtmektedirler.

Öncelikle salt işveren lehine kararlaştırılmış cezai şartın, feshi tek yanlı zorlaştırmacı görünümü bu nitelikte cezai şart kararlaştırılmasının geçersiz olması gerektiği görüşünü doğurmaktadır. Bununla birlikte, bir taraftan mevzuatımızda sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi durumunda, işverenin zararının giderilmesine yönelik İBK m.337d paralelinde özel bir hükmün bulunmaması tek taraflı cezai şart kararlaştırılmasının haklılığını gösterdiği gibi, indirim imkanının varlığının da tek taraflı cezai şart koşulu ile ortaya çıkabilecek adaletsizliği giderdiği söylenebilecektir.

c. Fahiş görülen cezai şartın indirimi

Kural olarak taraflar cezai şartın miktarını tayinde serbesttirler (BK. m. 161/İ). Bununla birlikte, cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı baskılara neden olabilmesi ciddi bir sakıncadır¹²². Yasakoyucu bu sakıncayı gidermek amacıyla hakimin fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef olduğu hükmünü kabul etmiştir (BK. m. 161/3).

Cezai şartın, makul sayılamayacak kadar mübalağalı ve hakkaniyete aykırı olması durumunda cezai şart miktarı aşırı sayılır. Mübalağalı olma ve hakkaniyete aykırı olma unsurlarının tespiti için alacaklının, asıl ediminin ifasındaki menfaati ile cezai şart miktarı arasındaki oran, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışındaki kusur derecesi ve borçlunun ekonomik durumu dikkate alınmak gerekir¹²³.

¹¹⁸ Y 9HD, 17.11.1992, 8777/12603, Karar ve incelenmesi için bak. P. SOYER, İHD, C. III, 1993, 306 vd.; M.KUTAL, Değerlendirme 1992, 40 vd.; Y 9HD, 16.9.1994, 6706/12103, Çimento İşveren D. Kasım 1994, 30

¹¹⁹ KUTAL, Değerlendirme 1992, 40, Yazar işçiyi koruma ilkesinden yola çıkmaktadır; SOYER, İHD, C.III, 1993, 306, Yazar BK. m.340/3'ün işçi ve işveren bakımlarından farklı ihbar önellerinin kararlaştırılmayacağı hükmünden hareket etmektedir. CENTEL, İş Hukuku, 199

¹²⁰ F.ŞAHLANAN, Değerlendirme 1992, (Genel Görüşme), 78

¹²¹ K. OĞUZMAN, Değerlendirme 1992, (Genel Görüşme), 84

¹²² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 472

¹²³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 472; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, 145 vd.; UÇAR, 104 vd.

Cezai şartın indirilmesi için borçlunun talepte bulunmasının gerekli olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, hakime tanınan bu yetki salt indirim yapmaya ilişkin olup, indirim isteme yetkisi bizzat borçludur¹²⁴. Diğer bir görüşe göre ise, yasa açıkça hakime indirim yetkisi vermekte olup, ayrıca alacaklı tarafından yapılmış bir indirim talebinin aranmasına gerek bulunmaz¹²⁵. Yargıtay içtihatlarında, BK. m.161/son hükmünün hakime fahiş gördüğü cezaları indirme mükellefiyeti getirmesinden hareketle, hakimın resen, bir talebe ihtiyaç kalmadan uygulaması gerektiği belirtilmektedir¹²⁶.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinden önce işverence haksız feshi durumuna ilişkin olarak cezai şart kararlaştırılan durumlarda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1978 tarihli bir kararında BK. m.325/II'deki mahsup esasının uygulanamayacağını ancak hakimın miktarını fahiş bulduğu takdirde cezai şartı indirmekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır¹²⁷. Gerçekten tarafların sözleşmenin ihlali halinde ödenmek üzere kararlaştırdıkları cezai şart bedelinin indirimi ancak BK. m.161/III'e göre olmak gerekir. Bu esas, cezai şart miktarının taraflarca BK. m.325/I hükmüne göre tespit edildiği durumlarda da değişmez. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu olayda, taraflar cezai şart miktarını sözleşmenin ifa edilmediği bakiye süreye ilişkin ücret tutarında tazminat olarak belirlemişlerdir.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın aksi yönde kararı da mevcuttur. Bu kararda sözleşmede yer alan hizmet sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi halinde bakiye süre için "öngörülen cezai şartın bu niteliği ile BK. m.325'de düzenlenen işi kabulde temerrüt tazminatı" olduğu o halde BK. m.325/2 uyarınca indirime gidilmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁸. Oysa, burada taraflarca kararlaştırılan cezai şart olup, BK. m.325 lafzı sadece cezai şartın miktarını belirlemede ölçü olarak kullanılmıştır.

Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlarda ise, cezai şart miktarının indiriminde BK. m. 161/III esas alınmakta ve kural olarak, sözleşmenin ifa edilmiş süresi ile oranlı bir indirime gidilmesi kabul

¹²⁴ TUNÇOMAÇ, Cezai Şart, 135-136

¹²⁵ von Tuhr, 830; OLGAÇ, 1204; UÇAR, 101; K.BİRSEN, Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Bası., İstanbul 1967, 368

¹²⁶ YHGK., 24.1.1968, 1966/4-365-45, Resmi Kararlar D.; 1968/9-10, 219-223; Y 13HD, 11.11.1986, 4726/5410, UÇAR, 134'den naklen; Y 15HD, 28.12.1989, 1939/5496, YKD 1990, 1515; Y 15HD, 9.10.1986, 1071/3211, YKD Şubat 1987, 273; Y 9HD., 12.4.1994, 13842/5438, Tüba/İİÇB: 977-25.7.1994

¹²⁷ YHGK., 6.10.1978, 1977/9-101-800, İHU İşK. 9 (no:3) ve H.K.ELBİR'in incelemesi

¹²⁸ Y 9HD, 9.10.1984, 7303/8690, Tekstil İşveren D. Haziran 1985, S.87, 21-22

edilmektedir¹²⁹. Yargıtay'ın cezai şart miktarını indirimde ifa edilmiş süreyle oranlı bir indirimi kabul etmesi cezai şartın tazminat fonksiyonunu esas aldığı şeklinde yorumlanabilir. Cezai şartın sırf zararın giderimi olarak değerlendirildiği görüş içerisinde Yargıtay'ın belirlediği esas tutarlıdır. Ancak cezai şartın borçluyu ifaya zorlayıcı baskı niteliği¹³⁰, cezai şartın geçerliğinin zararın bulunmasına bağlı olmadığı esasları da gözden uzak tutulmamak gerekir.

Nihayet, Yargıtay'ın bu konudaki diğer bir kararı da çalışılan süreyle bakiye sözleşme süresi oranlanarak bulunan miktarın da fahiş olabileceği ve bundan da indirimle gidilmesi gerektiği yolundadır¹³¹. Gerçekten bu karardan da anlaşılacağı üzere BK. m.161/son hakime ancak cezai şart miktarının fahiş olması durumunda indirim mükellefiyeti getirmiştir. Sözleşmenin salt bir süre için ifa edilmiş olması cezai şart miktarının fahiş olmasını belirlemeyeceği gibi, çalışılan süre ile bakiye sözleşme süresi oranlanarak bulunan miktar da fahiş görülebilir.

Bunun yanısıra belirtmek gerekir ki, BK. m. 161/son hakime sadece cezai şartta indirim yetki ve görevi yüklemiş olup, cezai şartın tamamıyla ortadan kaldırılması mümkün değildir¹³².

II. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Süresinin Bitimi ile Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları

Yukarıda da belirtildiği gibi belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinde, ihbar önelleri ve ihbar tazminatı söz konusu olmaz. Nitekim İşK. m.13/C'de ihbar tazminatı süresi belirli olmayan sürekli hizmet sözleşmelerinin feshinde, ihbar önellerine uymaksızın sözleşmenin sona erdirilmesi durumuna ilişkin olarak öngörülmüştür¹³³.

¹²⁹ Y 9HD, 10.11.1992, 6312/12426, Türk-İş Şubat 1995, 18; Y 9HD, 28.1.1991, E. 1990/9462, K. 1991/577, Tekstil İşveren D. Eylül 1991, 19-20: Yargıtay sözleşmenin uygulanan ve geri kalan süresine oranla cezai şart miktarında bir indirimi hakkaniyetin gereği olarak görmektedir. Kararın incelenmesi için bak. M.EKONOMİ, değerlendirme 1994, 65

¹³⁰ HGK, 8.3.1961 ve 4/2-10, İlimi ve Kazai İçtihatlar D. 1960, 1272; Y 13HD, 1.2.1974, 165/232, YKD 1976, 363 ve benzer kararlar için bak. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 475 dn.9

¹³¹ Y 9HD, 17.1.1991, E.1990/9157, K.1991/189, Tekstil İşveren D. Nisan 1991, 15-16.

