

# **“ BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİNİN İŞÇİ VE İŞVEREN AÇISINDAN FARKLI DEĞERLENDİRİLMESİ GEREĞİ**

**Doç. Dr. Mahmut Kabakçı**

## **I. Giriş**

4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi, çalışma sürelerinde denkleştirme gibi esaslı yeniliklerinden başka, 1475 sayılı Kanun dönemindeki önemli bazı uygulama sorunlarına getirdiği çözümlerle de dikkat çekmiştir. Başta asıl işveren alt işveren alt işveren ilişkisi ve belirli süreli iş sözleşmeleri gelmek üzere, uygulamada kötüye kullanılan bazı kurumlar, Yargıtay'ın isabetli içtihatları ve öğretinin katkıları esas alınarak yeniden tanımlanmış, bunların etkinliğini sağlayacak yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak 4857 sayılı Kanunun on yılı dolduran uygulamasına bakıldığında, işçinin korunması amacıyla getirilen bazı hükümlerin, içerdikleri sınırlandırmalar ve yaptırımlar itibariyle tam tersine işveren lehine hizmet edebildikleri gözlemlenmektedir. Yargıtay kararlarına yansıyan olaylarda, kendisine alt işveren olarak dava yöneltilen kişinin, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı, işçiyi emir ve talimatları altında istihdam eden gerçek işverenin diğer davalı olduğu ve bu nedenle kendisine husumet yöneltemeyeceği yönünde savunmalara sıklıkla rastlanmakta, mahkemelerce buna itibar edilmektedir<sup>1</sup>. Ancak uygulamada sonuçları açısından daha vahim olanı, belirli süreli sözleşmelerle ilgili yaşanmaktadır. İş Kanunu m.11'in kabul gerekçesi ve amacı ile uyumlu olarak, bu hükümde öngörülen objektif şartlar gerçekleşmeksizin yapılan belirli süreli iş sözleşmesi hakkında açılan işe iade davalarında, işverenin belirli süreli sözleşme savunmasına haklı olarak itibar edilmemektedir<sup>2</sup>. Ancak Yargıtay, İş Kanunu m.11'deki esas ve yaptırımı, işçinin belirli süre dolmadan önce sözleşmenin kendisi tarafından haklı ya da işverence haksız olarak feshedildiği iddiası ile açtığı bakiye süre ücreti ya da cezai şart talepli davalarda da aynen uygulamaktadır<sup>3</sup>. İş Kanunu m.11'i mutlak emredici bir norm olarak esas alan bu uygulama sonucunda, işçinin korunması amacıyla kabul edilmiş bir hükme, tam tersine işveren menfaatlerini temin eden bir yön verilmiş olmaktadır.

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

<sup>1</sup> Yarg.9.HD, 14.02.2011, E. 2011/474, K. 2011/2785, Çimento İşveren, Eylül 2011, s. 30; Yarg.9.HD, 18.12.2006, E. 2006/32431, K. 2006/33405, Çalışma ve Toplum, S. 2007/3 (14), s. 255-257.

<sup>2</sup> Yarg.9.HD, 20.04.2009, E. 2008/27905, K. 2009/11203, Çalışma ve Toplum, S. 2009/4 (23), s. 327-330; Yarg.9.HD, 02.05.2006, E. 2006/10643, K. 2006/12286, Çimento İşveren, Kasım 2006, s. 50.

<sup>3</sup> Yarg.9.HD, 11.06.2009, E. 2008/1006, K. 2009/16612, Çalışma ve Toplum, S. 2009/4 (23), s. 213-216; Yarg.9.HD, 27.01.2011, E. 2009/3178, K. 2011/1075, Çalışma ve Toplum, S. 2011/4 (31), s. 364-367.

Asıl işverenin ödeme aczi, iflası gibi istisnai haller dışında, asıl işveren alt işveren ilişkisi konusunda bu şekilde çelişkili bir savunmaya mahkemece itibar edilmesinin işçi hakkında yaratacağı olumsuzluk, ödemek zorunda kalacağı asgari ücretin yaklaşık iki katı tutarındaki maktu ret vekalet ücreti ile sınırlı olacaktır. Belirli süreli sözleşmeler açısından ise, dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilemez sonuçlar ortaya çıkmaktadır. İş hukukunda işçiye sağladığı korumanın kapsamı ve düzeyi itibarıyla belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma esas ve belirli süreli sözleşme ile çalışma istisnadır<sup>4</sup>. Belirli süreli sözleşme yapma hakkının sınırlandırılması konusunda İş Kanunu m.11’de öngörülen sistem bu amaca, istisnai niteliğine uygundur. Ancak işçinin kişisel bazı nedenlerle, İş Kanunu m.11 anlamında objektif neden olmasa dahi belirli süreli sözleşme lehine olabilir. Böyle bir durum, özellikle iş güvencesinden yararlanamayan işçilerle ilgili daha belirgindir. Dolayısıyla Yargıtay’ın İş Kanunu m.11’i mutlak kabul edip, işçinin korunması amacı ve menfaatleri ile çatışır şekilde aleyhine olarak uygulaması, iş hukukunda emrediciliğin ve buna bağlı olarak geçersizliğin haklı olarak sorgulanmasını gerektirmektedir.

Aşağıda iş hukuku normlarının emrediciliğinin anlamı ve amacı ile buna bağlı olarak geçersizlik yaptırımının uygulanma şartları, İş Kanunu m.11 özetinde incelenecektir. Öğretideki “Sosyal kamu düzeni kuralları norm muhatabının menfaatlerini korumayı amaçlandığından norma aykırı davranmanın yaptırımından da sadece muhatabı yararlanmalıdır. Bir başka deyişle işveren sözleşme hükmünün geçersizliğini ileri sürme yetkisine sahip olmamalıdır”<sup>5</sup> haklı tespiti, bu incelemenin çıkış noktasını oluşturmuştur.

## II. İş Kanunu m.11’in Emredici Niteliği

### 1. İş Hukukunda Emredicilik

İş hukukunu, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması hukuku olarak nitelerek hatalı olmayacaktır. İşçi ve işveren ilişkisine emredici yasal düzenlemelerle müdahale edilmediği takdirde, sözleşme özgürlüğü tek yanlı olarak işveren lehine işleyecektir. Çünkü sözleşme özgürlüğü, sadece şekli değil, ekonomik şartları ve entelektüel düzeyleri bakımından gerçek anlamda eşit iki tarafın varlığında geçerli olabilecektir. İş ilişkisinde ise, yapısal bir eşitsizlik söz konusudur. İşçinin çalışması karşılığında elde edeceği ücrete olan ihtiyacı, varlığını koruyup sürdürebilmesi ile ilgilidir. Yine iş görme borcunun doğası gereği işçi, bunu işverenin emir ve talimatları altında yerine getirmek zorundadır. İşçi

<sup>4</sup> Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 223; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2009, s. 87; Alpagut, Gülsevil: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 55; Güzel, Ali/Özkara, Ercüment/Ugan, Deniz: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, s. 478-486; Ekonomi, Münir: “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) -Kavram Süre ve Yenileme-”, Legal İHSGHD, S. 9/2006, s. 20-21; Taşkent, Savaş: “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, Sicil, Mart 2008, s. 15; Laux, Helga/Schlachter, Monika: Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Auflage, München 2011, § 14, Rn. 1; Däubler, Wolfgang: Kündigungsschutzrecht (Hrsg. Kittner/Däubler/Zwanziger), 8. Auflage, Frankfurt am Main 2011, § 14 TzBfG, Rn. 4.

<sup>5</sup> Doğan Yenisey, Kübra: “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, s. 69-70.

temel olarak bu iki nedenle işverene bağımlı olduğundan, dışarıdan zorlayıcı müdahale olmadan, işverene karşı iradesini tam olarak geçerli kılabilmesi gerçekçi değildir. Buna göre iş hukuku normları, bazen yasak şeklinde ve bazen de içeriğin sınırlandırılması şeklinde işçi ve işverenin iradelerini geçerli kılabilecekleri alanı belirlemektedir<sup>6</sup>. Bu alan, işçinin korunması amacı gereği sadece işveren bakımından değil, işçinin kendisine karşı da bağlayıcıdır.

Amaç işçinin korunması olmakla, iş hukuku mevzuatı, sınırlı sayıdaki yedek kurallar dışında (örneğin İşK m.14/2, m.44/1, m.63/1), esasen emredici hükümlerden oluşmaktadır. Fakat iş hukukunda emredicilik, iş ilişkisinin niteliği gereği borçlar hukukundan farklı bir içerik kazanmış<sup>7</sup>, somut düzenlemenin amacına, bununla korunan menfaatlere bağlı olarak iki şekilde değerlendirilmiştir.

### **a) Nispi emredici kurallar**

Normun amacı salt işçinin korunması, onun menfaatleri ile sınırlı ise, emredicilik nispidir, başka deyişle ilgili hükümde yer verilen şartlardan ayrılmak, işçinin lehine olması şartı ile her zaman mümkündür. Bu açıdan sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırma mutlak değildir<sup>8</sup>. Bu nitelikteki hükümler, nispi emredici veya tek taraflı emredici yahut da sosyal kamu düzeni kuralları olarak isimlendirilmektedir.

