

Araştırma Makalesi

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi -Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart

Ali GÜZEL¹

ORCID: 0000-0003-4957-9562

DOI: 10.54752/ct.1141921

Değerli bilim insanı, Sevgili Arkadaşım
Prof. Dr. Öner Eyrenci'nin anısına saygıyla...

Öz: Esneklik aracı olarak, belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi istihdamının uygulamada yaygınlık kazanmış olması, anılan sözleşmelerin yapılması ve yenilenmesinin, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılmaması ve bu yöndeki kötü niyetli uygulamaların korunmaması gereği önem kazanmaktadır. Bu noktada özellikle belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi ve bakiye süre ücreti ile cezai şart, son yıllarda yargı organını meşgul eden konular arasında ilk sırayı almış görünmektedir. Belirtilen hususların bilimsel açıdan değerlendirilmesi ve çözüm önerilerinin oluşturulması önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Haksız Fesih, Bakiye Süre Ücreti, Tazminat, Cezai Şart

Legal Nature of Fixed-Term Employment Contract –Indemnity Due to the Unjust Termination and Penal Clause

Abstract: Since the employment of workers with fixed-term employment contracts has become widespread in practice as a flexibility tool, it is important that the conclusion and renewal of the aforementioned contracts should not be used to keep the worker out of job security and to protect the malicious practices related to them. At this point, especially the unjust termination of the fixed-term

¹ Prof. Dr. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi. aguzel@khas.edu.tr

Güzel, A. (2022), “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi -Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart”, *Çalışma ve Toplum*, C.3, S.73. s. 1705-1732

Makale Geliş Tarihi: 03.02.2022 - Makale Kabul Tarihi: 20.05.2022

Çalışma ve Toplum, 2022/3

employment contract before its term, the compensation for remaining term wage and the penal clause seem to have taken the first place among the issues that have occupied the judiciary in recent years. It is crucial to evaluate the aforementioned issues from a scientific point of view and to propose solutions.

Keywords: Fixed Term Employment Contract, Unjust Termination, Compensation for Remaining Term, Indemnity, Penal Clause.

Giriş

Bilindiği üzere, iş ilişkisinin hukuki temelini ve iş mevzuatının uygulanmasının ön ve temel koşulunu oluşturan iş sözleşmesi; yapılma, yenilenme ve şekil konularında Borçlar Hukukunun sözleşme özgürlüğü ilkeleri kapsamında gelişme gösterir. Bireyci hukuk anlayışını yansıtan sözleşme kuramı, sözleşme taraflarını, özgür iradeye sahip eşit hukuk sùjeleri kabul eder; taraflar, sözleşmeyi yapma, konusunu, süresini, şeklini ve sona erme biçimini belirleme açısından özgürdürler; hukuki yaptırım, sözleşmenin yapılma sürecinde iradeyi sakatlayan hususlarla sınırlı kalır. İrade özgürlüğünün damgaladığı bu model, sözleşme yapma zorunluluğunu öngören hükümler ayrık tutulursa, iş yasalarının da esas aldığı bir model olmuştur.

İş sözleşmesi tarafları, özgür iradeleriyle, aralarındaki sözleşmeyi belirsiz süreli yapabilecekleri gibi belirli bir süre de öngörebilirler. Bu tür sözleşmelerin sona ermesinde de taraf iradelerine üstünlük tanınır: örneğin, işveren herhangi bir nedene dayanmadan, ihbar sürelerine uymak koşuluyla belirsiz süreli iş sözleşmesini dilediği anda feshetme yetkisine sahiptir. Bu yetkinin kötüye kullanılması halinde ancak hukuki yaptırım olarak kötüniyet tazminatı söz konusu olabilecektir.

Roma hukukundan gelen bu klasik ilke ya da düzenlemelerin, iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin işverenle eşit konumda olmadığı gibi özgür iradeye de sahip olmadığı yönündeki temel düşünceye yabancı kaldıkları, oluşturulan kurgunun soyut bir varsayımdan ibaret olduğunu algılamaktan uzak olduklarını anlamak için yüzyılların geçmesini beklemek zorunda kalınmıştır. XX. yüzyılın ortalarından itibaren, bu anlayışa tepki olarak, Borçlar Hukukundan bağımsız; işveren karşısında ekonomik yönden eşit olmayan, bağımlılık ilişkisi nedeniyle de özgür iradeye sahip olamayan işçinin korunmasını kendine temel amaç edinen, klasik hukuk anlayışından uzaklaşan, kendine özgü ilke ve kurallarla İş Hukukunun yeni ve genç bir hukuk dalı olarak hukuk sistemleri içinde yerini aldığına tanık olunacaktır.

Belirtilen bu esaslar, asıl inceleme konusu yaptığımız belirli süreli iş sözleşmelerine de damgasını vurduğunu ön plana çıkarma amacını taşımaktaydı. Gerçekten, sözleşme özgürlüğü, taraflara aralarındaki sözleşmeyi belirsiz süreli veya belirli süreli yapma konusunda verdiği sınırsız yetki, bu sözleşmelerin sona ermesi açısından da varlığını korumaktaydı. Taraflar, özgür iradeleriyle sözleşmeyi belirli

süreli (6 ay, 1 yıl, 2 yıl gibi) yapabilecekleri gibi aynı sözleşmeyi birden fazla yenilemek suretiyle zincirleme iş sözleşmeleri yapabilmekteydiler. Bu sözleşmelerin ayırıcı özelliği, taraf iradeleriyle öngörülmüş süre sonunda, başka bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesi ve işçinin bu sona ermeye ilişkin hiçbir hak talep edememesidir. Böylece, belirli süreli iş sözleşmesi, işçiyi işveren karşısında korumasız ve güvencesiz bırakan bir istihdam modelini yansıtmaktaydı. Bu nedenle, Batı Avrupa ülkeleri hukuklarında, klasik Borçlar Hukuku ilkeleri terkedilerek, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma ve yenilenme koşulları özel yasal düzenlemelerin konusu yapılmıştır. Avrupa Birliği düzeyinde de üye ülke hukukları arasında uyumu sağlamak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi konusunda ilk önce sosyal taraflarca 18 Mart 1999 tarihinde çerçeve anlaşma (*accord cadre*) metni kabul edilmiş, daha sonra bu anlaşma 28 Haziran 1999 tarihli Konsey Yönergesi (1999/70/CE, JOCE L.175, 10 Temmuz 1999) ile yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönergenin temel amacı da, belirli süreli iş sözleşmeleri konusundaki kötüye uygulamalara engel olmaktır. Tüm bu düzenlemelerin özünde, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma ve yenilenme koşullarında taraf iradelerine üstünlük tanıyan sistemin terkedilerek, objektif (esash) koşullara bağlı bir sistemin benimsenmesidir (ayrıntı için bkz. Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 475 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 129 vd.).

4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesi de, anılan Konsey Yönergesi esas alınarak, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma ve yenilenme koşulları açısından, diğer Avrupa ülkeleri hukuklarında olduğu gibi, klasik Borçlar Hukuku ilkelerini terkederek, sözleşmenin süresi konusunda taraf iradeleri yerine sözleşme konusu için yapılma süresine bağlı objektif bir ölçüt öngörmüş bulunmaktadır. Bu emredici düzenleme, öngördüğü sınırlama ve yasaklar nedeniyle, esas olarak, istihdamda esneklik yanında, işçiyi de belirli bir güvence sağlama ve 158 sayılı ILO Sözleşmesine (m.2/III) de uygun olarak iş güvencesine ilişkin hükümleri etkisiz kılabilecek uygulamalara engel olma amacına yöneliktir. Ne var ki, anılan düzenleme uygulamada kötüye kullanmaları önlemek açısından yeterli olamamış ve ortaya çıkan karmaşık sorunlara Yargıtay içtihadı ile çözüm getirilmeye çalışılmaktadır. Bu konuda ortaya çıkan sorunların başında hiç kuşkusuz, anılan sözleşmelerin yapılma ve yenilenme koşullarına ilişkin bulunmaktadır. Bu sorunlara, sözleşmenin süresinden önce haksız feshi, bakiye süre ücreti ve cezai şart gibi hususlar son yıllarda yargı organını meşgul eden konular arasında ilk sırayı almış görünmektedir.

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçerliliği: Sözleşme Konusu İşin Niteliğine Bağlı Objektif Koşulların Varlığı

Klasik ve en yalın anlamıyla belirli süreli iş sözleşmesi, tarafların sözleşmeyi yaparken özgür iradeleriyle sözleşmenin süresini (6 ay, 1 yıl, 2 yıl gibi) belirledikleri bir sözleşme türüdür. İşK. m.11 hükmü, bu esası tümüyle terketmiş bulunmaktadır. Daha açık olarak ifade etmek gerekirse, tarafların sözleşme konusu iş görme ediminden soyutlanmış bir biçimde sözleşmede, verilen örnekteki gibi bir süre öngörmeleri halinde geçerli bir sözleşmeden söz edilemeyecektir. Bu nedenle, klasik anlayışı yansıtan deyim, yanıltıcı olup, duraksamalara ve hatalı uygulamalara da yol açabilmektedir. Örneğin, tarafların 11. maddedeki koşulları dikkate almadan, eskiden olduğu gibi, soyut bir süre öngörmeleri halinde belirli süreli değil, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olacaktır.

