ÖNSÖZ

Bu kitap, 2008-2009 yılları arasında başta İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu olmak üzere çalışma hayatımızı ilgilendiren mevzuatla ilgili Yargıtay Kararlarının önemli bir kısmını içermekte olup, kararların asıllarına zorunlu maddi düzeltmeler dışında sadık kalınmıştır.

Konu ile ilgilenenlere faydalı olacağına inandığımız bu kitapta yer alan Yargıtay Kararlarının toplanması, değerlendirilmesi ve yayına hazırlanması aşamasında emeği geçen Sendikamızın tüm personeline teşekkür ederim.

Erhan POLAT

KAMU-İŞ

GENEL SEKRETERİ

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/24182
Karar No **:** 2008/17922
Karar Tarihi **:** 26.06.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İhbar öneline ait ücret peşin ödenerek iş akdinin feshi halinde, önel süresinin kıdemden sayılacağı TİS ile hüküm altına alınmışsa, bu sürenin kıdem tazminatına esas süre hesabında dikkate alınması gerekir.***

DAVA: Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalı işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 37.maddesinde üye işçilerin her bir çocuğu için çocuk ve aile yardımı ödeneceği, öğrenim gören çocukları için de eğitim yardımı yapılacağı düzenlenmiştir. Davacı dosyaya sunduğu belgelerle çocukları olduğunu ve öğrenim gördüklerini ispatladığına göre kıdem tazminatına esas giydirilmiş ücrete Toplu iş Sözleşmesi 37.maddede düzenlenen çocuk ve aile yardımı ile öğrenim yardımının eklenmemesi hatalıdır.

3- Toplu İş Sözleşmesinin 22.maddesinde "Bu toplu iş sözleşmesi koşullarına göre iş akdi 4857 sayılı Yasanın 17.maddesine göre feshedilen üye işçiye ihbar önelleri aşağıdaki sürelerle uygulanır, işçiye ihbar öneli süresine ilişkin ücreti peşin ödenir ve ihbar süresi kıdemden sayılır..." düzenlemesi mevcuttur. Toplu İş Sözleşmesindeki bu madde uyarınca ihbar süresi kıdemden sayılacağı için, 14 haftalık önel süresinin ilavesiyle bu süre içerisinde gerçekleşen ücret ve sosyal haklardaki artışların da hesaplamalarda dikkate alınması gerekir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/26768
Karar No **:** 2008/21804
Karar Tarihi **:** 24.07.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin emeklilik nedeniyle sona erdiği durumlarda, zamanında ödenmeyen kıdem tazminatının faiz başlangıcı olarak, işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan aldığı belgeyi işverene verdiği tarih esas alınmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem, yıllık ücretli izin, fazla mesai, genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı Belediye avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı … Belediye Başkanlığının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Kıdem tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmü uyarınca kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlüktedir. Anılan 14. maddenin 11. fıkrası hükmüne göre kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinde öngörülmüştür. O halde faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. Bu noktada, iş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde 1475 sayılı Yasanın 14/3. maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır.

Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.

Kıdem tazminatı ödenmekle fer'i hak olan faiz hakkı da son bulur. Ancak kıdem tazminatının kısmen ödenmiş olması durumunda son taksit ödeninceye kadar faiz hakkı saklı tutulabilir. Davanın açılması da ihtirazı kayıt anlamındadır.

Kıdem tazminatına uygulanması gereken faizi düzenleyen ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T.C. Merkez Bankası'na uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı filen uygulanmış olmadıkça ücret dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Somut olayda davacı, davalı belediyeden iş alan diğer davalı şirketin işçisi olarak 19.07.2002-05.07.2005 tarihleri arasında belediyenin temizlik işlerinde çalıştığını, emeklilik nedeniyle işyerinden ayrıldığını, kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacaklarının ödenmediğini belirterek faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalı Belediye Başkanlığı, husumet itirazı ile birlikte davacının emeklilik nedeniyle 05.07.2005 tarihinde işten ayrıldığını, bu nedenle kıdem tazminatı faiz başlangıcının da işten ayrılma tarihi değil, emekliliğe hak kazanıldığını bildiren belgenin işverene bildirildiği tarihten itibaren istenebileceğini savunarak faiz talebinin reddini istemiştir.

Mahkemece davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından haksız fesih edildiğinden, kıdem tazminatına 05.07.2005 fesih tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizi uygulanmak suretiyle talep edilen alacaklarından asıl işveren ile birlikte şirketin sorumlu olduğundan bahisle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının iş sözleşmesinin emeklilik nedeniyle sona erdiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, taraflar arasında bu konuda uyuşmazlıkta yoktur. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi iş sözleşmesinin yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla işten ayrılmak suretiyle sona ermesi durumunda 4857 sayılı Yasanın 120. maddesi yollamasıyla mülga 1475 sayılı Yasanın 14/3. maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi ve söz konusu belgenin işverene verilmesi şarttır. Çünkü anılan belgenin işverene verildiği tarih faiz başlangıcı tarihidir. Bu tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekir. Bunun içinde mahkemece işçinin böyle bir belgeyi bağlı bulunduğu kurum ya da sandıktan alıp almadığının ve işverene verip vermediğinin araştırılması gerekir. Belgenin

işverene verildiği tarihten itibaren faize karar verilmesi, aksi halde belge verilmemiş ise dava tarihinden faize hükmedilmesi gerekir.

Eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/26413
Karar No **:** 2008/24096
Karar Tarihi **:** 19.09.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İşçinin sonraki dönem çalışmanın tazminatı gerektirmeyecek şekilde sona ermiş olması, tazminatı gerektirecek şekilde sona ermiş önceki çalışma döneminde doğmuş olan hakları ortadan kaldırmaz.***

DAVA : Davacı, ücret alacağı, izin alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi, davalıya ait işyerinde 01.02.1998-14.03.2001 tarihleri arası ile 09.04.2001-05.08.2002 tarihleri arası iki dönem çalışmıştır. Mahkemece, davacının iş sözleşmesini 05.08.2002 tarihinde haklı bir neden olmadan feshettiği gerekçesiyle, tüm hizmet süresi itibariyle ihbar ve kıdem tazminatı istemi reddedilmiştir. Oysa sonraki dönem çalışmanın tazminatı gerektirmeyecek şekilde sona ermiş olması, tazminatı gerektirecek şekilde sona ermiş önceki çalışma döneminden doğmuş olan hakları ortadan kaldırmaz. Somut olayda davacının ilk çalışma döneminin tazminatı gerektirecek şekilde işverenin haksız feshi ile sona erdiği mahkemenin de kabulünde olup delillerin bu yönde değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Hal böyle olunca davacının tazminatı gerektirecek şekilde sona ermiş olan ilk çalışma dönemine ait ihbar ve kıdem tazminatına hükmolunması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27654
Karar No **:** 2008/24625
Karar Tarihi **:** 24.09.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Kıdem tazminatının faiz başlangıcı fesih tarihi olmakla beraber, yaşlılık, malullük ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde faiz başlangıcı, buna ilişkin belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, bayram ve genel tatil, hafta tatili, fazla mesai, alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Kıdem tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz başlangıcı ve davalı yararına tayin edilen vekâlet ücreti konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

a) Dava kısmen kabul edildiğine göre reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık asgari ücret tarifesine göre bir vekâlet ücreti verilmesi zorunluluğu var ise de, mahkemece davalı yararına fazla vekâlet ücreti hesaplanması hatalı olmuştur.

b) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmü uyarınca kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlüktedir. Anılan 14. maddenin 11. fıkrası hükmüne göre kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinde öngörülmüştür. O halde faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. Bu noktada, iş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde 1475 sayılı Yasanın 14/3.

maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır.

Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.

İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.

Kıdem tazminatı ödenmekle fer'i hak olan faiz hakkı da son bulur. Ancak kıdem tazminatının kısmen ödenmiş olması durumunda son taksit ödeninceye kadar faiz hakkı saklı tutulabilir. Davanın açılması da ihtirazı kayıt anlamındadır.

Kıdem tazminatına uygulanması gereken faizi düzenleyen ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T. C. Merkez Bankası'na uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı fiilen uygulanmış olmadıkça ücret dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Dava dilekçesinde belli bir faiz oranı ya da başka bir faiz türü gösterilmişse, HUMK'nun 74. maddesi uyarınca istekle bağlılık kuralından hareket edilerek bu faiz oranını aşmayacak şekilde faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçi bu konuda irade fesadını kanıtlamadığı sürece faiz hakkından vazgeçmiş sayılır. Taksitlerin zamanında ödenmesi durumunda ayrıca faize hak kazanılamaz. Bu konuda daha sonraki taksitlerin ödemesi sırasında ihtirazı kayıt ileri sürülmesinin sonuca bir etkisi yoktur. Ancak, taksitlerin gününde ödenmemesi durumunda her bir taksitin ödenmesi gereken tarih ile ödemenin yapıldığı güne kadar geçen süre için faize hak kazanılır.

Kıdem tazminatı gecikme faizi bir faiz alacağı olmakla faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir (Yargıtay 9.HD. 27.06.2005

gün 2005/ 19196 E, 2005/ 22752 K). Faiz alacağı başlı başına icra takibi ya da davaya konu olmuş olsa dahi, faiz niteliğini kaybetmediğinden ayrıca faize hak kazanılamaz.

Somut olayda kıdem tazminatına fesih tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekir iken dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi hatalı olmuştur

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine,24.09.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davacıdan, davalı şirketin yönetim kurulu başkanının odasında bulunan dolap üzerindeki kâğıtları (düzensiz belgeleri) atması istendiği halde verilen görevin sınırını aşarak dolap içinde muhafaza altında olan evrakları yırtarak attığı, iş sözleşmesinin bu olay sebebiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Fesih sebebi yapılan bu olay işverene bağlılık ve doğruluğa uymadığı gibi iş güvenliğini tehlikeye düşürücü nitelikte olup davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmamıştır. Bu nedenle hükmün ihbar ve kıdem tazminatı talepleri reddedilmek üzere de bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bu yönü kapsamına almayan bozma gerekçesine katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/32395
Karar No **:** 2008/25146
Karar Tarihi **:** 26.09.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İşçinin ilk dönem çalışması emeklilikle ve kıdem tazminatı ödenmeden, sonraki dönem çalışması ise hizmet akdi işveren tarafından haksız şekilde feshedilerek sona erdiğinden, iki dönem çalışmanın da birleştirilmesi, tüm hizmet süresi üzerinden ve son ücretinden kıdem tazminatına karar verilmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların tüm, davacının aşağıdaki bend dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı, davalı işveren yanında hizmet akdi ile çalışmakta iken S.S.Kurumuna başvurarak emekli olduğunu kıdem tazminatının ödenmediğini, ara vermeksizin çalışmaya devam ettiğini ve sonrasında 30.06.2005 tarihinde hizmet akdinin işverence haksız feshedildiğini iddia ederek tüm süreye ait kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Davalı işverenlerin, emekli olduğunda davacıya kıdem tazminatı ödendiğine ilişkin iddiası yoktur.

Mahkemece, emeklilik sonrası çalışmaların ayrı bir hizmet akdi olduğu gerekçesi ile davacının kıdem tazminatı alacağı emeklilik öncesi süre ile ücretten ve emeklilik sonrası süre ve ücretten ayrı ayrı hesaplanarak sonuçta iki miktar toplanarak kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık hizmet süresinin birleştirilip birleştirilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın normatif dayandığı 1475 sayılı İş Yasası'nın 14/2.maddesidir. Anılan maddede işçinin aynı işverene bağlı olarak çalıştığı sürelerin birleştirileceği hükme bağlanmıştır. Ancak her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirilmesi için gerekli olan bir koşuldur.

Somut olayda davacının ilk dönem çalışması emeklilikle ve kıdem tazminatı ödenmeden, sonraki dönem çalışması ise hizmet akdi işveren tarafından haksız şekilde feshedilerek sona erdiğinden, iki dönem çalışmanın da birleştirilmesi gerekir. Böyle olunca tüm hizmet süresi üzerinden ve son ücretinden kıdem tazminatı hesaplanarak kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24770
Karar No **:** 2008/27999
Karar Tarihi **:** 21.10.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Kamuda geçen hizmetlerin kıdem tazminatı hesabı bakımından birleştirilebilmesi için, her bir hizmetin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği, açık bir şekilde kurala bağlanmıştır.***

DAVA : Davacı, fark kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi 14.10.2005 tarihinde davalı K. Genel Müdürlüğüne ait işyerinden emeklilik sebebiyle ayrıldığını, ancak 1978-1983 yılları arasında … Bakanlığına ait işyerinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmadığını ileri sürerek, kıdem tazminatı farkı isteğinde bulunmuştur.

Davalı işverence, davacının … Bakanlığına ait işyerinde istifa etmek suretiyle ayrıldığı belirtilerek davanın reddinin gerektiği savunmasında bulunulmuştur.

Mahkemece, bir kamu kuruluşundan başka bir kamu kuruluşuna geçmek için istifa dışında bir yol bulunmadığı, istifanın bir prosedürün tamamlanması niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı taraf temyiz etmiştir.

Davanın yasal dayanağı, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 4. fıkrasıdır. Anılan hükümde, "T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Şu hale göre, işyerinden emeklilik suretiyle ayrılan davacı işçi yönünden kamu kurumlarında geçen hizmetlerin kural olarak birleştirilmesi gerekir.

Bununla birlikte aynı maddenin 5. fıkrasında," Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz" şeklinde düzenlemeye gidilerek, kamuda geçen hizmetlerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için her bir hizmetin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği, açık bir şekilde kurala bağlanmıştır.

Somut olayda davacı işçi dava dışı … Bakanlığı işyerinde memur olarak 30.11.1978 tarihinden 06.09.1983 tarihine kadar çalışmış ve aynı tarihli dilekçe ile istifa ettiğini bildirerek, davalı K. Genel Müdürlüğünde iş sözleşmesine tabi olarak çalışmaya başlamıştır. Davacının istifa etmek suretiyle ayrıldığı tartışmasız durumdadır. Bir başka kamu kurumuna geçmek için bu yola gitmiş olması istifa gerçeğini değiştirmemektedir.

Davacı işçi, daha iyi koşullarda iş bulduğu için istifa ederek kamuya ait başka bir işyerinde çalışmaya başlamıştır. Bu yönde işverenler arasında genel bir uygulamanın ya da işçinin istifaya zorlanması gibi bir durumun varlığı da kanıtlanabilmiş değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.11.2007 gün ve 2007/ 9-814 E, 2007/ 896 K. sayılı kararın da belirtildiği üzere, kıdem tazminatına hak kazandıran nedenler 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde sınırlı biçimde sayılmış olup, istifa, kıdem tazminatına hak kazandıran nedenler arasında yer almamaktadır.

Yapılan bu açıklamalara göre, 1983 yılında istifa ederek kıdem tazminatına hak kazanmayacak şekilde işyerinden ayrılan davacı işçinin 1978-1983 yılları arasında … Bakanlığında çalışılan süre için kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Fark kıdem tazminatına ilişkin bu davanın reddi gerekirken, isteğin yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/29852
Karar No **:** 2008/34628
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, kıdem tazminatının kabulüne, diğer alacakların reddine karar verilmiştir.

Hüküm, taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiş davalı avukatınca duruşma talep edilmiş ise de; HUMK nun 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bentler kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dosya içeriğine göre davacının davalı işyerinde uluslararası tır şoförü olarak asgari ücret ve ayda 2 sefer başına harcırah karşılığı 01.12.1992 tarihinden 27.06.2002 tarihine kadar çalıştığı, bu tarihte emeklilik dilekçesi verdiği, davalı işveren tarafından tarihsiz, matbu hazırlanmış, ibraname alındığı, ibranamenin miktar içermediği, ancak ödeme belgesi ile asgari ücret üzerinden ödenen kıdem tazminatının ödendiği, davacının emekli olmasına rağmen çalışmasına devam ettiği, 22.02.2004 tarihinde tüberküloz rahatsızlığı nedeni ile tedavi gördüğü, ameliyat olduğu ve aralıksız ardı ardına 21.07.2004 tarihine kadar istirahat raporu aldığı, rapor bitimi işe başlamadığı, işveren tarafından savunmasının alındığı, davacının rahatsızlığının devam ettiğini beyan ettiği, davalı işveren tarafından davacının iş sözleşmesinin rapor bitimi devamsızlık yapması nedeni ile 03.08.2004 tarihinde feshedildiği, bu tarihte tarihsiz matbu hazırlanmış ve miktar içermeyen ibranamenin davacıdan alındığı, emekli olduğu dönem öncesi davacının yıllık ücretli izin kullandığına dair belge sunulmadığı, davacının emeklilik sonrası iki ayrı zamanda toplam 31 gün yıllık ücretli izin kullandığına dair kayıt sunulduğu anlaşılmaktadır.

Mahkemece, davacının davalıya ait işyerinde 07.12.1992 tarihinden emekli olduğu 27.06.2002 tarihine kadar ki kıdem tazminatı olan 3.019,85 YTL miktarı ibraname ile aldığı, emeklilikten sonra 01.08.2002 tarihinden itibaren çalışmaya devam ettiği, iş sözleşmesinin 03.08.2004 tarihinde davalı işveren tarafından devamsızlık nedeni ile feshedildiği, devamsızlığın kanıtlandığı, davacının emekli olduğu tarihten sonraki çalışması karşılığı kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığı, ancak emekli olduğu dönemdeki süre için kıdem tazminatının eksik ödendiği, hesaplanan kıdem tazminatından ödenen miktarın mahsubu ile kalan miktar kadar alacağı olduğu, izinlerini kullandığı, fazla mesai ve tatil çalışmalarının inandırıcı delillerle kanıtlanmadığı gerekçesi ile hesaplanan fark kıdem tazminatı hüküm altına alınmış ve bu fark kıdem tazminatına davacının fesih tarihi olarak iddia ettiği, ancak raporlu olunan döneme rastlayan 20.03.2004 tarihinden faiz yürütülmesine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.

Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinde öngörülmüştür. O halde faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. Bu noktada, iş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde 1475 sayılı Yasanın 14/3. maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır. Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih, Borçlar Kanunu'nun 107/1 maddesi uyarınca bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.

Mahkemece davacının ilk dönem çalışmasının 27.06.2002 tarihinde emeklilikle sona ermesi ve kıdem tazminatı ödenmesi nedeni ile bu dönemin sonraki süre ile birleştirilmeden fark kıdem tazminatına karar verilmesi yerindedir. Ancak bu tarihte hak edilen kıdem tazminatına kısmi fark kıdem tazminatının ödendiği emeklilik tarihi olan 27.06.2002 tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekir. Mahkemece fark kıdem tazminatına 20.03.2004 tarihinden itibaren faiz yürütülmesi hatalıdır.

3- Mahkemece davacının emeklilik sonrası çalışmasının rapor bitimi devamsızlık yapması nedeni ile haklı olarak feshedildiği, davacının bu dönem için kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı belirtilerek sonuca varılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/1.b maddesi uyarınca, "işçi, işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması" halinde iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkında sahiptir. Bu durumda işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

Keza Kanunun 25/1.b maddesi uyarınca "işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması kaydı ile hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkının; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı" kurala bağlanmıştır. Anılan maddeye göre işçinin rahatsızlığı nedeni ile devamsızlığının ihbar öneline ilaveten 6 hafta aralıksız devam etmesi halinde, işverenin bildirimsiz fesih hakkı doğmaktadır.

Belirtilen hükümler, sağlık nedeni ile fesih nedenidir. Gerek işçinin feshinde ve gerekse işverenin bu nedenle feshi halinde, işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Ancak ihbar tazminatı hakkı doğmaz.

Somut olayda, davacının tüberküloz rahatsızlığı nedeni ile ameliyat olduğu ve aralıksız ardı ardına 22.02.2004 tarihinden 21.07.2004 tarihine kadar rapor alarak devamsızlık yaptığı sabittir. Davalı işveren açısından 21.07.2007 tarihinde sağlık nedenleri ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1.b maddesi uyarınca fesih hakkı doğmuştur. Ancak davalı işveren bu fesih hakkını kullanmamış, rapor sonrası devamsızlık nedeni ile davacının savunmasını almış, davacı savunmasında rahatsızlığının devam ettiğini belirtmiş, davalı işveren 03.08.2007 tarihinde devamsızlık nedeni ile davacının iş

sözleşmesini feshetmiştir. Davacı işçi tır şoförüdür. Tüberküloz rahatsızlığı nedeni ile ameliyat olmuş ve uzun süre rapor almıştır. Rapor bitimi rahatsızlığının devam etmesi nedeni ile işe başlamadığı anlaşılmaktadır. Davacının uluslararası ulaşımda tır şoförü olarak emeklilik sonrası çalışması ve uzun süren rahatsızlığının işine yansıdığı düşünüldüğünde, işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulduğunun kabul edilmesi yerinde olur. İşçi lehine yorum ilkesinin burada dikkate alınması gerekir. Ayrıca davacı, rapor süresi bitse de rahatsızlığı nedeni ile düzelmediğini belirtmektedir. Bu durumda devamsızlığı, rahatsızlığı gibi bir mazerete dayanmaktadır. İşverenin 03.08.2004 tarihindeki feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I.b maddesi kapsamında da değerlendirilebilir. Sağlık nedenlerinden kaynaklanan fesih nedeni ile emeklilik sonrası çalışması karşılığı 21.07.2004 fesih tarihine göre hesaplanan kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekir. Mahkemece davacının emeklilik sonrası çalışmasının rapor bitimi devamsızlık yapması nedeni ile haklı olarak feshedildiği gerekçesi ile kıdem tazminatının reddine karar verilmesi yerinde değildir.

4-Davacı işçinin yıllık ücretli izin alacağı istemi ibranameler dikkate alınarak reddedilmiştir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır. İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak, ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır. İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol almakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Miktar içeren ibra

sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir. Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorunu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta davacı işçiden tarihsiz ancak biri 1992-26.07.2002 ve diğeri 01.08.2002-03.08.2004 tarihlerini kapsayan, ancak miktar içermeyen matbu hazırlanmış aynı alacak kalemleri belirtilen iki adet ibraname alınmıştır. Her iki ibraname, davacı işçinin "kıdem ve ihbar tazminatını aldığı, izinlerini kullandığı" ibarelerini içermektedir. Oysa davacı ilk dönem emeklilik nedeni ile iş sözleşmesini feshettiğinden ihbar tazminatına hak kazanmamış, asgari ücretten ödenen kıdem tazminatı ayrı ödeme belgesi ile ödenmiş, ikinci dönem ise devamsızlık nedeni ile feshedildiği için kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemiştir. İbraname matbu, tarihsiz ve savunma ile çeliştiğinden itibar edilemez. Davacının kullanmadığı yıllık ücretli izin karşılığı ücret alacağının tespitine ilişkin bilirkişi hesap raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak, bu alacağın hüküm altına alınması gerekir. Geçersiz ibranamelere değer verilerek, anılan isteğin reddi isabetsiz olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/39200
Karar No **:** 2008/34666
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Haklı nedenle iş akdi feshedilen işçinin, açılan kamu davasından beraat etmesi üzerine işçiyi tekrar işe alan işverenin, bir anlamda, işçiyi affettiği ve önceki iş ilişkisini tekrar tesis edip devam ettirdiği anlaşılmakta olup, kıdem tazminatı hesabında ilk dönem çalışmasının da dikkate alınması gerekir.***

DAVA : Davacı, fark kıdem tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, bozma üzerine yapılan yargılama sonunda davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalıya ait işyerinde 12.09.1984-08.08.1988 ve 26.03.1990-13.08.2004 tarihleri arası iki döneme halinde çalışan ve emekli olmak sureti ile iş sözleşmesi sona eren davacı işçi, ilk dönem çalışma süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmadığını belirterek, fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren vekili, davacının ilk dönem iş sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, ilk dönem çalışmasının kıdem tazminatına hak kazanamayacak şekilde sona ermesi nedeni ile sonraki dönemle birleşemeyeceğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin hakkında kamu davası açılmasını gerektiren ancak delil yetersizliği nedeni ile beraat etmesine karar verilmesine neden olan hırsızlık eylemi nedeni ile feshedildiği, feshin haklı nedene dayandığı, önceki sürenin daha sonra kıdem tazminatı ödenen süre ile birleştirilemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, Ceza Hukuku ve Medeni Hukuk arasındaki ilişki Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde; "Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmıyla bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez." şeklinde düzenlenmiş ve kural olarak bağımsızlık ilkesi benimsenmiştir. Madde bu yönüyle irdelendiğinde; Hukuk hakimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak; aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak yapılan maddi olgular ile bağlıdır.

Hukuk hakiminin ceza mahkemesi kararındaki maddi olgularla bağlılığının ölçüsü; beraat kararında suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin olarak delilleriyle tespit edilip edilmediği olmalıdır. Yasadaki açık düzenleme, yerleşen yargısal uygulama ve bilimsel görüşler karşısında; kusurun ve zarar miktarının takdiri hususundaki kararın, diğer söyleyişle fiilin işlendiği sabit olduğu halde kusurluluğa ya da kusursuzluğa ilişkin saptamanın tek başına Hukuk Hâkimini bağlayacağını kabule

olanak bulunmamaktadır. Diğer yönüyle ispat hukuku açısından bakıldığında da; HUMK. 237,295 maddeleri ışığında beraat kararı konusu olduğu vakıanın mevcut olup olmadığını delillerle kesin biçimde tespit etmediği için hukuk mahkemesindeki tazminat davasında bu ceza kararının kesin hüküm ya da kesin delil olarak kabul edilemeyeceği de bir gerçektir. Hemen belirtilmelidir ki, Hukuk Hâkiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında. Ceza Hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fiilin hukuka aykırılığı" konusu ile Hukuk Hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan Ceza Mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır. Bundan ayrı, Hukuk Mahkemesinin, Ceza Mahkemesinde görülmekte olan bir ceza davasının sonuçlanmasının bekletici sorun yapması halinde, Ceza Mahkemesinin bu konuda vereceği kararı peşinen kabul etmiş olacağından, bekletici sorun yapılan ceza davası hakkında verilen karar, Hukuk davasında kesin delil teşkil eder.

Dosya içeriğine göre, davacının şoför olarak görev yaptığı araçta, işverene ait iki adet lastiğin kaybolduğu, bilahare … ilçesinde bir lastik satıcısında yakalandığı, araçta davacı ile birlikte başka bir işçinin görev yaptığı, fark kıdem tazminatına konu edilen ilk dönemde iş sözleşmesinin disiplin kurulu kararı ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II maddesi uyarınca feshedildiği, davacı ile birlikte diğer işçi ve lastiği alan kişi hakkında hırsızlık ve hırsızlık malı bilerek satın almak suçundan kamu davası açıldığı, açılan kamu davası sonunda … Asliye Ceza Mahkemesinin 26.01.1990 gün ve 1988/180 Esas, 1990/14 Karar sayılı ilamı ile delil yetersizliğinden davacı ve diğer sanıkların beraatlarına karar verildiği, beraat kararını alan davacı işçinin işe tekrar dönmek için başvuruda bulunduğu, işverence işe başlatıldığı ve davacının ikinci dönem çalışmasının bu şekilde başladığı ve davacının 13.08.2004 tarihinde emekli olduğu, emeklilik nedeni ile davacıya ilk dönem çalışması hariç kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının ilk dönem hizmeti, hırsızlık suçunu işlediği gerekçesi ile davalı işveren tarafından 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II maddesi uyarınca haklı nedenle feshedilmiştir. Ancak davacı hırsızlık suçundan açılan kamu davasından beraat etmiştir. Her ne kadar beraat kararı delil yetersizliğine dayalı ve ceza hâkiminin kararı bu şekli ile hukuk hâkimini bağlamayacağı kabul edilse bile, ispat yükü kendisinde olan davalı işveren bu ilk dönem hizmetinin haklı nedenle sona erdiğini kanıtlayamamıştır. Ayrıca beraat kararı alan davacıyı tekrar işe almıştır. Bir anlamda, davacı işçiyi affetmiş, önceki iş ilişkisini tekrar tesis etmiş ve devam ettirmiştir. İş ilişkisi tekrar aynı işverene bağlı işyerinde devam edip, davacı işçi emekli olmak sureti ile iş sözleşmesini sona erdirdiğinden, kıdem tazminatı hesabında ilk dönem çalışmasının da dikkate alınması gerekir. Bilirkişinin bu döneme ilişkin fark kıdem tazminatı hesap raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak anılan tazminatın kabulü gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33997
Karar No **:** 2009/3032
Karar Tarihi **:** 19.02.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İşyerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğundan söz edilemez. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı fark alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçinin kıdem tazminatı hesabında daha önce memur olarak kamu kurumunda çalışılan sürenin dikkate alınıp alınamayacağı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya "kıdem tazminatı" denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas

alınacak süre yönünden değerlendirilemeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimi muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dâhil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen

dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa, önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin daha önce aynı ya da başkaca kamu kurumunda memur veya sözleşmeli personel olarak çalıştığı süreler kural olarak kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır. Yargıtay kararların da memuriyette geçen süre için de kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir(27.03.2006 gün 2005/ 29328 E, 2006/ 7379 K.). Öğretide de bu görüş benimsenmiştir (Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 429; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası ,Ankara 2008, s. 822; Süzek, Sarper :İş Hukuku, 4. bası İstanbul 2008, s. 708.).

Bununla birlikte, işçinin kamu kurumlarında işçilikte geçen hizmetlerinin birleştirilmesi için önceki çalışmaların, fesih şekli itibarıyla kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği 1475 sayılı Yasanın 14/5. maddesinde açık biçimde düzenlenmiş olmakla, aynı kuralın memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışılan süre yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Temel amacı işçiyi korumak olan İş Kanununun, işçi yönünden öngörmediği bir kuralın memur olarak çalışılan süre için uygulanması düşünülemez. Aksine çözüm tarzı, tüm süreyi işçilikte geçirdiği halde ilk dönem çalışması istifa ile sona eren işçi bakımından bir eşitsizlik ortaya çıkarır.

İşyerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğundan da söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da bu doğrultudadır(Yargıtay H.G.K. 15.10.2008 gün 2008/ 9-586 E, 2008/ 633 K.; 28.11.2007 gün 2007/9-814 E, 2008/ 896 K).

İstifa ile sona ermemiş olan memuriyet dönemi ile sözleşmeli personel olarak çalışılan süreler 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 6. maddesinde sözü edilen özel tavan gözetilmek suretiyle tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Somut olayda; davacının memuriyet görevinden istifa etmek suretiyle ayrıldığı sabittir. İşyerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin Hukuk Genel Kurulu kararında da değinildiği gibi, prosedür gereği olduğundan söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Bu halde davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 19.02.2009 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı, hizmet belgesine göre 01.01.1983-14.05.1989 tarihleri arasında … Teknik ve Endüstri Meslek Lisesinde teknisyen kadrosunda 657 sayılı Yasaya tabi memur statüsünde görev yapmış, 09.05.1989 tarihinde, istifa etmek suretiyle memuriyet görevinden ayrılmıştır. Bu tarihten önce 01.05.1989 tarihli işe giriş bildirgesi ile, … Genel Müdürlüğünde teknisyen olarak geçici işçi kadrosunda çalışmaya başladığı görülmektedir. Diğer bir anlatımla davacının memuriyetle ilişkisi kesilmeden, hiç ara vermeden diğer bir kamu işyerinde işçi olarak çalışmaya başladığı, 14.11.2006 tarihinde de emekli olduğu görülmektedir. Böylece davacının 657 sayılı Yasaya tâbi memur statüsünde, Emekli Sandığına bağlı olarak geçen çalışma süresi 6 yıl 4 ay 8 gün olarak hesaplanmıştır.

Davacının kıdem tazminatı hesabında, görevinden istifa etmek suretiyle ayrıldığı için 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesinin ilgili fıkraları gereğince memuriyette geçen 6 yıl 4 ay 8 günlük sürenin hesaba katılmaması üzerine davacı eldeki işbu davayı açarak fark kıdem tazminatı talebinde bulunmaktadır.

Davacı, 657 sayılı Yasaya tabi memur statüsünde geçen 5434 sayılı Emekli Sandığı yasası ile ilgilendirilerek, 6 yıl 4 ay 8 günlük hizmet süresi ile, 1475 sayılı işçi statüsüne geçtikten sonra da 6431 gün 506 sayılı sosyal sigortalar sayılı yasaya tabi çalıştıktan sonra, askerlik borçlanması dahil edilip, tüm hizmetleri birleştirilerek, 14.11.2006 tarihinde toplam 28 yıllık tüm hizmet süresi üzerinden Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Buna karşın, davacının işçilikte geçen süresi kıdem tazminatı hesabına dahil edildiği, 657 sayılı Yasaya tabi memuriyette geçen süresinin ise (6 yıl 4 ay 8 günlük) kıdem tazminatı hesabına dahil edilmediği görülmektedir.

Davalı işveren, davanın esasına cevaben özetle, davacı önceki işyerinden istifaen ayrılmış bulunduğundan, yalnızca son kurumda geçen çalışma süresine ilişkin kıdem tazminatının (TİS hükümleri dahil) hesaplanarak ödendiğini, alacağının bulunmadığını, 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesi gereğince, davacının hizmet akdinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona erdiğinden, memuriyette geçen hizmet sürelerine ait kıdem tazminatının hesaba dahil edilmediğini, işçiliğe ait süreler için ödendiğini, bu nedenle davanın reddini talep etmiştir.

Davacının istemi, davalının itirazları ve toplanan deliller mahkemece birlikte değerlendirilerek, isteğin kabulü halinde oluşacak fark kıdem tazminatının 1475 sayılı Yasanın 14 maddesinin 6. ve 7. fıkralarına göre bilirkişiye hesaplattırılarak istemin kabulüne karar verildiği görülmektedir.

Yüksek Dairece yapılan inceleme sonunda çoğunlukça, yerel mahkemenin kabul hükmü isabetli bulunmayarak bozma kararı verilmiştir. Bozma kararında somut olaya bire bir uyan hiçbir paragraf bulunmamaktadır. Genel olarak memuriyet veya sözleşmeli personellikten işçiliğe geçişte kıdem tazminatının verilebileceği kabul

edilmekte ise de, ayrılma yönteminin istifa etmek veya müstafi sayılmak suretiyle gerçekleşmesi halinde 1475 Sayılı Yasanın 14. maddesinin 6. fıkrasında anlatılan iş sözleşmesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi olarak nitelendirilerek istifa eden veya müstafi sayılan işçinin memuriyetten işçiliğe veya işçilikten işçiliğe naklolması hallerinde bir ayrıma gitmeksizin kıdem tazminatının bu eylemden önceki dönem için hak edilmeyeceği yolunda görüş bildirilmektedir.