Sosyal kamu düzeni nitelendirilmesinden anlaşılacağı üzere, nispi emredici kurallar ilk planda işçinin bireysel menfaatlerini temin içinse de, nihai aşamada kamu düzeninin korunmasını amaçlar. Nispi emredici hükümlerle, normun ilgili olduğu konuda işçiyi koruyucu bir asgari içerik belirlenmiş olmaktadır. Tarafların bu asgari içerikten ayrılmaları, düzenleme konusunun niteliği ile bağlantılı olarak asgari sınırın üzerine çıkma ya da azami sınırın altına inme şeklinde olacaktır. Norm ile getirilen asgari içerik, işçi ve işverenin iradesinin yerine geçmekte, adeta iş sözleşmesinin kuruluşunda tarafların icap ve kabullerinin doğal, zorunlu unsurunu oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Tarafların iradelerini geçerli kılabilecekleri alan, bu asgari içeriğin dışında kalan alan ile sınırlıdır.

### **b) Mutlak emredici normlar**

Bazı normların ise, işçinin kişisel menfaatlerini aşan amaçları vardır. Bunlar ya doğrudan toplumun veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması içindir ya da işçi ve işverenin çatışan menfaatleri arasında bir denge kurulması amacıyla, işveren lehindedir<sup>10</sup>. Böyle bir düzenleme söz konusu olduğunda,

<sup>6</sup> Doğan Yenisey, s. 46-52; Özdemir, Erdemir: "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD, 2005, C. 54, S. 3, s. 96.

<sup>7</sup> Süzek, s. 29; Çelik, s. 19; Doğan Yenisey, s. 41-46; Özdemir, s. 96-97.

<sup>8</sup> Süzek, s. 29; Doğan Yenisey, s. 52-53; Özdemir, s. 97; Portmann, Wolfgang/Stöckli, Jean-Fritz: Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Zürich, St. Gallen 2007, Rn. 132; Geiser, Thomas/Müller, Roland: Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, Rn. 265.

<sup>9</sup> Doğan Yenisey, bu normları "sözleşme taraflarının farazi iradeleri" şeklinde nitelemiştir (s. 44).

<sup>10</sup> Mutlak emredici hükümler ile izlenen amaçlar hakkında bkz. Özdemir, s. 100-102; Doğan Yenisey, s. 48, 54; Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2006, Art. 360 OR, No. 2, 4.

işçinin yararına dahi olsa normda öngörülen şartlardan ve buna bağlı yaptırımlardan ayrılmak mümkün değildir. Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar kesindir, taraflara iradelerini geçerli kılacakları bir alan bırakılmamıştır. Mutlak emredici ya da iki taraflı emredici kurallar olarak isimlendirilen bu normlar, amacı gereği iş hukuku mevzuatında istisnadır. Hatta öğretilerde çağdaş iş hukukunda mutlak emredici hükümlerin gerekliliği noktasında haklı eleştiriler ileri sürülmektedir<sup>11</sup>.

### c) Nispi ve mutlak emredici normların ayırt edilmesi

Hukuk düzeninde iş hukuku normlarına ayrı bir yer atfedilmesi, nispi emredici kurallardan kaynaklanmaktadır. Normun mutlak ya da nispi emredici olmasına göre, yaptırımlar konusunda işçi ve işveren açısından esaslı farklılıklar olacağından<sup>12</sup>, uygulama açısından bu iki tip normun birbirlerinden ayırt edilmeleri büyük önem taşımaktadır. Bir normun emredici mi yoksa tamamlayıcı mı olduğunu ayırt etmekte bir güçlük yaşanmayacaksa da, iş hukuku kapsamındaki bir normun emrediciliğinin mutlak mı yoksa nispi mi olduğunu tespit oldukça güçtür. İsviçre Hukukunda Art. 361 OR hükmünde mutlak emredici hükümlerin ve Art. 362 OR hükmünde de nispi emredici hükümlerin sayımı yoluna gidilmişse de, öğretide bu sayımın sınırlı sayı prensine tabi olmadığı noktasında hem fikirdir<sup>13</sup>.

Bir normun içerdiği yasak ya da sınırlandırma itibarıyla mutlak emredici ya da nispi emredici nitelikte olduğunun belirlenmesinde, hükmün ifade biçiminden hareket ile şekli bir yaklaşım değil, ilgili normun somut amacı, gözettiği menfaat ve genel sistem içindeki işlevi çerçevesinde bir değerlendirme bulunmalıdır<sup>14</sup>. Normun yöneldiği amacının tespiti, düzenleme konusunun niteliği itibarıyla işçi işveren ilişkisindeki işleviyle ilişkilidir. Somut norm ile getirilen yasaklama ya da sınırlama, doğrudan işçinin menfaat alanını ilgilendiriyorsa nispi emrediciliğin kabulü mümkündür. Örneğin yabancı çalışma iznine ilişkin mevzuatta öngörülen yasak ve sınırlandırmalar işçilerin bireysel menfaatlerinin üzerinde bir amacı taşıdıklarından, mutlak emredici oldukları rahatlıkla söylenebilecektir<sup>15</sup>.

Mutlak emredici hükümler, düzenlediği alanı tarafların iradesine tamamıyla kapattığından ve iş hukukunda işçinin korunması amacı ön planda olduğundan, tereddüt halinde nispi emrediciliğin kabulü gerekir<sup>16</sup>. Burada sorun, somut norm ile getirilen sınırlandırmanın işçi lehine değiştirilebilir niteliğinin belirlenmesinde ortaya çıkacaktır. Bu, özellikle işçinin korunması amacıyla getirilen yasak nitelikli normlar bakımından önemli bir konudur. Örneğin İş Kanunu m.53'deki izin sürelerinin asgari olduğu ve bunların arttırılabileceği

<sup>11</sup> Özdemir, s. 106-107.

<sup>12</sup> Bu noktada Doğan Yenisey'in "eğer yasaklama sözleşmenin her iki tarafına yönelik ise, geçersizlik söz konusu olabilecekken, yasaklama sadece taraflardan birine yönelik ise, hukuki işlem kuralı olarak geçerli olacaktır" tespitine işaret etmek isteriz (s. 50 vd dn. 81'de anılan yazarlar).

<sup>13</sup> Streiff/von Kaenel, Art. 361 OR, No. 3, Art. 362 OR, No. 6; Doğan Yenisey, s. 54.

<sup>14</sup> Süzek, s. 31; Doğan Yenisey, s. 54; Özdemir, s. 103; Streiff/von Kaenel, Art. 362 OR, No. 3.

<sup>15</sup> Özdemir, s. 103.

<sup>16</sup> Doğan Yenisey, s. 54.

ya da m.63'deki haftalık çalışma süresinin azami olduğu ve bunun altına inilebileceği, dolayısıyla nispi emredici nitelikleri tartışmasızdır. Ancak normun bu şekilde bir sınırı değil de, yapma veya yapmama şeklinde bir emri içerdiği durumda, nispi emredicilik ile mutlak emredicilik arasında ayrım güçleşmektedir. Bu şekilde emir içerikli hükümlerin dahi, amacı itibarıyla nispi emredici olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla yine normun amacı belirleyici olmaktadır.

## **2. Belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmasında korunan yarar**

### **a) İş ilişkisinde belirli süreli sözleşmelerin işlevi**

Yukarıda bir cümle tespit edildiği üzere, işçiye sağladığı koruma düzeyi bakımından iş hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmesi esas, belirli süreli sözleşme ise, istisnadır<sup>17</sup>. Bunun bir çok nedeni vardır. Öncelikle işçinin ücrete ve işverenin de işçinin hizmetine olan ihtiyacı süreklidir. Bu nedenle iş ilişkisinin belirsiz süreli kurulması, bunun doğası ile ilgili bir husustur. Dolayısıyla genel olarak iş hukuku sistemi, belirsiz süreli bir ilişki esas alınarak yapılandırılmıştır. Örneğin iş güvencesi ile iş ilişkisinin sürekliliği amaçlanır. İş güvencesi dışında, sözleşmenin sona ermesinde ödenecek tazminatlar bakımından da, belirsiz süreli sözleşme ile çalışma işçinin lehindedir.

Ancak bu durum, belirli süreli sözleşmelerin tamamen yasaklanmasını gerektirmez, böyle bir anlayış sözleşme özgürlüğünün ölçüsüz sınırlandırılması anlamına gelecektir<sup>18</sup>. İşverenin işçi ihtiyacının belirli süreli olduğu baştan kesin olarak öngörülebiliyorsa, artık onun belirsiz süreli sözleşme yapmaya zorlanması Anayasa m.48 uyarınca mümkün değildir. Bu noktada iş hukukunun görevi, belirli süreli sözleşmelerin amacı dışında, keyfi kullanımının önlenmesidir.

### **b) Belirli süreli sözleşmelerin kanun ile sınırlanması gereği**

İş gücüne ihtiyacın geçici, belirli bir süre ile sınırlı olması ve bu çerçevede belirli süreli sözleşme yapma gereği, genelde işverenle ilgili nedenlerden kaynaklanır. Ancak kanunda bu konuda bir sınırlamanın olmadığı ihtimalde, belirli süreli iş sözleşmeleri amacı dışında kötüye kullanmaya müsait bir kurum halini alır. Bu hususu, 1475 sayılı Kanun döneminde aynı işte ardı ardına zincirleme belirli süreli iş sözleşmeleri ile işçi çalıştırılmasının yaygın olması doğrulamaktadır. Yargıtay söz konusu dönemde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket ile oluşturduğu haklı içtihadında, birden fazla yenileme halinde iş ilişkisini baştan itibaren belirsiz süreli kabul ederek aşmaya çalışmıştır<sup>19</sup>.