Yasa koyucu, 11. maddede belirsiz süreli iş sözleşmesi açısından, “İş ilişkisinin belirli bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde belirsiz süreli sayılır...” biçimindeki kural ile tarafların süre konusundaki iradelerine üstünlük tanıyan klasik çözümü benimsemişken, belirli süreli iş sözleşmeleri açısından ise bu çözüm biçimini tümüyle terkederek, sözleşmenin konusu ile bağlantılı objektif koşulların varlığını zorunlu kılmıştır. Gerçekten anılan bu hüküm belirli süreli iş sözleşmesini; “belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak ...” yapılan sözleşme biçiminde tanımlamıştır. Madde metninde kullanılan “gibi” ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, belirtilen objektif (esaslı) nedenler sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedir. Dolayısıyla Yasada sayılan objektif koşullara benzer hallerde de, belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilmesi olanaklıdır.

Yasadaki düzenleme karşısında, salt tarafların sözleşmeyi belirli bir süre ile sınırlandırma iradesi, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak nitelendirilmesi için yeterli olmayacak; yasada öngörülen objektif koşulun varlığı aranacaktır. Söz konusu koşulların var olup olmadığı noktasında ise, taraf iradeleri rol oynamayacak, kurulan iş sözleşmesine konu olan işin niteliği ya da geçici işgücü ihtiyacı bulunup bulunmadığı bu açıdan objektif olarak dikkate alınacaktır. Bu doğrultuda, Yasada örnek niteliğinde belirtilen objektif nedenlerin ortak özelliğinin, işin yapılma ya da tamamlanma süresinin belirli ya da belirlenebilir olma ve geçicilik olduğu söylenebilecektir. Yasada sayılan hallerde işyerinin faaliyeti ya da işçinin iş görme edimi açısından geçici bir işgücü ihtiyacı söz konusudur. Dolayısıyla, işyerinin süreklilik arz eden bir faaliyeti için belirli süreli iş sözleşmesine göre işçi istihdam etmek olanaklı olmayacaktır. İş sözleşmesi tarafı işçinin belirtilen anlam ve kapsamda bir mesleki unvan sahibi olması, tek başına, onunla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını hiçbir şekilde olanaklı kılmamaktadır. Başka bir deyişle,

işçinin mesleki unvanı, İşK. m.11/I anlamında objektif bir neden teşkil etmez (Güzel, 2021: 11 vd.).

Yargıtay, önceki yıllarda verdiği bazı kararlarında belirtilen bu esaslara aykırı sonuçlara varmıştı (Bkz. Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 517vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 159 vd). Ancak, artık yerleşik içtihadı dönüştüren Yüksek Mahkeme kararlarına göre, işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi olanağı ortadan kalkmıştır. Buna karşın, yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önem arz etmektedir. Belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak “belirli süreli iş sözleşmesi” yapılabilecektir (Yarg. 9. HD. 24.12.2020, E.2018/300, K.2020/20141, Çalışma ve Toplum, S: 69, 1371 vd.; 15.09.2020, E.2016/22178, K.2020/7846, Lexpera İçtihat Bankası).

Bir işyerinde, belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi istihdam edilebilmesi için, söz konusu işyerinde, belirli ya da belirlenebilir bir süre için işgücüne ihtiyaç duyulması zorunludur. Bu işgücü ihtiyacı, geçici nitelikte olduğu içindir ki, sadece sözü edilen süre için bir işçi ile iş sözleşmesi yapılacaktır. İşyerinde, geçici olarak ortaya çıkan bu ihtiyaç, işyerinde yürütülen işten kaynaklanabileceği gibi; yapılan işten bağımsız olarak, bunu yapmakta olan işçilerden de kaynaklanabilir (Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 520-521). Örneğin, işyerinde belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan işçinin doğum iznine ayrılması halinde, bu izin süresi için belirli süreli iş sözleşmesiyle işçi istihdamında durum böyledir.

Yasada öngörülen objektif nedenlerden ilki, yapılacak işin niteliği itibarıyla belirli sürede tamamlanacağı anlamına gelir: İfa edilecek olan işin ne kadar süre devam edeceğinin sözleşmenin yapılması sırasında bilindiği ya da öngörülebildiği durumda, niteliği itibarıyla belirli süreli işten söz edilebilecektir. “Belirli süreli iş” kavramı, işin süresinin taraflarca kararlaştırılması anlamına gelmemekte; aksine, tarafların iradesinden bağımsız olarak, işin niteliği gereği süresinin belirli süreli olmasını ifade etmektedir (Bkz. Çelik/Canıklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 196 vd., Süzek, 2021: 250 vd.; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan/Baskan, 2020: 71 vd.). Bu noktada vurgulanması gereken bir husus, bir faaliyetin süreklilik arz etmesinin, bu faaliyet açısından bir objektif nedenin ortaya çıkması halinde, belirli süreli bir iş sözleşmesine konu olmasına herhangi bir engel teşkil etmeyeceğidir. Dolayısıyla, Yargıtay kararlarında da isabetle belirtildiği gibi bir faaliyet süreklilik dahi arz etse, bir işin tamamlanması ya da bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif bir nedenin varlığı halinde, bu faaliyet açısından da belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilecektir. Bu noktada önemli olan objektif nedenin tespitidir (Bkz. Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 527 vd.).

İş sözleşmesinin, *belli bir işin tamamlanması amacıyla* akdedilmesi halinde de, Yasamız, objektif bir nedenin varlığını kabul etmiş ve belirli süreli iş sözleşmesi kurulabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla, ifa edilmekle sona erecek olan bir işin

yapılmasını konu alan iş sözleşmesi, belirli süreli olabilecektir. Belli bir işin tamamlanması objektif koşuluna bağlı iş sözleşmelerine örnek verilen haller genellikle, bir inşaat işinin tamamlanması, bir projenin bitirilmesi (Canbolat, 2007: 196) ve benzeri biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Belli bir işin tamamlanmasının, belirli süreli bir iş sözleşmesinin kurulmasına olanak veren bir objektif neden olarak nitelendirilebilmesi, hiç kuşkusuz, söz konusu işin tamamlanma süresinin belirli ya da öngörülebilir olmasına bağlı olacaktır. Nitekim Yargıtay, isabetli olarak, Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru hattı proje direktörlüğünde kısım şefi olarak çalışmakta olan davacının iş sözleşmesinin feshine ilişkin uyuşmazlıkta, projenin büyüklüğü ve sona erme tarihinin öngörülebilir olmaması nedeniyle, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak nitelendirilmesine imkan olmadığı yönünde karar vermiştir (Yarg. 9.HD., 16.11.2009, E.2009/6794, K.2009/31883, Kazancı İçtihat Bankası). Bununla birlikte, ne zaman sona ereceği taraflarca bilinen ve işverenin asli ve sürekli işi olmayan çelikhane inşaatı için yapılan kaynak ve montaj işi bakımından belirli süreli iş sözleşmesi kurulması olanaklı olacaktır (Yarg. 9.HD., 31.03.2008, E. 2008/7443, K. 2008/7075, Çalışma ve Toplum 2008/18, 245).

Görüldüğü gibi, “*belirli bir işin tamamlanması*”, esasen “*belirli süreli iş*” ölçütü içinde değerlendirilebilecek bir ölçüttür. Yasada işin tamamlanmasından söz edildiğinden, bu ölçüt altında, daha önce başlanmış ancak bitirilmemiş bir işin söz konusu olduğu ve işin bitirilmesi için geçici işgücüne ihtiyaç duyulduğu durumlar akla gelmektedir (Alpagut, 2004: 79). Ancak son tahlilde, tamamlanacak iş belirli süreli bir iştir

İş Yasamızın 11. maddesinde, belirli bir olgunun ortaya çıkmasına yönelik belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi de objektif neden olarak kabul edilmiştir. Öğretide isabetle belirtildiği gibi, belirli bir olgunun ortaya çıkmasına bağlı olarak iş sözleşmesinin süreye bağlandığı durumlarda, sürelendirilmenin geçerliliğinin tespitinde, öncelikle işçinin işinin niteliği dikkate alınarak, söz konusu olgunun objektif neden oluşturup oluşturmayacağı belirlenecektir. Yoksa, belirli bir olgunun ortaya çıkması, her zaman belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması için objektif neden oluşturmaz (Alpagut, 2004: 79). Buna göre, işyerinde bir işçinin hastalık, gebelik nedeniyle mazeretli olması gibi nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınması halinde, yıllık ücretli izne çıkması durumunda, bu işçinin yerine faaliyeti sürdüreceği işgücüne ihtiyaç duyulması olgusu, söz konusu belirli süre için işçi istihdam edilmesine imkan verebilecektir. Nitekim Yargıtay, işçinin yaptığı işin süreklilik arz etmesinin, bu işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına engel teşkil etmeyeceği; bu işi yapan diğer işçinin hastalanıp rapor alması, ücretsiz izne çıkması gibi sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektiren bir olgu varsa, işçi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği hususunu isabetle vurgulamıştır (Yarg. 9.HD., 03.04.2006, E. 2006/4680, K. 2006/8238, Çalışma ve Toplum 2006/3, 192-194; kararın değerlendirilmesi için bkz. Doğan Yenisey, 2009: 44-45).

Yukarıda açıklandığı üzere, Yasanın 11. maddesinin ilk fıkrası, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını olanaklı kılan, yukarıda açıkladığımız objektif nedenleri belirtmiş ve sayılan nedenlerin sınırlı sayıda olmadığını gösterecek biçimde “gibi” ifadesine yer vermiştir. Bu nedenle, açıklanan objektif nedenlerin varlığı durumunda olduğu gibi, iş ilişkisini belirli bir süre ile sınırlamayı gerektirecek objektif başka bir nedenin var olduğu halde de, tarafların belirli süreli iş sözleşmesi kurması olanaklı olacaktır. Böyle bir olasılıkta da salt tarafların iradesi sonucu sözleşmenin bir süreyle sınırlanması yeterli olmayacağı gibi; işçinin ya da unvanının değil, işin niteliği dikkate alınacak ve işyerinde ortaya çıkan geçici bir işgücü ihtiyacı olması durumunda, İşK. m.11/I hükmüne uygun belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilecektir (Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 527 vd.).