¹³² ELBİR, İHU, İşK.9 (No:3), 3; Y 3HD, 15.1.1957, 542/402; OLGAÇ, Borçlar Kanunu, 1206; Y 9HD'nin 1990 tarihli bir kararında taraflar arasında belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinden önce feshi durumuna ilişkin olarak sözleşmede yer alan cezai şart bedelinin ödenmesi talebiyle açılan davanın, yerel mahkemece, sözleşmenin işçi tarafından daha yürürlüğe girmeden önce feshedildiği gerekçesiyle verilen red kararı bozulmuş ve davalının sözleşmeyi yürürlüğe girmeden önce feshetmesinin ancak cezai şart miktarının tespitinde gözönünde tutulabileceği belirtilmiştir. (Y 9HD., 20.11.1990, 9303/12364, Türk-İş, Ekim 1994)

¹³³ Y 9HD., 10.6.1993, E. 992/14926, K. 1993/10080, Tüba/İÇB: 947-27.12.1993

Belirli bir süre çalışıp hizmet sözleşmesi sona eren işçiye, kanunda sayılan hallerde ve hizmet süresi ile ücretine göre değişen miktarda işverence ödenmesi gereken parayı ifade eden¹³⁴ kıdem tazminatının talep edilebilmesi İşK. m.14'de iki şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bunlardan birincisi, hizmet sözleşmesinin kanunda belirtilen fesih hallerine dayalı olarak veya işçinin ölümü suretiyle sona ermiş bulunması, ikincisi hizmet sözleşmesinin işçinin işe başladığı tarihten itibaren en az bir yıl devam etmiş olmasıdır. Görüldüğü gibi, hizmet sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması, kıdem tazminatı hakkının doğması üzerinde etkiye bulunmaz. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin İşK. m.14'de sayılan biçimde sona ermesi veya erdirilmesi işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandırır. Bununla birlikte, belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi ile sona ermesi durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olmaz. Zira, sözleşmenin bu tür sona ermesi İşK. m.14'de sayılan sona erme biçimlerinden değildir¹³⁵.

İş Kanununun 14. maddesinde 17.10.1980 gün ve 2320 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile maddede yer alan hükümlerin genel olarak mutlak emredici nitelik kazanmaları sonucu, kıdem tazminatına hak kazanılan haller sınırlı nitelikte olup, işçi yararına olsa da sözleşmeler ile genişletilemez, sözleşmelere aksi yönde konulan hükümler geçersizdir¹³⁶.

Yargıtay eski tarihli bir kısım kararlarında belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi ile sona ermesi durumunda da işçiye kıdem tazminatının ödeneceğini belirtmekle birlikte¹³⁷, sonraki tarihli kararlarında yerleşik içtihadı oluşturmuş ve hizmet sözleşmesinin süresinin bitimi ile sona ermesinin işçiye kural olarak kıdem tazminatı hakkı vermeyeceğini hükme bağlamıştır¹³⁸. Yargıtayın bu konuda istisna oluşturan içtihadını ise 625 sayılı kanuna tabi özel okul yönetici ve öğretmenleri ile yapılan belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitimi ile sona ermesi

¹³⁴ CENTEL, İş Hukuku, 205; Benzer tanımlamalar için ayrıca bak. İ. NARMANLIOĞLU, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem tazminatı, İstanbul 1973, 4; ÇENBERCİ, 282; T. SIZMAZOĞLU, İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı, İstanbul 1953, 208; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 189

¹³⁵ ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 193; EKONOMİ, İş Hukuku, 232; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, 345; CENTEL, İş Hukuku, 206-207; TAŞKENT, İHU, İşK. m. 9 (No:57; ŞAHLANAN, Değerlendirme 1979G1983, 93; TUNCAY, İHD. Cilt II, 596.

¹³⁶ 2320 sayılı yasa ile getirilen İşK. m. 98/D hükmünde kıdem tazminatının "öngörülen esaslar dışında" ödenmesi cezai müeyyideye tabi tutulmuştur. EKONOMİ, "Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri", 3; CENTEL, İş Hukuku, 206; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku Dersleri, 245; ÇELİK, bu değişikliğin maddeye mutlak emredici nitelik kazandırdığına ilişkin görüşün kabulünün zor olduğunu belirtmektedir (İş Hukuku Dersleri, 226).

¹³⁷ Y 9HD., 2.6.1975, 12426/34073, İHU İşK. m. 13 (No:4); Y 9HD., 5.6.1980, İHU İşK. m.9 (No: 5)

¹³⁸ Y 9HD., 19.2.1991, E. 1990/11416, K. 1991/2573, Tekstil İşveren D., Haziran 1991, 20; Y 9HD., 27.4.1993, E. 1992/13379, K. 1993/6880, Tekstil İşveren D. Ekim 1993, 18; Y 9HD., 21.3.1994, E. 1993/16240, K. 1994/4024, Tüba/İÇB: 995-28.11.1994; Y 9HD., 26.2.1996, E. 1995/36332, K. 1996/2570, Tekstil İşveren D., Mayıs 1996, 16-17.

durumunda belirli şartların varlığı ile işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağına ilişkin kararları oluşturmaktadır.

Yukarıdaki bahislerde de değinildiği gibi Yargıtayın yerleşik kararlarında, 625 sayılı yasaya tabi özel okul yönetici ve öğretmenleri ile yapılan hizmet sözleşmelerinin işin niteliği itibariyle belirli süreli olarak öngörüldükleri ve sözleşmelerin ardı ardına zincirleme bir görünüm oluşturdıkları halde dahi hakkın kötüye kullanılmasının ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesine dönüşmenin söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir¹³⁹.

Yargıtayın eski tarihli bir kısım kararlarında, özel okul yönetici ve öğretmenleri ile ardı ardına yapılan sözleşmelerin belirli süreli sözleşme niteliğini korumakla birlikte, işçinin hizmet sözleşmesini yenilemek istememesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağı hükme bağlanmıştır¹⁴⁰. Ancak, bu kararların Yargıtayın bugünkü içtihadını yansıtmadığı belirtilmelidir.

Yargıtay konuya ilişkin son yıllarda verdiği kararlarda ise, sözleşmenin yenilenmemesi olgusunu esas alarak, yenilememe yolundaki irade beyanı sahibinin işçi veya işveren olmasına göre farklı sonuçlar kabul etmektedir. Buna göre; taraflar arasındaki sözleşmede, sözleşmenin yenilenmemesi durumunda önceden bildirimde bulunma zorunluluğu öngören bir hüküm mevcutsa ve işveren bu hükme dayanarak sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmişse, işçi kıdem tazminatına hak kazanır¹⁴¹. Yenilememeye ilişkin irade beyanı sahibinin işçi olması veya sözleşmede bu yolda hüküm bulunmaması nedeniyle sözleşmenin herhangi bir beyan olmaksızın sürenin bitiminde sona ermesi durumunda ise, işçinin kıdem tazminatı hakkı mevcut değildir¹⁴².

Yargıtayın görüşü doktrinde çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Öncelikle, yasal zorunluluk nedeniyle ardı ardına yapılan belirli süreli sözleşmelerin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmeyecekleri ve sözleşmelerin belirli süreli olma niteliğini koruduğunun kabulünden sonra sürenin sona ermesinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağından

¹³⁹ Bak. bölüm 2, § 6

¹⁴⁰ Y 9HD., 3.6.19980, 998/6689, İHU, İşK. 9 (No:4) ve M. EKONOMİ'nin incelemesiyle birlikte; Y 9HD., 27.6.1984, 6225/7118, EŞMELİOĞLU, 310-311

¹⁴¹ Y 9HD., 5.4.1994, 5717/5181, Tekstil İşveren D., Eylül-Ekim 1994; Y HGK., 21.12.1994, E. 1994/9-768, K. 1994/869 ve C. TUNCAY'ın incelemesi için bak. "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, 48-49

¹⁴² Y 9HD., 20.10.1992, 657/11557, YKD, Cilt 18, S. 12, 1992, 1870-1872 ve M. KUTAL'ın incelemesi için bak. Değerlendirme 1992, 64; Y 9HD., 21.3.1994, E. 1993/16240, K. 1994/4024, Tekstil İşveren D., Şubat 1995, 18; Ayrıca bak. Değerlendirme 1993 ve A. GÜZEL'in incelemeleri.

sözletmenin, tutarsız ve iş Kanununun hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹⁴³. Öte yandan, Yargıtay işverence sözleşmenin yenilenmeyeceği yolunda yapılan beyana feshe ilişkin hukuki bir sonuç bağlamaktadır ki, yenilememeye ilişkin beyan teknik anlamda fesih niteliği taşımaz¹⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, Yasakoyucunun ÖÖKK. m.32 ile hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesindeki amacı öğretimin aksamamasıdır. Yasa, sözleşme serbestisine dahil olan sözleşmenin süre açısından türünü belirleme serbestisini bu alanda tanımamıştır. Tarafların sözleşmenin süre açısından türünü belirlemede irade özerkliğinin bulunmadığı bu durumda İşK. m.14 hükmünden bu tür sözleşmelerin sona ermesinde kıdem tazminatının ödenmeyeceğinin çıkarılması hakkaniyete uygun düşmez. İşK. m.14 hükmünde belirli süreli hizmet sözleşmesinde sürenin bitiminin kıdem tazminatına hak kazandırmaması, genel olarak irade özerkliği içerisinde serbest iradeyle yapılmış bu tür sözleşmelere ilişkindir. Oysa, 625 sayılı yasa kapsamına giren durumlarda, değil işçinin işverenin dahi irade özerkliği bulunmamaktadır. Yasada belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitiminde sona ermesi durumunda kıdem tazminatına hak kazandırmayan düzenleme 625 sayılı yasa kapsamına giren işçiler dikkate alınmaksızın getirilen bir düzenleme niteliğindedir. Bu noktada bir örtülü yasa boşluğu söz konusu olup, bu boşluk hükmün amaca uygun sınırlandırılmasıyla giderilebilir. Nitekim, yasal zorunluluk bulunmaksızın ardı ardına yapılan belirli süreli sözleşmelerde, zincirleme hizmet sözleşmesi görüşü ile işçinin korunması gerçekleştirilmiştir. Oysa, 625 sayılı yasa kapsamına giren işçiler bakımından bu görüşün uygulanması da mümkün değildir. Bu nedenle, Yargıtayın görüşünün gerekçe bakımından eleştirilere açık olmakla birlikte, yasanın amacına uygun ve ihtiyacı karşılar nitelikte olduğu belirtilmelidir¹⁴⁵.