Bu bakımdan 4857 sayılı İş Kanunu m.11'de belirli süreli sözleşmelerle ilgili sınırlandırıcı bir rejim kabul edilirken amaç, iş güvencesinin yürürlüğü ile uygulamada belirli süreli sözleşmelerle ilgili daha da artması öngörülen kötüye kullanımın önlenmesidir. Çünkü doğası gereği belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin iş güvencesinden yararlanması mümkün değildir. Yargıtay'ın 2003 sonrası dönemde belirli süreli sözleşmelerle ilgili iş güvencesi bağlamın-

<sup>17</sup> Bkz. dn. 4'de anılan yerler.

<sup>18</sup> Alpagut, s. 29.

<sup>19</sup> Bkz. Alpagut, s. 58 dn. 93 ve Çelik, s. 92 dn. 28'de anılan Yargıtay kararları.

daki çok sayıdaki kararı<sup>20</sup>, İş Kanunu m.11'in kabulündeki haklı kaygıyı doğrulamıştır.

Anılan nedenle belirli süreli sözleşmelerin kötüye kullanımının önlenmesinde amaç işçinin menfaatleri ile sınırlı olduğundan, diğer yandan işverenin her halükarda belirli süreli sözleşme yapabilmesini haklı gösterecek daha üstün bir menfaati bulunmadığından, konunun mutlak emredici düzenlemeyi gerektiren bir alan olmadığı kabulü gerekir. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının, ilgili olduğu menfaatler ve koruma amacı açısından somut iş ilişkisini aşan bir niteliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla İş Kanunu m.11'deki sınırlandırma şartlarının, başta iş güvencesi gelmek üzere belirsiz süreli iş sözleşmesinin koruyucu şemsiyesinden, gerektirici, haklı bir neden olmadan işçiyi mahrum bırakacak, kötüniyetli uygulamalara karşı asgari koruma düzeyi olarak kabulü gerekir. Aksine hükmün yasak içerikli olduğunun kabulü, normun amacıyla uyuşmayan sonuçları beraberinde getirir.

### c) Amacı gereği objektif nedenlerin işçi ile ilgili olabilmesi

Normun düzenleme şekli itibarıyla tereddüt yaratan husus, ilk bakışta içerik açısından mutlak sınırlandırıcı bir düzenleme olduğu intiba bırakmasıdır. Hükme göre, "Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir". Bu çerçevede belirli süreli sözleşme yapılabilmesi, objektif koşulların varlığına bağlıdır. Buradan hareket ile objektif koşullar ya vardır ya da yoktur, dolayısıyla hükmün düzenleme tarzı itibarıyla işçi lehine değiştirilemeyeceği, mutlak emredici olduğu söylenebilecektir. Ancak hükmün objektif şarta ilişkin bu anlatımından, bunun mutlak emredici olduğu söylenemez. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, İş Kanunu m.11'in işçi lehine nispi emredici niteliği, objektif koşul sınırlandırmasına hangi açıdan bakıldığına bağlıdır; başka deyişle bu koşulun yorum tarzı önem kazanmaktadır. Bu çerçevede normun nispi ya da mutlak emredici niteliğinin belirlenmesinde, düzenleme amacı ön planda olmalıdır, m.11'in anlatım şekline mutlak bir değer atfedilmemelidir<sup>21</sup>.

İş Kanunu m.11 ile belirli süreli sözleşme yapma hakkının sınırlandırılmasının tek amacı, işçinin korunmasıdır. İş Kanunu m.11'in emredici niteliğinin, böyle bir sınırlandırıcı hükmü ortaya çıkaran koşullar göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre hükmüde geçen objektif koşulların amacı, işçinin korunması bağlamında, gerektirici neden olmaksızın örneğin salt iş güvencesinin bertaraf edilmesi amacıyla belirli süreli sözleşme yapılmasının önüne geçmek, belirli süreye dair icabın işçiden gelmediği halde, işverence belirli süreli sözleşme yapılmasını haklı gösteren sınırı belirlemektir. Objektif koşul kavramının içeriği bakımından bu hususun göz önünde tutulması gerekir.

<sup>20</sup> Bkz. 2'de anılan Yargıtay kararları.

<sup>21</sup> Örneğin İş Kanunu m.32/3'deki "Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurta geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz" hükmünün lafzı mutlak emredici bir biçimde ifade edilmişse de, öğretilerde haklı olarak bu düzenlemenin işçiyi koruma amacıyla getirildiği dikkate alınarak nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Özdemir, s. 103; Doğan Yenisey, s. 54.

Bu konuda bir değerlendirmeden önce, bu çalışmanın konusu İş Kanunu m.11'in nispi emredici niteliği ve bu çerçevede işçi lehine değiştirilebilirliği ile ilk defa belirli süreli sözleşme yapılırken objektif neden aranıp aranmaması arasında bir ilişki bulunmadığı tespit etmek isteriz. Çünkü hükmün emredici niteliğinin değerlendirmesinde, objektif koşulların işçi lehine aksinin kararlaştırılabilir bir sınırlandırma olup olmadığı belirleyicidir. İlk defa yapılan belirli süreli sözleşme için objektif koşulların aranıp aranmayacağı ise, kanun koyucunun sosyal-politik tercihi ile ilgilidir. Her ne kadar İş Kanunu m.11'de belirli süreli sözleşme tanımında objektif koşullardan ve yenilenmesiyle ilgili esaslı nedenlerden söz edilmişse de, bu iki ayrı kavram özünde belirli süreli sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla ilgili sınırı ifade etmektedir<sup>22</sup>. Yoksa belirli süreli sözleşmenin ilk defa yapılması ile yenilenmesi arasında, iş güvencesini bertaraf ya da başkaca bir nedenle kötüye kullanımını önleme şartları açısından bir fark bulunmamaktadır.

Bu konuda Alman Hukukunda § 14 TzBfG hükmünün düzenleme şekli, bu tespitimizi doğrular niteliktedir. Hükmün ilk fıkrasında, objektif nedenlerin varlığı halinde belirli süreli sözleşme yapılabileceği belirtildikten sonra bu kapsamda objektif nedenler örnek şeklinde sayılmış, hükmün takip eden fıkralarında ise, istihdamın teşviki amacıyla objektif neden olmaksızın yapılabilecek belirli süreli sözleşmelerle ilgili istisnalara yer verilmiş, süre ve koşullar bakımından sınır çizilmiştir<sup>23</sup>. Bu şekilde, belirli süreli sözleşmenin objektif nedene dayanan sözleşme olarak tanımlandıktan sonra, objektif neden olmaksızın belirli süreli sözleşme yapılabilmesi imkanın (istisnalarının) kabulü, objektif koşulun salt işçi lehine sınırlandırma işlevini açıkça göstermektedir.

İş Kanunu m.11, Mecliste yasalaşma aşamasında verilen önergeler ile değişikliğe uğrayan hükümlerdedir. Yasalaşan metnin ilk fıkrası, Tasarıdan önemli derecede farklıdır<sup>24</sup>. Bu durum öğretide ilk defa yapılacak belirli süreli sözleşmeler için objektif neden aranıp aranmayacağı tartışmasına neden olmuştur. Öğretide Taşkent tarafından ileri sürülen görüşün<sup>25</sup>, dayanan gerekçeler itibarıyla göz ardı edilemeyecek haklı yönleri olduğunu düşünmekle birlikte, İş Kanunu m.11'in somut ifade şekli, ilk defa yapılacak belirli süreli sözleşme açısından da, objektif neden gerektiği yolunda açıktır, aksi yönde yoruma imkan veren bir belirsizlik söz konusu değildir. Bu nedenle öğretide bu yoldaki baskın görüşe<sup>26</sup> ve Yargıtay uygulamasına<sup>27</sup> iştirak etmemek mümkün değildir.

Belirli süreli sözleşme yapmayı haklı gösteren objektif koşulların, İş Kanunu m.11'de "belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullar" şeklinde salt işle ilgili nedenler bağlamında ele alınması, bu tür sözleşmelerin kötüye kullanımını önleme amacıyla ilgilidir. Belirli süreli sözleşmelerin kötüye kullanımı, iş ilişkisinin doğası gereği ancak işveren tarafında söz konusu olabilecektir. Bu nedenle

<sup>22</sup> Taşkent, s. 17-18.

<sup>23</sup> Laux/Schlachter, § 14, Rn. 3; Däubler, § 14 TzBfG, Rn. 149-150.

<sup>24</sup> Hükmün yasalaşması süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 529-536; Ekonomi, s. 17-19.

<sup>25</sup> Taşkent, s. 16-17.

<sup>26</sup> Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 535; Süzek, s. 223; Ekonomi, s. 29-30; Çelik, s. 89.

<sup>27</sup> Bkz. dn. 2'de anılan Yargıtay kararları.

Kanunda sınırlandırma ölçütünün işveren ve işle ilgili nedenler bağlamında ele alınması normaldir. Madde gerekçesinde, belirli süreli sözleşmenin kötüye kullanılmasının engellenmesinde objektif temel olarak, “bazı işkolları, meslekler ve işler için belirli süreli sözleşmelerin karakteristik bir anlam taşıması ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olması” olgusuna dayanılması, hükümdeki sınırlandırma rejiminin salt işverenle ilgili olduğu tespitimizi doğrulamaktadır.