Yenilemenin Temel Koşulu: Esaslı (Objektif) Bir Nedenin Varlığı

Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma koşulları açısından sınırlandırılmış olması, bu sözleşmenin yenilenmesinde herhangi bir sınırlandırma öngörülmediği takdirde, tek başına bir anlam ifade etmeyecektir. Gerçekten, başlangıçta objektif koşullara bağlı olarak yapılan belirli süreli bir iş sözleşmesi, herhangi bir koşul aranmaksızın ve zincirleme olarak yenilenebildiği takdirde, iş ilişkileri açısından belirsiz süreli iş sözleşmesinin kural olduğuna ilişkin ilke ve belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulması açısından getirilen sınırlama anlamsız kalacaktır. Bu nedenle, gerek Avrupa Birliği Yönergesi ve Çerçeve Anlaşmasında, gerek Fransız ve Alman Hukuklarında, belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak akdedilmesi sonucu ortaya çıkabilecek olan kötüye kullanmaların önüne geçilmesi amacı doğrultusunda, bu konuda da mutlak emredici hükümlerle sınırlamalar öngörülmüştür (Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 481 vd. Ayrıca bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 159 vd.).

Hukukumuzda da, sözü edilen sınırlamaların dayanağını oluşturan temel düşünce ve Çerçeve Anlaşmanın getirdiği hükmü esas alan İş Yasasının 11. maddesinin ilk fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin, ilk defa da olsa, objektif koşullara bağlı olarak yapılabileceği belirtildikten sonra, 2. fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmelerinin, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste yapılamayacağı öngörülmüştür. Böylelikle, zincirleme belirli süreli iş sözleşmeleri akdedilmesi yoluyla, belirli süreli iş sözleşmesi kurma hakkının kötüye kullanılması ve buna bağlı olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına engel olunması amacıyla Çerçeve Anlaşmada sayılan ve üye devletlerce sadece biri, birkaçı ya da tümünün birlikte benimsenebileceği belirtilen üç önlemden ilkinin tercih edildiğini söyleyebiliriz (Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 519 vd.).

Yasada belirli süreli iş sözleşmesinin, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı, aksi halde iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceği öngörülmüştür (f.2). Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri ise, belirli süreli olma özelliğini koruyacaklardır (f.3). Ne zaman zincirleme bir iş sözleşmesinin mevcut olacağı konusunda Yasanın gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir : “...ülkemizde, uzun yıllardan beri, gerek yargı kararlarında ve gerek doktrinde esaslı bir sebep olmadıkça belirli süreli sözleşmenin ikincisinin yapılmasıyla zincirleme akitlerin meydana geldiği görüşü benimsendiği için, bu görüş, kanuna da aynen alınmıştır. Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır”. Dolayısıyla, madde metninde kullanılan “birden fazla üst üste (zincirleme)” ifadesinden hareketle, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmaksızın bir kere yenilenmesinin mümkün olduğu düşünülmemelidir (Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 529 vd.; ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 206; Ekonomi, 2006: 29; Alpagut, 2004: 85).

Yasada kullanılan “objektif koşul” ile “esaslı neden” kavramları anlam olarak özdeş olup, kavram farklılığı tekriri müzakere sonucu düzenlenen metnin özensiz kaleme alınmasından kaynaklanmıştır. Objektif (esaslı) neden, sözleşmenin ilk kurulduğu sırada var olan neden olabileceği gibi, farklı bir neden de olabilecektir (Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011: 557 vd.). Yargıtay’a göre de, “...belirli süreli iş aktinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir...Zincirleme iş sözleşmelerini belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir...” (Yarg. 9.HD., 23.6.2008, E.2007/42976, K.2008/17137, Çil, 2021: 194; 18.02.2008, E.2007/24530 K.2008/171, aynı yönde, Yarg. 9. HD., 02.06.2008, E.2007/39341 K.2008/13324; 26.05.2008, E.2007/37495, K.2008/12518, Kazancı İçtihat Bankası).

Belirli Süreli Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Uyuşmazlıklar

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Yasasının 11. maddesi, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma ve yenilenme koşullarını, işçinin korunması amacıyla emredici bir biçimde düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak, anılan bu kuralın, işçi aleyhine sonuç doğurabilecek kimi unsurları da barındırdığı, yargı kararlarıyla ortaya çıkmış bulunmaktadır (Güzel, 2021: 12 vd). Gerçekten, işçi, işverenle yaptığı belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi nedeniyle TBK. m.438/I hükmünün öngördüğü bakiye süre ücretini tazminat olarak talep ettiğinde, işveren işçi ile başlangıçta belirli süreli olarak yapılmış sözleşmenin İşK. m.11/I’de

öngörülen objektif koşullarının bulunmadığını ve dolayısıyla sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ve işçinin talebinin reddini savunabilmektedir. Bu savunmaya değer verildiğinde, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli bir sözleşme niteliğinde kabul edileceğinden işçinin TBK. m. 438/I hükmüne dayalı talebi olumsuz sonuçlanacaktır. Benzeri bir sonuç, İşK. m.11 hükmünün emredici niteliğini dikkate alan yargıcın, bu maddede öngörülen objektif koşulları somut uyumsuzluk açısından re'sen değerlendirerek, sözleşme türünün hukuki niteliğini yapmasıdır. Bu değerlendirme sonucu, sözleşmenin belirli değil, belirsiz süreli sözleşme niteliğinde olduğu yargıç tarafından tespit edildiğinde, işçi belirli süreli sözleşmenin işveren tarafından haksız feshine ilişkin TBK. m. 438/I hükmü ile sağlanan ve bir tür “*medeni ceza*” olarak nitelendirilebilecek tazminat hakkından da yoksun kalabilecektir (bkz. Astarlı, 2017: 233 vd.; Güzel, 2021: 13). Yargıtayın, öğretide haklı olarak eleştirilen önceki içtihadında da belirtilen bu esaslar benimsenmişti: Kanunda öngörülen objektif koşullar bulunmadan yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayıldıklarından bakiye süre ücretinin tazminat olarak talep edilmesi olanaklı değildir. Sözleşmenin belirli değil, belirsiz süreli olduğu işveren tarafından ileri sürülebileceği gibi yargıç tarafından da resen dikkate alınır (örnek olarak: Yarg. 7. HD. 02.07.2015, E.2014/19191, K.2015/13511; Yarg. 9. HD. 16.12.2015, E.2014/12613, K.2015/35687; Yarg. 22. HD. 23.12.2015, E. 2014/25217, K.2015/35562, Astarlı, 2017: 30; Yarg. HGK. 18.1.2017, E. 2014/9-2514, K. 2017/13, Kazancı İçtihat Bankası; bu isabetsiz içtihadın haklı eleştirisi için bkz. Doğan Yenisey, 2015: 70; Aynı Yazar, 2014: 371 vd.; Astarlı, 2017: 234 vd.; Alp, 2019: 477 vd.; Güzel, 2021: 13). Öğretinin haklı eleştirileri Yüksek Yargı Organı nezdinde de yankı bulmuş ve öğretinin dayandığı gerekçelerle özdeş biçimde, belirli süreli iş sözleşmesinin istisna olmasının asıl gerekçesinin işçinin korunması olduğu, işveren tarafından objektif koşulun mevcut olmadığı itirazının sonradan ileri sürülmesinin bu ilkeye ters sonuçlar doğuracağı gibi işverence hakkın kötüye kullanılması sayılacağı, sonucuna varılmıştır (Yarg. 22.HD., 21.12.2017, E.2015/20653, K.2017/30350, Kazancı İçtihat Bankası). Ekleyelim ki, Özel Dairelerin Birleştirilmesi sonrasında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından Eylül 2020 tarihinde ilkeye bağlanan hususlardan birisini de üzerinde durulan konu oluşturmaktadır. Belirlenen bu ilkeye göre de, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için gereken objektif koşullar veya esaslı neden olmadığı halde belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığında işverenin sonradan sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi TMK. m.2 hükmüne aykırılık oluşturur; bakiye süre ücreti tutarında tazminat ve işverence süresinden önce haksız feshe bağlı cezai şartı isteyebilir (Çil, 2021:1633; Güzel, 2021: 13 vd.).