Ardı ardına zincirleme olarak kurulan belirli süreli sözleşmelerin yapılmasını haklı kılan objektif nedenler bulunmaması durumunda Yargıtay içtihatlarına göre sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli sayıldığından, bu durumda hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinde bildirim öneline uyulması gerektiği gibi, koşullarının varlığı durumunda kıdem tazminatının da ödenmesi gerekmektedir¹⁴⁶. Yargıtay'ın bu konudaki

¹⁴³ M. EKONOMİ, Değerlendirme 1991, 102; Aynı yazar, Değerlendirme 1994 (Genel Görüşme), 71; C. TUNCAY, İHD, C. II, 1992, 599; Aynı yazar, Değerlendirme 1994, 49; Ayrıca bak: A. GÜZEL, Değerlendirme 1993, 61

¹⁴⁴ Bu yönde; M. EKONOMİ, Değerlendirme 1991, 60

¹⁴⁵ ŞAHLANAN, Yargıtayın görüşünü adil ve isabetli bulmaktadır (Değerlendirme 1994, Genel Görüşme, 68)

¹⁴⁶ Y 9HD., 20.6.1989, 4514/5792, Tekstil İşveren D. Ekim 1989, 16; Y 9HD., 5.11.1992, 4182 / 12212, YKD, Nisan 1993, 535-536; Y 9HD., 16.9.1993, 12848/12920, Çimento İşveren D., Kasım 1993, 29; Y 9HD., 21.2.1994, E. 1993/15148, K. 1994/2622, Tüba/İİÇB: 968-969-30.5.1994

önemli bir diğer kararı ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmesiyle, süreklilik gösteren bir işte çalışmakta iken, ortada haklı kılan objektif bir neden de yokken hizmet sözleşmesi belirli süreli hale getirilen işçinin, bu belirli süreli sözleşmenin bitiminde "işten çıkarıldığı" takdirde ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacağına ilişkin karardır¹⁴⁷. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme bu kararda isabetli olarak salt ardı ardına yapılan belirli süreli sözleşmelerde değil aynı zamanda belirsiz süreli sözleşmeyle çalışmakta iken sözleşmenin belirli süreliliye çevrilmesi durumunda da objektif haklı nedenlerin bulunması gerekliliğini kabulle, bu nedenlerin bulunmaması durumunda sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli sayılacağına ve sona erdirilmesinde işçinin ihbar ve şartları gerçekleşmişse kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmetmiştir.

Nihayet, Yargıtay zincirleme sözleşmelere ilişkin genel görüşünü mevsim ve kampanya işlerinde de uyguladığından¹⁴⁸, bu tür işlerde her mevsim yenilenen sözleşmelerle ardı ardına çalışma durumunda taraflar arasında baştan itibaren belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilir ve sözleşmenin sona erdirilmesinde işçiye ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi gerekir.¹⁴⁹

III. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Sona Erdirilmesinin Hukuki Sonuçları

1. Sözleşmenin işveren tarafından feshi

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin işverence İşK. m.17/II dışında bir haklı nedenle sona erdirilmesi durumunda işçi kıdem tazminatına hak kazanır (İşK. m.14/I). Buna göre, işveren sağlık nedenleri (İşK. m.17/I) veya zorlayıcı nedenler (İşK. m.17/III) ile hizmet sözleşmesini feshettiği durumlarda kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür.

Öte yandan sözleşmenin işverence feshinin İşK. m.17/II'ye dayandığı hallerde, işveren İşK. m.18/II uyarınca, işçiden genel hükümlere

¹⁴⁷ Y 9HD., 16.9.1993, 1719/13030, Tüba/İİÇB: 951-24.1.1994

¹⁴⁸ Bak. Bölüm II, § 6, III, 3

¹⁴⁹ Yargıtay, mevsimlik işlerde kıdem ve ihbar tazminatına esas kıdem süresinin, her yıl bir mevsim içindeki çalışılmış veya çalışılmış gibi sayılan sürelerin toplanarak bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Y 9HD., 31.1.1985, E. 1984/11074, K. 1984/831, İşveren D., Ocak 1986, 13-14; Y 9HD., 9.6.1988, 4790/6398, Çimento İşveren D., Eylül 1988, 30; Y 9HD., 9.4.1991, 2783/7425, Tekstil İşveren D., Nisan 1992, 48

göre ayrıca tazminat isteyebilecektir. Tazminatın kapsamına maddi zarar olduğu gibi manevi zarar da dahildir¹⁵⁰.

2. Sözleşmenin işçi tarafından feshi

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin işçi tarafından İşK. m.16 uyarınca feshi durumunda işveren kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür (İşK. m.14/I). Görüldüğü gibi kanunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanması bakımından feshe yol açan haklı nedenin niteliği konusunda bir ayırım yapılmamıştır.

Hizmet sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshinde önemli bir diğer sonuç, feshin İşK. m.16/II'de yer alan nedenlere dayanması durumunda, işçinin İşK. m.18/II uyarınca, işverenden tazminat talep edebilmesidir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin isteyebileceği bu tazminatın kapsamında BK. m.325 uyarınca bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarı söz konusu olacaktır¹⁵¹. Ayrıca, BK. m. 49'daki koşulların gerçekleşmesiyle işçi manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

¹⁵⁰ SAYMEN, İş Hukuku, 610-611; OĞUZMAN, Fesih, 114; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, 231; EKONOMİ, İş Hukuku, 215; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 180

¹⁵¹ OĞUZMAN, Değerlendirme 1992 (Genel görüşme), 85; Bu yönde: Y 9HD., 12.12.1988, 9596/11849, Tekstil işveren D., Haziran 1989, 18

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Esas itibarıyla Türk/Alman ve İsviçre hukuku açısından karşılaştırmalı olarak yapılan ve bunların yanısıra sınırlı ölçüde AB üyesi ülke mevzuatlarına değinilen bu çalışmada saptanan esaslar ve varılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi yaratan hizmet sözleşmesi belirsiz süreli olarak kurulabileceği gibi, belirli süreli olarak da kurulabilir. Mevzuatımızda, BK. m.338, 339, 340'da, İşK. m. 9, 13, 16, 17'de, Deniz İşK. m.7'de ve Basın İşK. m.5'de belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımına yer verilmiştir.
2. Belirli süreli hizmet sözleşmesi, tarafların sözleşmede açık veya örtülü olarak hukuki ilişkinin devamına yönelik bir süre kararlaştırdıkları ve bu sürenin sonunun sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca bilindiği veya öngörülebildiği sözleşmeyi ifade eder.
3. Belirli-Belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımının başlıca önemi sözleşmenin sona ermesinde ve buna bağlanan hukuki sonuçlarda yer almaktadır. Belirli süreli hizmet sözleşmeleri kural olarak sürenin bitiminde kendiliğinden, herhangi bir hukuki işleme gerek olmaksızın sona ererken, belirsiz süreli sözleşmelerin sona ermesi kural olarak bir fesih beyanının varlığını gerektirir.
4. Belirli süreli hizmet sözleşmesi hukuka uygunluğunu sözleşme serbestisi ve bu tür sözleşmelerin kurulmasına imkan veren yasal hükümlerde bulur. Bununla birlikte, belirli süreli hizmet sözleşmesinin

sona ermesinde fesih olgusunun bulunmayışı ve bunun da doğal sonucu olarak bu tür sözleşmelerin sona ermesinde işçinin yasal feshe karşı koruyucu hükümlerden yararlanamayışı, iş hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde çalışma yaşamına ilişkin bir çok düzenlemede görüldüğü gibi, bu noktada da sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, bir başka deyişle bu tür sözleşmelere başvuru hallerinin sınırlandırılması gereğini ortaya çıkarmıştır.

