

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2015/27922
Karar No.	2017/14778
Tarihi:	03.10.2017

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/11

- **BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ OLUP OLMADIĞININ İŞİN NİTELİĞİNE GÖRE BELİRLENECEĞİ**
- **BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAZILI YAPILMASININ GEÇERLİLİK KOŞULU OLDUĞU**

• **ÖZETİ** işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkânı 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 koşullara bağlı olarak "belirli süreli iş sözleşmesi" yapılabilecektir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 430 uncu maddesinde ilk defa yapılacak olan sözleşmelerde objektif neden öngörülmemiş oluşu, önceki özel kanun olan İş Kanunu'nun 11 inci maddesindeki objektif nedenlerin varlığını ortadan kaldırmaz. 4857 sayılı İş Kanununun 11 inci maddesinde, esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile bir ölçüde koruma sağlanmak istenilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması sonucunu doğurmamalıdır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, 4857 sayılı Yasanın 15 inci maddesinde değinilen sürenin aşılması koşuluyla deneme süresi konulabilir.

Somut uyuşmazlıkta; taraflar arasında yazılı iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Belirli süreli sözleşmenin kabulü için yazılılık şekli geçerlilik şartıdır. Dosyaya ibraz edilen taahhütname ise

içeriği itibariyle iş sözleşmesi niteliğinde olmadığından sonuca etkili değildi

DAVA :Taraflar arasındaki, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti, ücret alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi davalılar avukatınca istenilmesi davalılardan A.Ş. avukatının duruşma talep etmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 03/10/2017 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı ...Ş. adına Avukat, davalı ... adına Avukat akile Işık ile karşı taraf adına Avukat ... geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davalı Şirketlerin oluşturduğu - ... Ortak Girişimi'nin Güçlendirme-Tamirat ve Tadilat işini 01.06.2012 tarihinden itibaren 540 gün içinde bitirme koşulu ile üstlendiklerini ve müvekkili ile davalı Ortak Girişim arasında ... Bakanlığ'ndan üstlenilen bu işin başından bitimine kadar proje müdürü olarak çalışması kaydı ile sözlü olarak iş sözleşmesi akdedildiğini ve müvekkilinin fiilen 16.05.2012 tarihinde proje müdürü olarak işe başladığını, ancak sigorta girişinin geç olarak 01.06.2012 tarihinde yapıldığını, projenin ilk yer tesliminin 16.05.2012 tarihinde, bitiş tarihi 06.11.2013 olmakla birlikte inşaat ruhsatının 12.07.2012 tarihinde alınması nedeniyle işin bitiş tarihinin 02.01.2014 olarak yeniden düzenlendiğini ve davalılar tarafından Bakanlığa verilen taahhütnamede de müvekkilinin proje müdürü sıfatı ile proje bitim tarihine kadar görevlendirildiğinin bildirildiğini, ancak müvekkilinin iş sözleşmesinin 14.12.2012 tarihinde haklı bir neden olmaksızın şirket yetkilisi tarafından feshedildiğini, ... 16.Noterliği'nden keşide edilen 17.12.2012 günlü ihtarname ile feshin yazılı olarak bildirilmesi, ihtar edilmesine rağmen 24 gün sonra İnş. A.Ş. vekili tarafından gönderilen 10.01.2013 günlü cevabi ihtarname ile gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmuş ise de bu ihtarnamedeki beyanların kabul edilmediğinin 17.01.2013 günlü cevabi ihtarname ile bildirildiğini, ...nin ise bir cevap vermediğini, müvekkilinin kararlaştırılan aylık ücretinin 20.000.00.TL olmasına rağmen kayıtlara tam olarak intikal ettirilmeyerek resmiyette gösterilen 7.000.00 TL. sinin bankadan bakiye 13.000.00.TL sinin elden ödendiğini iddia ederek 14.12.2012 fesih tarihi ile işin biteceği 02.01.2014 tarihine kadar olan bakiye süreye ilişkin ücret alacağı ile Aralık 2012 ayı bakiye ücret alacağı, fazla ... ücreti, ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