Yüksek Dairenin son yıllardaki (2005-2006) uygulamasının bu yolda olduğunu, doktrinde de çoğu görüşün bu doğrultuda olduğu vurgulanarak, referans olarak bazı akademisyenlerin ders kitaplarının konuyla ilgili bölümlerine bozma kararında yer verildiği görülmektedir. Ayrıca emsal olarak gösterilen benzer konudaki davalara ilişkin yüksek daire bozma kararlarının, Hukuk Genel Kurulu önüne geldiğinde, dairenin bozma kararı doğrultusunda sonuçlandığı, dolayısıyla istifa suretiyle işinden ayrılma hallerinde kıdem tazminatına hak kazanılmayacağı görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır.

Bozma ilamında emsal gösterilen Hukuk Genel Kurulu kararları incelendiğinde somut olay ile benzerlik göstermediği, farklılık arz ettiği, bu nedenle de emsal teşkil edilemeyeceği görülmektedir.

Şöyle ki; 28.11.2007, 15.10.2008 günlü Hukuk Genel Kurulu kararlarının içeriği incelendiğinde; davacı tarafın istifa etmek suretiyle kamudaki görevinden ayrılmış ise de, ertesi gün ve iki gün gibi çok kısa bir zaman sonra yine kamudaki diğer bir göreve, adeta bir nevi nakil yaptırmak suretiyle işe başlatılmıştır. Emsallerde, davacıların nakillerinin, işçilikten işçiliğe ve işçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçiş şeklinde olduğu görülmekle, memuriyetten işçiliğe geçen dava konusu işçinin durumu ile benzerliği bulunmamaktadır.

Bozma ilamındaki diğer bir gerekçe de, bu istifa suretiyle geçişin dışında genel olarak daha iyi imkanlarda iş bulan işçinin yeni işine bu nedenle geçişinin haklı görülmeyeceği ve bu nedenle de kıdem tazminatını hak etmeyeceği gösterilmekte ise de, bu görüş, klasik iş hukuku normları ile uygunluk arz etmemekte, "işçi lehine yorum" ilkesine de uygun düşmemektedir. Çalışan kesime fırsatlar doğduğunda, kendi mevcut şartlarını daha iyisine taşıma adına hareket etmesinden daha akılcı bir yöntem olamaz, (yüksek ücret ve prim için memuriyetten işçiliğe geçiş). Aksi halde işverenin işçiyi mevcut şartlarından daha kötü şartlarda çalıştırmak üzere görevlendirdiğinde, işçinin haklı feshini uygun gören iş hukuku ilkelerini yok saymış oluruz. (4857 sayılı yasanın 22.maddesi). Salt işçi lehine şartların değerlendirildiği gerekçesiyle anayasal eşitliğin bozulduğu görüşü akla getirilmemelidir. Çoğunluğun bozma gerekçesinin bu kısmına da katılamamaktayım.

Somut olayın daha net biçimde değerlendirilmesine geçildiğinde, dayanağı olan ilgili yasa maddelerinden zorunlu olarak söz etmek gerekmektedir. Davacı 657 sayılı Yasaya tabi memur statüsünde çalışmakta iken istifa etmek suretiyle işinden ayrıldığında ve sırf bu nedenle memuriyette geçirdiği uzun süreli hizmetine dair kıdem tazminatını alamamaktadır. 657 sayılı Yasanın 4. maddesinde çalışanlar dört gruba ayrılmakta olup memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olmak üzere sıralanmıştır. Yine 657 sayılı Yasada görevden ayrılabilmek için şekli bir prosedür olan istifa ve müstafi sayılmanın yer aldığı 94. madde incelendiğinde; "Devlet Memuru bağlı olduğu kuruma

yazılı olarak müracaat etmek veya mazereti olmaksızın kesintisiz 10 gün devamsızlık halinde yazılı müracaat şartı aranmaksızın istifa etmiş sayılacağı" hususları yazılıdır. Her iki hal de memurluktan çekilme sonucunu doğurur. İstifa etme ile müstafi sayılma aynı anlama gelmekte olup, iradeyi ortaya koyma biçimi farklıdır. Görüldüğü üzere memuriyetten ayrılmanın şekli bir prosedürdür. 97. madde şıklarında 6 ay, 1 yıl 3 yıl ve hiçbir surette gibi kavramlarla memuriyete çekilme ihtimallerine göre eski görevine geri dönebilme veya dönememe olgusu yer almaktadır. Diğer bir anlatımla çekilen veya çekilmiş sayılan (istifa eden, müstafi sayılan) memurların görevine dönebilme ihtimalleri sıralanmaktadır. Yine aynı yasanın 98. maddesinin incelenmesinde; memurluğun sona ermesi şıklarında çıkarılma ve kaybettirilme, çekilme, emekliye ayrılma ve ölüm halleri bulunmaktadır. Tüm bu anlatılanlardan devlet memurunun bir başka göreve geçebilmesi için çekilmesinin (istifa etmesinin) zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Başkaca görevden ayrılma şekli bulunmamaktadır. Davacı da bu yasal yöntemi kullanarak işinden ayrılıp ara vermeksizin yeni bir statüde işe başlatılmıştır. Bu başlatma, davacının ayrıldığı işyerinden geçiş nedeni bilinerek aynı görev yerine başlatılmıştır.

Esasen, 1475 sayılı Yasa ile devamı olan ve halen yürürlükteki 4857 sayılı Yasadaki kavramlar incelendiğinde işçinin çalışmakta olduğu işyerinden ve işvereninden ayrılmasının yöntemleri ve ihtimallerinin sıralamasında istifa veya çekilme kavramı yasa maddesi olarak bulunmamaktadır. İş akdini sonlandıran temel kavram, iş akdinin feshidir. Bu fesih olgusu zaman zaman işçi tarafından yazılı olarak işverene ihtar çekilerek (noterden, elden veya posta ile) , işyerini terk etmek suretiyle (eylemli fesih), iş yerine yasada belirtilen sürelerde gelmemek şeklinde gerçekleşebilmektedir. İşveren açısından da iş akdi benzer yöntemlerle fesih (yazılı veya sözlü) kovma, eylemli olarak attırma, işyerine almama şeklinde gerçekleşmektedir. Görüldüğü üzere 657 sayılı Yasada tadat eden haller iş hukukunda daha esnek tutulmuştur. İhtimallere göre ve yorumlanmak suretiyle çoğaltılabilmektedir. Demek ki istifa olgusu, iş hukuku terminolojisinde doğrudan yer almamasına rağmen, çalışma hayatında memurlarınkine benzer ancak sonuçları aynı olmayan işçilerin iş akitlerini sonlandıran işten ayrılma biçimi ve kavramı olarak değerlendirilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, T.C. Devlet geleneği ve yönetim politikaları ile kamu idaresinin yapılandırılması ve yönetilmesi, çalışanların hukuki statüleri, terfi ve çalışma şartlarının belirlenmesi amaçlanarak hazırlanmıştır. Bu yasa ile Devlet, çalışanını korumak ve kollamak durumundadır. Her devlet bu geleneğini kendine özgü kuralları ile belirlemektedir. Devletin yönetim biçimi de bu kuralları kendiliğinden ortaya koymakta ve anayasasında yer almaktadır. Türk İş Hukuku ise klasik disiplin içerisinde dünya milletlerinin iş hukuku ile birlikte hareket ederek, İLO Sözleşmeleri ile getirilen kurallara sahip çıkıp, ilkelerini benimseyerek norm ve standart birliğine geçmeyi hedeflemiştir. Daha sonrasında T.C. hükümetlerinin çabaları ile A.B. standartlarına uyum çalışmalarında A.B. ülkelerinin iş hukuku normları ile birlikte hareket etme amacı ve yöntemi geliştirmiştir. Esasen İLO ile sonrasındaki A.B. normları pek çok konuda zaten birliktelik arz etmektedir. Demek oluyor ki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun T.C. devletinin geleneksel çalışma hukukunu memurlar için düzenlemekte olup kendine özgüdür. İş hukuku ise anlatılan nedenlerle dünya devletleri normları ile benzerlik sağlamaya çalıştığı için evrensel ve geneldir. Benzerlik arz etmeyen iki yasanın ilkeleri, birbiri için geçiş hükmü olarak kullanılmamalıdır (memuriyetten istifanın işçilikten istifa ile özdeşleştirilmesi gibi).

1475 sayılı İş Yasası'nın yürürlükte kalan tek maddesi olan 14. maddesinin 6. ve takip eden diğer fıkralarında yer alan hükümler, dava konusu olayda uygulanması gereken ilgili yasal dayanaklardır. Davacının dava konusu yaptığı ve memurlukta geçen süreye ait ek kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin davada, 14'üncü maddede belirtilen ihtimaller sayıldıktan sonra, davacının durumu ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Özetle kamu kesiminde çalışanların emeklilik hallerinde bu maddede anlatıldığı üzere aralıklı olarak birden fazla kamu kurumunda çalışmış olmaları ve emeklilik için başvurulması halinde hizmetlerin birleştirilmesi gerekmektedir. Ancak, son işyeri, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı işyeri olmalıdır. Yasanın davacı için uyarlanması söz konusu olduğunda, çalışması başlangıçta memur iken işçiliğe geçiş şeklinde gerçekleşmiştir. Durum böyle olabileceği gibi, işçilikten işçiliğe geçiş veya memur (sözleşmeli personel de olabilir) iken işçiliğe geçiş şeklinde de gerçekleşebilir. Emeklilik zamanı geldiğinde, yaşlılık aylığı bağlanması için 506 sayılı Yasadaki ön koşullar gerçekleştiğinde (prim ödeme gün sayısı, hizmet süresi, yaş) 2829 sayılı yasanın 8. maddesi ile 12. maddesi hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi sonucu aylık bağlanacaktır. Somut olayda davacı da bu hakkını kullanmıştır.

Ancak bir çalışanın çalışma yaşamının sonunda elde ettiği hak yalnızca yaşlılık aylığı olmayıp çalışma süresine ilişkin olmak üzere tazminat türünden toplu bir paranın da son işverenince ödenmesidir. Bu toplu paranın adı iş hukukunda kıdem tazminatı olup, devlet memuriyetinde ise emekli ikramiyesidir. Bunlardan birisinin eksikliği, şahsı yaşlılık hayatında beklentilerinin gerçekleşmemesi veya eksilmesi nedeniyle son derece olumsuz etkileyecek, mağduriyetine sebebiyet verecektir.

657 sayılı Yasa gereğince çalışanların emeklilik hallerinde hak kazanacakları emekli aylığı ve emekli ikramiyesinin hangi hallerde ve şartlarda ödeneceği 5434 sayılı Yasanın 39. maddesinde anlatılmaktadır. Yine aynı yasanın 89, 91. maddelerinde ikramiyenin hesaplama biçimi ile aylık başlangıçları anlatılmış olup 92. madde de emeklilik haklarının düşmesi ve bağlanan aylıkların devamlı olarak kesilmesini gerektiren sebebin sadece Türk vatandaşlığını bırakanlar veya yabancı memleket uyruğuna girenler olarak tanımlamaktadır. Hatta Türk vatandaşlığını muhafaza eden veya geri dönenlerin bu haklarına kavuşabilecekleri yer almaktadır. Demek oluyor ki memurun emekli ikramiyesi ve emekli aylığını kaybettirmek çok kolay ve sık olan bir yöntem değildir. Bu hallerin arasında sayılan istifa olgusu yer almadığı gibi, uzun vadeli ve kalıcı hakların kaybedilmesini gerektirmemektedir. İstifa etme veya müstafi sayılmanın fonksiyonu sadece görevden ayrılmadır. Kamuda çalışan kimsenin yukarıda anlatılan şekillerde diğer kamu kuruluşuna geçmesi demek bir nevi işvereni olan devlet kurumundan ayrılma anlamına gelmemektedir. İş Hukukunda ise böyle benzer bir halde (istifa etmesi, ayrılma iradeli dilekçe vermesi,vb.) işçinin işyerini ve işverenini terk ettiği, çalıştığı döneme ilişkin tüm haklarını ve konumunu tasfiye ettiği anlamına gelir. Bu konuma iradesi ile geçtiğinden ötürü, kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Memur olarak çalışanın tabi olduğu yasalarda (657,5434), sosyal güvenlik haklarını olumsuzlaştıran ve yok eden hükümler bulunmazken, tabi olmadığı bir yasanın (1475) olumsuz hükümlerine maruz bırakılması düşünülemez. Diğer yandan, bir işçiye, aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışmış olması halinde, hizmetlerin birleştirilip toplam hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi gerekeceği iş hukukunun ana kurallarından birisidir. Olayımızda da, bir işveren olan kamuya ait bir işyerinden ayrılıp,

diğer bir işyerine geçen çalışan için benzer uygulamanın düşünülmesi ve hizmetlerinin birleştirilmesinin gerekeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim davacının yaşlılık aylığının bağlandığı son kamu işyeri ile önceki kamu işyerindeki hizmetleri toplanarak yaklaşık 28 yıl üzerinden aylık tahsisi yapılmıştır. Aynı çalışma dönemi için son 22 yılının geçerli sayılıp, memurluktaki yaklaşık 6,5 yıllık sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması, her iki hakkın kıyaslanmasında öncekini inkâr etmek durumuna düşüleceğinden hakkaniyete de, hukuk mantığına da uygun bulunmamaktadır.

Kanun koyucu 1475 sayılı Yasanın 14. maddesini hazırlarken son hizmetin mutlaka işçilikte geçmesi ve aylığın Sosyal Sigortalardan bağlanması gerektiğini zamanlama olarak ele almıştır. Amaçlanan, hizmet birleştirmesidir. Önceki çalışmanın yine kamuda geçmesi ön şart ise de statü olarak memur, sözleşmeli personel ve işçi ayrımına girmeksizin kıdem tazminatını hak etme olgusu üzerinde durulmuştur. Kıdem tazminatı kelimesi terminoloji olarak İş Hukukuna aittir. Genelde 506 sayılı Yasa ile çalışan sigortalıların emeklilik tazminatının adıdır. 657 sayılı Yasaya tabi memur veya sözleşmeli personelin özlük hakları 5434 sayılı Yasa ile ilişkilendirilmiş olup, burada emeklilikte alınacak hakkın niteliği ve adı emekli ikramiyesi olup, kıdem tazminatının karşılığıdır. Kısaca muhatabı memur ve sözleşmeli personeldir. Kanun koyucu kıdem tazminatı diyerek ihtimallerden birisi olan işçi iken kamuda diğer işçi statüsüne geçenleri kastederek kıdem tazminatını hak etmeyecek biçimde iş aktinin sonlanmaması gerektiğini vurgulamak istemiştir. Bu durumda, varsa istifa olgusu yine kendi şartları dahilinde değerlendirilerek gerçek iradeyi de saptayarak belki birinci dönem çalışmayı sonlandırmak anlamına gelebileceği söz konusu olacaktır. Buna karşın, bir memur veya sözleşmeli personelin istifa etmek suretiyle işinden ayrılması iş sözleşmesini sonlandırmak anlamına gelmeyeceğinden ve emekli ikramiyesini hak etmemesi gibi bir durum yasada yer almadığından, benzer uygulamaya tabi tutmak mümkün değildir. Daha net bir ifade ile memur ve sözleşmeli personelin istifa etmek suretiyle işinden ayrılması ve diğer bir kamu işyerine geçmeyi amaçlaması halinde, yasada terim olarak yer almayan emekli ikramiyesinden mahrum bırakılamaz, (yasada sadece kıdem tazminatı denmektedir). Zaten devamı olan 7. fıkrada kıdem tazminatının emekli ikramiyesi şeklinde hesaplanması gerektiği de vurgulanmaktadır. Zira memuriyetten ayrılmanın şeklen istifa etmek veya müstafi sayılmaktan başka bir yöntemi olmadığı için kanun koyucu emekli ikramiyesi veya kıdem tazminatını hak etmeme gibi iki olumsuz ihtimale birlikte yasada yer vermemiş olup, emekli ikramiyesi alacağını ayrık tutmak istemiştir. Yasada yalnızca kastedilen, kıdem tazminatı alabilecek olan işçilerdir.

Yasada yer almayan hükümden yola çıkılarak memur olan davacının istifa ederek işinden ayrılmış olması ve ara vermeden diğer kamu işyerine geçmesi hali için kıdem tazminatının (emekli ikramiyesinin) yok sayılması söz konusu olamaz. Yasaya yanlış anlam ve yorum katılarak çalışanların Anayasa 49, 65, 90 ile Uluslararası Sözleşmeler gereğince tanınan sosyal haklarından yoksun bırakılarak yaşlı ve yorgun yıllarında telafisi imkânsız, zararlandırıcı durumlara maruz bırakılması düşünülemez. Aksine yorum, sosyal devletin koruma kollama amacına da ters düşeceği gibi, kamu vicdanı ile hakkaniyete de uygun düşmeyecektir.