Yüksek Mahkemenin bizce de isabetli olan içtihadını güncel kararlarında da sürdürdüğünü tespit etmekteyiz (ayrıntı için bkz. Güzel, 2021: 13-14). Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.09.2020 tarihli kararına (E.2016/22178,

K.2020/7846, Lexpera İçtihat Bankası) konu uyumsuzluk, taraflar arasındaki iş sözleşmesi nedeniyle davacının bakiye süre ücret alacağına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır İlk derece mahkemesi, taraflar arasında İşK. m.11/I hükmünde ifade edilen objektif koşul bulunmadan yapılan iş sözleşmesinin taraflarca belirli süreli olarak nitelendirilse bile, belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğini koruduğu ve davacının bakiye süre ücret alacağını isteyemeyeceği gerekçeleri ile davacının bakiye süre ücreti talebinin reddine karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme ise, “...Her ne kadar önceki ilkelerimiz gereği benzer konumda çalışan işçiler yönünden sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu ve belirsiz süreli olduğu gerekçesi ile bakiye süre ücretinin reddine karar verilmesi sonucuna varılmış ve bu kararlar Dairemiz tarafından onanmış ise de, YTBK'nun 2017/10 esas 2019/1 sayılı içtibatı birleştirme kararından sonra yeniden yapılan değerlendirme sonucunda; İş Kanununun 11. maddesinde öngörülen hükmün işçiyi koruma amacıyla düzenlendiği dikkate alınarak, objektif şartlar bulunmadığı halde belirli süreli olarak yapılmış olan iş sözleşmesinin, belirsiz süreli olduğunun işveren tarafından ileri sürülmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanımını teşkil ettiği, İş Kanunu'nun 11. maddesine dayanarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme hakkının sadece işçiyeye ait olması gerektiği anlaşılmıştır... Buna göre, taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı tespit edilmeli, iş sözleşmesinin haklı bir neden bulunmaksızın işverence feshedildiğinin tespiti halinde ise, 6098 sayılı Kanun'un 438/2. maddesine göre işçinin, sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir araştırılmak suretiyle işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönemde başka bir işten gelir elde edip edmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak indirim yapılması gerektiği hususu da göz önünde bulundurulurken bakiye süre ücreti yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır. Yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. İçtihat değişikliği niteliğindeki bu kararda açıklanan gerekçeler ve benimsenen hukuki çözüm kanımızca da isabetlidir. Bu doğrultuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.12.2020 kararı (E.2018/300, K.2020/20141, Çalışma ve Toplum, S: 69, 1371 vd.) ile 15.09.2020 günlü kararına (E.2016/22178, K.2020/7846) konu olan benzeri bir uyumsuzlukta da, aynı gerekçelere yer verilerek isabetli ve az önce incelenen kararınla uyumlu bir hukuki çözüm benimsenmiş bulunmaktadır (aynı yönde: Diyarbakır BAM 7.HD., 20.11.2019, E.2019/24, K.2019/31, Çil, 2021: 371-373; Güzel, 2021: 13-14).

Belirsiz süreli sözleşmeye dönüşen belirli süreli iş sözleşmesindeki cezai şartın varlığını korumasına ilişkin İçtihatı Birleştirme Kararının İsabetsizliği

Tarafların belirli süreli iş sözleşmesinde öngördükleri ve sözleşmenin süresinden önce feshini önleme amacına yönelik cezai şarta ilişkin hükmün, İşK. m.11/I'de

öngörülen objektif koşulların bulunmaması nedeniyle belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi (İşK. m.11/II) durumunda cezai şartın varlığını ya da geçerliliğini koruyup koruyamayacağı hususu Yargıtayın iki özel Dairesi arasında içtihat uyumsuzluğuna yol açmıştır (Bkz. Güzel, 2021: 12 vd.). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi halinde cezai şartın geçerliliğini koruyamayacağı yönünde kararlar verirken (örnek olarak: 25.12.2014, E.2014/36059, K.2014/40181; 04.04.2017, E.2017/3977, K.2017/5968), Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, belirli süreli sözleşmedeki cezai şartın sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi halinde de geçerliliğini koruyacağını kararlaştırmaktaydı (örnek olarak: 20.03.2014, E.2013/6500, K. 2014/6727; 17.02.2015, E. 2013/31698, K.2015/510).

Sözü edilen içtihat uyumsuzluğunun giderilmesi amacıyla konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiş ve 08.03.2019 günlü kararda (E. 2017/10, K.2019/1, RG.18.07.2019, 30835) ise şu çözüm benimsenmiştir: “...işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde belirledikleri süre boyunca haklı neden olmaksızın sözleşmenin fesbedilmemesini garanti altına almak amacıyla sözleşmede öngördükleri cezai şart hükümü, sözleşmenin, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımadığından belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacaktır...” . Karar üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile verilmiş ve karara ekli karşı oy yazılarının ilkinde; “...belirsiz süreli sayıldığı tartışmasız olan bir sözleşmenin koşulları ve hükümleri tamamen farklı başka bir istisnai sözleşme olan asgari süreli sözleşmeye tabvili yasaya ve irade teorisine uygun değildir...” görüşüne yer verilmiştir (aynı yönde: Yarg. 9.HD. 06.04.2021, E.2021/1230, K.2021/7665, Çalışma ve Toplum, 2021/4, S:71, 3071-3074). Karara ekli diğer karşı oy yazısında ise, her iki Daire içtihadının da hatalı olduğu vurgulanmış, süreye bağla cezai şartın işçiyi değil, sadece işvereni bağlaması gerektiği savunularak, bu yönüyle içtihadı birleştirme kararı isabetli bulunmamıştır.

İçtihadı Birleştirme Kararında dayanan gerekçelerin ve benimsenen hukuki çözümün isabetli olmadığını düşünüyoruz (Güzel, 2021: 15 vd; kararın isabetli olduğu yönünde: Keser, 2020: 30 vd; Süzek, 2021: 749). Bilindiği üzere, taraflar, bağladıkları iş sözleşmelerine, TBK. m.420/I hükmünde öngörülen emredici kurala aykırı olmamak koşuluyla cezai şart öngören hükümlere yer verebilirler. Yasa koyucu, işçinin korunması ilkesine uygun olarak, taraf iradelerine, aksi kararlaştırılmayan bir sınır ya da yasak öngörmektedir: sadece işçi aleyhine konulan cezai şart geçersizdir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak, her iki taraf için aynı koşul ve miktarda cezai şart öngörülebileceği gibi, sadece işçi lehine olmak üzere de cezai şart öngörülebilecektir (Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 495). Yasal düzenleme, cezai şart açısından iş sözleşmesi türlerine göre herhangi bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla, belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de cezai şart öngörülebilecektir (ayrıntı için bkz. Yayvak

Namlı, 2019: 341 vd.; Süzek, 2021: 746 vd.). Her durum için geçerli olmak üzere şu hususa vurgu yapmak önem taşımaktadır: Cezai şart, bir medeni ceza olarak farklı amaçlara hizmet eden bir kavramdır. Konuyu incelerken hareket noktası da bu olmalıdır. Ayrıntıdan kaçınmak ve somut uyumsuzluk konusuyla sınırlı kalmak amacıyla şu hususun altı çizilmelidir: belirli süreli iş sözleşmesinde cezai şart öngören tarafların amaçları ve bu cezai şarta verdikleri anlam ile belirsiz süreli sözleşmede yer verdikleri cezai şarta göre önemli farklılıklar oluşturmaktadır (Güzel, 2021: 16). İş Hukukunda, cezai şart, esas olarak, belirli süreli iş sözleşmelerinde öngörülmektedir. Bunun temel amacı, sözleşmenin öngörülen süreden önce fesheden tarafın bir yaptırımla karşılaşmasını sağlayarak, caydırıcı bir etki yaratmaktır (Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 493 vd). Uyumsuzluk konusu olayda da, tarafların aralarındaki belirli süreli iş sözleşmesinde yer verdikleri cezai şart da bu amaca hizmet etmektedir. İnceleme konusu İçtihadı Birleştirme Kararında da, isabetle ifade edildiği gibi, “...burada da tarafların esas gayesi, sözleşmede öngörülen süre boyunca tarafların borcun ifasına dair güvenlerinin korunması, belirli süreden önce haksız şekilde sözleşmenin sona erdirilmesinin önüne geçirilmesidir...” Şu halde, somut olayda, tarafların iradeleri, bağladıkları belirli süreli iş sözleşmesinde cezai şart konusunda birleşmiş bulunmaktadır; iradelerin bu konuda birleşmiş olmalarının asıl amacı ise, bağladıkları belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshini güvenceye kavuşturmadır. Kararda ifade edildiği gibi, “süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart” söz konusudur. Cezai şartın konuluş amacı da budur. Dolayısıyla, kararda, belirtildiğinin aksine, taraf iradeleri cezai şart konusunda, belirli süreli sözleşme bağladıkları için birleşmiş, başka tür bir sözleşme için böyle bir iradeleri söz konusu da değildir. Bu nedenle, kararda yer alan “...tarafların cezai şarta ilişkin sözleşme iradelerinin geçersizliği sonucunu doğurmamalı...” biçimindeki ifadelerin de somut uyumsuzluk açısından bir anlamı bulunmamaktadır (Güzel, 2021: 17). Öğretide, Ekonomi tarafından; “...ancak belirli süreli hizmet akdinde ve süreye uyulmasını sağlamaya yönelik bu şartın, akit belirli süreye bağlı kaldığı takdirde uygulanabileceği,.....zincirleme hizmet akitlerinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli hizmet akdine dönüştüğü bir durumda, artık akitten bir süreden ve buna uyulmaması halinde uygulanacak bir cezai şarttan söz edilemeyeceği, hizmet akdinin son aerdirilmesinde bildirimli fesih ve buna bağlı tüm sonuçların uygulanacağı...” biçiminde çok açık ve isabetli olarak ifade edilmiştir (Ekonomi, 1993: 565-571). Bozkurt Gümrükçüoğlu'nun isabetli görüşü de bu yöndedir: “..Belirli süreli iş sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi halinde bir cezai şart ödenmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu sebeple cezai şart, sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini kaybetmesi durumunda geçerliliğini yitirecektir. Zincirleme iş sözleşmelerinde ise, sözleşme belirli süreli olma özelliğini koruduğu sürece, cezai şart da geçerliliğini koruyacaktır...” (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 362; aynı görüş: Karagöz, 2006: 146). Ayrıca vurgulanmalıdır ki, İçtihadı Birleştirme Kararında, hukuki çözümün normatif dayanağı olarak TBK. m.27/II'de öngörülen kısmi geçersizlik hükmünün, belirli

süreli iş sözleşmesinin objektif koşulların yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sözleşme açısından esas alınması da isabetli olmamıştır. Somut uyuşmazlığa uygulanacak norm, hatalı bir biçimde esas alındığında, isabetsiz sonuçlara varılacağı da kaçınılmaz hale gelebilecektir (Güzel, 2021: 18).