... İnş. A.Ş. vekili; davacı müvekkili Şirketle diğer davalı Şirketin yapımını üstlendiği ... 'nin yenilenmesi inşaatı projesinde işin başından sonuna kadar çalışacağı konusunda taraflar arasında şifahi olarak belirli süreli iş sözleşmesi akdedildiğini iddia etmiş ise de, belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu, taraflar arasında yazılı olarak akdedilmiş ve İş Kanunu'nun 11/1. maddesindeki tanıma uygun belirli bir süre veya iş bitimi öngörülmüş bir sözleşme mevcut olmadığını, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının iş sözleşmesinin haklı nedenlerle feshedildiğini, davacının işe giriş tarihinin 16.05.2012 olmayıp ... kayıtlarında görüldüğü üzere 01.06.2012 olduğunu ve davacının 20.000.00.TL ücret aldığı ve 13.000.00.TL.sinin elden 7.000.00.TL.'sinin bankadan ödendiği iddialarının dinlenemeyeceğini, davacı ücretinin kayıtlarla sabit olduğunu, davacının iş sözleşmesi haklı nedenle feshedildiği gibi ... süresi de bir yıldan az olmakla kıdem tazminatına hak kazanamayacağını ve haklı nedenle iş

sözleşmesi feshedilen davacının ihbar tazminatı talep hakkı olmadığını, kaldı ki belirli süreli sözleşme ile çalıştığı iddiası nazara alındığında da ihbar tazminatı isteminin reddi gerektiğini, proje müdürü olan davacının fazla ... iddiasının haksız ve dayanaksız olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

... .. İnş. San. Tic. A.Ş. vekili; Ortak Girişiminin üstlendiği güçlendirme-tamirat ve tadilat işi inşaatında çalışan davacının 17.12.2012 tarihinden itibaren izinsiz ve mazeretsiz işe gelmediğini, keşide ettiği 17.12.2012 günlü ihtarname ile iş akdinin feshedildiğinin yazılı olarak bildirilmesini talep etmesi üzerine keşide edilen 10.01.2013 günlü ihtarname ile devamsızlığını haklı gösterecek mazereti var ise bildirmesi istenmesine karşın gönderdiği 17.01.2013 günlü cevabi ihtarname ile iş akdinin müvekkili Şirket tarafından feshedilmiş olduğuna dair asılsız iddiada bulunması üzerine iş sözleşmesinin 23.01.2013 günlü ihtarname ile İşk.25/II-g maddesine göre devamsızlık nedeniyle haklı olarak feshedildiğini, taraflar arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi mevcut olup, davacının belirli süreli olduğuna ilişkin yazılı bir iş sözleşmesi sunmamış olduğunu, bir yıldan fazla süreli iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu, yazılı belge ile ispatlanmayan bir yıl ve daha uzun süreli sözleşmelerin belirsiz süreli sözleşme olarak kabulü gerektiğini, davalı iş ortaklığı tarafından üstlenilen işin süresi de belirli olmayıp, davacının da belirttiği üzere 06.11.2013 olan iş bitimi daha sonra 02.01.2014 olarak değiştirildiği gibi, idare ile olan sözleşmeye göre de her zaman değiştirilmesi mümkün olmakla taraflar arasında belirli bir iş sözleşmesi olamayacağını, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının bakiye süre ücreti talep hakkı olamayacağını, bankaya yatırılan ve maaş kartlarında gösterilen 7.000.00.TL ücretini ihtirazı kayıt ileri sürmeden alan davacının 20.000.00.TL ücret aldığı iddiasının dinlenemeyeceğini, ... süresi bir yıldan az olan ve iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen davacının ihbar-kıdem tazminatı talep hakkı olamayacağını, haftada bir gün izin kullanan ve 09.00-18.00 saatleri arasında çalışan davacının fazla mesai iddiasının dinlenemeyeceğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davalılarca oluşturulan Ortak Girişimin ... Bakanlığı ile akdettiği 11.05.2012 günlü eser sözleşmesi ile'nin güçlendirme, tamirat ve tadilatına ilişkin işyerinde aylık net 20.000,00 TL ücretle ve belirli süreli sözleşme ile proje müdürü olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin süre bitiminden önce işveren tarafından haksız olarak son verildiği, buna göre davacının bakiye süre ücretini tanık anlatımları ile kanıtladığı, fazla ... ücreti alacağına hak kazandığı, tarafların arasındaki sözleşme belirli süreli olduğundan ihbar tazminatı isteğinin, kıdem süresi bir yıldan az olduğundan kıdem tazminatı isteğinin reddi gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin belirli süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve bunun için objektif nedenlerin varlığı gerekir.

Borçlar Kanununun 338 inci maddesinde, "Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet için maksut olan gayesinden anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin müruriyle, akit nihayet bulur" kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterli görüldüğü halde, 1475 sayılı Yasa uygulamasında, Yargıtay kararları doğrultusunda belirli süreli iş sözleşmelerine sınırlama getirilmiş ve sürekli yenilenen sözleşmeler bakımından ikiden fazla yenilenme halinde, sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüşeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 7.12.2005 gün 2005/12625 E, 2005/38754 K).

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 430 uncu maddesinde, esaslı nedenlerin varlığı yenilemeler için öngörülmüş ve on yıldan uzun süreli belirli süreli iş sözleşmesi

yapılamayacağı kabul edilmiştir.