Yukarıda anlatılan tüm bu nedenler ve ilgili yasa maddeleri, dosyadaki deliller birlikte değerlendirildiğinde, yerel mahkemece varılan sonuç tarafımca isabetli

bulunduğundan Yerel Mahkemenin usul ve yasaya uygun kararının onanması gerekirken aksi görüşü benimseyen daire çoğunluğunun bozma kararına katılamamaktayım.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42361
Karar No **:** 2009/10078
Karar Tarihi **:** 08.04.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Kamuda geçen hizmetlerin kıdem tazminatı hesabında birleştirilebilmesi için, her bir hizmetin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermiş olması gerekir.***

DAVA : Davacı, fark kıdem tazminatı ve kıdem tazminatı işlemiş faizi alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine hüküm kurmuştur.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi davalı işyerinden emeklilik sebebiyle ayrıldığını, ancak … İşletme Müdürlüğü'nde çalıştığı süre için kıdem tazminatı verilmediğini ileri sürerek, fark kıdem tazminatı isteği ile bu davayı açmıştır.

Davalı; davanın reddinin gerektiği savunmasında bulunmuştur. Mahkemece, davacının … İdaresindeki işyerinden kıdem tazminatını hak edecek şekilde sona ermediği, işten ayrıldıktan sonra geçen bir buçuk yıllık sürenin işe ara verme için kabul edilebilir makul bir süre olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağı, 1475 sayılı Yasanın 14. Maddesinin 4. fıkrasıdır. Anılan hükümde,"T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir." şeklinde kurala yer verilmiştir. Şu hale göre, işyerinden emeklilik suretiyle ayrılan davacı işçi yönünden kamu kurumlarında geçen hizmetlerin kural olarak birleştirilmesi gerekir.

Bununla birlikte aynı maddenin 5. Fıkrasında "Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz" şeklinde düzenlemeye gidilerek, kamuda geçen hizmetlerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için her bir hizmetin

kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği, açık bir şekilde kurala bağlanmıştır.

Somut olayda davacı işçi dava dışı … İşletmesinde mevsimlik işçi olarak çalışırken yeni mevsim başlangıcında davalı işverence çağırılmayarak iş akdi davalı yanca fesih edilmiştir. Buna göre davacının fark kıdem tazminatına ilişkin isteğin kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.04.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının önceki kamu kuruluşunda geçen çalışmasına ait iş sözleşmesinin 31.01.1981 tarihinde askıya alındığı, 21.05.1981 tarihinden itibaren de davalı kurumda çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Önceki kamu kuruluşundaki mevsim çalışmasının hangi tarihler arasında yapıldığı, iş sözleşmesi 31.01.1981 tarihinde askıya alınmış olan davacının yeni mevsim çalışmasına çağrılıp çağrılmadığı araştırılıp belgelenmeden eksik inceleme ile sonuca gidilmiş olduğundan hükmün araştırma ve incelemeye yönelik olarak bozulması gerektiği görüşü ile sayın çoğunluk tarafından oluşturulan kesin bozma kararma katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/40738
Karar No **:** 2009/10796
Karar Tarihi **:** 16.04.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İşverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunması, işverenin feshini ortadan kaldırmayacağından, işçinin borçlandığı askerlik süresinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınması mümkün değildir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ikramiye, yıllık izin ücreti ile sosyal hak alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davacı askerlikte geçen sürenin de hizmet süresine eklenerek fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Davalı ise davacıya hizmet süresine ilişkin kıdem tazminatının ödendiğini fark kıdem tazminatı isteyemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece istek hüküm altına alınmıştır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının askerlikte geçen ve borçlanılan döneme ilişkin fark kıdem tazminatı bulunup bulunmadığı noktasındadır

Yargıtay uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden borçlanılan askerlik süresinin de kıdeme esas süreye ekleneceği şeklindedir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş sözleşmesi işveren tarafından hizmetinden yeterince yararlanılamadığı gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Fesihten sonra davacı Sosyal Sigortalar Kurumu'na müracaat ederek yaşlılık aylığı bağlanması isteğinde bulunmuş ve yaşlılık aylığı bağlanmıştır.

Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli süresi içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sebebiyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiğine uygun düşmemektedir.

Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Somut olay yönünden davacı işçi 1475 sayılı İş Kanunu 14/4. maddesinde öngörüldüğü üzere yaşlılık veya malûllük aylığı veya toptan ödemeye hak kazanacak şekilde hizmet sözleşmesini feshetmiş değildir. Böyle olunca borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınarak fark kıdem tazminatı hesabı yapılması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/40802
Karar No **:** 2009/10805
Karar Tarihi **:** 16.04.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Memurluktan istifa ederek kamuda işçi statüsünde çalışmaya devam eden işçinin kıdem tazminatının hesabında, memuriyette geçen süreler dikkate alınmaz.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçinin kıdem tazminatı hesabında daha önce memur olarak kamu kurumunda çalışılan sürenin dikkate alınıp alınamayacağı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya "kıdem tazminatı" denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilemeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimi muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı Yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme

bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi halinde, önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

Bununla birlikte, işçinin kamu kurumlarında işçilikte geçen hizmetlerinin birleştirilmesi için önceki çalışmaların, fesih şekli itibarıyla kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi gerektiği 1475 sayılı Yasanın 14/5. maddesinde açık biçimde düzenlenmiş olmakla, aynı kuralın memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışılan süre yönünden de değerlendirilmesi gerekir. Temel amacı işçiyi korumak olan İş Kanunu'nun, işçi yönünden öngörmediği bir kuralın memur olarak çalışılan süre için uygulanması düşünülemez. Aksine çözüm tarzı, tüm süreyi işçilikte geçirdiği halde ilk dönem çalışması istifa ile sona eren işçi bakımından bir eşitsizlik ortaya çıkarır.

İşyerinde memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışmış olan ve kendi isteği ile ayrılarak başka bir kamu kurumunda işçi olarak çalışmaya başlayan işçi yönünden yapılan işlemin prosedür gereği olduğundan da söz edilemez. İşçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçmiştir. Bu itibarla istifa ile sona eren memur ya da sözleşmeli personel döneminin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da bu doğrultudadır (Yargıtay H.G.K. 15.10.2008 gün 2008/ 9-586 E, 2008/ 633 K.; 28.11.2007 gün 2007/ 9-814 E, 2008/ 896 K).

İstifa ile sona ermemiş olan memuriyet dönemi ile sözleşmeli personel olarak çalışılan süreler 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 6. maddesinde sözü edilen özel tavan gözetilmek suretiyle tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Somut olayda davacı 27.08.1980 tarihinde … Eğitim Hastanesi Komutanlığından istifa ederek memuriyette geçen çalışmasını sona erdirmiş, 26.08.1980 tarihinde davalı Bakanlıkta işçi statüsünde çalışmaya başlamıştır. Bu nedenle davacının memuriyette geçen çalışma süresi Dairemizin ilke kararları ve Hukuk Genel Kurulu kararları doğrultusunda kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı için davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/16007
Karar No **:** 2009/11809
Karar Tarihi **:** 28.04.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Kıdem tazminatında devreden işverenin sorumluluğu, işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücretle sınırlıdır.***

DAVA : Taraflar arasındaki, kıdem, ihbar tazminatı, izin, fazla çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi üzerine davalılar avukatlarınca duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 28.04.2009 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılar adlarına Avukat N. E ile karşı taraf adına Avukat O. D. Ş. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçi önce davalılardan Ö. A.Ş. işçisi olarak çalışmış daha sonra işyerinin devri ile diğer ortak A. A.Ş. işçisi olarak çalışırken adı geçen işverence ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Mahkemece anılan tazminatlar ile bir kısım işçilik alacaklarının kabulüne karar verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK.nun 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. Yerel mahkeme kararında belirtilen hükümlere uyulmadığı gibi, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade isteğini içeren bir başka dava ile karıştırıldığı izlenimi edinilmiştir. Öncelikle karar bu yönü ile hatalıdır.

İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarda ise, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu aynı yasanın 3. fıkrasında açıklanmış ve devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne gere 1475 sayılı Yasanın 14.maddesi halen yürürlükte olduğundan, kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından işyeri devirlerinde belirtilen hüküm uygulanmalıdır. Anılan hükme göre işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

İşyerinin miras yoluyla intikali de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde düzenlenmiş, sözü edilen hükümde mirasçıların miras bırakanın ölümü ile mirasa bir bütün olarak hak kazanacakları açıklanmıştır.

İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır (Yargıtay 9.HD.22.07.2008 gün 2007/ 20491 E, 2008/ 21645 K.).

Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da imkan dahilindedir.

Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir.

Banka veya borsa aracı kurumu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun el koyması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Gerçekten bu halde işyeri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir.

Özelleştirme işlemi sonuca kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Belirtilen işlemde, işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmiş olmaktadır. Bununla birlikte tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 08.07.2008 gün ve 20O8/25370 E, 2008/ 19682 K.).

İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı zamanda işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermez.

İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008-29715 E, 2008- 28944 K.).

Genel olarak yapılan bu açıklamaların ardından İş Hukukunda işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri üzerinde ayrıca durulmalıdır. İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için 2 yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir.

Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise, son işverene ait olmakla devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren de devralan işverenle müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur.

Somut olayda mahkemece, işyerinde çalışılan tüm dönem için hesaplanan kıdem tazminatından her iki işveren birlikte sorumlu tutulmuştur. Devreden işverenin sorumluluğu 1475 sayılı Yasanın 14. maddesine göre işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. Karar bu yönüyle hatalı olmuştur.

Öte yandan fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretleri bakımından devreden işverenin devirden sonraki çalışmalar sebebiyle de sorumlu tutulması şeklinde karar verilmesi de doğru değildir.

3- Dava dilekçesi ile ıslah talebine konu olan miktarların tamamı hüküm altına alındığı halde davanın kısmen kabul kısmen reddine karar verildiğinden söz edilerek, davalılar yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi de hatalı olmuştur

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 625,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesine, davacı yararına takdir edilen 625,00 TL duruşma avukatlık parasının

davalıya yükletilmesine peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/3906
Karar No **:** 2009/12118
Karar Tarihi **:** 28.04.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Yaşlılık aylığını hak eden işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde kıdem tazminatının ödenmesi gerekir.***

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya "kıdem tazminatı" denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi

başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilemeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimi muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı Yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

İşçinin alt işverende geçen hizmet süresinin, -işyeri devri ayrık olmak üzere- asıl işverene ait işyerinde geçmiş olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında

da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin iş sözleşmesi feshedilmediği halde, çeşitli nedenlerle kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeler avans niteliğinde sayılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatına hak kazanılması durumunda işyeri ya da işyerlerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre kıdem tazminatı hesaplanmalı, daha önce avans olarak ödenen miktar yasal faiziyle birlikte mahsup edilmelidir. Kıdem tazminatına hak kazanmadığı halde avans adı altında ödemeyi alan ve bu şekilde yararlanan işçi de sonucuna katlanmalıdır. Dairemizin Kararlılık kazanmış olan uygulaması bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 2008/ 18826 E, 2008/ 14859 K).

Yargıtay uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden borçlanılan askerlik süresinin de kıdeme esas süreye ekleneceği şeklindedir. İşçinin ölümü halinde de mirasçıların talep edebileceği kıdem tazminatı hesabında borçlanılan askerlik süresinin dikkate alınması gerekir (Yargıtay HGK. 09.04.2004 gün 2004/ 9-339 E, 2004/357 K).

Somut olayda dosya içeriğindeki 06.11.2003 tarihli davalı Belediye Başkanlığının Sigorta İl Müdürlüğüne gönderdiği yazıda, davacı işçinin yaşlılık aylığı hak edeceğinden söz ederek "... bu itibarla adı geçen M. A.'ın 06.11.2003 tarihi itibari ile kurumumuzdan ilişiği kesilmiştir." şeklinde ifade de bulunulmuştur. Bu durumda, işverenin iş sözleşmesini feshinin kabulü gerekir. Kıdem tazminatının kabulü gerekir iken yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41392
Karar No **:** 2009/12134
Karar Tarihi **:** 30.04.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İşçinin yaşlılık aylığı bağlanması için bağlı bulunduğu kuruma başvurması üzerine, kurumdan tahsis yapılabileceğine dair yazının işverene bildirildiği anda, işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümü doğar.***

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, izin, fazla mesai, bayram ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılardan 1-H. B.2-M. Mob San ve Tic Ltd Şti ile davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay, 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K., Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K.). Gerçekten bir işçinin uzun süre ve her gün aynı şekilde günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Fazla çalışma ücretinden indirim takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir. Fazla çalışma ve bayram tatili ücretlerinden yapılan indirim sonucu reddine karar verilen istek bakımından kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmemesi hatalıdır.

3- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla yürürlükte olan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 4. bendinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılması halinde kıdem tazminatına hak kazanılabileceği hükme bağlanmıştır. O halde anılan bent uyarınca fesih bildiriminde bulunulabilmesi için işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandık hükümlerine göre yaşlılık, emeklilik, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmış olması gerekir. Bundan başka işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa bahsi geçen işlemler için başvurması ve bu yöndeki yazıyı işverene bildirmesi gerekir. Böylece işçinin yaşlılık, emeklilik, malullük ve toptan ödeme yönlerinden bağlı bulunduğu mevzuata göre hak kazanıp kazanmadığı denetlenmiş olur. Öte yandan işçinin, sosyal güvenlik anlamında bu hakkı kazanmasının ardından ilgili kurum ya da sandığa başvurmaksızın kıdem tazminatı talebiyle işyerinden ayrılması ve bu yolla hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmiş olur. İşçi tarafından bağlı bulunduğu

kurum ya da sandıktan tahsise ya da tahsis yapılabileceğine dair yazının işverene bildirildiği anda işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümü doğar ve faiz başlangıcı da bu tarih olarak esas alınmalıdır. Dosyada ki bilgi ve belgelere göre bu şekilde bir yazının işverene bildirilip bildirilmediği anlaşılamamaktadır. Mahkemece bu yönde bir araştırma yapılmadan kıdem tazminatı faiz başlangıç tarihinin 31.07.2007 olarak kabulü de ayrı bir bozma nedenidir.

4- Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine, dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2.fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler, o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir (Yargıtay 9 HD. 23.09.2008 gün 2007/ 27217 E, 2008/ 24515 K.).

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8. ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural

olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığın önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda mobilya imalatı ve satışı yapılan davalı işyerinde mobilya ustası olarak çalışan davacı aylık 1.050, 00 TL ücret aldığını ileri sürmüş, işyerinde çalışmamış olan tek tanığı da iddiasını doğrulamıştır Davalı ise asgari ücretten düzenlenen ücret bordrolarına dayanmıştır. Mahkemece iddia edilen ücretten yapılan hesaplamalara itibar edilmiştir. Dosyada ki bilgi ve belgeler uyuşmazlığın çözümü noktasında yetersiz olup bu şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır. Davacının yaptığı iş ve unvanı, hizmet süresi, işyerinde yapılan iş belirtilmek suretiyle meslek kuruluşlarından emsal ücret araştırması yapılmalı dosyadaki deliller hep birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/352
Karar No **:** 2009/12165
Karar Tarihi **:** 30.04.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Kıdem tazminatına esas alınacak ücretin tespitinde, periyodik olarak ödenen ve yıl içinde artmış olan parasal haklar yönünden, son dönem ödemesinin ait olduğu dilim günlerine bölünmesi ile bulunacak tutar esas alınmalıdır.***

DAVA: Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Kıdem tazminatı hesabında esas alınacak ücret son ücret, başka bir anlatımla, iş sözleşmesinin feshedildiği anda geçerli olan ücrettir. İhbar öneli tanınmak suretiyle yapılan fesihte önelin bittiği tarihte fesih gerçekleştiğinden, önelin bittiği tarihteki ücret esas alınmalıdır. Bildirim öneli tanınmaksızın ancak ihbar tazminatı da ödenmeden (tam olarak ödenmeden) işverence yapılan fesih durumunda ise, bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, işçinin brüt ücretidir. O halde, kıdem tazminatı, işçinin fiilen eline geçen ücreti üzerinden değil, sigorta primi, vergi sendika aidatı gibi kesintiler yapılmaksızın belirlenen brüt ücret göz önünde tutularak hesaplanır.

Tazminata esas aylık ücret saat ücretinin önce 7,5 sonra da 30 ile çarpımı sonucu belirlenmelidir. Yoksa aylık ücretin tespitinin işçinin fiilen çalıştığı gün sayısı üzerinden hesaplanması doğru olmaz.

Son ücret kavramı, işçinin iş ilişkisi kapsamında iş gördüğü ve ücrete hak kazandığı en son ücreti ifade eder. İş ilişkisinin askıya alınması ve askı süresi içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücret olmalıdır.

İşe iade davasının yargılaması sırasında en çok 4 aya kadar olan sürenin hizmet süresine ekleneceği konusunda Dairemiz kararları istikrar kazanmıştır (Yargıtay 9.HD. 03.10.2005 gün 2005/ 16932 E, 2005/ 31926 K.). Yine Dairemizce, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu, fesih tarihi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavanı

gözetilmelidir. Aynı şekilde tazminata esas alınacak ücretin de, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükmü gereği fesih tarihindeki ücret olması gerekir.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası prim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan prim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir.

İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere havlu, sabun yardımı, arızi fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili alacakları dikkate alınmaz.

Uygulamada ağır vasıta ve özellikle tır şoförleri bakımından gidilen mesafeye göre yol primi adı altında ödemeler yapıldığı görülmektedir. Çoğunlukla asgari ücret seviyesinde sabit ücret ödenmekte ve ücretin esaslı kısmı belirtilen primlerle sağlanmaktadır. Yoksa yurt dışına sefer yapan bir tır şoförünün sadece asgari ücretle çalışmayacağı bilinen bir gerçektir. Böyle olunca tazminata esas ücretin tespitinde yol primi adı altında yapılan ödemelerin de dikkate alınması gerekir. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir. (Yargıtay 9.HD. 07.02.2005 gün 2005/ 950 E, 2005/ 3328 K.)