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Haksız Feshi Halinde İşçinin Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat Talep Hakkı

Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işverence öngörülen objektif nedenin, örneğin belirli bir işin tamamlanmasından önce (süresinden önce değil) feshedilmesi halinde uygulanacak bir hükmün İş Kanununda bulunmaması nedeniyle TBK. m.438/I hükmü uygulanma alanı bulacaktır. Gerçekten, sözü edilen düzenleme öncesinde mülga Borçlar Kanununda yer alan m.325 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla yerleşmiş bulunan Yargıtay içtihadı, 6098 sayılı TBK'nun m.438 hükmüyle konu açık bir pozitif temele kavuşmuş bulunmaktadır.

Anılan bu hüküm uyarınca; “*İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, ... belirli süreli sözleşmelerde..., sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir*”. Bu hükümle, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin, sözleşmesinin işverence haklı bir neden olmaksızın feshi durumunda, sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak talep edebileceği öngörülmüştür (Süzek, 2021: 728 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 697 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 350 vd.; Çil, 2021: 353 vd.; Gökteş, 2020: 252 vd.; Güzel, 2021: 17 vd.).

Şu halde, işçi, sözleşmenin süresinin bitiminden önce işverence haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi üzerine ortaya çıkan zararını karşılamak için bakiye süre ücretini değil, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak talep edebilecektir. Hükümle izlenen temel amaç, özde işçinin ücret kaybının karşılanmasıdır. Çünkü, bu tazminatın hesabında, sözleşme devam etseydi işçinin kazanabileceği miktar esas alınır. Dolayısıyla, işçinin giydirilmiş ücretinin bu tazminatın hesabında dikkate alınması gerekir (Kaplan, 2010: 223; Astarlı, 2017: 30); buna bağlı olarak, sözleşmenin belirlenen sürenin sonuna kadar devamı kabul edilerek, asıl ücret yanında, ücretteki artışlar, bu süre içinde hak kazanılacak ücret ekleri tazminatta esas alınacaktır (Senyen Kaplan, 2010: 223; Savaş, 2012: 233; Astarlı, 2017: 30; Gökteş, 2020: 252 vd.).

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, işçinin talep edebileceği bakiye süre tazminatının ne şekilde hesaplanacağına ilişkin esaslar öngörülmüş bulunmaktadır. Gerçekten bu fıkraya göre; “*Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya ileride elde*

etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir”. Şu halde, mahkemece hükmedilecek bakiye süreye ilişkin tazminattan indirim konusu olacak kalemler, iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle işçinin tasarruf ettiği miktar, işçinin başka bir işten elde ettiği gelir ve işçinin bilerek elde etmekten kaçındığı gelir olarak üç başlık altında öngörülmüştür. Böylece sözü edilen bakiye süre tazminatının hesabı açısından mahkemenin, indirim kalemlerinin var olup olmadığını yasaya uygun biçimde araştırması gerekmektedir (Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 350 vd.; Çil, 2021: 353).

Yargıtayın bu konu hakkında verilmiş çok sayıda kararı, anılan kuralın uygulanma esaslarına ilişkin bulunmaktadır. Gerçekten, Yüksek Mahkeme, yerleşik içtihadı dönüştüren kararlarında (22.HD. 22.5.2019, E.2017/22487, K.2019/11440, Lexpera İctihat Bankası; 7.7.2020, E.2017/36292, K.2020/8906, Çil, 2021: 358; aynı yönde: Yarg. 9.HD., 22.11.2021, 11538/15687; 5.10.2021, 8478/13585, Lexpera İctihat Bankası; 18.01.2022, E.2021/12285, K.2022/532, Çalışma ve Toplum, 2022/2, S:73, 1332-1335), belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma ve yenilenme koşullarını çok isabetli bir biçimde açıkladıktan sonra, bakiye süre ücreti tutarında tazminat konusunu düzenleyen TBK m.438/II hükmüne de açıklık getirmiştir: İşçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde yapmaktan kurtulduğu giderler, çalışmamaktan kaynaklı tasarruflar, başka bir işten gelir elde edip etmediği (fesihten sonra çalıştığı işverenden aldığı ücretler) ya da iş arayıp aramadığı ve diğer çalışma imkanları araştırılarak sonucuna göre tazminattan indirim konusunda karar verilmelidir. Yüksek Mahkeme içtihadının gerekçeleri ve sonucu itibarıyla isabetli olduğunu ifade edebiliriz (Güzel, Yargıtay ve BAM Kararları, 18).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.09.2020 günlü kararında (E.2016/22178, K.2020/7846, Lexpera İctihat Bankası) üzerinde durulan hususlardan biri de, bakiye süre tazminatına ilişkin bulunmaktadır. Kararda isabetle vurgulandığı üzere, geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir. Uyuşmazlık konusu olayda, 14.10.2010 tarihinde bir yıl süreli iş sözleşmesi yapıldıktan yaklaşık iki ay sonra 23.12.2014 tarihli ihtarname ile davalı işveren tarafından davacının iş sözleşmesi verim ve performans düşüklüğü gerekçe gösterilerek feshedilmesi üzerine davacı bakiye süre tazminatı talebinde bulunmuştur. Mahkemece, taraflar arasında 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde ifade edilen objektif koşul bulunmadan yapılan iş sözleşmesinin taraflarca belirli süreli olarak nitelendirilse bile, belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğini koruduğu ve davacının bakiye süre ücret alacağını isteyemeyeceği gerekçeleri ile davacının bakiye süre ücreti talebinin reddine karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme ise, bakiye süre ücreti tutarı tazminatın istenebilmesi için, iş sözleşmesinin haklı bir neden bulunmaksızın işverence feshedilmiş olması gerektiğini vurgulayarak; işverenin feshi 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yazılı sağlık sebeplerine, ahlâk

ve iyi niyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere veya zorlayıcı sebeplere dayanması halinde, sözleşmenin kalan süresine ait ücretler yönünden işçinin talep hakkı doğmaz (ayrıntı için bkz. Gökteş, 2020: 273 vd.). Buna karşılık, geçerli nedenlerin varlığına karşın belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin tazminat olarak ödenmesi gerekir. Kararda benimsenen çözümün isabetli olduğunu vurgulamak gerekir (aynı yönde: Yarg. 9.HD., 18.01.2022, E.2021/12285, K.2022/532, Çalışma ve Toplum, 2022/2, S:73, 1332-1335). Gerçekten, geçerli nedenle fesih, İşK. m.18/I hükmü ile sadece belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence feshine özgülenmiştir. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ise İşK. m.24 ve m.25 hükümleri uygulanma alanı bulacaktır. Yüksek Mahkeme Kararında da açıklandığı üzere, TBK. m.438/I hükmünde yer alan, “*haklı sebep olmaksızın*” ibarelerini, İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından İşK. m.25’teki nedenler olmaksızın, biçiminde anlamak gerekir (aynı görüş: Çil, 2021: 353).

Yargıtay, isabetli olarak, TBK. m.438 hükmünün mutlak emredici nitelikte olduğunu da kabul etmektedir. Bu konudaki yeni tarihli bir karara (Yarg. 9.HD., 07.12.2021, E.2021/8864, K.2021/16270, Çalışma ve Toplum, 2022/2, S:73, 1481-1487) konu uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde şu hükme yer verilmiştir. “İşbu sözleşme TANAP projesinin herhangi bir sebeple askıya alınması, ertelenmesi veya iptal edilmesi durumunda sözleşme karşılıklı olarak feshedilir ve karşılıklı herhangi bir ücret ve tazminat ödenmez”. Yüksek Mahkeme ise, anılan kararında, isabetli olarak iş sözleşmesindeki bu kuralın, TBK. m.438/I hükmünün emredici niteliği karşısında geçerli olamayacağı sonucuna varmıştır.

TBK. m.438/II hükmü, anılan bu tazminattan indirim esasını düzenlemektedir: “...işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir...”. Öğretide isabetle belirtildiği gibi, tazminattan indirimde esas tutulacak miktarlar madde metninde sınırlı biçimde düzenlenmiştir: “Sözleşmenin sona ermesi yüzünden işçinin tasarruf ettiği miktar” ile “başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir”. Maddede belirtilenler dışında yargıcın bu tazminattan indirim yapması hukuken olanaklı değildir, ayrıca TBK. m.182/III’te olduğu gibi yargıca takdirli indirim yetkisi verilmemiştir (Astarlı, 2017: -31; Süzek, 2021: 728; Güzel, 2021: 19).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 24.09.2019 günlü isabetli kararına göre (E.2016/ 34034, K.2019/16615) göre, bakiye süre ücreti alacağından TBK. m.438/II hükmüne göre, bir değerlendirme yapılmadan oransal indirim uygulanamaz (aynı yönde: Diyarbakır BAM 7. HD., 11.03.2020, E.2020/188, K.2020/276, Çil, 2021: 369-370). Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 07.07.2020 günlü kararında (E.2017/36292, K. 2020/8906, Çil, 2021: 358) bakiye süre ücreti

tutarında tazminata hükmeden ilk derece mahkemesinin indirim hususunu değerlendirmemiş olmasını bozma gerekçesi yapmıştır. Bu görüş isabetlidir; çünkü TBK. m.438 hükmünün birinci ve ikinci fıkrası bir bütün oluşturmakta, ayrı konuları düzenleyen kurallar niteliğinde algılanamazlar; birini diğerinden soyutlanarak uygulamak, kanuna aykırılık oluşturacaktır (Güzel, 2021: 19).