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli - belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi daha da artmıştır (Yargıtay 9. HD. 13.6.2008 gün 2007/19368 E, 2008/15558 K.). 4857 sayılı İş Kanununun 11 inci maddesinde "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir. Borçlar Kanunundaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.

Öte yandan değinilen 11 inci madde, 18 Mart 1999 tarihli 1999/70 EC Konsey Yönergesi ile birlikte ele alınmalıdır. Çerçeve sözleşmesinin 4 üncü maddesinde ayrım gözetmeme ilkesi vurgulanmıştır. Buna göre iş koşulları açısından, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere yapılacak farklı muamele esaslı nedenlere dayandırılmadığı sürece, yalnızca belirli süreli iş sözleşmesi ve iş ilişkisi ile çalışmasından dolayı, emsal kadrolu işçilerden daha dezavantajlı davranılmayacaktır.

Sözleşmenin 5 inci maddesinde ise kötü niyete karşı önlem konusu ele alınmıştır. Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismarların önlenmesini amaçlayan yasal düzenlemelerin bulunmaması halinde; üye devletlerin, sosyal taraflara danıştıktan sonra uluslararası yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre belli başlı bazı sektörlerin ihtiyaçlarını da dikkate alarak, aşağıdaki tedbirlerden bazılarını alma zorunluluğu vardır.

1.(a) Bu türden akit veya istihdam ilişkilerinin yenilenmesini haklı kılacak nesnel gerekçeler tespit edilmesi,

1.(b) Yenilenen belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkilerinin azamî toplam süresini belirlenmesi,

1.(c) Bu türden sözleşme veya istihdam ilişkisinin kaç kez yenilenebileceğinin saptanması.

1.2. Sosyal taraflara danıştıktan sonra, üye devletler elverişli olan durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin,

1.(a) Yenilenmiş sayılacağına,

2.(b) Belirsiz süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisi sayılacağına dair koşullar belirleyeceklerdir.

Öte yandan 1999/70 sayılı Konsey Direktifinin önsözünde, ... Konseyi sonuç bildirgesinde "çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme" anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemler vurgulanmaktadır. 1999 yılı İstihdam Politikası Ana Hatları Hakkında 9 Şubat 1999 tarihli Konsey Tavsiye Kararı, "Sosyal tarafları işletmeleri daha verimli ve rekabetçi kılmak ve esneklik ile iş güvenliği arasında gereken dengeyi sağlayabilmek amacıyla, buldukları her düzeyde esnek ... düzenlemeleri dahil, iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya" davet etmiştir. Ayrıca, Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası ... Sözleşmesine göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır (m 2/3).

Gerek 158 sayılı İLO Sözleşmesi gerekse 1699/70 sayılı Konsey Direktifi, bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe önem vererek bir denge amaçlamıştır. Başka bir anlatımla esnek ... modellerinin kötüye kullanılmaması gerektiğini özenle vurgulamıştır.

Sözü edilen normatif dayanaklar uyarınca, işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkânı 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 koşullara bağlı olarak "belirli süreli iş sözleşmesi" yapılabilecektir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 430 uncu maddesinde ilk defa yapılacak olan sözleşmelerde objektif neden öngörülmemiş

oluşu, önceki özel kanun olan İş Kanunu'nun 11 inci maddesindeki objektif nedenlerin varlığını ortadan kaldırmaz.

4857 sayılı İş Kanununun 11 inci maddesinde, esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile bir ölçüde koruma sağlanmak istenilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması sonucunu doğurmamalıdır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, 4857 sayılı Yasanın 15 inci maddesinde değinilen sürenin aşılması koşuluyla deneme süresi konulabilir.

Somut uyuşmazlıkta; taraflar arasında yazılı iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Belirli süreli sözleşmenin kabulü için yazılılık şekli geçerlilik şartıdır. Dosyaya ibraz edilen taahhütname ise içeriği itibariyle iş sözleşmesi niteliğinde olmadığından sonuca etkili değildir. Açıklanan nedenlerle bakiye süre ücreti alacağının reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

3-Davacı işçinin fazla ... yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla ... ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin ... gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla ... ücreti talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla ... yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla ... yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği ... saatleri sebebiyle fazla ... ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Dosya içeriğine göre; davacı işçinin davalı işyerinde proje müdürü olarak aylık net 20.000,00 TL. ücret ile çalıştığı ve işveren tarafında fazla ... yapması yönünde kendisine açık bir talimatın verildiğini ispatlayamadığı anlaşılmalı, davalı işyerinde kendi belirlediği mesai saatlerine göre çalışan davacının fazla ... ücreti alacağı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, davalılardan ... İnşaat A.Ş. yararına takdir edilen 1.480.00 TL. duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesi ile peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 03/10/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.