Amaç, işverene karşı işçinin korunması olduğuna göre, belirli süreli sözleşme yapılmasının objektif olarak işçinin lehine olduğu hallerde, İş Kanunu m.11'deki işveren lehine esaslı sınırlandırma ölçütünün uygulanması, kanun koyucunun amacı olamaz. Kanun koyucunun İş Kanunu m.11 ile en temel amacı, haklı bir neden olmadan işçinin iş güvencesinden mahrum kalmamasıdır<sup>28</sup>. Bilim Kurulu tarafından hazırlanan Tasarıda ilk defa yapılacak belirli süreli iş sözleşmesi için objektif neden aranmadığı halde, Mecliste aksine yapılan değişikliğin temel gerekçesi olarak iş güvencesi hükümlerinin dolanılmasının önlenmesi amacı karşımıza çıkmaktadır<sup>29</sup>. Bu kaygı haklı olmakla birlikte, ülkemizde işçilerin önemli bir kısmının İş Kanunu m.18'deki 30 işçi ölçütü nedeniyle iş güvencesinden yararlanamadığı unutulmamalıdır. İş güvencesinden yararlanamayan bir işçi açısından, belirli süreli iş sözleşmesi çoğu durumda işçi lehine olacaktır. Çünkü en azından işçinin öngörülen süre ile sınırlı da olsa bir güvencesi söz konusudur. Yargıtay uygulamasındaki gibi İş Kanunu m.11'in işçi açısından da mutlak bir sınır olarak kabulü, hükmün koruma amacının tersine işveren lehine değiştirmektedir. Öngörülen süre dolmadan sözleşmenin işverence haksız ya da işçi tarafından haklı nedenle feshi halinde, belirli süreli sözleşmelere özgü bakiye süre ücreti ya da somut bir kararlaştırma var ise cezai şart, ihbar ve kıdem tazminatına kıyasla daha işçi lehine olabilecektir. Bu çerçevede iş güvencesi, İş Kanunu m.11'deki objektif neden koşuluna mutlak emredici bir değer atfedilmesini gerektirmez. Çünkü nispi emredici kurallara aykırılığın yaptırımını, normdan yararlanan işçi aleyhine sonuçlar yaratmamalıdır<sup>30</sup>.

Yine iş güvencesi kapsamında olsun olmasın, işçinin kendisiyle ilgili nedenlerle belirli süreli sözleşme yapması lehine olabilir. Böyle açık bir nedenin bulunması halinde, İş Kanunu m.11'deki objektif koşul sınırlandırmasına dayanılarak belirli süreli sözleşme yapma imkanının kapatılması, normun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmaz<sup>31</sup>. Bu konuda Alman Hukukundan örnek veriyoruz. İş Kanunu m.11'de objektif nedenler “Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi” şeklinde salt işveren açısından gerekçeleri sebepler olarak ele alınmışsa da, Alman § 14 TzBfG'de objektif (gerekçeli) nedenler işverenle sınırlı olarak değerlendirilmiştir. Bu hükümde belirli süreli sözleşme yapmayı gerekçeleri objektif nedenler arasında, İş Kanunu m.11 ile benzer şekilde iş görme edimine ihtiyacın geçici olması, geçici olarak çalışmayan bir işçinin yerine, bu süre ile sınırlı işçi alınması, mevsimlik işler gibi işin özelliği gereği belirli süreli sözleşme yapmayı haklı gösteren haller gibi işveren ve işle ilgili nedenler ön plandadır. Ancak dü-

<sup>28</sup> Bu hususa, madde gerekçesinde 158 sayılı ILO Sözleşmesine atıfta bulunmak suretiyle işaret edilmiştir.

<sup>29</sup> Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 533-534.

<sup>30</sup> Doğan Yenisey, s. 73.

<sup>31</sup> Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Alpagut, s. 74 vd.



zenleme bunlarla sınırlı değildir. Hükümde örneğin staj veya yükseköğrenimini takiben işe alınacak işçi açısından çalışma yaşamına geçişi kolaylaştırmak amacı, işçiyle ilgili gerekirci objektif nedenler sayılmıştır.

İş Kanunu m.11'in emrediciliğinin değerlendirilmesinde objektif nedene kavramına yaklaşım tarzı açısından, § 14 TzBfG hükmünde sayılan objektif nedenlerden olarak "belirli süreli sözleşme yapmayı haklı gösteren işçiyle ilgili nedenler" tanımlaması dikkati çekmektedir. Alman Hukukunda bu kapsamda kabul edilen haller, belirli süreli sözleşme konusu işin, eğitim süresinde ya da mevcut bir işe, yan (ek) iş olarak yapılması, belirli süreli sözleşmenin işçinin içinde bulunduğu olumsuz şartlardan korunması işlevine sahip olması (Soziale Überbrückung) ve konumuz açısından en önemlisi işçinin isteğidir<sup>32</sup>. Örneğin lise ile üniversite eğitimi arasındaki sürede işe alınacak işçinin sosyal açıdan korunmasına hizmet edeceği gerekçesi ile objektif neden kabul edilmektedir. Yine uzun süreden bu yana işsiz olan birinin işe alınmasında, belirli süre de olsa işe alınmasının onu destekleyeceği gerekçesi ile objektif neden kabul edilmektedir.

Objektif neden ölçütünün emredici niteliği açısından işçiyle ilgili en önemli neden, işçinin isteğidir. Şayet işçi belirli süreli sözleşmenin lehine olacağına inanıyorsa, onun belirli süreli sözleşme yapma özgürlüğü sınırlandırılmaz, sınırlandırmayı haklı gösterecek bir neden bulunmamaktadır. Çünkü mutlak emredicilik kapsamında, işçinin işverenden başka kendisine karşı dahi korunması, başta iş sağlığı ve güvenliği gibi parasal niteliği aşan işçi menfaatleri açısından söz konusu olabilir<sup>33</sup>. Objektif neden olarak işçinin isteğinde önemli olan, işçinin belirli süreli sözleşme yapmayla ilgili iradesinin sıhhatidir. Alman Hukukunda sözleşmenin yapıldığı tarih itibarıyla işçinin bu yolda bir iradesinin tereddütsüz biçimde kabul edilebilmesinin önemine vurgu yapılmaktadır<sup>34</sup>.

Bu çerçevede sözleşme içeriğinde işçinin belirli süreli sözleşmeyle ilgili somut menfaatine açıkça atıfta bulunması gereğine işaret edilmektedir. İşçinin belirli süreli sözleşmeyle ilgili menfaati olarak salt işe alınması yeterli görülmez. Bundan başka sözleşmenin belirli süreli olmasının işçinin yararına olduğunu ve gerçek iradesine dayandığını gösteren somut olguların bulunması gerekir. Bu kapsamda işçinin oturma izninin süreli olması, ilgili alanda bir eğitime kabulünü kolaylaştıracak olması gibi hallerde, belirli süreli sözleşmenin işçi yararına olduğu kabul edilebilecektir. Kötüye kullanımın önlenmesi açısından işçinin iradesinin güvence altına alınması, her somut olayın kendi şartlarında dar yorum yöntemi ile ele alınmasını gerektirmektedir.

#### **d) İş Kanunu m.11'in işçi lehine değiştirilebilir niteliği**

Alman Hukukundan hareketle yaptığımız tespitler ışığında, İş Kanunu m.11'de belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının işveren (iş) ile ilgili objektif nedenlerle sınırlandırılması, işçinin korunması açısından asgari bir içeriktir, yoksa bir yasak değil. Objektif neden ölçütünün yorumlanmasında kanunda

<sup>32</sup> Laux/Schlachter, § 14, Rn. 68-80; Däubler, § 14 TzBfG, Rn. 98.

<sup>33</sup> Yıllık izin hakkından vazgeçilemeyeceğine (İŞK m.53/2) ve iznin bölünemeyeceğine (m.56/1) ilişkin kuralların altı çizilen bağlamda değerlendirmesi için bkz. Özdemir, s. 104.

<sup>34</sup> Laux/Schlachter, § 14, Rn. 70; Däubler, § 14 TzBfG, Rn. 100.

sayılan “belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi” hallerin, kötüye kullanmanın önlenmesinde uygulanması gereken asgari sınır olarak değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla bu içerikten işçinin lehine olarak ayrılma geçerli görülmesi, işçinin şahsıyla ilgili nedenlerle belirli süreli sözleşme yapmasının lehine olduğunun kesin bir şekilde söylenebildiği hallerde de, objektif neden kabul edilmelidir. Aksine değerlendirme, işçinin korunması amacına ‘rağmen’ bir yorum olup, iş hukukunun sözleşme özgürlüğüne müdahalesi, ancak işçinin menfaatleri haklı gösterdiği ölçüde kabul edilebilir.

Bu açıdan objektif nedenin, belirli süreli sözleşme yapma hakkını sınırlandırmayı haklı gösteren haller olarak tanımlayıp, içeriğinin belirli süreli sözleşme yapma iradesinin hangi taraftan geldiği dikkate alınarak doldurulması gerektiğini düşünüyoruz. Normda salt işveren ve işle ilgili nedenlerden söz edilmiş olması, korumanın işverenden gelecek belirli süreli sözleşme talepleri için gerekeceğindedir. Nispi emredicilikte esas olan, normdaki sınırlamadan işçi lehine ayrılabilmedir ve belirli süreli sözleşmelerden bu şekilde işçi lehine bir ayrılma da mümkündür. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere<sup>35</sup>, nispi emredici normlarda normun koruma amacı, normun aksinin işçi yararına kararlaştırılmasını mümkün kılar, çünkü bu halde aksinin kararlaştırılma sağının nedenleri ortadan kalkmıştır.