Dairemiz kararlarında, ücret dışındaki para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktarın belirleneceği kabul edilmektedir (9.HD. 29.09.2005 gün 2005/ 342 E, 2005/31714 K. ; Yargıtay 9.H.D., 12.04.1999 gün 1999/5910 E, 1999/7119 K.). Dönemsel bir niteliği olmayan parasal haklar bakımından yıl içinde yapılan ödemelerin 365 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarın belirlenmesi yerindedir. Örneğin tır şoförünün yıl içinde aldığı sefer (yol) primi sürekli değişiklik gösterebilir ve belli bir dönemin hesaplamada esas alınması zorluk taşıyabilir. Öte yandan, işçiye dini bayramlarda yılda 2 kez ödenen harçlığın belli bir dönem için yapıldığını söylemek pek olası değildir. Burada yıllık ödeme tutarının 365 rakamına bölünmesi yerinde olur. Son olarak belirtmek gerekir ki, yılda bir kez yapılan parasal yardımların (yakacak yardımı gibi) tazminata esas ücrete yansıtılmasının, yıllık tutarın 365'e bölünmesi suretiyle gerçekleştirileceği tartışmasızdır.

Yıl içinde düzenli ve belirli periyotlarla ödenen parasal haklar bakımından ise, kıdem tazminatının son ücrete göre hesaplanması gerektiği gerçeğine daha uygun bir çözümdür. Gerçekten işçinin son ücreti üzerinden kıdem tazminatı hesaplandığına ve yıl içinde artmış olan ücretlerin ortalaması alınmadığına göre ücretin ekleri bakımından da benzer bir çözüm aranmalıdır. Örneğin işçinin yıl içinde aldığı 3 ikramiyenin eski ücretten olması sebebiyle daha az olması ve fakat son ikramiyenin işçinin son ücreti üzerinden ödenmesi halinde tazminata esas ücretin tespitinde dikkate alınması gereken ikramiye de bu son ikramiye olmalıdır. Hesaplamanın, son dilim ikramiyenin ait olduğu dönemdeki gün sayısına bölünerek yapılması hakkaniyete de uygundur. Daha somut bir

ifadeyle, yılda 4 ikramiye ödemesinin olması durumunda her bir ikramiye 3 aylık bir dönem için uygulanmaktadır. İşçinin artmış olan ikramiyesinin ait olduğu bu 90 güne bölünmesi halinde bir güne düşen ikramiye tutarı, kıdem tazminatının son ücretten hesaplanacağı şeklinde yasal kural ile daha uyumlu şekilde belirlenebilecektir. Aynı uygulamayı yol ve yemek yardımı gibi ödemeler için de yapmak olanaklıdır. İşçiye aylık olarak yapıldığı varsayılan bu gibi ödemelerin son ay için ödenen kısmının 30 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutar tespit olunabilir. Buna göre periyodik olarak ödenen ve yıl içinde artmış olan parasal haklar yönünden son dönem ödemesinin ait olduğu dilim günlerine bölünmesi ile tazminata esas ücrete yansıtılacak tutar daha doğru biçimde belirlenebilecektir. Nitekim Dairemiz bir kararında, yemek yardımı olarak son bir ayda işçiye yapılan ödemelerin 30'a bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarının belirlenebileceğini kabul etmiştir(Yargıtay 9.HD. 27.10.2004 gün 2004/ 8452 E, 2004/ 24241 K.). Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir(Yargıtay 10.10.2008 gün 2007/ 27615 E, 2008/ 26209 K.).

Somut olayda davacıya maktu ücretin yanında her ay değişen miktarlarla düzenli olarak satış primi ödendiği ücret bordrolarından anlaşılmaktadır. Satış priminin giydirilmiş ücret hesabında dikkate alınması gerekirken sadece maktu ücretten yapılan hesaplamaya değer verilerek karar verilmesi hatalı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1760
Karar No **:** 2009/13519
Karar Tarihi **:** 14.05.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ* : *Yaş şartı dışında, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, bu sebeple işverene durumu bildirerek iş sözleşmesini sona erdirdiğinde, kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Başka işyerinde çalışmak için bu hakkını kullanmış ise hak kazanamayacaktır.

DAVA VE KARAR : İş sözleşmesinin işçi tarafından emeklilik sebebiyle feshedilip feshedilmediği ve buna göre kıdem hakkının doğup doğmadığı konularında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. Maddesi yollamasıyla yürürlükte olan 1475 sayılı Yasa'nın 14. Maddesi'nin 4. Bendi'nde, işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılması halinde kıdem tazminatına hak kazanılabileceği hükme bağlanmıştır. O halde anılan bent uyarınca fesih bildiriminde bulunulabilmesi için işçinin bağlı bulunduğu

kurum veya sandık hükümlerine göre yaşlılık, emeklilik, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmış olması gerekir. Bundan başka işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa bahsi geçen işlemler için başvurması ve bu yöndeki yazıyı işverene bildirmesi gerekir. Böylece işçinin yaşlılık, emeklilik, mamullük ve toptan ödeme yönlerinden bağlı bulunduğu mevzuata göre hak kazanıp kazanmadığı denetlenmiş olur. Öte yandan işçinin, sosyal güvenlik anlamında bu hakkı kazanmasının ardından ilgili kurum ya da sandığa başvurmaksızın kıdem tazminatı talebiyle işyerinden ayrılması ve bu yolla hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmiş olur. İşçi tarafından bağlı bulunduğu kurum ya da sandıktan tahsise ya da tahsis yapılabileceğine dair yazının işverene bildirildiği anda işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümü doğar ve faiz başlangıcı da bu tarih olarak esas alınmalıdır.

Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli süresi içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sebebiyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiğine uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldıramayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır.

1475 sayılı Yasa'nın 14. Maddesine, 25.08.1999 gün ve 4447 sayılı Yasa'nın 45. Maddesi ile 5. Bent eklenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin emeklilik konusunda yaş hariç diğer kriterleri yerine getirmesi halinde kendi isteği ile işten ayrılması imkânı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçi, yaş koşulu sebebiyle emeklilik hakkını kazanmamış olsa da, işyerinden anılan bent gerekçe gösterilmek suretiyle ayrılabilecek ve kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Ancak işçinin işyerinden ayrılmasının yaş hariç emekliliğe dair diğer kriterleri tamamlaması üzerine çalışmasını sonlandırması şeklinde gelişmesi ve bu durumu işverene bildirmesi gerekir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak için 1475 sayılı Yasa'nın 14. Maddesi'nin 5. Bendi hükmüne dayanması yasal hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Dairemiz konuyla ilgili bir kararında, işçinin bir gün sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmasının, feshin anılan 5. Bent hükmüne uygun olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır (Yargıtay 9. HD. 04.04.2006 gün 2006/2716 E, 2006/8547 K.).

Somut olayda davacı, prim ödeme gün sayısının dolması nedeni ile emekli olmak isteği ile işten ayrıldığını, işveren tarafından kıdem tazminatı ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir. Davalı, davacının istifa ederek işten ayrıldığını, başvurusunda emeklilik talebinde bulunmadığını, kıdem tazminatı ödenemeyeceğini savunmuştur. Mahkemece, prim ödeme gün sayısının dolduğu kabul edilse bile yaş sınırı nedeni ile emekli olma hakkı doğmadığından ve istifa ederek iş yerinden ayrıldığından kıdem tazminatı isteyemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu 14. Maddesi 5 Bendi yasa düzenlemesi "14-5. (Ek bent: 25.08.1999 - 4447/45 Md.) 506 Sayılı Kanun'un 60'ıncı Maddesi'nin Birinci Fıkrası'nın (A) Bendi'nin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanun'un Geçici 81'inci Maddesi'ne göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle," kıdem tazminatına hak kazanacakları belirtilmiştir. Davacının sigortalılık başlangıcı 1974 yılıdır. 2003 yılında emekliliğe hak kazanmakla 29 yıllık sigortalıdır. Hizmet dökümünden prim ödeme gün sayısının 3.624 gün olduğu anlaşılmaktadır. Davacı yaş şartını ikmal etmese dahi 506 sayılı Kanun'un 60'ıncı Maddesi'nin Birinci Fıkrası'nın (A) Bendi'nin (a) ve (b) alt bentleri ve aynı Kanun'un Geçici 81'inci Maddesine göre emeklilik şartlarına haizdir. Bu nedenle davacının iş sözleşmesinin 1475 S.Y. 14/5 Bendi hükmü uyarınca feshedildiği kabul edilmelidir. Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararlılık kazanmış olan kararları bu yöndedir (T.C. Yargıtay HGK., 2008/9-405 E. 2008/412 K.; T.C. Yargıtay 9. HD., 2008/25411 E. 2008/23407 K.). Mahkemece, 1475 S. K. 14. Mad. 5. Bendi gereğince kıdem tazminatına karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41095
Karar No **:** 2009/13582
Karar Tarihi **:** 21.05.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini öngören anlaşmanın işverence ihlali halinde, işçi kıdem tazminatının tamamı için fesih tarihinden itibaren faize hak kazanır.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı ile faiz alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Kıdem tazminatının geç ve taksitler halinde ödenmesinden doğan faiz alacağının hesaplama yöntemi bakımından taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120 maddesi hükmü uyarınca kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlüktedir. Anılan 14. maddenin 11. fıkrası hükmüne göre kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinde öngörülmüştür. O halde faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. Bu noktada, iş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde, 1475 sayılı Yasanın 14/3. maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır.

Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.

İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.

Kıdem tazminatı ödenmekle fer'i hak olan faiz hakkı da son bulur. Ancak kıdem tazminatının kısmen ödenmiş olması durumunda son taksit ödeninceye kadar faiz hakkı saklı tutulabilir. Davanın açılması da ihtirazı kayıt anlamındadır.

Kıdem tazminatına uygulanması gereken faizi düzenleyen ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T.C. Merkez Bankası'na uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı fiilen uygulanmış olmadıkça ücret dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek

uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Dava dilekçesinde belli bir faiz oranı ya da başka bir faiz türü gösterilmişse, HUMK.'nun 74. maddesi uyarınca istekle bağlılık kuralından hareket edilerek bu faiz oranını aşmayacak şekilde faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçi, bu konuda iradesinin fesada uğratıldığını ileri sürüp kanıtlamadığı sürece faiz hakkından vazgeçmiş sayılır. Taksitlerin zamanında ödenmesi durumunda ayrıca faize hak kazanılamaz. Bu konuda daha sonraki taksitlerin ödemesi sırasında ihtirazı kayıt ileri sürülmesinin sonuca bir etkisi yoktur. Ancak, taksitlerden bir ya da bazılarının gününde ödenmemesi durumunda hak kazanılan kıdem tazminatının tamamı için faize karar verilmelidir. İşçinin taksitli ödemeyi öngören ödeme planını kabulü, ancak taksitlerin gününde ödenmesi halinde işveren yararına sonuç doğurur. Taksitler gününde ödenmediğinde işçinin taksitli ödeme anlaşmasıyla bağlı olduğundan söz edilemez. İşçi işverence anlaşmaya uyulacağı varsayımı ile taksitli ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır. İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi de bunu gerektirir. Böyle olunca kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini öngören anlaşmanın işverence ihlali halinde işçi, kıdem tazminatının tamamı için fesih tarihinden itibaren faize hak kazanır. Daha önce yapılan ödemeler de Borçlar Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca öncelikle faize ve masraflara sayılmalıdır.

Kıdem tazminatı gecikme faizi niteliği itibarıyla bir faiz olmakla faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir. (Yargıtay 9.HD. 27.06.2005 gün 2005/ 19196 E, 2005/ 22752 K). Faiz alacağı başlı başına icra takibi ya da davaya konu olmuş olsa dahi, faiz niteliğini kaybetmediğinden ayrıca faize hak kazanılamaz.

Somut olayda davacının kıdem tazminatı taksitler halinde ödenmiştir. Ayrıca K. 2. İş Mahkemesine açılan dava ile de fark kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır. Dosya içeriğinden kıdem tazminatının ve fark kıdem tazminatının dava açılmadan evvel tamamının ödenip ödenmediği anlaşılamamaktadır. Öncelikle ana alacakların ne zaman ödendiği konusunda mahkemece araştırma yapılarak sonucuna göre faiz alacağı yönünden hüküm kurulmalıdır.

Kabule göre de hükme esas alınan bilirkişi raporunda yapılan hesaplama denetime elverişli olmadığı gibi uygulanacak faiz oranlarının yukarıda gösterilen ilkeler doğrultusunda belirlenmemiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/3611
Karar No **:** 2009/18066
Karar Tarihi **:** 25.06.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Kıdem tazminatına esas alınması gereken süre konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya "kıdem tazminatı" denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde, nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri ile en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilemeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklenir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimi muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı Yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi. (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir. (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

İşçinin alt işverende geçen hizmet süresinin, -işyeri devri ayrık olmak üzere- asıl işverene ait işyerinde geçmiş olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa, önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin iş sözleşmesi feshedilmediği halde çeşitli nedenlerle kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemler avans niteliğinde sayılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatına hak kazanılması durumunda işyeri ya da işyerlerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre kıdem tazminatı hesaplanmalı, daha önce avans olarak ödenen miktar yasal faiziyle birlikte mahsup edilmelidir. Kıdem tazminatına hak kazanmadığı halde "avans" adı altında ödemeyi alan ve bu şekilde yararlanan işçi de sonucuna katlanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulaması bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 2008/ 18826 E, 2008/14859 K).

Yargıtay uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden borçlanılan askerlik süresinin de kıdeme esas süreye eklenmesi şeklindedir. İşçinin ölümü halinde de mirasçıların talep edebileceği kıdem tazminatı hesabında borçlanılan askerlik süresinin dikkate alınması gerekir (Yargıtay HGK. 09.04.2004 gün 2004/ 9-339 E. 2004/357 K).

Somut olayda, davacı 15.06.1990-10.03.2004 dönemi çalıştığını 1994 yılı mart ayında askerlik nedeniyle ara verdikten sonra çalışmaya devam ettiğini, çalışmalarının SSK ya tam olarak bildirilmediğinden SSK ya şikâyeti sebebiyle işveren tarafından iş akdine son verildiğini ileri sürerek, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı isteğinde bulunmuştur. Davalı 02.01.1996-31.10.1996, 01.08.1997-15.05.2000 ve 01.11.2003-09.03.2004 tarihleri arasında çalıştığını, ikinci dönem çalışması sonunda ibraname verdiğini, son dönem çalışmasının da bir yıldan az olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Onanarak kesinleşen hizmet tespiti talebinin reddine ilişkin karar bulunmakta olup, kuruma bildirilen sürelere göre dava konusu isteklerin değerlendirilmesi gerekir.

Davacının ikinci dönem çalışması sonunda kendi isteği ile ayrıldığını belirterek imzaladığı makbuz niteliğindeki ibranamede ödenen kıdem tazminatı miktarı ile 2 yıllık ücretli iznini kullandığı belirtilmiştir.

Davacının birinci dönem çalışmasının ne sebeple sona erdiğine ilişkin savunmada bulunulmamış, delil de sunulmamıştır. Bu durumda birinci ve ikinci dönem çalışma süresinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı belirlenmeli, ibraname ile ödenen kıdem tazminatı miktarı ile kullandığı beyan edilen yıllık izin süresi mahsup edilerek sonuca gidilmelidir. Birinci dönem çalışma suresi değerlendirilmeden karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/6469
Karar No **:** 2009/23426
Karar Tarihi **:** 18.09.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla işten ayrılma halinde, ödenmeyen kıdem tazminatı için faiz başlangıcı, SGK'ndan alınan belgenin işverene verildiği tarihtir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Kıdem tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120 maddesi hükmü uyarınca kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlüktedir. Anılan 14. maddenin 11. fıkrası hükmüne göre kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinde öngörülmüştür. O halde faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. Bu noktada, iş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde 1475 sayılı Yasanın 14/3. maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır.

Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.

İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.

Kıdem tazminatı ödenmekle fer'i hak olan faiz hakkı da son bulur. Ancak kıdem tazminatının kısmen ödenmiş olması durumunda son taksit ödeninceye kadar faiz hakkı saklı tutulabilir. Davanın açılması da ihtirazı kayıt anlamındadır.

Kıdem tazminatına uygulanması gereken faizi düzenleyen ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T.C. Merkez Bankası'na uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı fiilen uygulanmış olmadıkça ücret dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Dava dilekçesinde belli bir faiz oranı ya da başka bir faiz türü gösterilmişse, HUMK.'nun 74. maddesi uyarınca istekle bağlılık kuralından hareket edilerek bu faiz oranını aşmayacak şekilde faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçi, bu konuda iradesinin fesada uğratıldığını ileri sürüp kanıtlamadığı sürece faiz hakkından vazgeçmiş sayılır. Taksitlerin zamanında ödenmesi durumunda ayrıca faize hak kazanılamaz. Bu konuda daha sonraki taksitlerin ödemesi sırasında ihtirazı kayıt ileri sürülmesinin sonuca bir etkisi yoktur. Ancak, taksitlerden bir ya da bazılarının gününde ödenmemesi durumunda hak kazanılan kıdem tazminatının tamamı için faize karar verilmelidir. İşçinin taksitli ödemeyi öngören ödeme planını kabulü, ancak taksitlerin gününde ödenmesi halinde işveren yararına sonuç doğurur. Taksitler gününde ödenmediğinde işçinin taksitli ödeme anlaşmasıyla bağlı olduğundan söz edilemez. İşçi, işverence anlaşmaya uyulacağı varsayımı ile taksitli ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır. İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi de bunu gerektirir. Böyle olunca kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini öngören anlaşmanın işverence ihlali halinde işçi, kıdem tazminatının tamamı için fesih tarihinden itibaren faize hak kazanır. Daha

önce yapılan ödemeler de Borçlar Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca öncelikle faize ve masraflara sayılmalıdır.