5. Bu açıdan belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması sorunu, işçiyi feshe karşı koruma hukukunun gelişimiyle bağlantılıdır. Modern iş hukukunda işçinin feshe karşı korunması, belirsiz süreli sözleşmelerde işçinin işveren tarafından yapılacak keyfi fesihlere karşı korunması olarak ele alınmış ve ulusal ve uluslararası düzenlemelerle işçinin iş güvencesinin sağlanması hedeflenmiştir. Nitekim, bu tür sözleşmelerin kurulmasının sınırlandırılması yönündeki gereksinim, sıkı bir feshe karşı koruma sisteminin yer aldığı ülkeler hukukunda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmıştır. Zira, işçiye gerçek anlamda iş güvencesi sağlayan hukuki sistemlerde, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin olağan feshinin belirli nedenlerin varlığına bağlanmış olması, bu nedenlerin bulunmaması durumunda feshin geçersiz sayılarak işe iadeye karar verilebilmesi veya işe iadenin mümkün olmadığı durumlarda tazminata hükmedilmesi olanakları ile bir yandan işçi lehine görünüm arzetymekte, bir yandan da işverenlerin hizmet sözleşmesinin sona ermesinde bu gibi yükümlere tabi olmamak amacıyla belirli süreli sözleşme kurma yolunu tercih etmelerine neden olmuştur. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerle feshe karşı koruma alanındaki tüm bu gelişimin sonucu ise, çalışma yaşamında belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin kural, belirli süreli sözleşmelerin istisna olarak kabulü sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda, gelişmiş bir feshe karşı koruma sistemine sahip ülkelerde hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesinin sınırlandırılması sorununun aynı zamanda iş güvencesi sağlama çabalarının bir uzantısı olduğu söylenebilir.

6. Belirli süreli hizmet sözleşmesi rejiminde kaydedilen bu yöndeki gelişim hiç bir zaman yasaklama boyutuna varmamıştır. Nitekim AB üyesi ülkelerde de Anglo Sakson hukuk sistemine sahip İngiltere ve İrlanda dışında, bu tür sözleşmeye başvuru hallerinin az veya çok ölçüde sınırlandırmakla birlikte, tam bir yasaklamaya yer verilmediği görülmektedir. Zira, bir yandan yasaklama sözleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturacağı gibi, bir yandan da bu tür sözleşmeler çalışma yaşamında belirli işlevlere sahiptir ve işverenin bu tür sözleşme kurmaktaki meşru menfaati korunmalıdır.

7. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sınırlandırılması yönündeki batılı ülkelerde görülen eğilim 80'li yıllardan itibaren zayıflamış ve bu noktada sınırlı da olsa sözleşme özgürlüğüne dönme çabaları ortaya çıkmıştır. Bu ters yöndeki gelişimin nedenleri, 70'li yılların ikinci yarısında yaşanan ekonomik durgunluk, artan işsizlik oranları, uluslararası rekabete uyum çabaları olarak belirtilebilir. Yine bu gelişme, 80'li yıllardan itibaren iş hukukunda beliren çalışma yaşamında esneklik gereği düşüncesinin ve bu yöndeki arayışın bir parçasıdır. Bu noktada belirli süreli hizmet sözleşmesi rejimi esneklik boyutu altında ele alınmış ve bu tür iş ilişkilerinin kurulmasının kolaylaştırılması bu suretle öncelikle işsizlerin korunması ve iş piyasasında dinamizmin sağlanması hedeflenmiştir. Zira hakim görüşe göre, sıkı feshe karşı koruma ve belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulmasına gayet sınırlı durumlarda imkan veren bir hukuki sistem işverenleri yeni işçi istihdamından, yeni girişimler kurmaktan caydırmakta, dolayısıyla işsizliği de beraberinde getirmektedir. Bu alanda sağlanacak esneklik ile, bir yandan işverenler yeni işçi almaya, yeni girişimler kurmaya teşvik edilecek, diğer yandan işsizler belirli süreli de olsa iş imkanına kavuşacaklardır. Dolayısıyla ilk planda işsizlerin korunması hedefi ile hareket edilse de, işsizlerin yanısıra işverenler de korunmuş olmaktadır.

Bu yöndeki eğilim en kuvvetli biçimde Alman hukukunda görülmektedir. Bunun dışında Fransa, İspanya, Portekiz hukuk sistemlerinde de belirli süreli hizmet sözleşmeleri esneklik boyutu altında ele alınmış ve çeşitli düzenlemelere konu olmuşsa da, bu ülke hukuklarında hala çok önemli sınırlamalar mevcuttur. Yine, Alman hukuku da dahil olmak üzere tüm bu hukuk sistemlerinde belirsiz süreli sözleşme kuralı belirli süreli sözleşme ise istisnayı oluşturmaktadır. Fransız, İspanyol, Portekiz hukukunda belirli süreli hizmet sözleşmeleri rejiminde görülen bu gelişim şu yöndedir: öncelikle 80'li yıllara kadar bu ülke hukuklarında belirli süreli sözleşmelerin kurulması sadece işin niteliği itibarıyla geçici olması olgusuna bağlanmışken, yapılan yasal düzenlemelerle, işverenin yeni bir işletme kurması, mevcut faaliyetini genişletmesi ve işsiz olarak nitelenen kişilerle hizmet sözleşmesi yapması durumunda sözleşmenin sürelendirilmesi mümkün kılınmıştır. Görüldüğü gibi hiç bir şekilde tam bir sözleşme özgürlüğüne dönüş söz konusu olmayıp, belirli süreli sözleşmelerin kurulması yine yasal nedenlerin bulunmasına bağlıdır. Öte yandan bu nedenlerin varlığı durumunda da sürelendirmeye bir üst sınır getirilmiştir.

8. Sıkı bir feshe karşı koruma sisteminin bulunmadığı ülkemizde hizmet sözleşmelerinin sürelendirilmesinin sınırlandırılması sorunu, geniş

anlamda iş güvencesi kavramı altında ifade edilen ve belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinde sözkonusu olan feshi ihbar önellerinin ve dolayısıyla buna uymamanın sonucu olarak ihbar tazminatının belirli süreli hizmet sözleşmelerinde uygulanmaması, sözleşmenin süresinin bitimiyle sona ermesi durumunda İşK. m.24'de öngörülen işe alma yükümünün sözkonusu olmaması, sözleşmenin askıya alınması durumlarında belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitmesi ile sözleşmenin de sona ermesi ve dolayısıyla askı kurumunun belirsiz süreli sözleşmelerde sağladığı hukuki korumadan belirli süreli sözleşmeyle çalışan işçinin aynı ölçüde yararlanamaması ve nihayet en önemlisi belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitimi ile sona ermesinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanamaması ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukukumuzda belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmelerin sınırlandırılması Yargıtay içtihatları doğrultusunda MK. m.2/II'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı esas alınmak suretiyle yargı kararları ile gerçekleştirilmektedir. Ancak yargı kararları ile gerçekleştirilen bu sınırlama salt birden fazla belirli süreli sözleşmenin ardı ardına kurulmasını ifade eden zincirleme hizmet sözleşmeleri bakımından sözkonusu olmaktadır. Yargıtay içtihatlarına göre, zincirleme hizmet sözleşmelerinin bu tür sözleşmeleri haklı kılacak "objektif neden" bulunmaksızın kurulması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur ve taraflar arasında baştan itibaren tek bir belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Oysa doktrinde de belirtildiği gibi, bu konuda sağlanması gereken koruma bu tür sözleşmelerin bir kereye mahsus olarak kurulmasında da sözkonusu olmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkın birden çok kez kullanımını kapsadığı gibi, bir kereye mahsus kullanımını da kapsar ve tüm hakların kullanılmasında bir sınır oluşturur. Belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilmesine imkan veren yasal düzenlemeye sahip hukuki sistemde bir kereye mahsus sürelendirmenin sınırlandırılmasının yasal düzenlemelere aykırı düşeceği de söylenemez. Zira sözkonusu olan yukarıda da ifade edildiği gibi, hakkın tamamıyla ortadan kaldırılması olmayıp, bu hakkın "amacına uygun" kullanımının sağlanmasıdır. Bu ise, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulmasına, işçi ve işveren menfaatlerinin değerlendirilmesi ile saptanacak ve işverenin bu hakkı kullanmasındaki "meşru neden"i ifade eden objektif nedenlerin bulunması durumunda imkan tanınmasıyla gerçekleşecektir.

9. Şüphesiz hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesinin sınırlanması hukukumuzda şu anda olduğu gibi yargı kararlarıyla gerçekleştirilebilir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı bu konuda yeterli görülebilir. Ancak

bu yöndeki sınırlamaların bir yasal düzenlemeye konu yapılması, öncelikle hukuki açıklığı ve hukuki güveni sağlama bakımından yerinde olacaktır. Nitekim, bugüne kadarki Yargıtay içtihatlarından zincirleme sözleşmelerin sınırlandırılmasında aranılan "objektif haklı neden" in içeriği konusunda tam bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Yüksek Mahkeme çoğu kez "işin niteliği"ni bu konuda esas almakla birlikte, bir kısım kararlarında doğrudan zincirleme sözleşmelerin varlığına dayanarak hakkın kötüye kullanıldığını belirtmektedir.