Bu nedenlerle İş Kanunu m.11’in nispi emredici bir düzenleme olarak kabulü, normun kabul edilme amacına uygun düşecektir. Yargıtay’ın aksine yorum ile işçinin belirli süreli sözleşme iddiasını, İş Kanunu m.11’e dayanarak reddetmesi, normun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmaz. Dolayısıyla yazılı sözleşmenin belirli süreli olduğu ve işçinin de açtığı davada belirli süreli sözleşmeye dayandığı hallerde, işçi açısından aşağıda incelenecek olan hakkın kötüye kullanılması oluşturan bir durum bulunmaması şartı ile İş Kanunu m.11 çerçevesinde bir değerlendirme yapılmamalıdır. İş Kanunu m.11’in sınırlayıcılığının sadece işveren hakkında geçerli olduğu, işverence işçinin iddiası ya da savunmasının aksine belirli süreli sözleşme savunmasında bulunduğu hallerde uygulanacağı kabul edilmelidir.

### III. İşverenin Objektif Neden Şartına Dayalı Geçersizlik Savunması

İş hukuku normlarının borçlar hukukundaki genel esaslardan ayrılan nispi emredici niteliği, bunlarla ilgili geçersizlik yaptırımına farklı bir bakışı zorunlu kılmaktadır. Geçersizlik yaptırımına ilişkin Borçlar Hukukundaki genel ilkelerin, iş hukukundaki nispi emredici normlar hakkında aynen uygulanması, bazı hallerde sonuçları bakımından işçinin korunması amacını, tam tersine işveren menfaatlerinin temini aracı kılacaktır. Geçersizlik konusuna iş hukuku çerçevesinde farklı bir bakış açısının zorunluluğu, Türk Borçlar Kanunu m.394/3 hükmü ile artık kanun koyucunun da kabulündedir. “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılmaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur” düzenlemesi ile geçersizliğin geçmişe etkili (ex tunc) hüküm ve sonuç doğuracağı genel kuralına (TBK m.27/1) iş sözleşmeleri için istisna getirilerek, mevcut öğretide görüşü<sup>36</sup> ve Yargıtay<sup>37</sup> uygulaması pozitif hukuk normu halini almıştır<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Doğan Yenisey, s. 68.

<sup>36</sup> Süzek, s. 287-288; Doğan Yenisey, s. 68-69.

İş hukukunda geçersizliğin bir diğer özelliği, amaç sözleşmenin zayıf tarafının menfaatlerinin korunması ve bu çerçevede iş sözleşmesinin olabildiğince ayakta tutulması olduğundan, nispi emredici normlara ve bazı mutlak emredici normlara aykırılığın yaptırımının kısmi geçersizlik şeklinde uygulanmasıdır<sup>39</sup>.

### **1. Normun işçiyi koruma amacı ile geçersizlik yaptırımı arasındaki ilişki**

İş hukuku normlarının mutlak emredici ya da nispi emredici olması arasında ölçüt korunan yarar bakımından olmakla, salt işçinin korunması amacıyla yönelen nispi emredici normlara aykırılık halinde geçersizliğin acaba işçi ve işveren açısından farklı ele alınması gerekir mi? Bu soruya evet şeklinde cevap verilmesi, hukuki gerekçeleri bir yana maddi bir zorunluluk olarak gözükmektedir. Çünkü borçlar hukukunda olduğu üzere iş ilişkisinde nispi emredici hükümlerle ilgili geçersizlik yaptırımının işçi ve işverence aynı şekilde ileri sürülebilmesinin, iş hukukunun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmayan sonuçları olabilmektedir.

Konumuz belirli süreli iş sözleşmesi bakımından tespit edecek olursak, işverenin gerektirici, haklı nedenler olmaksızın belirli süreli sözleşme yapmada amaç, başta iş güvencesi olmak üzere belirsiz süreli sözleşme için sağlanan koruma ve hakların dolanmadır. Bu nedenle İş Kanunu m.11'de objektif, esaslı koşul sınırlandırmasına uyulmamasının yaptırımı olarak iş sözleşmesinin baştan itibaren belirsiz süreli kabulü, amaca uygundur. İş Kanunu m.11'de, belirli süreli sözleşmelerin çalışma hayatında kötüye kullanımından hareket ile bir genellemeye gidilmiştir. Ancak bu mutlak olmayıp, somut olayın şartları itibarıyla İş Kanunu m.11'in öngörüsü dışında bir değerlendirmenin gerektiği olaylar söz konusu olabilecektir.

İş Kanunu m.11, işçi iş güvencesi kapsamında olsun olmasın tüm iş ilişkileri hakkında geçerlidir. Bu nedenle 6 aylık kıdem ya da 30 işçi ölçütleri nedeniyle İş Kanunu m.18-21'deki korumadan yararlanamayan bir işçi açısından belirli süreli sözleşme ile çalışma daha lehedir, öngörülen asgari süre ile sınırlı iş güvencesi sağlamaktadır. İş güvencesinden yararlanamayan işçi açısından, iş sözleşmesinin süre dolmadan fesih ile sona ermesi halinde elde edeceği bakiye süre ücreti ve kararlaştırılmış olması durumunda cezai şart, bunun belirsiz süreli sayılması halinde hak kazanabileceği yasal ihbar ve kıdem tazminatından çok lehe olabilecektir<sup>40</sup>. Dolayısıyla İş Kanunu m.11'in her halükarda uygulanması, hükmün işçiyi koruma amacı ile bağdaşmaz. Bunun aksine mutlak bir yaklaşım, işverenin kendi hukuka aykırı işlemine dayanarak hak

<sup>37</sup> Yarg. İçtihadı Birleştirme Kararı, 18.06.1958, 20/9, RG. 30.09.1958, 10020.

<sup>38</sup> İsviçre Hukukunda, bu hükmün mehazı § 320/3 OR hükmündeki istisna ile amacın işçinin korunması olduğu ve bu nedenle bundan ancak iyiniyetli olması şartı ile sadece işçinin yararlanabileceği belirtilmektedir (Portmann/Stöckli, s. 33-34; Geiser/Müller, s. 100-101, 103).

<sup>39</sup> Süzek, s. 289; Doğan Yenisey, s. 69. Bu konuda Däubler, işçinin korunmasına hizmet eden nispi emredici normlara aykırılığının yaptırımının sözleşmenin bütünüyle geçersizliği olarak kabulünün ölçüsüz bir yaptırım olacağını ifade etmiştir (Däubler, § 16 TzBfG, Rn. 1).

<sup>40</sup> Alpogut, s. 119-120.

elde etmesini sağlar. Bu ise, hakkın kötüye kullanılması olarak kötü kazanılmış durumun veya hakkın ileri sürülmesi oluşturur<sup>41</sup>.

İşte tespit etmeye çalıştığımız bu durum, nispi emredici normların geçerliliğini işçi ve işveren açısından farklı bir değerlendirme gereğini teyit etmektedir. Alpagut<sup>42</sup>, sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli sayılmasının işverene hukuka aykırı davranışı ile kendi yararına bir sonuç elde etme imkanı verdiği, bu nedenle hakkın kötüye kullanılması oluşturan belirli süreli sözleşmelerle ilgili işçinin korunması amacının ancak asgari süreli sözleşmenin kabulü ile temin edilebileceğini görüşünü ileri sürmüştür. Çünkü böyle bir durumda hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması ile sözleşmenin sona erdirilmesi imkanının sağlanması değil, sona ermede fesih ve feshe ilişkin hukuki sonuçların bertarafının önlenmesidir. Yazara göre, işveren gerek bir defa gerekse zincirleme belirli süreli sözleşme yaparak, işçide sözleşme süresince iş ilişkisinin devam edeceğine ilişkin bir güven oluşturmaktadır.

Alpagut'un bu görüşünü bildirdiği tarihte İş Kanunu m.11 yürürlükte değildir. 1475 sayılı Kanunda belirli süreli sözleşme yapma hakkına ilişkin açık bir sınırlandırma ve yaptırım öngörülmediğinden, yazarın hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket ile vardığı bu sonuca katılmamak mümkün değildir. Ancak MK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygulanabilmesi için ön şart, ilgili konuda somut bir normun bulunmamasıdır. Oğuzman/Barlas tarafından haklı olarak tespit edildiği üzere, "dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun hükümlerinin katı uygulanmasının yol açacağı, adalete, hakkaniyete ve ahlak anlayışına aykırı, hayat ihtiyaçlarına uymayan sonuçları önleyecek bir 'genel kural' (Generalklausel), bir temel hukuk ilkesi niteliğindedir"<sup>43</sup>. Bu çerçevede hakkın kötüye kullanılması yasağı, ikinci derecede bir yoldur. Kanunun doğrudan doğruya uygulanması veya kanun boşluğu nedeniyle MK m.1'deki hukuk yaratma ödevinin yerine getirilmesi mümkün ise, hakkın kötüye kullanımı kavramına başvurmak gerekli değildir. Bu nedenle kanunda özel hükümlerin bulunduğu hallerde, yargıcın MK m.2/2'ye dayanarak çözüm bulmaya çalışması doğru değildir<sup>44</sup>.