Ekleyelim ki Yargıtay, işbu dava açısından da dikkate alınması gereken bakiye süre tazminatı ve bundan indirilecek miktarların belirlenmesinde, maddi olaylar ve delillerin araştırılması ve değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamakta, TBK m. 438/II uyarınca bir sonuca gitmek yerine oransal bir indirim öngörülmesini kural olarak yerinde görmemektedir: “ (...) *Kabule göre de; bakiye süre ücreti alıncağında Borçlar Kanunu 438/2. maddesine göre bir değerlendirme yapılması gerekirken oransal indirim uygulanması da hatalıdır*” (Yarg. 9. HD, 24.9.2019, 34034/16615, Çil, 2021: 360-361, benzer yönde, Yarg. 9. HD, 7.12.2021, 8864/16270, Çalışma ve Toplum, S: 73). Ancak Yargıtayın, işçinin, davayı hemen açması ve bu nedenle net bir hesaplama yapılamamasını ya da işçinin işsiz kalamayacak nitelikteki mesleğini dikkate alarak oransal indirime olanak tanıyan kararları da mevcuttur. Örneğin Yargıtaya göre, “(...) *Öncelikle davacının bakiye süre ücreti hesaplanırken başka işverenler nezdinde çalıştığı bu sürelerde kazandığı değer bakiye süre ücretinden düşülmelidir. Ayrıca bunun yanında davacının kadın doğum uzmanı bir doktor olması ve işsiz kalmayacağı da nazara alınarak indirim oranı daha yüksek tutulmalıdır*” (Yarg. 9. HD, 15.9.2015, E.2014/13114, K.2015/25647, Lexpera İçtihat Bankası).

Belirli süreli sözleşmenin süresi sonuna kadar devam etmemiş olması nedeniyle işçinin yoksun kaldığı ücret gelirinin tazminat hesabında esas alınması üzerine TBK m.438/II hükmü, hesaplanan bu tazminattan indirilmesi gereken miktarları emredici bir düzenleme ile öngörmüş bulunmaktadır. Önemle belirtelim ki, Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, yerleşik içtihat uyarınca, davalının tazminattan indirim yönünde talebinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, mahkemece gerekli araştırmanın yapılması ve indirimin doğrudan uygulanması gerekmektedir (Yarg. HGK, 28.3.2007, 178/179, Lexpera İçtihat Bankası, bu kararda atıf yapılan karar için ayrıca bkz. Yarg. HGK, 01.02.1984, E.1981/9-761, K.1984/52).

TBK m. 438/II hükmüne göre ilk olarak, belirli süreli iş sözleşmesi devam etseydi, işçinin çalışması nedeniyle yapacağı harcamalardan tasarruf ettiği miktar, tazminattan indirilecektir (Süzek, 2021: 730; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 697-698; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 353-354; Çil, 2021: 354). Sözü edilen değerlerin tazminattan mahsup edilebilmesi, işçinin iş sözleşmesi nedeniyle yapmış olacağı harcamalar olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Söz gelimi işçinin işe gidip gelirken yapacağı yol masrafı, iş kıyafeti için yapacağı harcamalar ve benzeri tutarlar bu kapsamda kabul edilebilecektir. Yargıtay da işçinin çalışmadığı dönemde tasarruf ettiği miktarın

indirimde esas alınacağını yerleşik içtihadı haline gelmiş kararlarında vurgulamaktadır: “(..) dosya kapsamından davacının, uyuşmazlık konusu dönemde başka bir işte çalışıp çalışmadığının ve bu surette mahsubu gerekecek bir gelir elde edip etmediğinin araştırılmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde yapılması gereken iş, davacı işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönemde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığının yöntemince araştırılarak, Borçlar Kanununun 325 inci maddesine göre işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktarlar (yemek, yol vs.) ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler, kalan süreye ait ücretler toplamından indirilerek talep konusu alacak hakkında çıkacak sonuca göre bir karar vermektir. Bu yön gözlemlenmeden eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 9. HD, 23.2.2021, 892/4707, Lexpera İçtihat Bankası). Benzer yönde diğer bazı kararlarda, bu miktar, sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf edilen miktar olarak da ifade edilmektedir: “(..) sözleşmenin yapıldığı ve fesih tarihinde yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 438/2. Maddesine göre işçinin, sözleşmenin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir araştırılmak suretiyle indirim yapılması gerektiği hususu göz önünde bulundurulur ve ödenen ibbar tazminatı varsa mahsup edilerek bakiye süre ücreti yönünden bir karar verilmelidir. Yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” gerekçesiyle karar bozulmuştur (Yarg. 9. HD, 17.2.2021, E.2020/5734, K.2021/4067, Lexpera İçtihat Bankası).

İkinci olarak, işçinin, sözleşmenin kalan süresi boyunca başka bir işte çalışarak elde ettiği gelirin de bakiye süre tazminatından indirilmesi gerekmektedir (Süzek, 2021: 728, 730; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 699; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 354-355; Çil, 2021: 353). Bu gelirin tazminat miktarından mahsup edilebilmesi için, fesih sebebiyle belirli süreli iş sözleşmesine bağlı olarak çalışılmayan sürede yapılan bir çalışmanın söz konusu olması aranacaktır. Bu konudaki araştırmanın, mahkeme tarafından yapılması, işçinin çalıştığı işin ve işçinin elde ettiği gelirin tespit edilmesi gerekecektir.

Yasanın emredici düzenlemesi doğrultusunda Yargıtay kararlarında da bu esas isabetli ve istikrarlı biçimde vurgulanmakta, gerekli araştırmanın yapılmaması bozma gerekçesi olarak nitelendirilmektedir: “(..) davacının bakiye süre ücret alacağına hak kazandığı yönünde yerinde değerlendirme yapılmış ise de, söz konusu alacak yönünden indirim hususunun değerlendirilmemesi isabetsiz olmuştur. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönemde yapmaktan kurtulduğu giderler, çalışmaktan kaynaklı tasarruflar, başka işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı ve diğer çalışma imkanları araştırılarak sonucuna göre indirim yapılmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 22. HD, 7.7.2020, E.2017/36292, K.2020/8906, Çil, 2021: 358; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 22.11.2021, 11538/15687; 5.10.2021, 8478/13585; 17.2.2021, E.2020/5734, K.2021/4067, Lexpera İçtihat Bankası).

Benzer biçimde, Yargıtay, davacının başka bir işte çalıştığına ilişkin delillerin değerlendirilmesi ve böylece bu süre içinde dava dışı bir işverenin yanında çalışarak elde ettiği gelirin tazminattan indirilmesi gerektiğine karar vermektedir: “Somut olayda hükme esas alınan hesap raporuna göre feshin gerçekleştiği 19.09.2017 tarihi ile sözleşmede belirtilen sürenin sonu olan 01.06.2018 tarihi arasındaki süre için bakiye süre ücreti alacağı hesaplanmış; fesihden sonra davacının gelir elde etmekten çekindiğine veya çalışmayarak tasarruf ettiğine dair delil bulunmadığı gerekçesiyle bu bakımdan indirim yapılmadan bakiye süre ücreti hesaplanmış ise de dosyada mübrevz davacıya ait Sosyal Güvenlik Kurumu Hizmet Dökümü belgesi, sigortalı işe giriş belgeleri ile T. Garanti Bankası Bahçeşehir Şubesi 9079582 numaralı banka hesabına ilişkin hesap ekstresinden, davacının 12.10.2017 tarihi itibari ile dava dışı 1146791 işyeri sicil numaralı dava dışı işveren nezdinde çalışmaya başladığı ve davacıya dava dışı işverence ödemeler yapıldığının anlaşılmış olup bu hususlar değerlendirilmeksizin eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 9. HD, 18.1.2022, E.2021/12285, K.2022/532, Çalışma ve Toplum, S. 73).

İşçinin yeni işinden elde ettiği ücretin öncekiyle aynı veya daha yüksek olması durumunda, bakiye süreye ilişkin ücrete bağlı olarak tazminat talep edemeyeceğini de eklemek gerekir (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 699).

Üçüncü olarak, bakiye süreye ilişkin tazminat miktarından, işçinin, bilerek elde etmekten kaçındığı gelir de indirimde konu olacaktır (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 2021: 699; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012: 355-356; Çil, 2021: 354). Burada kast edilen, işçinin, bilerek, çalışmaktan kaçınması, çalışarak elde edeceği menfaatlerden kaçınması dolayısıyla elde etmekten imtina ettiği gelirdir.

Yargıtay, çok eski kararlarından bu yana, yerleşik hale gelen içtihadında, bu miktarın tespiti için, işçinin niteliklerini göz önünde bulundurarak ne kadar sürede iş bulabileceğini saptamakta, bu süreden sonra iş bulamaması ve çalışmamasını ise kasten elde etmekten kaçınılan gelir olarak değerlendirmektedir (Yarg. 9. HD, 12.6.1967, 5377/5485, Güler, 2005: 75; benzer yönde Yarg. 9. HD, 22.11.2021, 11538/15687; 5.10.2021, 8478/13585, Lexpera İçtihat Bankası; Yarg. 22. HD, 7.7.2020, E. 2017/36292, K. 2020/8906, Çil, 2021: 358; Yarg. 9. HD, 18.1.2022, E. 2021/12285, K. 2022/532, Çalışma ve Toplum, S. 73). Örneğin işçinin yaptığı iş gözetilerek, “(...) Ayrıca bunun yanında davacının kadın doğum uzmanı bir doktor olması ve işsiz kalmayacağı da nazara alınarak indirim oranı daha yüksek tutulmalıdır.” Biçiminde sonuca varılmaktadır (Yarg. 9. HD, 15.9.2015, E.2014/13114, K.2015/25647, Lexpera İçtihat Bankası).

Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat İle Cezai Şartın Birlikte Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Yukarıda temel esaslarını açıkladığımız bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile belirli süreli iş sözleşmesinde tarafların öngördüğü cezai şartın birlikte talep edilip edilemeyeceği hususu da uygulama sorunu olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır (Bkz. Güzel, 2021: 20-21). Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 12.02.2020 günlü kararında (E.2016/29534, K.2020/2899, Çil, 2021: 359-360) cezai şart ile bakiye süre ücreti tutarı tazminatının birlikte istenip istenmeyeceği değerlendirilmiştir. Davacı, iş sözleşmesindeki üç aylık cezai şart yanında, ihbar tazminatı, ücret alacağı, yıllık izin alacağı ve bakiye süre ücret tutarını tazminat olarak talep etmiştir. İlk derece mahkemesi her iki isteği de hüküm altına almıştır. Yüksek Mahkeme ise, TBK. 179. maddesini esas alarak; iş sözleşmesinde bu yönde açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle cezai şart ile bakiye süre ücreti tutarı tazminatın bir arada istenmesinin olanaklı olmadığı; davacıya seçimlik hakkını kullanması için süre tanınması ve buna göre karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır (aynı yönde: 22. HD. 27.03.2019, E.2017/14212, K.2019/6788, Çil, 2021: 361-362). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.12.1918 günlü kararında (E.2016/16974, K.2018/22888, Çil, 2021: 358), sözleşmenin geri kalan süresine ilişkin ücret ve diğer hakları yanında, aynı süre hakları ölçüt alınarak belirlenmiş olan cezai şartın hüküm altına alınmasının mükerrer yararlanma mahiyetinde olduğu yönündeki gerekçeye dayanarak bakiye süre ücreti tutarındaki tazminatın da ödenmesine hükmeden, bakiye süresi ücreti kadar tazminat talebini reddetmeyen mahkeme kararını bozmuştur. İki Özel Dairenin kararlarının aynı yönde olduğu anlaşılmaktadır. Aradaki tek fark, 9. Hukuk Dairesi'nin seçimlik haktan söz etmemiş olmasıdır.

Benimsenen bu çözümün isabetli olmadığını düşünüyoruz (Güzel, 2021: 20). Nitekim, Yargıtay, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verdiği bir kararında, hem bakiye süre ücreti, hem de cezai şartın birlikte talep edilebileceğini kabul etmişti. Karara göre, cezai şart hükmü, BK. m.325 hükmüne göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ilişkin ücret isteğinden farklıdır; tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir (Yarg. 9. HD., 21.1.2010, E.2009/46225, K.2010/604; 13.5.2010, E.2008/26003, K.2010/13047, Kazancı İçtihat Bankası; ayrıca bkz. Çil, 2010: 33vd.). Gerçekten, cezai şart, sözleşmeye aykırı davranışın bir yaptırımını olarak, sözleşmeye uyulmasının güvencesini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık halinde bu yaptırımın ödenmesi gerekir; cezai şartı, Yüksek Mahkeme kararlarında ifade edildiğinin aksine, seçimlik borç niteliğinde değerlendirmemek gerekir (Arıcı, 1997: 31 vd). Çünkü, cezai şart, ortaya çıkacak zararı karşılamak amacıyla yönelik olmayıp, sözleşmeye uyulmasının güvencesini oluşturur. Sözleşme taraflarından birinin haklı bir neden

olmadan sözleşmede öngörülen süreye uymayarak sözleşmeyi feshetmesi halinde sadece cezai şartı ödemek suretiyle bakiye süre ücreti tutarında tazminatı ödemekten kurtulması, isabetli bir çözüm olarak kabul edilemez; ayrıca, böyle bir çözüm benimsendiğinde, cezai şartın işlevi de ortadan kalkmış olacaktır. Bakiye süre ücreti tutarı tazminat, Kanunun emredici düzenlemesinin (Yarg. 9.HD., 07.12.2021, E.2021/8864, K.2021/16270, Çalışma ve Toplum, 2022/2, 1492-1496) bir sonucu olmaktadır. Cezai şart ise, tarafların ortak iradesiyle belirli süreli sözleşmeye özgü bir yaptırım olarak öngörülmüştür. Belirtilen nedenlerle, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshi halinde, cezai şart yanında bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat da talep edebilecektir. (Aynı görüş: Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012, 363-364; Erener, 2017: 173 vd.; Canbolat/Erener, 2017: 247; Güzel, 2021: 21; aksi görüş: Alpagut, 1998: 196-197; Süzek, 2021: 751-752; Doğan Yenisey, 2012: 21 vd.; Yayvak Namlı, 2019: 388-389).

Genel Değerlendirme

1. Tarihsel gelişim sürecinde ve günümüzde, işçilere güvence sağlamaya yönelik pozitif düzenlemelerde, güvencesiz bir istihdam modeli olması nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmeleri esas alınmıştır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, tarafların sözleşmede öngördükleri süre boyunca işçinin, en azından istihdam güvencesine sahip olduğu varsayılmış, bu tür sözleşmelerin yapılma, yenilenme ve sona ermeleri, klasik sözleşme kuramına terkedilmiştir. Ne var ki, belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçilere, iş güvencesi, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi tanınan güvencelerin olumsuz etkisi işverenlerin bu güvencelerden kurtulmaları amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleriyle işçi istihdamı yoğunluk kazanmıştır. İşte, buna tepki olarak, özellikle 2000'li yıllarda gerek AB düzeyinde gerekse ulusal hukuklarda konu özel düzenlemelere konu yapılmıştır. Bu gelişme hukukumuzu da etkilemiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesi, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılma ve yenilenme esaslarını emredici olarak düzenlemiş ve bu esaslara uygun yapılmayan belirli süreli iş sözleşmelerinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği öngörülmüştür.

2. Belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılma ve yenilenme koşulları konusunda Yargıtayın ve daha sonra da BAM kararlarında benimsenen hukuki çözümler, çoğu kez İşK. m. 11 hükmüne aykırılık oluşturmaktaydı. Ancak, son yıllarda, özellikle anılan sözleşmelerin yapılma ve yenilenme koşullarına ilişkin verilen ve yerleşik içtihadı dönüştüren kararlarda, anılan hükmün konuluş amacı ve mutlak emredici düzenlemesiyle uyum gösteren hukuki sonuçlar benimsenmiş olmasını isabetli bir gelişme olarak not etmek gerekir. Bu bağlamda, tarafların, işin konusu ile bağlantı içinde olmayan bir süre (6 ay, 1 yıl gibi) öngörmeleri veya işçinin niteliklerini (müdür, mühendis gibi) esas alarak yaptıkları sözleşme geçerli olmayacak ve başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir. Yargıtaya göre, belirli

süreli iş sözleşmesinin geçerliliği konusunda, sözleşme konusu işin niteliği (İşK. m.11/I) belirleyici olacaktır. Bu hukuki çözümün doğal sonucu olarak, salt tarafların sözleşmeyi belirli bir süre ile sınırlandırma iradesi yeterli olmayacak, Yasada öngörülen objektif koşulların varlığı aranacaktır. Söz konusu koşulların var olup olmadığı noktasında ise, taraf iradeleri rol oynamayacak, sözleşmeye konu olan işin niteliği ya da işyerinde geçici işgücü ihtiyacının bulunup bulunmadığı objektif olarak dikkate alınacaktır. Aynı esaslar, sözleşmenin yenilenmesi açısından da dikkate alınacaktır. Bu yöndeki içtihadın isabetli olduğu hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

3. Yargıtay içtihadı ile isabetli bir çözüme bağlanan diğer bir sorun ise, belirli süreli iş sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin bulunmaktadır. Gerçekten, Yüksek Mahkeme, önceki kararlarında, Yasada öngörülen objektif koşulların bulunmadığının sonradan işveren tarafından ileri sürülmesinin veya yargıç tarafından bu hususun re'sen dikkate alınarak sözleşmenin yeniden hukuk niteliğinin yapılmasının olanaklı olduğu yönünde isabetli olmayan bir çözümü benimsemekteydi. Yüksek Mahkeme, son yıllarda verdiği ve yerleşik içtihada dönüşen kararlarında bu içtihadını değiştirmiş ve isabetli olarak, hükmün (İşK. m.11) işçiyi koruma amacını esas alınması gerektiğini vurgulayarak, bu tür bir iddianın sadece işçi tarafından ileri sürülebileceğini benimsemiş bulunmaktadır.