10. Belirli süreli hizmet sözleşmesi rejiminde yapılması gereken düzenlemeler çerçevesinde, öncelikle bu tür sözleşmelerin süresinin dolması ile sona ermesinde, belirsiz süreli sözleşmelerin sona ermesinde tanınan yasal hüküm ve sonuçların tanınması düşünülebilir. Özellikle batılı anlamda iş güvencesi kurumunun bulunmadığı hukuki sistem içerisinde, yapılacak yasal bir düzenlemeyle bu tür sözleşmelerin sona ermesinde kıdem tazminatı hakkının doğacağına, yine bazı AB üyesi ülkelerde olduğu gibi bu tür sözleşmelerin süresinin bitiminde sona ermesi için bildirim yükünün öngörülmesi (özellikle hizmet sözleşmesinin işin amacına bağlı olarak sürelendirildiği durumlarda), sözleşmenin zımnen yenilenmesi durumunda belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmenin kabulü gibi. Bununla birlikte, UÇÖ'nün 158 sayılı sözleşmesini onaylayan ülkemizde bu sözleşme hükümlerinin şu anda yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle uygulanmasına rağmen, yakın bir gelecekte bu konuda pozitif düzenlemelerin yapılacağı dikkate alındığında, bu durum yapılması gereken düzenlemenin belirli süreli sözleşmelerin kurulmasının objektif nedenlerin varlığı haline bağlı kılınması, bu nedenlerin varlığına ilişkin ispat yükünün işverene bırakılması ve hatta süre açısından da bir üst sınır getirmek suretiyle sınırlandırılması olduğunu belirtmek yerinde olacaktır.

Gerek yargısal kararlarla gerçekleştirilecek gerekse yasal düzenlemelerle getirilecek sınırlandırmada hizmet sözleşmesinin sürelendirilmesini haklı kılan nedenlerin başında işin niteliği gelmektedir. Nitekim, bu sınırlamayı gerçekleştirmiş, inceleyebildiğimiz AB üyesi ülke hukuklarında da belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasını haklı kılan nedenlerin başında işin niteliği gereği geçici olması ve dolayısıyla işyerinde geçici işgücü gereksiniminin belirlenmesi gelmektedir. Bu ise bizzat yapılacak işin işletmenin faaliyeti bakımından arızı, süre açısından sınırlı olması durumunda olduğu gibi, yapılacak işin işyerinin faaliyeti bakımından sürekli nitelik taşımakla birlikte işgücü ihtiyacının işyerinin daimi işçisinin mevcut olmaması ve bu işçinin tekrar işine döneceği bir süreyi içermesi bakımından geçici olması durumunda da ortaya çıkabilir. Bu bakımdan önemli olan nokta işyerindeki sürekli işgücü ihtiyacının

belirli süreli işçi istihdamı yoluyla giderilmesinin önlenmesidir. Deneme amacı da belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasında, denemenin gerekli olması şartıyla objektif haklı neden oluşturur. Ancak bu hallerde sözleşmenin süresi yasal deneme süresini aşamaz. Öte yandan nitelikleri itibariyle sürekli bir değişiklik gereksiniminin bulunduğu işler ki bu tür işlerde genelde belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulması mutad olanı oluşturur, örneğin medya alanında, sanatsal faaliyetlerin yerine getirildiği işlerde (sahne sanatçılarındaki olduğu gibi), profesyonel sporcuların gördükleri işlerde belirli süreli hizmet sözleşmelerinin kurulması yine bu işlerin ve bu tür işyerlerinin niteliğinden kaynaklanır. Bunun yanı sıra, bu tür sözleşme kurma hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi için salt sürelendirmenin geçerliğinin haklı nedenin varlığına bağlı tutulmasının yeterli olmadığı da belirtilmelidir. Özellikle, belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulmasında geçici işgücü gereksiniminin giderilmesinin veya değişiklik gereksiniminin objektif haklı neden olarak kabulü, münferit durumlarda sözleşmenin süre açısından da böyle bir gereksinime uygun olması gerektirir. Nitekim Fransız, Lüksemburg, Portekiz, İspanyol hukuk sistemlerinde belirli süreli hizmet sözleşmelerine süre açısından bir üst sınır getirilmiş, sözleşmenin uzatılabilmesi bu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla bir veya iki kez için mümkün kılınmıştır. Hukukumuz bakımından yasal bir düzenleme olmadıkça, bu sürenin bizzat sözleşmenin kurulduğu amaç dahilinde ve hukuki ilişkinin geçicilik niteliğini koruyan bir süre olması gerektiği belirtilebilir. Bunun yanı sıra, bu tür sözleşmelerin ardı ardına zincirleme olarak kurulmaları durumunda objektif haklı nedenlerin bulunması şartıyla belirli süreli olma niteliklerini korumaları kural olmakla birlikte, somut olayda bu tür sözleşmelerle artık işin geçicilik niteliğinin kalkmış olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Nihayet, belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitimi ile sona ermesinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasına imkan vermeyen yasal düzenlemenin her halukarda değiştirilmesi gerektiğini bu konuda bir ayırım yapmanın hukuki bir açıklaması olmadığını belirtmeliyiz. Belirli süreli hizmet sözleşmelerine başvuru hallerinin önemli ölçüde sınırlandığı ülkeler arasında Fransız, Portekiz, İspanyol hukuk sistemlerinde belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitimi ile sona ermesinde işçinin hukukumuzdaki kıdem tazminatını karşılayan işten ayrılma tazminatına hak kazandığı görülmektedir.

Nihayet, belirli süreli hizmet sözleşmesi konusunda gerçekleştirilecek düzenlemelerde (özellikle 158 sayılı UÇÖ sözleşmesi kapsamında bir işgüvencesi sistemi yasal pozitif düzenlemeye konu olduğu takdirde) esnekliğe de değer verilmesi, bu bağlamda; işletmenin yeni kurulması, mevcut faaliyetini genişletmesi ve işsizlerle sözleşme kurulmasında sürelendirmeye imkan tanınması yerinde olacaktır. Ancak bu

durumlarda da sürelendirmeye bir üst sınır getirilmesi gerekliliği belirtilmelidir.

11. Yukarıda da belirtildiği gibi belirli süreli hizmet sözleşmesi sözleşme süresinin bitiminde herhangi bir irade beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Ancak sözleşme süresinin dolmasına rağmen tarafların iş ilişkisini sürdürmek istemeleri de olasıdır. Şüphesiz taraflar iş ilişkisini yeni bir sözleşme yaparak düzenleyebilecekleri gibi, yeni bir sözleşme yapmaksızın işçi bakımından çalışmaya devam ve işveren bakımından da çalıştırılmaya devamla sürdürebilirler. Hizmet sözleşmesinin zımnen yenilenmesi olarak nitelenen bu durumda, BK. m.339/I'e göre, sözleşme aynı süre ve fakat bir yıl için tecdit edilmiş (yenilenmiş) sayılır. Doktrindeki baskın görüş bu durumda kanunun lafzına bağlı kalarak yeni bir sözleşmenin oluştuğu yolundadır. Bununla birlikte, BK. m.339 anlamındaki tecditin BK. m.114'de düzenlenen ve mevcut bir borcun ortadan kaldırılarak yerine yeni bir borcun meydana getirilmesini kapsayan bir hukuki işlemi ifade etmediği belirtilmelidir. Burada sözleşmenin süresinin uzatıldığının kabulü yerinde olacaktır.

12. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesinde kural olarak herhangi bir irade açıklamasına gerek bulunmamakla birlikte, taraflarca sözleşmenin kararlaştırılan sürede sona ermesinin bir irade açıklamasına bağlanması da mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tarafların öngördükleri bu yüküm, teknik anlamda feshin ihbarı olmayıp, sözleşmenin yenilenmeyeceğini (uzatılmayacağını) ifade eden "yenilememe beyanı"dır. Bununda doğal sonucu tarafların yasal bildirim önelleri ile bağlı olmamaları ve sözleşmenin sona ermesinde feshe ilişkin hukuki sonuçların doğmamasıdır. Tarafların sözleşmede bu yönde bir bildirim yükümü öngördükleri durumda, bu bildirimin yapılmaması BK. m.339/II uyarınca sözleşmenin yenilenmesi (uzatılması) sonucunu doğurur. Kanunda yenilenen hukuki ilişkinin süresi ve şartları konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, doktrinde bu durumda sözleşmenin aynı süre ve önceki sözleşme koşullarıyla yenilendiği kabul edilmektedir.

13. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin karakteristik özelliğini kararlaştırılan süre zarfında kural olarak olağan fesih hakkının bertaraf edilmiş olması oluşturmaktadır. BK. m.343'de bu kurala bir istisna tanınmış ve bir tarafın yaşadığı müddetçe veya on seneden fazla bir süre için yapılmış hizmet sözleşmelerinin on sene geçtikten sonra her zaman işçi tarafından feshedilebilmesi kabul edilmiştir.

14. Belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinin bitiminden önce haklı bir neden bulunmaksızın işverence feshi durumunda ortaya çıkan durumun hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, bu konudaki baskın görüş, haksız fesihle işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü ve feshin geçersiz olup hizmet sözleşmesinin taraflarca kararlaştırılan sürenin sonuna kadar devam ettiği yolundadır. Yargıtayın bu konudaki içtihatlarından görüşünü tam olarak saptamak mümkün olmamakla birlikte, Yüksek Mahkemenin bu durumda işçinin kıdem tazminatı hakkının doğduğu yolunda hüküm tesis etmesinden haksız fesih ile hizmet sözleşmesinin sona erdiğini kabul ettiği sonucu çıkarılabilir. Öncelikle, sözleşmenin feshinin genel olarak ifade gecikmeyi ifade eden temerrüt kurumundan farklı nitelikte olduğu, işçinin menfaatlerinin dikkate alınmasıyla haksız da olsa fiilen sona ermiş bir ilişkinin hukuken devamından söz etmenin zorlama olduğundan hareketle, hizmet sözleşmesinin bu durumda haksız fesihle sona erdiğinin kabulü yerinde olacaktır. Nitekim, mehz İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişiklikten önce bu yöndeki tartışmalar, yasal değişiklik sonucu haksız fesihle hizmet sözleşmesinin sona ereceğinin ancak belirli süreli hizmet sözleşmelerinde işverenin bakiye sözleşme süresince işçinin alacak olduğu ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğunun kabulüyle son bulmuştur.

İşverence yapılan haksız feshin hukuki sonuçları; işverence işçiye BK. m.325 uyarınca bakiye sözleşme süresince ücreti tutarında tazminatın ödenmesi ve işçinin bir yıllık çalışma süresine sahip olmasıyla kıdem tazminatına hak kazanmasıdır.

Haksız feshin işçi tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda da hizmet sözleşmesinin sona erdiğinin kabulü yerinde olacaktır. Ancak işveren, işçiden süresinden önce fesih nedeniyle uğradığı zararının tazminini BK. m.96'ya dayanarak talep edebilir.

15. Hizmet sözleşmesi taraflarının belirli süreli hizmet sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi durumuna ilişkin olarak cezai şart öngörmeleri de mümkündür. Bu durumda BK. m.158/l anlamında alelade cezai şart sözkonusu olur. Aksi kararlaştırılmadıkça alelade cezai şart alacaklıya bir seçim hakkı verir. Buna göre, alacaklı ya borcun ifasını veya ifa edilmemesinden dolayı zararın tazminini veya cezai şartın tediyesini talep edebilir. Bununla birlikte, tarafların aksi yönde anlaşma yapmaları mümkündür. Dolayısıyla, işverenin sözleşmeyi haksız feshine bağlanmış bir cezai şartın, BK. m.325'den doğan tazminat ile birlikte istenebilmesi ancak sözleşmede bunun açıkça kararlaştırılmış olmasına bağlıdır.

Yargıtay, salt işçinin haksız feshine bağlanmış cezai şart kararlaştırılmasını geçersiz kabul etmektedir. Ancak, mevzuatımızda işçinin sözleşmeyi haksız feshine ilişkin İBK. m.337d paralelinde bir hükmün bulunmayışı cezai şart kararlaştırmanın haklılığını gösterdiği gibi, BK. m.161/son hükmü gereği fahiş görülen cezanın tenkisi imkanının da ortaya çıkabilecek adaletsizliği giderebileceği söylenebilir.

16. Nihayet, belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesinde sözleşme haksız surette sona erdirilmiş bile olsa tarafların ihbar tazminatı hakları bulunmaz. İşçinin kıdem tazminatı hakkının doğması için ise sözleşmenin İşK. m.14'de sayılan nedenlerden biriyle sona ermiş bulunması gerekir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ADLERCREUTZ, A. International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 9
- ADOMEIT, K. Befristete Arbeitsverhaeltnisse wieder verboten?, Arbeitsrecht für die 90'er Jahre, München 1991
- ALPAGUT, G. Mevsimlik İş -İşe Davet Yükümü- Tespit Davasında Hukuki Yarar Şartı İHD., Ocak-Mart 1992 (Karar İncelemesi)
- AKYİĞİT, E. Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990
- AKYİĞİT, E. İşverenin İş Kabulde Temerrüdünün 506 sy. SSK. Açısından Değerlendirilmesi, Çimento İşveren D. Mayıs 1995
- AKYİĞİT, E. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara 1995
- AKYOL, Ş. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995
- ATABEK, R. İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938
- ATAAY, A. Medeni Hukukun Genel Teorisi, 2. Baskı, İstanbul 1971
- BATUM, S. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993

BAUER, J. H./HAHN, F.	Zum Annahmeverzug des Arbeitgebers bei unwirksamer Kündigung, NZA, 6/1991
BECKER, H.	İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, m . 184-551, 1934, (çev: Suat Duna), Ankara 1993
BECKER, F./BADER, P.	Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der Leiharbeitsverhältnisse und befristeter Arbeitsverträge-Darstellung und Kritik, RdA 1983, Heft 1
BEUTHIEN, V.	Das Nachleisten versäumter Arbeits, zum Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht, RdA 1972
BEUTHIEN, V.	Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978, Heft 1
BİRSEN, K.	Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 1967
BLANPAIN, R./KLEIN, E.	Europaisches Arbeitsrecht, 1. Auflage, Baden Baden 1992
BLAINPAIN, R./ENGELS, C.	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 2
BLOMEYER, W.	Der Befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzinterpretation, RdA 1967, Heft 11
BLOMEYER, W.	Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Kasım 1994, İzmir
BLOMEYER, W.	Alman Hukukunda Feshe Karşı Korumanın Sosyal ve Ekonomik Önemi, Almanya'da ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985
BOBROWSKI, P./GAUL, D.	Das Arbeitsrecht im Betrieb, Band I, 8. Auflage, Heidelberg 1986
BOEMKE, B.	Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht, NZA 1993, Heft 12
BÖHM, F.	Die Problematik befristeter Verträge im Arbeitsrecht, Köln 1971
BÖHM, W./BÖRGMANN, U.	Befristete Arbeitsverhältnisse, 1990
BÖTTICHER, E.	Die Handhabung des Bestandsschutzes beim Kettenvertrag, BB 1955

- BREDE, G./ETZEL, G. Arbeitsrecht, 6. Auflage, Berlin 1991
- BRENDER, T. Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, Zurich 1976
- BRONSTEIN, A. S. Temporary Work in Western Europe; Threat or Complement to Permanent Employment, International Labour Review, Vol 130, 1991, No:3
- BRUSCHKE, R. Befristete Arbeitsvertraege nach dem Beschaeftigungsförderungsgesetz 1985, München 1989
- BRÜHWILER, J. Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1987
- BUCHER, E. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zurich 1988
- CAPODISTRIAS, J. Die Zeitbestimmung beim Arbeitsverhaeltnis, Berlin 1940
- CENTEL, T. Kısmi Çalışma, İstanbul 1992
- CENTEL, T. İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994
- CENTEL, T. Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Çalışma, Adil Çalışma Koşulları ile Adil Ücret Hakları ve Türkiye, İHD, Cilt II, 1992
- COUTURIER, G. Droit du Travail I, Les Relations Individuelles de Travail, PUF, 2. Edition, Paris 1994
- ÇELİK, N. Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1977 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1977, İstanbul 1979
- ÇELİK, N. İş Hukuku Dersleri, 13. Baskı, İstanbul 1996
- ÇELİK, N. İHU, TSGLK 1 (No: 4) (Karar incelemesi)
- ÇELİK, N. Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, İstanbul 1984
- ÇENBERCİ, M. İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986
- ÇİFTER, A. Belirli Süreli Hizmet Akdi ve Kıdem Tazminatı İlişkisi, Mercek D., Ocak 1996 (Karar İncelemesi)

DANNHAUSER, W.	Schweden: Befristete Arbeitsverhaeltnisse vor dem Hintergrund kündigungsschutzrechtlicher Normen, RdA 1991, Heft I
DAEUBLER, W.	Perspektiven des Normalarbeitsverhaeltnisses, ArbuR, Heft 10/1988
DEMİR, F.	Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986
DESPAX, M.	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 5
DOMANIÇ, H	Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi, İstanbul 1988
DÖRNER, K. M.	Praktische Arbeitsrecht, 6. Auflage, Köln 1993
DUTZ, W.	Arbeitsrecht, München 1990
EGEMEN, E.	İş Mevzuatı ile İlgili Örnek Kararlar, İstanbul 1968
EKMEKÇİ, Ö.	Toplu İş Sözleşmesi ile Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996
EKONOMİ, M.	Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, 1969 (yayınlanmamış doçentlik tezi)
EKONOMİ, M.	Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986
EKONOMİ, M.	Türkiye’de Feshe Karşı Korumanın Kanun Yolu ile Düzenlenmesinin Sosyal ve İktisadi Sonuçları, Almanya’da ve Türkiye’de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985
EKONOMİ, M.	Toplu İş Sözleşmesinin Hizmet Akdi ile Belirlenen Deneme Süresine Etkisi, İHU TSGLK. m.3 (No: 8), (Karar İncelemesi)
EKONOMİ, M.	İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1976 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1976, İstanbul 1979
EKONOMİ, M.	İHU, İşK. 12 (No: 1), (Karar İncelemesi)