Bu çerçevede belirli süreli sözleşme yapılması ve yenilenmesi şartları ile bu şartlara uyulmamasının yaptırımı İş Kanunu m.11'de düzenlenmiş olmakla, MK m.2'deki genel kuraldan hareket ile bir değerlendirmeye şüphe ile yaklaşılmalıdır. Alpagut'un bu görüşünün, yazarın esinlendiği Alman Hukukunda, AB'nin belirli süreli sözleşmelere ilişkin 99/70 sayılı Yönergesine uyum amacıyla 2001 yılında yürürlüğe konulan Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun ile pozitif düzenleme halini aldığı belirtilmek isteriz (§ 16 TzBfG). Konunun değerlendirmesinde yaklaşım açısı bakımından, bu hükmün kısaca incelenmesinin yararlı olacağını düşünüyoruz.

<sup>41</sup> Hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak edinmeyeceği ilkesi (Nemo auditor propriam turpitudinem allegans ya da turpitudinem suam allegans non auditor) hakkında bkz. Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 346-347; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 10. Bası, İstanbul 2003, s. 178; Akyol, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 13 vd.

<sup>42</sup> Alpagut, s. 120-121.

<sup>43</sup> Oğuzman/Barlas, s. 195; Akyol, s. 62; Edis, s. 293-294.

<sup>44</sup> Edis, s. 330; Akyol, s. 66.

§ 16 TzBfG hükmünde belirli süreli sözleşmelerin geçersizliğinin sonuçları, geçersizliğin objektif neden ve şekil şartına dayanması bakımından ayrı düzenlenmiştir<sup>45</sup>. Ancak her iki ihtimalde de ortak olan, kısmi geçersizlik yaptırımının kabulü ile İş Kanunu m.11 ile paralel olarak sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmesidir. İş Kanunu m.11'de her iki taraf açısından da baştan itibaren belirsiz süreliye dönüşme kabul edildiği halde, § 16 TzBfG hükmünde baştan itibaren ifadesine yer verilmeyerek işçi ve işveren açısından bir ayrıma gidilmiştir. Şayet belirli süreli sözleşmenin geçersizliği § 14 TzBfG öngörülen şartlarda bir objektif nedenin ve objektif neden şartına istisna getirilen hallerden birinin bulunmamasına dayanıyorsa, belirli süreli sözleşmelerin sınırlandırılmasındaki işçinin korunması amacı ile uyumlu şekilde, işçi açısından baştan itibaren belirsiz süreli sözleşmeye dönüşme söz konusu olacak ve işçi bu sözleşmeyi bildirimli olarak her zaman feshedebilecektir. Buna karşın, işveren bakımından dönüşme baştan itibaren değildir. Sözleşme işveren açısından asgari süreli olarak kabul edilmekte ve ancak öngörülen süre sonunda bildirimli fesih imkanı kabul edilmektedir. Bu surette işçi, belirli süreli sözleşmenin korumasından yararlanabilmektedir. İşverenin fesih hakkına getirilen bu sınırlandırmanın istisnası, objektif nedene dayanmayan sözleşmenin azami süreli olarak düzenlenmiş olmasıdır (§ 15/3 TzBfG). Azami süreli sözleşmelerle ilgili bu şekilde bir istisna getirilmesi, kendi içinde tutarlıdır. Çünkü bu tip sözleşmeler öngörülen belirli süre dolana kadar taraflarca he zaman bildirimli olarak feshedilebildiğinden, işçinin sözleşmenin belirli süre devam edeceğine olan güveninden söz edilemez.

Geçersizliğin şekil şartına dayandığı hallerde ise, geçersizlik her iki taraf bakımından da baştan itibaren olmakta ve sözleşme hem işçi hem de işverence öngörülen süre dolmadan bildirimli olarak feshedilebilmektedir<sup>46</sup>.

Belirli süreli sözleşmenin geçersizliğinin şekil ve esasa dayanması ile esasa dayanan geçersizlik hallerinde belirsiz süreliye dönüşümün ve bununla bağlantılı olarak bildirimli fesih hakkının işçi ve işveren bakımından farklı kapsamda ele alınması, işçinin korunması amacı ile uyumludur, isabetlidir. Yukarıda işaret edilen, işverenin hukuka aykırı davranışı ile kendi yararına sonuçlar elde edebilmesi sakıncası, bu surette bertaraf edilmiş olmaktadır. Örneğin böyle bir sınırlandırma sayesinde, iş güvencesi için gerekli 6 aylık kıdem koşulunu işverenin fesih yoluyla engelleyebilmesi imkanı ortadan kaldırılmış olmaktadır. Däubler, bu şekilde farklı düzenleme gerekçesini, geçersiz belirli süreli sözleşmenin işverenin iradesinde ve sorumluluk alanında ortaya çıkmış olması karşısında, sonradan bunun geçersizliğine dayanarak süre dolmadan bildirimli fesih yoluna gidebilmesinin çelişkili davranış oluşturacağı şeklinde açıklamıştır<sup>47</sup>.

Alman Hukukundaki işçi ve işveren açısından farklı bir yaptırım rejimini benimseyen bu isabetli düzenlemedeki esaslar dikkate alındığında, İş Kanunu m.11'deki her iki taraf için de baştan itibaren belirsiz süreliye dönüşümü öngören düzenleme nasıl yorumlanmalıdır? İş güvencesinin kapsamında olan ve

<sup>45</sup> Laux/Schlachter, § 16, Rn. 8-9.

<sup>46</sup> Öğretide şekil şartına dayanan geçersizlikle ilgili bu şekilde farklı bir düzenlemenin, şekil şartının öneminin haklı bir gerekçe olmadan zayıflatılması sonunu doğurduğu ileri sürülmüştür (Däubler, § 16 TzBfG, Rn. 4).

<sup>47</sup> Däubler, § 16 TzBfG, Rn 3, 7; Laux/Schlachter, § 16, Rn. 7.

bundan yararlanması belirli süreli sözleşmeye göre her halükarda lehine olan işçiyi esas alan bu yaptırım, iş güvencesinden yararlanmayan ve belirli süreli sözleşmenin kabulü lehine olan bir işçi hakkında nasıl değerlendirilmelidir?

Konuyu Fransız, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki görüşlerden hareket ile ele alan Doğan Yenisey<sup>48</sup>, nispi emredici normların takip ettikleri amacın sınırları çerçevesinde emredici olması nedeniyle geçersizliğinin tek taraflı etki gösterdiğine işaret etmiştir. Yazara göre, sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla getirilen norma aykırılığın yaptırımının herkesçe ileri sürülmesi ve yargıç tarafından resen dikkate alınması, normun koruma amacıyla bağdaşmayan sonuçlara neden olur. Bu nedenle normun getirdiği korumadan, ancak bu normla korunmak istenen kişi yararlanabilmelidir. İş Kanunu m.11 uyarınca sözleşmenin belirli süreli kurulabilmesi için gerekli olan objektif neden işçiyi korumak amacıyla getirilmiş olup, normun koruma amacından hareket ile bu aykırılığın sadece işçi tarafından ileri sürülebilmesi gerekir; işverenin bu korumadan yararlanması dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz<sup>49</sup>.

Yukarıda incelendiği üzere, İş Kanunu m.11'deki sınırlandırma ve öngörülen yaptırımın amacı işçinin korunmasıdır. Bu nedenle hükmün işçi açısından bir koruma ve işveren açısından sınırlandırma oluşturduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Hükmün uygulanması, işveren lehine ve işçi aleyhine sonuçları beraberinde getiriyorsa, başka deyişle işveren tabi olduğu sınırlandırmadan bir menfaat elde ediyorsa, bu durum kanunun abesle iştilgal etmesi anlamına gelir. Ancak kanunun abesle iştilgal etmeyeceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla İş Kanunu m.11 öyle yorumlanmalıdır ki, hüküm ile her durumda işçinin korunması amacı temin edilsin.

Bu ise, İş Kanunu m.11'e uygun olmayan belirli süreli sözleşmelerin belirsiz süreye dönüşümünün işçi ve işveren açısından farklı değerlendirilmesini gerektirir. Yaptırım olarak belirsiz süreye dönüşüm, hükmün nispi emredici niteliği gereği işçi lehine olduğu sürece kabul edilmelidir. Böyle bir kabulün hukuki dayanağı, hakkın kötüye kullanılması kapsamındaki çelişkili davranış yasağıdır.

## **2. Çelişkili davranış yasağı ve belirli süreli sözleşmelerle ilgili uygulanışı**

### **a) Hakkın kötüye kullanılması olarak çelişkili davranış**

İş Kanunu m.11'e aykırı bir belirli süreli sözleşme yapılmasını sağladığıktan sonra, işçinin buna dayalı talepte bulunması üzerine belirsiz süreli sözleşme savunmasında bulunan işveren açısından ahlaka aykırılık kabul edildiğinde, bir sorun yaşanmayacaktır. TBK m.27 hükmü uyarınca ahlaka aykırılık nedeniyle bu savunmaya itibar edilemez. Ancak böyle bir davranışın ahlaka aykırı ağırlıkta olup olmadığının takdiri, tartışmaya açık bir konudur. İşte bu noktada çelişkili davranış yasağı, ahlaka aykırılık derecesinde olmayan hallerle

<sup>48</sup> Doğan Yenisey, s. 68-71.

<sup>49</sup> Doğan Yenisey, s. 71. Yazar, yabancı literatürde işçi lehine getirilmiş koruyucu normların aykırılığının ancak işçi tarafından ileri sürülebilmesi görüşlerinin hakim olmaya başladığını, Fransız hukukunda belirli süreli sözleşmelerle ilgili objektif neden yokluğunu sadece işçinin ileri sürebildiğini tespit etmiştir (aynı yer).

ilgili tamamlayıcı bir sınır olarak devreye girmektedir<sup>50</sup>. Çünkü bir sözleşmeden yararlanırken onu geçerli, yararı sona erince geçersiz saymak çelişkili davranış, hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali oluşturur<sup>51</sup>.