Kıdem tazminatı gecikme faizi niteliği itibarıyla bir faiz olmakla faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir. (Yargıtay 9.HD. 27.06.2005 gün 2005/ 19196 E, 2005/ 22752 K). Faiz alacağı başlı başına icra takibi ya da davaya konu olmuş olsa dahi, faiz niteliğini kaybetmediğinden ayrıca faize hak kazanılamaz.

Somut olayda, davacının emekliliğe hak kazanması sebebiyle işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Emekliliğe hak kazanma belgesinin işverene bildirilip bildirilmediği araştırılarak sonucuna göre yukarda açıklanan ilkeler doğrultusunda kıdem tazminatı faiz başlangıcı tarihi belirlenmelidir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/33853
Karar No **:** 2009/25789
Karar Tarihi **:** 06.10.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***İşçinin emeklilik sebebiyle işten ayrılması ve T.C. Emekli Sandığı'na tabi hizmetlerinin bulunması durumunda, ödenecek kıdem tazminatının, T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na tabi memur ve sözleşmeli personel statüsünde geçen hizmet süreleri için, kıdem tazminatına hak kazandığı tarihteki Emekli Sandığı Kanunu'na göre ödenmesi gereken emeklilik ikramiyesi tutarı, İş Kanunu'na tabi dönem için ise, kıdem tazminatı tavanı esas alınarak hesaplanması gerekir.***

DAVA : Davacı M.R. adına avukat S. ile davalı Z. Bankası A.Ş. adına avukat B. aralarındaki dava hakkında (… Üçüncü İş Mahkemesi)'nden verilen 28.04.2008 günlü ve 2008/129 E., 2008/306 K. sayılı kararın, Dairemizin 26.12.2008 günlü ve 2008/31047 E., 2008/35484 K. sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmiştir. Davalı vekili, davacının sözleşmeli personel statüsünde çalıştığı dönem için 399 sayılı KHK'nın 12. maddesi ve 4684 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi gereği, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uyarınca hesaplanan emekli ikramiyesi kadar ödeme yapıldığını ve Dairemiz kararının maddi hataya dayandığını ileri sürerek onamaya dair kararın ortadan kaldırılmasını ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesini talep etmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dairemizce hükmün onanmasına karar verilmiş ise de, davacının sözleşmeli personel olarak çalıştığı dönem için 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 6.

fıkrasında öngörülen özel tavanın gözetilmesi gerektiği, bu durumun kamu düzenini ilgilendirdiği görülmekle maddi hataya dayandığı anlaşılan Dairemizin 26.12.2008 gün ve 2008/31047 E., 2008/35484 K. sayılı onama ilamının, Yargıtay'ca verilen bozma ilamına uyulmakla 09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca lehine bozma yapılan taraf bakımından usuli kazanılmış hak doğsa da, maddi hataya dayanan bozma ilamına uyulmakla taraflar yararına usuli kazanılmış hak oluşturmayacağı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun istikrarlı uygulaması bu yönde olması gözetilerek (Yargıtay HGK 24.05.1995 gün 1995/9-348 E, 1995/556 K; Yargıtay 29.11.1995 gün 1995/19-819 E, 1995/1028 K) ORTADAN KALDIRILMASINA karar verilerek aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir.

Davacı, davalıya ait bankada 10.03.1982 tarihinde İş Kanunu'na tabi olarak çalışmaya başladığını, 15.04.2005 tarihinde emekli olduğunu, 01.02.2002 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinin 5. maddesi uyarınca diğer kamu kurum ve kuruluşları ile bankada geçen hizmetleri toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödeneceğinin kararlaştırıldığını, işverenin kıdem tazminatını anılan hükmü gözardı ederek eksik ödediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı farkı ödetilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren cevap dilekçesinde, çalışan işçilere ödenecek kıdem tazminatı hesabında, T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na tabi memur ve sözleşmeli personel statüsünde geçen hizmet süreleri için, kıdem tazminatına hak kazanıldığı tarihteki T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre ödenmesi gereken emeklilik ikramiyesi tutarının ve İş Kanunu'na tabi dönemler için kıdem tazminatı tavanı gözetilerek hesaplanan miktarların emeklilik tarihinde ödendiğini, kıdem tazminatı farkı isteğinin yerinde olmadığını savunmuştur.

Mahkemece, davacının fark kıdem tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

Davacı işçi, davalıya ait bankada 10.03.1982-15.07.1988 tarihleri arasında işçi statüsünde çalışmış, 15.07.1988 tarihinde sözleşmeli personel statüsüne geçirilerek 399 sayılı KHK kapsamında çalışmaya devam etmiş, 01.02.2002 tarihinden itibaren ise yeniden İş Kanunu'na tabi olarak çalışmıştır. Davacının 15.04.2005 tarihinde işyerinden emeklilik suretiyle ayrıldığı tartışma dışıdır.

Davacı işçi işyerinde her iki statüde geçen çalışmalarının tamamında sosyal güvenlik yönünden 506 sayılı Yasa'nın geçici 20. maddesine göre kurulmuş olan T.C. Z. Bankası A.Ş. ve T. H. Bankası A.Ş. Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı'na tabi olarak görev yapmıştır. Sözleşmeli personel olarak çalışmak üzere 399 sayılı KHK hükümlerine göre imzalanan sözleşmenin 9. maddesinde 506 sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesi kapsamında oluşturulan emekli ve yardım sandığı üyeliğinin devam edeceği hükme bağlanmıştır.

Davalı işveren, İş Kanunu'na tabi çalışılan 10.03.1982-15.07.1988 ve 01.02.2002-15.04.2005 tarihleri arasında kalan süreler bakımından davacının emekli olduğu tarihte geçerli olan kıdem tazminatı tavanı üzerinden yapılan hesaplamaya göre

kıdem tazminatını ödemiştir. Sözleşmeli personel olarak çalışılan süre için ise, emsal Emekli Sandığı iştirakçisine 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre ödenmesi gereken emekli ikramiyesi ile sınırlı olarak ödeme yapılmıştır.

Somut olayda taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, sözleşmeli personel olarak çalışılan süre için 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde öngörülen özel ve genel tavandan hangisinin uygulanacağı noktasındadır. Davacı işçi ayrıca 01.02.2002 tarihinde taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin 5. maddesi hükmüne dayanmış olup, anılan maddede kıdem tazminatı hesabında diğer tüm kamu kurum ve kuruluşlarla bankada geçmiş hizmetlerin birlikte değerlendirileceği kuralı öngörülmüştür.

Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesine göre kıdem tazminatının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanunu'na tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek emeklilik ikramiyesini geçemez. Bu üst sınır, öğretide "genel tavan" olarak adlandırılmaktadır (Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s. 671).

Özel tavan ise, 1475 sayılı Kanun'un 14/6. fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre, işçinin iş sözleşmesinin yaşlılık veya malullük aylığına hak kazanması ve T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak hizmetlerinin bulunması durumunda, son kamu kurumu işverenince Emekli Sandığı'na tabi hizmetleri için ödenmesi gereken kıdem tazminatı tutarı, anılan kanun hükümlerine göre ödenmesi gereken emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktarı geçemez. Bir başka anlatımla, işçiye ödenmesi gereken kıdem tazminatı tutarı, o işçinin Emekli Sandığı'na tabi hizmetleri karşılığında kendisine ödenmesi gereken emeklilik ikramiyesini aşamaz. Bu özel tavan, işçinin yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihi esas alınarak belirlenir.

Kıdem tazminatı tavanını öngören kurallar kamu düzeniyle ilgili olup, aksine sözleşme hükümleri geçersizdir. Dairemiz kararlarında, Emekli Sandığı hükümlerine tabi olarak memur sıfatıyla çalışılan dönem için, 1475 sayılı Kanun'un 14/6. maddesindeki özel tavanın uygulanması gerektiği kabul edilmiş, başka yasalarda aksini öngören düzenlemelerin özel tavan sınırlamasını bertaraf etmeyeceği vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD 27.03.2005 gün 2005/29328 E., 2006/7379 K.; Yargıtay 9. HD 08.04.2003 gün 2002/21830 E., 2003/5911 K.).

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlülüğü öncesinde 1475 sayılı Yasa'nın 98/D maddesine kıdem tazminatının yasaya aykırı olarak ödenmesi cezai yaptırıma bağlanmıştı. Sözü edilen hüküm 4857 sayılı İş Kanunu döneminde yürürlükten kaldırılmış olsa da, her iki tavanı öngören 14. madde halen yürürlüktedir. Öğretide kıdem tazminatı tavanını bertaraf eden sözleşme hükmünün batıl olduğu görüşü ileri sürülmüştür (Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 2486; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 2008, s. 838; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 21. bası, s. 316; Şahlanan, Fevzi: Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği, Sicil, Sayı 12, s. 44 vd.).

Öte yandan, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Z. Bankası, Türkiye H. Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye E. Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 03.07.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4684 sayılı Yasa'yla eklenen Geçici 2. maddesinde, "...Sandığa

tabi olarak çalıştıkları ve "emekli ikramiyesi" veya "kıdem tazminatı" veya "iş sonu tazminatı" alamadıkları yıllar için, Bankadaki emsali T.C. Emekli Sandığı'na tabi personele her bir hizmet yılı için ödenmesi gereken "emekli ikramiyesi" tutarı kadar kıdem tazminatı ödenir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre sözleşmeli personel olarak 399 sayılı KHK kapsamında çalışılan süre için emsali T.C. Emekli Sandığı iştirakçisinin emekli ikramiyesi tutarı dikkate alınmalıdır. 4603 sayılı Yasa'nın sözü edilen hükmü de 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 6. fıkrasındaki düzenlemelerle uyumludur.

Davacının 399 sayılı KHK kapsamında çalıştığı dönemde T.C. Emekli Sandığı Kanunu yerine T.C. Z. Bankası A.Ş. ve T. H. Bankası A.Ş. Mensupları Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı'na tabi olarak görev yapmış olması da bu sonucu değiştirmemektedir. 399 sayılı KHK'nin 12. maddesinde, sözleşmeli statüde çalıştırılan personelin 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

Davacıya sözleşmeli personel olarak çalıştığı süre için sözleşmede öngörülmüş olmasına rağmen işçi statüsünde çalışmasına devam ettiği için iş sonu tazminatının ödenmediği de anlaşılmakla, işverence son olarak emekli olduğu 15.04.2005 tarihi itibarıyla Emekli Sandığı'na tabi emsal bir çalışanın alabileceği emekli ikramiyesi tutarına göre hesaplamaya gidilmesi yerinde bir uygulamadır. Böyle olunca davaya konu fark kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmelidir. Mahkemece, kıdem tazminatı farkı isteğinin kabulü hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/12007
Karar No **:** 2009/31389
Karar Tarihi **:** 12.11.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Noter huzurunda düzenlenen ibranamede, miktar içeren kıdem tazminatını aldığını beyan eden işçinin tespit edilen kıdem tazminatından, bu miktar mahsup edilerek sonuca gidilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem ihbar tazminatı, yıllık izin, ikramiye ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir.

Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorununu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Yargıtay 9.HD. 27.06.2008 gün 2007/ 23861 E, 2008/ 17735 K).

Somut olay yönünden, mahkemece akdin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi halinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek ibranameye itibar edilmemiştir. Dosyada mevcut ibraname noter huzurunda düzenlenmiş olup kıdem tazminatı bakımından miktar içermektedir. Davacı kıdem tazminatı karşılığı olarak 2.700 TL aldığını noter huzurunda beyan ettiğine göre bu miktar tespit edilen kıdem tazminatından mahsup edilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/13374
Karar No **:** 2009/38104
Karar Tarihi **:** 28.12.2009
İlgili Kanun **:** 1475/14

ÖZÜ : ***Mevsimlik işlerde, işçinin çalıştığı sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle mevsimlik çalışan işçinin, askıda geçen süresi kıdemden sayılmaz.***

Sözleşme yapılmamışsa, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinle ilgili hükümler uygulanmaz.

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, hafta tatili, bayram ve genel tatil alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Kıdem tazminatına esas alınması gereken süre taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

İşverene ait bir ya da birkaç işyerinde belli bir süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanuni esaslar dahilinde verilen toplu paraya "kıdem tazminatı" denilmektedir. Kıdem tazminatının koşulları, hesabı ve ödeme şekli doğrudan İş Kanunlarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı, feshe bağlı haklardan olsa da, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda talep hakkı doğmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir.

Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma yönünde yasal koşul, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri ile en az bir yıl çalışma koşulu işçi lehine azaltılabilecektir.

İşçinin işyerinde fiilen çalışmaya başladığı tarih en az bir yıllık sürenin başlangıcıdır. Tarafların iş ilişkisi kurulması yönünde varmış oldukları ön anlaşma bu süreyi başlatmaz. Yine iş sözleşmesinin imza tarihi yerine, fiilen iş ilişkisinin kurulduğu tarih, tazminatına hak kazanma ve hesap yönünden dikkate alınması gereken süreyi başlatacaktır. İşçinin çıraklık ilişkisinde geçen süreler de kıdem tazminatına esas alınacak süre yönünden değerlendirilemeyecektir. Buna karşın deneme süresi, kıdem süresine eklettir.

İşçinin kıdem hakkı bakımından aranan en az bir yıllık süre, derhal fesihlerde feshin bildirildiği anda sona erer. Kural olarak fesih bildirimi muhataba ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Bildirimli fesihler yönünden ise ihbar öneli süreye dahil edilir.

İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.

2822 sayılı Yasanın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.

İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olmalıdır. Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir.

İşçinin alt işverende geçen hizmet süresinin, -işyeri devri ayrık olmak üzere- asıl işverene ait işyerinde geçmiş olarak değerlendirilmesini de mümkün değildir.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi halinde önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem 10 yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin iş sözleşmesi feshedilmediği halde çeşitli nedenlerle kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeler avans niteliğinde sayılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatına hak kazanılması durumunda işyeri ya da işyerlerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre kıdem tazminatı hesaplanmalı, daha önce avans olarak ödenen miktar yasal faiziyle birlikte mahsup edilmelidir. Kıdem tazminatına hak kazanmadığı halde avans adı altında ödemeyi alan ve bu şekilde yararlanan işçi de sonucuna

katlanmalıdır. Dairemizin Kararlılık kazanmış olan uygulaması bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 2008/ 18826 E, 2008/14859 K).

Yargıtay uygulaması, kamu kurum ve kuruluşlarından emeklilik sebebiyle ayrılan işçi yönünden borçlanılan askerlik süresinin de kıdeme esas süreye ekleneceği şeklindedir. İşçinin ölümü halinde de mirasçıların talep edebileceği kıdem tazminatı hesabında borçlanılan askerlik süresinin dikkate alınması gerekir. (Yargıtay HGK. 09.04.2004 gün 2004/ 9- 339 E, 2004/357 K).

Somut olayda; Davacı işçi, dava dilekçesinde; 2000 yılından 23.12.2005 tarihine kadar davalıya ait … Maden İşletmesinde çalıştığını, çalışmasının her yılın Mayıs ayında başlayıp o yılın Aralık ayında bittiğini bildirmiştir. Dosyada mevcut imzalı ücret bordroları ve SSK hizmet döküm cetvelinden de davacının çalışmalarının her yılın Mayıs-Haziran aylarında başlayıp Kasım/Aralık ayında sona erdiği ve bu şekilde aralıklı çalıştığı anlaşılmaktadır. Bilirkişi hesap raporunda; davacının 14.07.2000 ila 23.12.2005 tarihleri arasında Aralıksız 5 yıl 5 ay 9 gün çalıştığı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Bu şekildeki bir hesaplama tarzı, davacının kendi iddiasına aykırı olduğu gibi dosyadaki bilgi ve belgelerle de çelişmektedir. Davacının kendi iddiasına ve dosyada mevcut imzalı ücret bordroları ile uyumlu SSK hizmet döküm cetvelinde görülen çalışma sürelerinin toplamı üzerinden, aralıklı çalışma esasına göre hizmet süresi belirlenip, buna göre dava konusu alacaklar hesap edilip hüküm altına alınması gerekirken mahkemece hatalı bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

2- Davacı işçinin davalıya ait işyerinde mevsimlik çalışıp çalışmadığı davada çözümlenmesi gereken diğer bir uyuşmazlık konusudur.

Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilir.

Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmelerle çalışılmışsa, iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/ son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.

Mevsimlik iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı anlaşmasıyla, belirli süreli yapılmışsa sürenin sona ermesi ile işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin süresinin sona

ermesinden önce feshi ihbarla sona erer. Mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi, tarafların fesih iradesi yok ise, feshedilmiş olmaz. Belirsiz süreli sözleşme ile işe alınan ve mevsimin sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Ertesi yıl mevsim başında işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Fakat davet edildiği halde işbaşı yapmayan işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiş veya işçi tarafından bozulmuş sayılmaktadır.