EKONOMİ, M.	İHU, İşK. 9 (No: 4), (Karar İncelemesi)
EKONOMİ, M.	Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuka Uygunluğu, REHBINDER, M./EKONOMİ, M., Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979 (Seminer)
EKONOMİ, M.	Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar - Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, İstanbul 1986
EKONOMİ, M.	İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987
EKONOMİ, M.	Kıdem Tazminatına Hak Kazanılan Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri, Kamu İş D., Ocak 1990
EKONOMİ, M.	Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993
EKONOMİ, M.	İş Hukuku D., Cilt III, 1993, 565 vd. (Karar İncelemesi)
ELBİR, H. K.	Belirli Süreli Hizmet Akdinin İşverence Haksız Feshi Halinde Cezai Şart, İHU, İşK. 9 (No: 3) (Karar İncelemesi)
ERMAN, W./KÜCHENHOFF, G.	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, Band I, Münster-Westfalen 1981
ERMAN, W./HANAU, P.	BGB Handkommentar, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, Band I, Münster 1989
ESENER, T.	İş Hukuku, Ankara 1978
EŞMELİOĞLU, İ.	(Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı) İş Kanunları ve mevzuatı, Ankara 1986
EYRENCİ, Ö.	Hukuka Uygun Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Türleri, REHBINDER, M./EKONOMİ, M., Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979 (Seminer)

EYRENCİ, Ö.	Ücret ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, (1979-1983), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1979-1983, İstanbul 1985
EYRENCİ, Ö.	Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Çalışmalar, İstanbul 1989
EYRENCİ, Ö.	Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Türk Mevzuatı, Avrupa Sosyal Şartı ile İlgili Konferanslar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1990
EYRENCİ, Ö.	İHU, İşK. 9 (No:2) (Karar İncelemesi)
FALKENBERG, R. D.	Befristung von Arbeitsverhaeltnissen, DB. 1971, Nr. 9
FALKENBERG, R. D.	Zulaessigkeit und Grenzen auflösender Bedingungen in Arbeitsvertraegen, DB 1979, Nr. 12
FEYZİOĞLU, F. N.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977
FROHNER, S./PIEPER, R.	Befristete Arbeitsverhaeltnisse, ArbuR., Heft 4/1992
FLUME, W.	Rechtsgeschaeft und Privatautonomie, Karlsruhe 1960, Sonderdruck aus Hundert Jahre deutschen Juristentages 1860-1960, Band I
FLUME, W.	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschaeft, Berlin/Heidelberg/ Newyork 1979
FUNK, F.	Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler C. II, İstanbul 1958
FÜLLGRAF, L.	Die Auflösende Bedingung im Arbeitsvertrag, NJW 1982, Heft 14
GAUCH, P./ SCHLUEP, W.R	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Zurich 1991
GITTER, W.	Arbeitsrecht, Band 14, Heidelberg 1991
GÖTZ, H.	Grundzüge des Arbeitsrecht, Band I, 2. Auflage, München 1991

GROLMAN, C.	Der Erleichterte Zulassung befristeter arbeitsvertraege als Mittel der Beschaeftigungs Förderung in der Bundesrepublik Deutschland und Spanien, Berlin 1991
GUMPERT, J.	Arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen für Saison und Kampagne Betriebe, BB. 1961, Heft 16
GÜZEL, A.	Ferdi İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1995
GÜZEL, A.	ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997
HAFELE, W.	Die Zulassung befristeter Arbeitsverhaeltnisse durch § 1 BeschFG 1985, Stuttgart 1988
HANAU, P.	Alman Feshe Karşı Korunma Hukuku, Almanya'da ve Türkiye'de Fesih ve İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1985
HANAU, P.	Befristung und Abrufarbeit nach dem Beschaeftigungsförderungsgesetz 1985, RdA 1987, Heft 1
HATEMİ, H./SEROZAN, R. ARPACI, A.	Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992
HEİSE, D./LESSENİCH, H. M. MERTEN, P. W.	Erleichterte Zulassung befristeter Arbeitsvertraege, Arbeitgeber 4/ 49, 1997
HERSCHEL, W.	Gesetzvertretendes Richterrecht und Tarifautonomie, RdA 1973, Heft 3
HILLEBRECHT, W.	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Auflage, 1989
HOBERKORN, K.	Arbeitsrecht, Stuttgart 1992
HROMADKA, W.	Zur Zulaessigkeit des Auflösend bedingten Arbeitsvertraegen, RdA 1983, Heft 2
HUECK, A.	Kettenvertraege, RdA, Heft I, 1953

- HUECK, A./NIPPERDEY, H. C. Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlin/ Frankfurt 1963
- HUECK/
v. HOYNINGEN HUENE Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 1992
- HUMBERT, D. Der Neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Zurich 1991
- HURST, K. Die Bühnendienstverträge als befristete Verträge, RdA 1952
- İMRE, Z. Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul 1980
- İMREGÜN, O. Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1991
- KABOĞLU, İ. Ö. Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993
- KANETİ, S. İHFM. 1963, C. XXIX, S. 1-2, İstanbul 1963 (Karar İncelemesi)
- KANIARIS, T. B./SMITH, M. International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 5
- KAPLAN, E. T. İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987
- KELLER, C. Befristete Arbeitsverhältnisse nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz und dabei auftretende Rechtsprobleme, Würzburg 1990
- KEMPF, G. Befristete Arbeitsverhältnis und zwingender Kündigungsschutz, DB 1976
- KEYSER, H. J. Befristete Arbeitsverträge, Bielefeld 1984
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.
SEROZAN, R./HATEMİ, H.
ARPACI, A. Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Cilt I, İstanbul 1996
- KOCH, H. Die Zulaessigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse, BB 1978, Heft 24
- KOCH, H. Die Rechtsprechung des BAG zur Zulaessigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse, NZA 1992, Heft 4
- KRONKE, H. Regelungen auf dem Arbeitsmarkt, Baden Baden 1990

KUTAL, M.	Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987
KUTAL, M.	Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1992 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994
LARENZ, K.	Lehrbuch des Schuldrecht, Band I, 14. Auflage, München 1987
LARENZ, K.	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989
LEWERENZ, K. J./ WOLTERECK, F./ WEHLEIT, B	Saison Arbeit, I A, 3 Arbeitsrecht Blattei, Handbuch für die praxis, Band 21
LINDER, G. W.	Probleme der rechtlichen Zulaessigkeit von befristeten Arbeitsvertraegen, DB 1975, Heft 44
LINNENKOHL, K./KILZ, G./ REH, D. A.	Die Arbeitsrechtliche Bedeutung des Begriffs der Deregulierung, BB 1990, Heft 29
LÖWISCH, M.	Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 1991
LÖWISCH, M.	Das Arbeitsrechtliche Beschaeftigungsförderungsgesetz, NZA 19/1996
MERAY, S.	Devletler Hukukuna Giriş, Cilt I
MERZ, H.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitungsband, Art 1-10, Bern 1966
MONJAU, K.	Kettenvertraege bei künstlerischen Berufen, UFITA, 74 (1975)
MONJAU, K.	Nebentaetigkeit von Arbeitnehmern, AR-Blattei (D) Stand 195, A III
NARMANLIOĞLU, Ü.	Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973
NARMANLIOĞLU, Ü.	İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2. Bası, Ankara 1994

NARMANLIOĞLU, Ü.	Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989
NARMANLIOĞLU, Ü.	Ferdi İş İlişkisinin Sona Emesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992
NEUMANN, D.	Das Probearbeitsverhaeltnis, Düsseldorf 1964
NIERWETBERG, R.	§ 615 BGB und der Fixschuld Charakter der Arbeitspflicht, BB 1982, Heft 16
NIKISCH, A.	Arbeitsrecht, Band I, Tübingen 1961
NIKISCH, A.	Annahmeverzug des Arbeitgebers und fristlose Entlassung, RdA 1967, Heft 7
OĞUZMAN, M. K.	Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955
OĞUZMAN, M. K.	İHFM 1959, C. XXV., S. 1-4, İstanbul 1960 (Karar İncelemesi)
OĞUZMAN, M. K.	Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994
OĞUZMAN, M. K. /ÖZ, T.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995
OKUR, A. R.	İHU, TSGLK 2 (No:1), (Karar İncelemesi)
OLEA, M. A./SANIDO, F. R.	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol.9
OLGAÇ, S.	Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, İstanbul 1969
OLGAÇ, S.	İlmi ve Kazai İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976
ORHANER, B.	Türk İş Hukukunda Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1966
OSER/SCHÖNENBERGER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 2. Halbband, Zurich 1936
OTTE, H. J.	Zeitvertrag und Kündigungsschutz, Frankfurt 1980
ÖZBUDUN, E.	Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, Ankara 1993