Çelişkili davranış yasağı, MK m.2'deki dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümüdür. MK m.2, pozitif hukukun toplumsal hayattaki tüm meseleleri en küçük ayrıntısına kadar düzenlemesi imkanı bulunmaması gerekçesine dayanır ve bütün hakların kullanımıyla ilgili genel sınırı oluşturur<sup>52</sup>. Böyle bir genel sınırlandırma ile amaç, bir normun düzenleme amacının dışındaki sonuçlarına karşı bir set çekerek hukuki güvenilirliğin korunmasıdır. Buna göre, bütün haklar bunların tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılmalıdır. Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve böylece o hak kötüye kullanılmış olur<sup>53</sup>.

Bir kimsenin davranışlarında tutarlı olmasını gerektiren genel bir hukuk kuralı yoktur<sup>54</sup>. Fakat bir hukuki ilişkide bir kimse davranışı ile karşı tarafta korunmaya layık ve esaslı bir güven uyandırdıktan sonra, artık bu davranışına ve uyandırdığı güvene aykırı, onunla çelişkili tutum takınamaz ve sonraki davranışlarıyla karşı tarafta hayal kırıklığı yaratamaz (venire contra factum proprium); aksi takdirde onun bu tutumu hakkın kötüye kullanılması oluşturur<sup>55</sup>. Bu bakımdan çelişkili davranış sonucunda diğer taraf zarara uğradığı durumda bir hukuki yaptırım gündeme gelecektir<sup>56</sup>. Böyle bir korumada çıkış noktası, görünürde bu ilk planda korunan şahsın menfaatleri olmakla birlikte, kamu menfaatinin güvence altına alınmasıdır.

Hukukça yaptırıma tabi tutulabilecek bir çelişkili davranışın kabulü için çelişkili davrananın ön davranışı, karşı tarafın güveni, zarara uğraması ve güveninin korunmaya değer olması objektif şartlarının ve kusur subjektif şartının varlığı gerekir. Başka deyişle, bir kimsenin ön davranışı ile bunu izleyen ve onunla tutarsız ikinci davranışı olmalı ve karşı taraf bu ön davranışa iyiniyetli olarak güvenmeli ve menfaatler dengesi onun hukuki durumunun korunmasını haklı göstermelidir. Çünkü önceki davranışı ile çelişkili davranarak muhatabının zorda kalmasına sebep olan şahıs, aynı zamanda hakkını kötüye kullanmış olmaktadır<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> Çelişkili davranış yasağı, ahlaki değerler sisteminden esinlenerek kabul edilmiştir, ancak ahlaka aykırılık derecesinde ağır bir durum söz konusu değildir. Bu çerçevede özünde, başkalarının haklı güvenini boşa çıkarmama, davranışına haklı güven duyana karşı buna uygun davranma gereği bulunmaktadır. Ahlaka aykırılık ile çelişkili davranış yasağı arasındaki ilişki hakkında bkz. Akyol, s. 6-8.

<sup>51</sup> Akyol, s. 53. "Bir sözleşmenin taraflarından biri, o sözleşmenin ifa olunacağı konusunda o güne kadar süre gelen davranışları ile karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancına iyiniyetle bağlanarak kendine düşen edimleri yerine getirmiş ise, artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır", Yarg.14.HD, 25.11.1980, E. 1980/3905, K. 1980/5629, Oğuzman/Barlas, s. 178 dn. 317.

<sup>52</sup> Oğuzman/Barlas, s. 168, 196-197; Edis, s. 293; Akyol, s. 40-41.

<sup>53</sup> Oğuzman/Barlas, s. 169; Edis, s. 304.

<sup>54</sup> Edis, s. 342-343; Akyol, s. 1.

<sup>55</sup> Oğuzman/Barlas, s. 178; Edis, s. 343.

<sup>56</sup> Akyol, s. 7.

<sup>57</sup> Akyol, s. 5.

Mantıksal açıdan bir çelişki, bir ön davranışın varlığına bağlıdır. Ön davranışın ayırıcı özelliği, bir maddi olay ya da hukuki işlem olması değil, objektif olarak aynı durumdaki herkeste belli şekilde davranılacağı güvenini doğuracak nitelikte olmasıdır. Hukuki işlemin geçersiz olması, güvenin doğması bakımından önemli değildir. Çelişkili davranışın hakkın kötüye kullanımı olarak kabulü için, maddi davranışı ya da hukuki işlemi ile karşı tarafta güven uyandıran kimsenin kusurlu olmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Kusurun zorunlu bir unsur olmadığı görüşüne karşın<sup>58</sup>, hiç kimse kendi hukuk alanındaki çelişki ile başkasına zarar vermemeli, zor durumda bırakamamalıdır. Bu nedenle sorumluluk açısından kusurun zorunlu olduğu görüşü daha isabetli gözükmetedir<sup>59</sup>. Hem kusurlu olup hem de bu kusurlu durumundan kendisi için haklar elde eden kişi çelişki içindedir<sup>60</sup>.

Yine güvenen kişinin güveninin korunmasının şartı iyiniyetli olmasıdır. Güvenen kişi, karşı tarafın çelişkili davranacağını bilemez, onun çelişkili davranacağını öngörerek bir hazırlık yapması beklenemez. Bu noktada asıl olan iyiniyet olup (MK m.3), aksinin somut olgularla ispatı gerekir<sup>61</sup>.

Karşı taraf sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğunu biliyorsa, artık onun sözleşmenin geçerliliğine olan güveninden söz edilemez. Böyle bir durumda güven olmadığından, güvenin korunması da olmaz. Objektif olarak genelde herkesin güven duymaması gereken bir durumda güven duyduğunu iddia eden muhatap, zarar tehlikesini üstlenmiş kabul edilir.

İşlem temasında bulunan kişilerden birinin diğerine karşı korunabilmesi için, onun korunmaya değer olması şarttır. Genellikle karşı tarafın durumu bilmesi, kastın ve başka şartlar sebebiyle korunmaya değer olmadığı varsayımları vardır. Karşı taraf olayların seyri, bilgisi, çelişkili davranıştan yararlanmış ve yararlanmakta olması sebebiyle güven duyması ve bu güvene uygun davranışı yoksa, çelişkili davranıştan yararlanamaz. Ancak çelişkili davranan hakkını kötüye kullanıyorsa durum değişir, sorumlu olur. Örneğin çelişkili davranan karşı tarafın güvenini kötüye kullanıyorsa, venire contra factum proprium kendisine karşı kullanılır<sup>62</sup>.

“Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” (MK. m.2/2). Kötüye kullanmanın hukuk düzeni tarafından korunmaması, kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin veya savunmaların dikkate alınmaması suretiyle gerçekleşir<sup>63</sup>. Bu surette çelişkili davranış suretiyle hakkın kötüye

<sup>58</sup> Oğuzman/Barlas, s. 173 ve dn. 300’de anılan yazarlar. Alman Hukukunda baskın görüş ve Federal Mahkemenin uygulaması bu yöndedir, Akyol, s. 16.

<sup>59</sup> Akyol, s. 16-17.

<sup>60</sup> Akyol, s. 96.

<sup>61</sup> Yargıtay’ca, İşverence ödenen belirsiz süreli sözleşmelere özgü ihbar ve kıdem tazminatını kabul ettikten sonra, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli olduğu iddiasıyla talepte bulunan işçi açısından, korunmayı gerektiren haklı bir güvenin, iyiniyetin bulunmadığı kabul edilmiştir. “Öte yandan, davacı işçinin işine son verilirken kendisine ihbar tazminatının da ödenmiş olduğu görülmektedir. İhbar tazminatını alıp, başka hiçbir alacağının kalmadığını beyan eden bir kimsenin daha sonra sözleşmenin belirli süreli olduğundan söz ederek, geri kalan süre için ücret isteğinde bulunması olanağı yoktur. Davacının bu tutumu çelişkili davranış oluşturur ki, bunun hukuken kabulü mümkün değildir”, Yarg.9.HD, 10.03.1998, E. 1997/20294, K. 1998/3771, Legalbank.

<sup>62</sup> Akyol, s. 19.

<sup>63</sup> Oğuzman/Barlas, s. 179-180; Edis, s. 331; Akyol, s. 57.



kullanılmasının yaptırımı, çelişkili davrananın ilgili haktan yararlanamaması, örneğin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürememesidir. Hakkın kötüye kullanıldığı yolunda açık bir iddia ya da savunma olmasa dahi, hakim bunu resen dikkate alır<sup>64</sup>.

### **b) İşçinin belirli süreyle ilgili haklı güveninin korunması**

MK m.2'nin ikincil niteliği uyarınca çelişkili davranış yasağının uygulanabilmesi, yukarıda tespit edildiği üzere somut konu hakkında açık bir yasal düzenleme bulunmaması bağlıdır. İş Kanunu m.11/2'in "Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir" düzenlemesinden, baştan itibaren geçersizlik yaptırımının zincirleme sözleşmelerle sınırlı olduğu, ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmelerle ilgili dikkate alınamayacağı söylenebilecektir<sup>65</sup>. Ancak böyle bir yaklaşım şekli olup, hükmün amacı ile bağdaşmaz. Bu tutarsızlığın sebebi, yasa tasarısında ilk defa yapılacak belirli süreli sözleşmelerle ilgili objektif neden aranmadığı halde, yasalaşma sürecinde yapılan değişiklik ile bu şartın aranmasıdır. Değişiklik sırasında, 2. fıkarda yaptırımla ilgili gerekli düzeltmenin yapılması gerekirdi. Kötüye kullanmanın önlenmesi açısından objektif, esaslı neden şartı, ilk defa yapılan veya zincirleme belirli süreli sözleşmelerde sözleşmeler açısından aynı işleve sahip olduğundan, İş Kanunu m.11/2'deki "Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir" yaptırımının, ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmeler için de geçerli olduğu açıktır.