Mevsime tabi olarak yapılan işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi hizmet edimini, ancak iş mevsiminde ifa etmekle yükümlüdür. Mevsimlik çalışmanın sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan, fakat iş sözleşmesi bozulmamış olan işçi, ertesi mevsim başına kadar işverene hizmet etmek, işveren de ona ücret ödemek zorunda değildir. Bir başka anlatımla, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçları bir sonraki mevsim başına kadar askıya alınmaktadır. Askı döneminde, işçinin iş görme, işverenin ise ücret ödeme borcu ortadan kalkmakta, ancak işçinin sadakat ve kısmen işyerindeki kurallara uyma talimat borçları, işverenin ise gözetme borcu ve eşit işlem borçları devam etmektedir. İşçi mevsim başında işbaşı yapınca, tarafların askıda olan temel borçları yeniden aktif hale gelmektedir. Mevsim sona ermiş olmasına rağmen, iş sözleşmesi bozulmamış olduğu için yeni mevsim başında tarafların tekrar sözleşme yapmalarına gerek kalmaksızın işçinin iş görme edimini ifa, işverenin de işçisine iş verme ve ücret ödeme borçları yeniden yürürlük kazanacaktır.

İşçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı süreler dikkate alınarak ve bu sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır.

İş sözleşmesinin askıda olması, işçinin askı süresi içinde başka bir işverenin emrinde çalışmasına engel değildir. Çünkü işverenin işçisine ücret ödeme borcu, işçinin de iş görme borcu askı süresince yerine getirilmediği için, işçi mevsimlik işe tekrar başlayana kadar, başka bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışabilir. Bu durumda, mevsimlik iş, bir tür yıl bazında kısmi süreli iş özelliğini taşıyacaktır. Ancak işveren farklı olduğunda, işçinin askı dönemine rastlayan kıdemi, mevsimlik olarak çalıştığı işyerindeki kıdemine eklenmez. Eğer mevsimlik işçi, askı süresince aynı işverenin diğer bir işinde çalıştırılıyorsa, o zaman kıdemi birleştirilecektir.

Mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. vd. maddelerinde düzenlenen feshin geçerli sebebe dayandırılması, sözleşmenin feshinde usul, fesih bildirimine itiraz ve usulü ile geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları hükümlerinden yararlanırlar. Buna göre mevsimlik işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması, işyerindeki kıdeminin 6 aydan fazla olması, işveren vekili olmaması ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması halinde, iş güvencesi olarak belirtilen bu hükümlerden yararlanacaktır. İşveren mevsimlik işçinin iş sözleşmesini, ister fiilen çalışılan dönem olsun, ister askıdaki dönemde olsun, geçerli neden olmadan feshedemeyecektir. Bir başka anlatımla işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve geçerli fesih nedenini açıkça belirtmek zorundadır. Belirtmek gerekir ki işçinin, mevsimlik işte mevsim bitiminde iş sözleşmesinin askıya alınması nedeni ile feshin

geçersizliğini ve işe iade istemi olanağı bulunmamaktadır. Zira iş sözleşmesi feshedilmemiş, yeni mevsim başına kadar askıya alınmıştır. Bu olguyu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29/7 maddesindeki düzenleme de doğrulamaktadır. Maddeye göre, mevsim sonu toplu işten çıkarmada, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz hükmü, iş sözleşmesinin feshedilmediği gerekçesine dayanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 maddesi uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz. Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izin hükümlerine dayanarak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz. Hemen belirtmek gerekir ki, 53/3. maddede ki kural, nispi emredici kural olup, işçi lehine bireysel iş sözleşmesi ya da Toplu İş Sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler düzenlenebilir. Bu durumda sözleşmedeki izinle ilgili hükümler uygulanacaktır. Diğer taraftan, bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçinin, mevsim bitimi, mevsimlik iş dışında işverenin diğer işyerlerinde askı süresi içinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir. Aynı işverene ait yazlık ve kışlık tesislerde sezonluk işlerde fakat tam yıl çalışan işçiler de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 ve Yıllık Ücretli izin Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanacaklardır.

Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ve daha sonra devamlılık arz eden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmaz. Ancak bu olgu için işçinin mevsimlik çalıştığı belirtilen dönemde yapılan işin gerçekten mevsime bağlı olarak yapılması gerekir. Yapılan iş mevsimlik değil, ancak işçi aralıklı çalıştırılmış ise, mevsimlik işten söz edilemeyeceğinden, bu sürenin de izin hesabında dikkate alınması gerekir. Uygulamada tam yıl çalışılması gereken ve devamlılığı olan bir işte, işçilerin işlerine 1-2 ay ara vererek bunların mevsimlik işte çalıştıkları birçok olayda gözlemlenmiştir. Tam bir yıldan daha az sürmüş olan böyle bir çalışmada, mevsimlik iş kriterlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan sırf bir yıldan az bir çalışma olduğu için mevsimlik saymak doğru değildir. Bir işyerinde iş kolundaki faaliyeti yılın her dönemi yapılıyor, ancak bazı işçiler yılın belirli bir zamanında çalıştırılmakta iseler, bu işçilerin aralıklı çalıştıkları kabul edilmelidir. Zira yapılan iş, mevsimlik iş değildir. Böyle bir durumda, işçi iş sözleşmesi devam ederken, işin mevsimlik iş olmadığını ve yıllık ücretli izin kullandırılması gerektiği yönünde, tespit istemli dava açabilir. Zira yıllık ücretli izin iş sözleşmesinin feshi ile ücret alacağına dönüşeceği için, eda davası açması olanağı bulunmayan işçinin tespitte hukuki yararı vardır (Yargıtay 9.HD. 10.10.2008 gün 2007/ 27145 E, 2008/26149 K).

Mevsimlik işte çalışan işçilerin, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca, çalıştıkları işyerinin bağlı olduğu iş kolunda kurulu işçi sendikasına üye olabilme hakları bulunmaktadır. Bunun yanında, sendika organlarına seçilme hakları da vardır. Mevsimlik işin sona ermesi ve işçinin iş sözleşmesinin askıya alınması, sendika üyeliğini olumsuz yönde etkilemez. Sendikalar Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca, işçi sendikası üyesi işçinin geçici olarak işsiz kalması sendika üyeliğini kaldırmaz. Ancak işçinin askı döneminde bir başka işkoluna giren işyerinde çalışmaya başlaması halinde sendika üyeliği, aynı yasanın 25/5 maddesi uyarınca sona ereceğinden, işçinin ertesi yıl

mevsim başında eski işyerinde işbaşı yapması halinde yeniden sendikaya üye olması gerekecektir.

Dosya içeriğine göre, davacı işçinin davalıya ait işyerinde mevsimlik işçi olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu olgu davacı işçi ile aynı konumda çalışmakta iken iş sözleşmeleri son bulan ve Dairemiz incelemesinden geçen işçilerin çalışması da mevsimlik kabul edildiğinden yıllık izin ücreti alacak istekleri reddedilmiştir. (Y. 9. HD 15.12.2008 gün ve 2007/29727 E- 2008/33709 K, 21.12.2009 gün ve 2008/13303 E-2009/36183 K).

Davacının, yıllık izin ücreti alacağının 4853 sayılı İş Kanunu'nun 53/3. maddesi gereğince reddedilmesi gerekirken mahkemece kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9.HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/11667
Karar No **:** 2008/4850
Karar Tarihi **:** 14.03.2008
İlgili Kanun **:** 1475/35

ÖZÜ : ***Haftada 3 gün 24 saat nöbet, 48 saat dinlenme şeklindeki çalışma düzenine göre işçi fiilen günde 14 saat çalıştığından, 1475 sayılı Kanun zamanında haftalık 45 saatlik süre aşılmamış olacağından, fazla çalışma söz konusu olmaz.***

DAVA : Davacı, fazla mesai, vardiya primi ile ulusal bayram ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacının dayandığı davalıya ait puantaj kayıtlarına göre tip çalışması mevcuttur. 1475 sayılı Yasa döneminde radyolink istasyonunda 24 saat nöbet 48 saat dinlenme şeklinde gerçekleşen birinci çalışma şeklinde, Hukuk Genel Kurulu'nun dairemizce de benimsenen görüşüne göre bir günlük fiili çalışma süresi 14 saat

olduğundan ve haftada 3 gün çalışılmakla, 45 saat aşılmadığından anılan çalışmasında fazla çalışma söz konusu olmamaktadır. Bu çalışma dönemi için de fazla mesai hesaplaması hatalıdır.

Davacı uzun bir dönem ise birinci gün 08:00-17:00, izleyen gün 17:00-08:00 saatleri arası çalıştıktan sonra 24 saat dinlenmektedir. Anılan çalışmasından bilirkişi raporunda belirlenen günlük ara dinlenmesi süreleri indirildikten sonra her hafta için ayrı ayrı toplam çalışma süresi hesaplanmalıdır. Her hafta çalışılan gün sayısı farklı olduğundan aylık çalışma süresi üzerinden sonuca gidilmesi isabetsizdir.

3- Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre ihtirazi kayıtsız fazla mesai ödenen aylar ile ücreti ödenen genel tatil günleri için anılan alacakların hesaplanması mümkün değildir. Mahkemece davacıya ödenen fazla mesai toplamı hesaplanan alacaktan çıkarılarak kalanının kabulüne karar verilmiştir. Genel tatil alacağında da aynı tarz mahsup işlemi yapılmıştır. Davacının yapılan ödemelere itirazı yoktur. Böyle olunca sadece fazla mesai ücreti ödenmeyen aylar ile ücreti ödenmeyen genel tatil günleri alacakları hesaplanarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24560
Karar No **:** 2008/186
Karar Tarihi **:** 18.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Feshin geçersizliği ve işe iade davasının, asıl-alt işveren ilişkisinde her iki işverene birlikte açılması halinde, alt işveren işçisinin işe iade yükümlülüğü alt işverene aittir. Asıl işveren, iş sözleşmesinin tarafı olmadığından, işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin sadece alt işverenin işe almamasından kaynaklanan tazminat ve ücretten alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı ve davalı F. şirket avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalılar arasında alt-asıl işveren ilişkisi bulunduğunu, aynı işyerinde çalıştığını, davacının iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve işyerine alınmayarak feshedildiğini iddia eden davacı vekili, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden davalıların sorumluluğuna karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı asıl işveren T. şirket vekili, davacının kendi işçileri olmadığı, davalı şirkete husumet yöneltilemeyeceği itirazında bulunurken, diğer davalı alt işveren şirket vekili ise, işe alınmadığı iddiasının doğru olmadığını, izinsiz işyerini terk ettiğini, verilen görevleri yapmadığını, yetersizliği nedeni ile iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davacının F. işçisi olduğu, işyerinin 162 işçi ile TMSF tarafından T. şirketine satıldığı, devirde davacı adı bulunmadığı, iş sözleşmesinin F. şirketi tarafından feshedildiği, davacının iş sözleşmesi feshedilirken savunmasının alınmadığı, feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davalı asıl işveren T. şirketi aleyhine açılan davanın husumet nedeni ile reddine, diğer davalı alt işveren yönünden ise davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem,

kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Somut uyuşmazlıkta, davalılar arasında … Fabrikasının makine ve elektrik bakım ve arızasının yapılması işinin yapılması için sözleşme yapıldığı, davacı işçinin işvereni olan F. Makine şirketinin bu işi üstlendiği, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi olduğu, davacının iş sözleşmesinin davalı alt işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiği de dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının alt işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi yerindedir. Ancak asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olacağı kuralı dikkate alınmadan ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden birlikte sorumlu olduğu gözden kaçırılarak, asıl işveren yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. Davalı alt işveren F. şirketi tarafından gerçekleştirilen **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ ADI GEÇEN İŞVERENİN İŞYERİNE İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı alt işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın her iki davalının birlikte sorumlu olmak kaydı ile miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için davalı alt işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 42,00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalıların yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalılardan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davacı vekiline iadesine, kesin olarak 18.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24595
Karar No **:** 2008/193
Tarihi **:** 18.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Feshe yetkili makamın yönetim kurulu olması, Genel Müdür tarafından gerçekleştirilen feshi geçersiz kılmaz.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşyerinde insan kaynakları müdürü olarak çalışan davacı işçi, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, insan kaynakları müdürü olan davacının iş sözleşmesinin fesih yetkisinin Yönetim Kurulu'na ait olduğunu, davacı tarafından sunulan fesih yazısının imzaya yetkili iki kişinin imzasını taşımadığından dikkate alınamayacağını, davacının istifa ederek ayrıldığını, istifa etmek durumunda kaldığını, zira davacının bir kısım çalışanlara ait vergi iade belgelerini kaybettiği ve zarara neden olduğunun tespit edildiğini, ayrıca işverenden avans çektiği ve uzun süre zimmetinde tuttuğunun anlaşıldığını, ayrıca davacının izne çıkmadığı halde izin ücreti tahakkuku yaparak kendisine menfaat sağladığının belirlendiğini, bu olaylar üzerine işyerinde barınamayacağını anlayan davacının istifa ederek ayrıldığını, haklarını aldığını ve işvereni ibra ettiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, Dernek tüzüğüne göre feshe yetkili makamın Yönetim Kurulu olduğu, davacı tarafından sunulan fesih bildiriminin Genel Müdür imzası taşıdığı, Genel Müdürün fesih yetkisinin olmadığı, davacının da Yönetim Kurulu kararı olmadan feshin geçersiz olduğunu iddia ettiği, Genel Müdür tarafından yapılan işlemin geçersiz olduğu, işveren feshi bulunmadığı, davacının istifa dilekçesi verdiği ve baskı ile alındığını kanıtlayamadığı, iş sözleşmesinin istifa sureti ile davacı tarafından sona erdirildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin istifa suretiyle sona erip ermediği uyuşmazlık konusudur.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, hak sahibine, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır (Oğuzman, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş Akdinin Feshi, İstanbul 1955. s. 41) İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin önelli feshi bildirimin normatif düzenlemesi ise aynı yasanın 17. maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında İş Kanununda işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshetmesi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir.

İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da ihtimal dahilindedir. İşveren sosyal ve ekonomik üstünlüğünü kullanarak, tazminatları ödeme koşulu, benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, işten ayrılma bildirgesinde, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca işveren tarafından feshedildiğinin belirtildiği, davacıya kıdem ve ihbar tazminatının ödendiği, davacı tarafından sunulan ve Genel Müdür imzasını taşıyan fesih bildiriminde, davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin belirtildiği, neden bildirilmediği, davalı tarafından sunulan kayıtlarda ise, işçinin ayrılma dilekçesi ve ibranamede istifa ettiğine dair beyanı bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davalı işveren Dernek niteliğinde olup, feshe yetkili makamın Yönetim Kurulu olması, Genel Müdür tarafından gerçekleştirilen feshi geçersiz kılmaz. Bu olgu iç ilişkiyi ilgilendirmekte olup, Genel Müdürün Dernek ve Yönetim Kurulu'na karşı sorumluluğu içinde çözülmesi gerekir. Genel Müdür işveren vekili konumunda olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan bir kişidir. Aynı madde gereği, Genel Müdürün bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden, doğrudan işveren sorumludur. Genel Müdürün gerçekleştirdiği fesih işleminde işveren sorumludur. Davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiği sabittir. Daha sonra işçiden alınan istifa dilekçesinin sonuca etkisi yoktur. Kaldı ki kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi olgusu ile istifa dilekçesi çelişmiştir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu .... YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre ....YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 18.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/15362
Karar No **:** 2008/11408
Karar Tarihi **:** 05.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı, bu ilişkinin işçinin iş sözleşmesini etkileyip etkilemediği ve feshin son çare ilkesine göre yapılıp yapılmadığı konuları açıklığa kavuşmadan hüküm kurulmamalıdır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, … İstasyon Müdürlüğündeki bazı hizmetleri, İş Kanununa uygun olarak taşeron firmaya devretmesi sonucunda davacı personelden apron işçisi olarak hizmet almak olanaklı olmadığından ve görev yapacakları başka bir ünite de bulunmadığından, davacının iş sözleşmesinin tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, alt işverenlik uygulamasından sonra bir yıl daha çalıştırılan davacının hizmetine neden ihtiyaç duyulmadığı hususunun ispat yükü üzerinde olan davalının usulünce ispatlayamadığı, bununla birlikte feshin son çare olması ilkesine de uyulduğu hususunun davalı işverence kanıtlanmadığı, buna göre feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin T. nin uçuş programı dahilindeki seferleri ile yükümlü olduğu hizmetleri, 07.12.2005 tarihinde … Hava Servisi A.Ş. isimli şirkete devir ettiği; davacının iş sözleşmesinin ise 10.01.2007 tarihinde hizmetlerin taşerona devredildiğinden söz edilerek feshedildiği anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanununda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öğe, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir

anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda öncellikle geçerli feshi kanıtlama yükümlülüğü olan işveren yönünden alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme getirtilmeli, bu sözleşme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesi kapsamında incelenmeli, alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği değerlendirilmeli, verilebilecek işlerden ise söz konusu uygulamanın bir yıl sonra davacının iş sözleşmesini etkileyip etkilemediği, varsa etkilemenin ne şekilde olduğu, bütün bunlardan başka feshin son çare olarak değerlendirilip değerlendirilmediği araştırılmalı, sonucuna göre feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1929
Karar No **:** 2008/20008
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Kanuna uygun ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması halinde, davanın alt işverene de yöneltilmesi ve şayet fesih geçerli nedene dayanmıyorsa işe iade hükmünün alt işveren aleyhine kurulması gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, davalı işverene ait işyerinde çalışmakta iken 21.05.2007 tarihinde geçirdiği iş kazasından dolayı polis karakolunda verdiği ifadeden rahatsız olan işverenin sağlık raporunun sona erdiği gün iş başı yaptığında iş sözleşmesini geçerli neden olmadan feshettiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı D.A.Ş., davacının diğer taşeron firmanın işçisi olduğunu, altı aylık kıdeminin bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı M. Ltd.Şti., usulüne uygun tebligata rağmen duruşmalara katılmamış, yazılı bir cevap da vermemiştir.