PAZARCI, H.	Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Bası, Ankara 1992
PALASCH, U.	Der Beschaeftigungsanspruch des Arbeitnehmers, Heidelberg 1993
PINTO, F.	Die Flexibilisierung des Arbeitsrecht... ein europäische Herausforderung?, ZIAS 1987
PLANDER, H.	Flucht aus dem Normalarbeitsverhaeltnis, Rechtsgutachten für die Hans Böckler Stiftung, Band III, I. Auflage, Baden Baden 1990
REHBINDER, M.	Der Befristete Arbeitsvertrag als Regeltyp im Recht der Bühne, RdA 1971, Heft 7/8
REHBINDER, M.	Hizmet Akitlerinin Süreye Bağlanmasını Haklı Kılan Objektif Nedenler, REHBINDER, M./EKONOMİ, M., Türk-İsviçre hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979
REHBINDER, M.	Annahmeverzug im Arbeitsverhaeltnis?, SJZ 1982
REHBINDER, M.	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, das Obligationenrecht 1. Abschnitt (Art. 319-330a), Bern 1985; 2. Abschnitt (Art. 331-355), Bern 1992
REHBINDER, M.	Schweizerisches Arbeitsrecht, 11. Auflage, Bern 1993
REİSOĞLU, S.	Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967
REİSOĞLU, S.	Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları, Ankara 1968
REİSOĞLU, S.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988
RICHARDI, R.	Die Bedeutung der Personalstruktur für die Befristung von arbeitsverhaeltnissen im Hochschulbereich, DB 1981
SAECKER, F.J.	Die vorzeitige Beendigung der Arbeitsvertraege mit Leitenden Angestellten, RdA 1976, Heft 2
SAYMEN, F. H.	Türk İş Hukuku, İstanbul 1954
SAYMEN, F. H./ELBİR, H. K.	Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, C. II, İstanbul 1958
SAYMEN, F. H.	Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Umumi Prensipler, 3. Bası, İstanbul 1960

SCHAUB, G.	Arbeitsrecht Handbuch, 7. Auflage, München 1992
SCHAUB, G.	Münchener Kommentar zum BGB, 2. Auflage, München 1988, § 615 BGB
SCHLÜTER, W./BELLING, D.	Die Zulaessigkeit von Altersgrenzen im Arbeitsverhaeltnis, NZA 9/1988
SCHMIDT, M.	Die Richtlinienvorschlaege der Kommission der Europeaischen Gemeinschaften zu den atypischen Arbeitsverhaeltnissen, 1. Auflage, Baden Baden 1992
SCHRÖTER, B.	Befristete Arbeitsvertraege und Arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit, Göttingen 1992
SCHWEINGRUBER, E.	Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1976
SCHWEDES, R.	Einstellung und Entlassung des arbeitnehmers, 7. Auflage, Freiburg 1993
SCHWEDES, R.	Die Gestaltung des Arbeitsrecht durch die Rechtsetzung der Europaischen Gemeinschaften, Berlin 1993
SCHWERDTNER	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht-Besonderer Teil, München 1980
SELIÇİ, Ö.	Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977
SELWYN, N. M.	Selwyn's Law of Employment, London 1982
SIEWERT, J.	Einführung in das Arbeitsrecht, 6. Auflage, 1993
SIZMAZOĞLU, T.	İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı, İstanbul 1953
SOYER, P.	Genel İş Koşulları, İstanbul 1987
SOYER, P.	İHD, C. III, 1993 (Karar İncelemesi)
SÖLLNER, A.	Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhaeltnis, Mainz 1966
SÖLLNER, A.	Grundriss des Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 1990

- STAUDINGER, V. J./
NEUMANN, D. Kommentar zum Bürgerlichengesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen 12.
Auflage, Berlin 1991
- STAUDINGER, V. J./
RICHARDI, R. Kommentar zum Bürgerlichengesetzbuch mit
Einführungsgesetzen, 12. Auflage, Berlin 1993,
§ 611-619
- STEIN, R. L./POMPE, P.
WASKOW, S./ZULEGER, T. Arbeitsmarkt Europa, Unternehmenpaxis in der
EG, Band 8 Bonn 1991
- STÖCKLI, J. F. Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi,
REHBINDER, M. / EKONOMİ, M., Türk-İşviçre
Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin
Hukuki Sorunları, İstanbul 1979
- STREIFF, U. KAENEL, A. Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Auflage,
Zurich 1992
- SUR, M. Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Sona Ermesine
İlişkin Bazı Yargı Kararlarının Değerlendiril-
mesi, AÜSBFD. XL, 1-4 (Ocak-Aralık 1985)
- SUR, M. Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Düzenlenmesi:
Fransız Sistemi Örneği ile Türk Hukuku
Bakımından Bazı Öneriler, E. E. HIRSCH'in
Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku
Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1986
- SUR, M. İş Hukukunun Uluslararası Belgeleri, İzmir
1995
- SÜMER, H. H. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız
Feshin Hukuki Sonuçları, Tühis, Şubat 1992
- SÜMER, H. H. İHD. Cilt III 1993 (Karar İncelemesi)
- SÜZEK, S. İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması,
Ankara 1976
- SÜZEK, S. İş Aktinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi,
Ankara 1989
- SÜZEK, S. Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem
Tazminatı Açısından Yargıtayın 1989 Yılı
Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve
Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi,
Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin
Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989,
İstanbul 1991

RICHARDI, R.	Die Bedeutung der Personalstruktur für die Befristung von Arbeitsverhältnissen im Hochschulbereich, DB 1981, Heft 29
RIEPENHAUSEN, B.	Das Arbeitsrecht der Bühne, 2. Auflage, Berlin 1956
SAECKER, F. J.	Die vorzeitige Beendigung der Arbeitsverträge mit leitenden Angestellten, RdA 1976, Heft 2
SELÇUKİ, S.	İlmi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, İstanbul 1973
STAHLHACHE, E.	Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis, ArbuR., 1/1992
ŞAHLANAN, F.	Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1979-1983), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985
ŞAHLANAN, F.	Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992
TAŞKENT, S.	Mevsim ve Kampanya İşleri, İBD. 11-12, Kasım-Aralık 1976
TAŞKENT, S.	İş Güvencesi, İstanbul 1991
TAŞKENT, S.	Belirli Süreli Hizmet Akdi ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanma, İHU, İşK.m.9 (No:5) (Karar İncelemesi)
TAŞKENT, S.	İHU, İşK.m.50 (No:1) (Karar İncelemesi)
TAŞKENT, S.	İHU, TSGLK 6 (No:9) (Karar İncelemesi)
TEKİL, F.	İş Hukuku, İstanbul 1988
TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.	Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1988
v. TUHR, A.	Borçlar Hukuku, II. Cilt, (çeviren: C. EDEGE), İstanbul 1953
TOPÇUOĞLU, H.	Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950
TREU, T.	Labour Flexibility in Europe, International Labour Review, Vol 131, 1992, No:4-5
TREU, T.	International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, Vol. 6
TUNCAY, C.	İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları, İHFM., 50. Yıl Özel Sayısı, İstanbul 1973

TUNCAY, A. C.	Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989
TUNCAY, A. C.	Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996
TUNÇOMAĞ, K.	Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963
TUNÇOMAĞ, K.	Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma, Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, İstanbul 1968
TUNÇOMAĞ, K.	Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü, İHD, Şubat 1969, Cilt I, S. 2
TUNÇOMAĞ, K.	İş Hukuku, İstanbul 1971
TUNÇOMAĞ, K.	Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977
TUNÇOMAĞ, K.	İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989
UÇAR, S.	Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993
ULUCAN, D.	Belirli Süreli Hizmet Aktinin Sona Ermesi, REHBİNDER, M. / EKONOMİ, M., Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979 (Seminer)
ULUCAN, D.	İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (1979-1983), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, İstanbul 1985
ULUCAN, D.	Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul 1986
ULUCAN, D.	Toplu Görüşme ve Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Ankara 1990
ULUCAN, D.	İHU, İşK. 13 (No: 10) (Karar İncelemesi)
ULUCAN, D.	158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyum Sorunu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997

VELİDEDEOĞLU, H. V.	Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali), Adalet D., Haziran 1950
YELEKÇİ, M. İ.	İş Kanunu Külliyyatı, Ankara 1992
YÜZBAŞIOĞLU, N.	Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993
WALTER, B.	Arbeitsverhaeltnisse zur Probe und zur Aushilfe, 3. Auflage, Heidelberg 1965
WALWEİ, U./ KONLE-SEIDL, R./ ULLMAN, H.	Beschaefigungaspekte und Soziale Fragen des EG Arbeitsmarktes, Nürnberg 1991
WANK, R.	Atypische Arbeitsverhaeltnisse, RdA 1992, Heft 2
WANK, R.	Münchener Handbuch, Arbeitsrecht Band II, Individual Arbeitsrecht II, München 1993
WIEDEMANN, H.	Zur Typologie Zulaessiger Zeitarbeitsvertrage, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, München 1970
WIEDEMANN, H./ PALENBERG, H.	Die Zulaessigkeit von Zeitarbeitsvertraegen im öffentlichen Dienst, insbes. im Hochschulbereich, RdA 1977
WIEDEMANN, H./STUMPF, H.	Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1977
WLOTZKE, O.	EG-Binnenmarkt und Arbeitsrechtsordnung-Eine Orientierung, NZA 11/1990
WOHNSEIFER	Probleme des befristeten Arbeitsvertraeges, Köln 1966
WOLF, M.	Rechtsgeschaefentliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970
ZÖLLNER, W./LORITZ, K. G.	Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 1992