Bu şekilde belirli süreli sözleşmelerde objektif, esaslı neden şartına uyulmamasının yaptırımının kanunda açıkça düzenlenmiş olması karşısında, İş Kanunu m.11'e aykırı belirli süreli sözleşme yapılımasını sağlayan işverenin, sonradan işçinin belirli süreli sözleşmeye dayalı talepte bulunması üzerine belirsiz süreli sözleşme savunmasında bulunması halinde, MK m.2'den hareketle hakkın kötüye kullanılması ve çelişkili davranış yasağının dikkate alınamayacağı, her halükarda İş Kanunu m.11/2'deki yaptırımın uygulanması gerektiği söylenebilecektir. Ancak hakkın kötüye kullanılması bağlamında çelişkili davranış yasağının ikincil niteliğinin, MK m.2'nin genel sınır özelliği çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, taraflar arasındaki hukuki soruna doğrudan uygulanacak hukuk kuralları uygulandıktan sonra, varılan sonucun adil, hakkaniyet uygun olmadığı söylenebiliyorsa, çelişkili davranış yasağı dikkate alınabilecektir. Çünkü çelişkili davranış yasağı, düzeltici, iyileştirici, özel yasa hükümleri ile sağlanamayan hakkaniyeti sağlayıcı, taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlayan bir amaç gütmektedir<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Oğuzman/Barlas, s. 181; Edis, s. 292-293; Akyol, s. 60-61.

<sup>65</sup> Ekonomi, hükmün yasalaşma aşamasındaki değişiklik sonucunda, ilk defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesi için objektif neden bulunmaması halinde yaptırım yönünden boşluk yaratıldığını tespit ederek, 2. fıkranın "Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı (veya objektif) bir neden olmadıkça, bir defa veya birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır" şeklinde düzenlenmesini önermiştir (s. 19 dn. 10).

<sup>66</sup> Akyol, s. 66.

İş Kanunu m.11'e bu açıdan bakıldığında, hükmün işlevi işverene belirli süreli sözleşme yapma hakkı tanınması değil<sup>67</sup>, var olan hakkın işçinin korunması amacıyla sınırlandırılmasıdır<sup>68</sup>. Bu tespitimizi, madde gerekçesi ile sınırlandırma ölçütü olarak objektif nedenlerin sadece işveren ve iş ile ilgili bağlamda ele alınmış olması doğrulamaktadır. İşverenin kendisine bir sınırlama, yükümlülük getiren bir hükümden, tersine olarak menfaat elde etmesi hakkaniyete aykırıdır. İşte bu noktada hakkın kötüye kullanılması kapsamında çelişkili davranışı yasağına, İş Kanunu m.11'in amacına aykırı olarak işçi aleyhine sonuçlarının önlenmesinde düzeltici, hakkaniyeti sağlayıcı bir araç olarak başvurulması gerekmektedir.

Konuya çelişkili davranış yasağının unsurları bağlamında yaklaşıldığında, en başta belirli süreli sözleşmelerin istisnalar hariç işveren inisiyatifinde yapıldığına dikkat çekmek isteriz. İş Kanunu m.11'de salt işveren açısından bir sınırlandırma getirilmiş olması, belirli süreli sözleşmelerin ancak işverence kötüye kullanılabilmesiyle ilişkilidir. Hükümde sınırlandırma ölçütü olarak öngörülen objektif, esaslı nedenler işverenin kendisi ile ilgili olduğundan, buna aykırı olarak yapılan bir belirli süreli sözleşmenin, işçide haklı güven oluşturur nitelikte bir çelişkili davranış olarak kabulü gerekir.

Hukuku bilmemek mazeret değildir ve bu nedenle işverenin belirli süreli bir sözleşme yaparken her halükarda İş Kanunu m.11 çerçevesinde bir hukuki değerlendirmede bulunacağı varsayılır. Objektif neden bizzat kendisi ile ilgili olduğundan, işverenin yapım aşamasında sözleşmenin İş Kanunu m.11'e uygun olup olmadığını bildiği kabul edilir. Bilerek İş Kanunu m.11'e aykırı sözleşme yapan işveren ise, bu hakkını kötüye kullanmıştır. Bu şekilde kötüye kullanmada amaç, işçinin belirsiz süreli sözleşmeden doğan haklarının dolaşılması olmakla, sona erme üzerine açılacak işe iade veya ihbar ve kıdem tazminatı talepli bir davada, işveren belirli süreli sözleşme savunmasında bulunmayı tasarlayarak İş Kanunu m.11'e aykırı sözleşme yapar. İşverenin bu öngörüsüne rağmen işçi imzaladığı belirli süreli sözleşmenin lehine olduğunu düşünerek buna dayalı haklar talep ettiğinde, işveren bu defa bilerek ihlal ettiği İş Kanunu m.11'e dayanarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu savunursa, bu hukuku korunması mümkün olmayan bir çelişkili davranış oluşturur.

Bu noktada işçinin sözleşmenin İş Kanunu m.11'e uygun olmadığını bilebilecek durumda olduğu ve bu nedenle korunması gereken haklı bir güveninin bulunmadığı söylenemez. Yukarıda tespit edildiği üzere, belirli süreli sözleşmeler işverenin inisiyatifinde yapılır, aksine işçinin isteği ile olduğu durumlarda, hukuki bir çekişme ortaya çıkması beklenmez. Yine İş Kanunu m.11'deki objektif nedenler işverenle ilgili olduğundan ve işçinin sözleşmenin yapım aşamasında somut olayın şartlarını tam olarak bilmesi, öngörebilmesi mümkün olduğundan, bu bağlamda sağlıklı bir değerlendirmede bulunabilmesi mümkün değildir. Yine iş ilişkisinde sözleşme özgürlüğünün işçinin korunması için kısıtlanmasında etkili nedenlerden birinin de, entelektüel açıdan işçi ile işveren arasında yapısal eşitsizlik olduğunu hatırlatmak isteriz.

Sözleşmenin objektif neden şartına uygunluğu, işverenin hukuki alanında kalan bir konudur. İşçi, belirsiz süreli sözleşmenin iş güvencesi gibi

<sup>67</sup> Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin süre yönünden türünü belirleme hakkını da içerir.

<sup>68</sup> Ekonomi, s. 18.

esaslı avantajlarından vazgeçme anlamına gelen belirli süreli bir sözleşmeye imza attığında, en azından sözleşmenin süresi boyunca iş ilişkisinin devam edeceği inancındadır, bu yönde haklı bir güveni vardır. Bu nedenle işçinin imzaladığı belirli süreli sözleşmenin İş Kanunu m.11'e aykırı olması, ileride buna dayandığında kendisi açısından bir çelişki oluşturmaz. Yeter ki, bunun aksini gösteren bir davranışı ya da işlemi bulunmasın<sup>69</sup>.

Bu nedenlerle Yargıtay'ın İş Kanunu m.11'i işçi aleyhine sonuçları olacak şekilde mutlak emredici olarak değerlendiren uygulaması, hükmün amacı itibariyle nispi emredici niteliğine ve hakkın kötüye kullanılması bağlamında çelişkili davranış yasağına aykırıdır. Kanun koyucunun amacı, işçiyi korumaktır ve objektif neden şartı bu amaca hizmet etmelidir; bu nedenle uygulamada bu şartın işçinin menfaatlerinin önüne geçirilmemesi gerekir.

#### **IV. Sonuç**

İş hukukunun ve mevzuatının amacı, işçinin korunmasıdır. 1475 sayılı Kanun döneminde de kötüye kullanılmakla birlikte iş güvencesi ile daha bir önemli hale gelen belirli süreli iş sözleşmesinin İş Kanunu m.11 ile sınırlandırılması, bu amaca uygundur. Sınırlandırmada hareket noktası, işçinin belirsiz süreli sözleşme ile çalışmadan kaynaklanan menfaatleri olmakla, normun mutlak emredici olmadığı açıktır. Somut olayın şartları itibariyle belirli süreli sözleşmenin işçi lehine olduğu durumlarda, İş Kanunu m.11'deki sınırlandırma ölçütünün uygulanmaması gerekir. Bu nedenle uygulamada işverenlerin İş Kanunu m.11'e dayanan belirsiz süreli sözleşme savunmalarına, kendi içinde açık çelişki nedeniyle itibar edilmemelidir. Bu konuda İş Kanunu m.11'de bir değişiklik ile Alman § 16 TzBfG düzenlemesinde olduğu gibi, belirli süreli sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarının işçi ve işveren açısından ayrı düzenlenmesinde büyük yarar vardır. Ancak böyle bir değişikliğe kadar Yargıtay'ın mevcut içtihadını değiştirmesi ve MK m.2/2'deki hakkın kötüye kullanılması bağlamında çelişkili davranış yasağı uyarınca İş Kanunu m.11'deki objektif neden şartını, kabulü amacının tersine işçi aleyhine uygulamaması gerekir.

---

<sup>69</sup> Bkz. dn. 61'deki Yargıtay kararı.