4. Belirsiz süreli sözleşmeye dönüşen belirli süreli iş sözleşmesindeki cezai şartın varlığını koruyup koruyamacağı hususu Yargıtay Özel Daireleri (9. ve 22. Hukuk Daireleri) arasında içtihat uyumsuzluğuna yol açmış ve sorun 08.03.2019 günlü içtihadı birleştirme kararına konu olmuştur. Anılan bu kararda ise, tarafların sözleşmede öngördükleri cezai şart hükmünün, sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi halinde de, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacağı sonucuna varılmıştır. Benimsenen bu çözümü isabetli bulamadığımızı ifade etmeliyiz. Çünkü, taraf iradeleri, sözleşmenin belirli süreli olması ve süresinden önce feshedilmemesi konusunda caydırıcı etki yaratması amacıyla medeni ceza niteliğinde olmak üzere cezai şart öngörmüşlerdir. Sözleşmenin bu niteliğini yitirmiş olması halinde, taraflarca izlenen amaç da ortadan kalkmış bulunacağından cezai şartın varlık nedeni de anlamını yitirmiş bulunmaktadır.

5. Belirli süreli iş sözleşmeleri konusunda ortaya çıkan bir başka sorun, TBK. m.438 hükmünde öngörülen bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile cezai şartın birlikte talep edilip edilmeyeceği hususudur. Yargıtay, TBK. m.179 hükmünü esas alarak, iki alacağın birlikte talep edilmesinin mükerrer yararlanma niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Bu çözümün isabetli olmadığını düşünüyoruz. Çünkü, cezai şart, sözleşmeye aykırı davranışın bir yaptırımını olarak, sözleşmeye uyulmasının güvencesini oluşturmaktadır. Buna karşılık, bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat ise, işçinin ortaya çıkan zararını telafi etme amacına yönelik bulunmaktadır.

Sözleşme taraflarından birinin haklı bir neden olmadan sözleşmede öngörülen süreye uymayarak sözleşmeyi feshetmesi halinde sadece cezai şartı ödemek suretiyle bakiye süre ücreti tutarında tazminatı ödemekten kurtulması, isabetli bir çözüm olarak kabul edilemez; ayrıca, böyle bir çözüm benimsendiğinde, cezai şartın işlevi de ortadan kalkmış olacaktır. Bakiye süre ücreti tutarı tazminat, Kanunun emredici düzenlemesinin (TBK. m.438/I) bir sonucu olmaktadır. Aksi çözüm, bu emredici hükme de aykırılık oluşturmaktadır.

Extended Summary

Legal Nature of Fixed-Term Employment Contract – Indemnity Due to the Unjust Termination and Penal Clause

The employment of workers with fixed-term employment contracts has become widespread in practice as a flexibility tool. However, it is important that the conclusion and renewal of the aforementioned contracts should not be used to keep the worker out of job security and to protect the malicious practices related to them. Especially, the unjust termination of the fixed-term employment contract before its term, the compensation for remaining term wage and the penal clause seem to have taken the first place among the issues that have occupied the judiciary in recent years. It is crucial to evaluate these issues systematically and to propose solutions.

In the historical development process and today, because it is an insecure employment model, the contract of employment with an indefinite term has been taken as a basis in regulations to provide assurance to workers. In fixed-term employment contracts, it is assumed that the worker has at least employment security for the period stipulated by the parties in the contract and the conclusion, renewal and termination of such contracts are left to the classical contract theory. However, work-related securities such as job security, severance pay and notice pay granted to workers under an indefinite term contract has led to a negative outcome, namely the increase in the number of fixed-term employment contracts preferred by employers in pursuit of avoiding the said work-related securities. Here, in response to this, especially in the 2000s, this problem has been subject to special regulations at both the EU and national level. This development also affected Turkish law and article 11 of the Labour Law No. 4857 regulated the principles of concluding and renewing fixed-term employment contracts, and it was foreseen that fixed-term employment contracts that were not made under these principles would turn into contract of employment with indefinite term from the beginning.

The legal solutions adopted by the Supreme Court and later by the regional courts of justice regarding the conditions of conclusion and renewal of fixed-term employment contracts were mostly against the article 11 of the Labour Law. However, the adoption/acceptance of the legal consequences especially in the decisions that have turned into established jurisprudence on the conditions of concluding and renewing the fixed-term employment contracts in compliance with the purpose of the aforementioned provision and the absolute mandatory regulations in recent years, should be noted as an appropriate development. In this respect, the contractual stipulation of the parties regarding the term of

the contract which is not related to the nature of the work (such as six months, one year) or a contract based on the qualifications of the worker, shall not be valid and shall be deemed as an indefinite term employment contract from the beginning. According to the Supreme Court, the nature of the work which is subject to the contract (Labour Law art. 11/I) will determine the validity of a fixed-term employment contract. As a natural consequence of this legal solution, the will of the parties to limit the contract to a certain period will not be sufficient, and the existence of objective conditions stipulated in the aforementioned provision will be sought. The will of the parties will not play a role in the existence of these conditions, the nature of the work subject to the contract or whether there is a need of labour force temporarily in the workplace will be considered objectively. The same principles will also be taken into consideration for the renewal of the fixed-term employment contract. Without a doubt, the jurisprudence under this provision is correct.

Another problem that has been resolved with the jurisprudence of the Supreme Court is related to the legal nature of a fixed-term employment contract. Indeed, in its previous decisions, the Supreme Court adopted an unsuitable solution which accepted to claim by the employer later that the objective conditions stipulated in the law did not exist or to re-qualify the type of the contract by taking this matter into consideration ex officio by the judge. The Supreme Court has changed this jurisprudence in recent years and appropriately emphasising that the purpose of the provision (Labour Law art. 11) should be based on protecting the worker, has adopted that such a claim can only be made by the worker.

The existence of a penal clause in the fixed-term employment contract, which has turned into an indefinite-term contract, has led to a case-law disagreement between the different chambers of the Supreme Court (9th and 22nd Civil Chambers) and the problem has been the subject of the decision of joint chambers on 08.03.2019. In the decision, it was concluded that the penal clause stipulated by the parties in the contract should remain valid with the limitation of the agreed period, even if the contract is converted into an indefinite term employment contract. We state that this solution is inappropriate. Because the will of the parties has stipulated a penal clause, as a civil fine, in order to have a deterrent effect on the fact that the contract is for a definite period and is not terminated before the deadline. If the contract has lost this quality (legal nature), the reason for the existence of the penal clause will have lost its meaning, since the purpose pursued by the parties has also disappeared. Another problem that arises regarding fixed-term employment contracts

is whether “the amount to be entitled in the event that the term would be observed” (the compensation for remaining term wage), regulated in the Turkish Code of Obligations No. 6098 (TCO) article 438 and the penal clause can be claimed together. Based on the provision of article 179 of the TCO, the Supreme Court accepts that demanding two claims together is a repetitive enjoyment of a right. We think that this solution is not appropriate. Because first, the penal clause, as a sanction of the infraction to the contract, constitutes the assurance of compliance with the contract. The compensation for the remaining term wage is to compensate for the damage of the worker. If one of the contracting parties terminates the contract by failing to comply with the period stipulated in the contract without a just reason, it is not acceptable to avoid paying compensation in the amount of the remaining term wage by paying only the penal clause. In addition, when such a solution is adopted, the function of the penal clause will be eliminated. The compensation for the remaining term wage is a result of this mandatory provision (TCO. art.438/I). The contrary solution constitutes a violation of this mandatory provision.

Beyan

“Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi -Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart” başlıklı makalemde herhangi bir kişi veya kurumla çıkar çatışması bulunmadığını beyan ederim.

KAYNAKÇA

Alp, M., (2019) “Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından resen Belirsiz süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul, 477-502.

Alpagut, G., (2004) “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi”, Mercek, S:33, 73-91.

Alpagut, G., (1998) Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara.

Arcu, K., (1997) “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, 31-44.

Astarlı, M., (2017) “Yargıtayın İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatına İlişkin 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Semineri, İstanbul, 209-383.

Bozkurt Gümrükleoğlu, Y., (2012) Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Vedat, İstanbul.

Canbolat, T., (2007) “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal İHD, S.13, 187-219.

Canbolat, T./Erener, E., (2017) “Asgari Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart”, İş ve Hayat Dergisi, İş ve Hayat Dergisi, Y.3,S.5, 228-255.

Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E., (2021) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Baskı, Beta, İstanbul.

Çil, Ş., (2010) “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010, 33-65.

Çil, Ş., (2021) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), 8. Baskı, Yetkin, Ankara.

Doğan Yenisey, K., (2009) “Yargıtayın Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesine İlişkin 2006 Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara, 9-99.

Doğan Yenisey, K., (2015) Yargıtayın İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 7-145.

Doğan Yenisey, K., (2014) İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul.

Doğan Yenisey, K., (2012) İş Hukukunda Cezai Şart, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 1, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 21-44.

Ekonomi, M., (2006) “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), Kavram Süre ve Yenileme”, Legal İHSGHD, S.9, 15-32.

Ekonomi, M., (1993) “Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma İle Yenilenmesi”, İş Hukuku Dergisi, C:3, 565-571.

Erener, E., (2017) Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul.

Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E., (2020) İş Hukuku, 10 Baskı, Beta, İstanbul.

Göktaş, S., (2020) Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Seçkin Ankara.

Güzel, A./Özkaraca, E./Ugan, D., “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C:I, İstanbul 2011, 475-566.

Güzel, A., (2021) “Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin 2019-2020 yıllarına Ait İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatına İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Semineri, Yayınlanmamış Tebliğ.

Karagöz, V., (2006) İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara.

Keser, H., (2020) “Objektife Sebep olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Sicil İHD, S:43, 30-51.

Savaş, F. B., (2012) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta, İstanbul.

Senyen Kaplan, E. T., (2010) “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara, 213-229.

Süzek, S., (2021) İş Hukuku, Yenilenmiş 21.Baskı, Beta, İstanbul.

Yayvak Namlı, İ., (2019) İş Hukuku’nda Cezai Şart, On İki Levha, İstanbul.