Mahkemece davacının çalışmalarının D. A.Ş.'de geçmediği, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun davacı tarafından ispat edilemediği, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile davalı D.A.Ş. hakkında açılan davanın reddine, diğer davalı aleyhine açılan davanın ise kabulüne karar verilmiştir.

Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir. Alt işverene yardımcı iş, ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair bazı istisnalar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa kriterleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüş olmakla kamu işverenleri bakımından

farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur.

Somut olayda, davalı şirket ile alt işveren olduğu belirtilen şahıs arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesi anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı, sözü edilen ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Kanuna uygun ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması halinde, davanın alt işverene de yöneltilmesi ve şayet fesih geçerli nedene dayanmıyorsa işe iade hükmünün alt işveren aleyhine kurulması gerekir. Asıl işveren sadece başlatmama tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarından müteselsilen sorumlu tutulmalıdır. Kanuna uygun olmayan ve aynı zamanda muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu ise, bu durumda davalı şirket hakkında hüküm kurulmalı, işverenlik sıfatı bulunmayan alt işveren hakkındaki davanın ise husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Görüldüğü gibi, husumet ve sorumluluk açısından alt işverenlik uygulamasının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesine uygun olup olmadığının ve muvazaaya dayanıp dayanmadığının araştırılması ve incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, uzman bilirkişi aracılığı ile gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle belirtilen yönlerden araştırma ve inceleme yapılmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42401
Karar No **:** 2008/20147
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Ası işverenl-alt işveren ilişkisinde işe iade hükmünün alt işveren yönünden kurulmaması ve işyerinde kıdemi yaklaşık beş yıl olan işçi lehine işe başlatmama tazminatının gerekçesiz üst sınırdan belirlenmesi hatalıdır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Mahkemece her iki davalı yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı asıl işveren Anonim Şirket avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacının davalı asıl işveren T.' a ait sayaçların okuma hizmetini yürüten diğer davalı alt işveren şirket işçisi olarak çalıştığını, alt işverenlerin değiştiğini, ancak aynı şekilde hizmetine devam ettiğini, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davanın alt işveren Ü. Ldt. Şirket işyerine işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden her iki davalının birlikte sorumluluklarına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davalılar arasında endeks okuma hizmet sözleşmesi bulunduğu, sözleşmenin 5. maddesi uyarınca işin yapılması konusunda kuralların T. tarafından belirlendiği, hizmetin yöneltilmesinde yüklenici firmanın bağımsız hareket etme durumu olmadığı ve aralarında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca asıl- alt işveren ilişkisi bulunduğu, 13.02.2007 tarihli yazı ile davacının bir abonenin sayacını bilerek ve kasten eksik okunduğunun T. tarafından ileri sürüldüğü, ancak kanıtlanmadığı, feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davalı ayırımı yapılmaksızın feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, işe başlatmama tazminatının gerekçesiz davacının 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır, ispat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz.

Aynı Kanunun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt İşverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, pirim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından

kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Diğer taraftan, İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre, davalı T. şirketinin endeks okuma hizmetini ihale yolu ile temin ettiği, bu işi alan yüklenici firmaların değiştiği halde, davacının işi alan bu firma işçisi olarak sayaç okuma görevini yaptığı, endeks okuma hizmetinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi anlamında alt işverenlere verilen işlerden olduğu, dolayısı ile davalılar arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu anlaşılmaktadır. Esasen bu mahkemenin de kabulündedir. Ayrıca ispat yükü kendisinde olan davalılar feshin haklı ve geçerli nedene dayandığını kanıtlamadığından, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi de isabetlidir.

Ancak asıl-alt işveren ilişkisinde işe iade hükmünün alt işveren yönünden kurulmaması ve işyerinde kıdemi yaklaşık beş yıl olan davacı işçi lehine işe başlatmama tazminatının gerekçesiz üst sınırdan belirlenmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. Davalı alt işveren tarafından gerçekleştirilen **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ ALT İŞVEREN Ü. LDT. ŞTİ İŞYERİNE İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı alt işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın her iki davalının birlikte sorumlu olmak kaydı ile miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için davalı alt işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalıların yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalılardan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davacı vekiline iadesine, kesin olarak 14.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/19597
Karar No **:** 2008/20184
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. Maddesine göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre, yerinde bulunmayan ve sebepleri bildirilmiş olmayan bozma isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA,** 14.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

MAHKEME KARARI

İSTEK : Davacı vekili, 26.01.2007 tarihinde vermiş olduğu dilekçesinde; müvekkilinin davalı işyerinde çalışırken iş akdinin haksız ve mesnetsiz olarak feshi sebebiyle işe iadesine, işe iade kararı verilmesi halinde, işe iade edilmediği takdirde tüm yasal tazminatlarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

CEVAP : Davalı vekili 17.05.2007 tarihli cevap dilekçesinde haksız ve mesnetsiz açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

GEREKÇE : Davacı tanıkları, davacıların İ. Ulaşım işyeri adına tramvay ve metro gişelerinde taşeron firmalarda çalıştığını, bu firmalar belirli aralıklarla ihaleye girip ihale işi aldıklarını, başka firmalar işi aldığında işte değişiklik, olmadığını, işyerinde İ. Ulaşım işçileri ile taşeron işçilerinin aynı hizmeti verdiklerini, 2004 yılından sonra sendikal örgütlenmeye gidildiğini, ihaleyi alan şirketin 20-25 işçi çıkardığını, en son davacıları da işten çıkardıklarını beyan etmişlerdir.

Davalı vekiline kesin mehil verilmesine rağmen ara kararını yerine getirmeyerek tanık dinletmemiştir.

Dosyada davacının … İş Sendikası adına dava açması için yetki belgesi verdiği saptanmış, dosya içeriğinden dava koşullarının oluştuğu, davanın süresinde açıldığı anlaşılmış, her ne kadar davacının belirli süreli iş sözleşmesine tabi çalıştığı ileri sürülmüş ise de belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığına dair yazılı bir sözleşme dosyaya

ibraz edilmediği, İş Kanunu'nun 11/b maddesine göre geçerli, gerekli objektif nedenlerin varlığı ileri sürülüp kanıtlanamadığı kabul edilmiş, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği kabul edilmiştir.

İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. İş sözleşmesinin feshine ilişkin yazılı fesih bildirimi ibraz edilmemiş, işverenin 4857 sayılı Yasanın 19. madde koşullarına uygun davacının iş akdini feshetmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmiş, davalı vekili İ. Ulaşım A.Ş. nin taşeron firma ile sözleşme imzaladığını, işçilerin A. A.Ş. nin işçisi olduğunu, işveren konumunda olmadıklarını, müvekkili şirketle hizmet akdi bulunmadığını, 4857 sayılı Yasanın 2. Maddesine 12.07.2006 tarihinde bazı fıkralar eklenerek değiştirildiğini, davacı işçinin müvekkili şirkete karşı dava açamayacağını savunmuş, 4857 sayılı Yasanın 2. Maddesinin 6. Fıkrasında asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilebileceği, 7. Fıkrasında ise asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği kabul edilmelidir.

Bu olgular nazara alınarak İş Kanunu'nun 2/6. Maddesindeki sınırlamaya uygun olmayan işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemeyeceğinden, sözleşmenin İş Kanunu'nun 2/6. Maddesine aykırı olduğu kabul edilmiştir. 4857 sayılı Yasanın 19. Madde koşullarına uygun fesih yapılmadığı nazara alınarak; feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesi ile aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir.

HÜKÜM : Yukarıda açıklanan nedenlerle;
1- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE, DAVACININ İŞE İADESİNE,**
2- Davacının yasal süre içinde başvurmasına rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi nazara alınarak takdiren 5 aylık brüt ücret üzerinden belirlenmesine,
3- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğinin tespitine,
4- 14,00 YTL ilam harcından peşin alınan 13,10 YTL mahsubu ile 0,90 YTL harcın davalıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına,
5- 500,00 YTL maktu vekâlet ücretinin davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine,
6- 60,00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine,
7- Taraf vekillerinin yüzüne karşı Yargıtay yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup açıkça anlatıldı. 14.03.2008

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/23429
Karar No **:** 2008/20721
Karar Tarihi **:** 21.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Fesih tarihinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermiş ise, birlikte sorumluluktan söz edilemez.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı belediye, davacının çöp ve temizlik işlerini ihale ile üstlenen davalı firmanın işçisi olduğunu, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini, ayrıca davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı A.G. davalı belediyenin temizlik işlerini ihale ile üstlendiğini ve 01.07.2007 tarihi itibariyle işi yapmaya başladığını, davacının işe alınmasına belediyenin karar verdiğini, ihale süresinin 6 ay olduğunu, ihale süresi bitince davacının sigorta çıkışını yaptığını, çalışma koşullarının davalı belediye tarafından belirlendiğini, ücret bordroları, devam çizelgeleri ve puantaj cetvellerinin belediye yetkilileri tarafından düzenlendiğini, yanında çalışan bir kısım işçilerin güvenlik görevlisi, kepçe operatörü, duvar ustası, zabıta ve masa başında çalıştığını, davacının tüm işçilik alacaklarının kendisi tarafından ödendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu, alt işverenlerin zamanla değiştiği, son olarak davalı A. G.'nun alt işveren olarak davacıyı davalı belediye başkanlığı işyerinde çalıştırdığı, davacının önceki alt işverenler nezdinde geçen çalışma süresi de dikkate alındığında altı aylık kıdemini doldurduğu, davacının zincirleme sözleşmelerle çalıştırıldığı, dolayısıyla sözleşmenin belirsiz hale geldiği, alt işverenlik sözleşmesinin 10.maddesinde sözleşmenin 6 aylık olduğu belirtilmesine rağmen davacı ile yazılı bir sözleşme yapılmadığı, feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan

yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Feshin geçersizliği ve işe iade davalarında asıl işveren ile alt işverenin yukarıda belirtilen birlikte sorumlulukları fesih tarihinde ilişkinin devamına bağlıdır. Başka bir anlatımla, fesih tarihinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona ermiş ise birlikte sorumluluktan söz edilemez. Somut olayda, davalı alt işveren, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte alt işverenlik ilişkisinin mevcut olmadığını ileri sürmüştür. Dosyada mevcut Hizmet Alımları Tip Sözleşmesinde sözleşmenin 01.07.2007-01.01.2008 tarihleri arasında geçerli olduğu belirtilmiştir. SSK kayıtlarında iş sözleşmesinin 31.12.2007 tarihinde sona erdiği görülmekte ise de, davacı işçi iş sözleşmesinin 15.01.2008 tarihinde feshedildiğini ileri sürmüştür. Hizmet alımı sözleşmesinin bittiği tarihten sonra davacının aynı işyerinde ara vermeden çalışmasına devam edip etmediği, iş sözleşmesinin hangi tarihte feshedildiği, hizmet alım sözleşmesinin bittiği tarih ile iş sözleşmesinin feshedildiği iddia edilen tarih arasında alt işverenlik ilişkisinin devam edip etmediği dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Yazılı fesih bildiriminde bulunulmadığı için iş sözleşmesinin kim tarafından feshedildiği de belirlenememektedir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte alt işverenlik ilişkisi fesih tarihi itibariyle devam etmiyorsa davalı A. G.'nun feshin geçersizliği ile işe iadeden sorumluluğu düşünülemez. Böyle bir durumda anılan davalı hakkında açılan davanın reddine karar verilmelidir. Şayet fesih tarihi itibariyle davalılar arasında alt işverenlik ilişkisi mevcut ise şimdiki gibi hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1874
Karar No **:** 2008/25044
Karar Tarihi **:** 25.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : İşverenler arasındaki kira sözleşmesinin muvazaalı olduğu, üretime yönelik asıl işlerin kiracı konumundaki işverenin işçilerince yapıldığı anlaşıldığından, işveren sıfatı bulunmayan tarafın işe başlatmama tazminatı ve en çok 4 aylık ücret ve diğer haklardan sorumlu tutulmuş olması hatalıdır.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, davalılara ait işyerinde 20.09.2005 tarihinde işe başladığını, iş sözleşmesinin işverence sendika üyesi olduğunun öğrenilmesi, sigorta girişinin yapılması konusunda ısrarcı olması ve SSK müfettişlerinin işyerine baskın düzenlemesi ve ödenmeyen ücretlerin talep edilmesi nedenleri ile 06.04.2006 tarihinde feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı S. A.Ş., davacının kiracıları durumunda olan davalı U. Ltd. Şti. nin işçisi olduğunu, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı U. Ltd.Şti., davacının altı aylık kıdem süresini doldurmadığını, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile haklı olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece tanık anlatımlarına göre davacının 20.09.2005-06.04.2006 tarihleri arasında fiilen çalıştığı, toplanan deliller, yapılan keşif ve diğer belgelere göre işyerinde sigortasız çalıştırılması uygulamasının halen devam etmekte olması ve yine evrak üzerinde muvazaalı şekilde kurularak kanuna karşı hile yolu ile çalışma uygulamasının var oluşu gerçeği de dikkate alındığında her iki davalı şirketin ayrı ayrı şirketler olmayıp U. şirketinin kayıtlar üzerinde şirket olarak gösterildiği, her iki şirket arasında irtibat olduğu ve her iki şirket arasında muvazaa bulunduğu, davacının sigortasının yapılmasını ve ücretlerinin ödenmesini talep ettiği için iş sözleşmesinin feshedildiği, feshin sendikal nedene dayandığının kanıtlanmadığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı işçinin 20.09.2005-06.04.2006 tarihleri arasında çalıştığı, iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmadan feshedildiği dosya içeriğinden anlaşıldığından, davalı S. A.Ş.'nin bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak, dosyadaki bilgi ve belgelere, mahkemece yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporuna, dinlenen tanık anlatımlarına göre davalılar arasındaki kira sözleşmesinin muvazaalı olduğu, davalı S. A.Ş.nin üretime yönelik asıl işlerini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesine aykırı olarak diğer davalı şirkete yaptırdığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı işçinin gerçek işvereni davalı S. A.Ş. olup, davacı işçi bakımından işveren sıfatı bulunmayan diğer davalı hakkında davanın husumet yönünden reddi gerekir. Mahkemece davalılar arasındaki kira sözleşmesi ilişkisinin muvazaaya dayandığı kabul edilmesine rağmen davalı U. Ltd. Şti.'nin işe başlatmama tazminatı ve davacının çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklardan sorumlu tutulmuş olması hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası hükmünce bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin 15.10.2007 gün ve 898-779 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- Davalı U. Ltd. Şti. hakkında açılan davanın **HUSUMET YÖNÜNDEN REDDİNE,**
3- Davalı S. A.Ş.hakkında açılan **DAVANIN KABULÜ İLE,**
a) **İŞVERENCE YAPILAN FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
b) Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
c) Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
d) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
e) Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
f) Davacı tarafından yapılan 38,80 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalı S. A.Ş.nin yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
4- Husumetten reddedilen dava nedeni ile 500,00 YTL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı U. Ltd. Şti.'ne verilmesine,
5- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak oybirliğiyle 25.09.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/31406
Karar No **:** 2008/25286
Karar Tarihi **:** 06.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin en önemli unsuru bağımlılık ilişkisidir. İşçinin işyeri kayıtlarında görünmemesi aradaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığı anlamına gelmez. İşçinin, işveren emir ve talimatı ile iş görme edimini yerine getirdiği ve banka ekstresine göre aylık ücret aldığı anlaşıldığından, aradaki ilişki iş ilişkisidir.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, ödenmeyen ücret ve kullandırılmayan yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, görevsizlik kararı vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi 2003 yılında davalı işyerinde Kalite Kontrolörü olarak işe başladığını, kimi zaman işveren aracı ile kimi zamanda kendi aracı ile malzeme sevkiyatı yaptığını, sevk irsaliyelerinde imzası olduğunu, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini, son iki aylık ücretinin ödenmediğini, izin kullanmadığını belirterek, ihbar ve kıdem tazminatı ile ödenemeyen ücret ve kullandırılmayan yıllık ücretli izinleri karşılığı ücret alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı şirket yetkilisi, kalite kontrol için işe alındığının doğru olduğunu, kendi veya şirket aracı ile şirket malzemelerini firmalara irsaliye karşılığı teslim ettiğini, davacının alkol aldığını ve şirketin aracı ile kaza yaptığını, zararı ve trafik cezasını ödediklerini, ehliyetine el konduğunu, kendisinin affını isteyip işten ayrıldığını beyan etmiştir.

Mahkemece, özellikle BÇM İş Müfettişi raporuna itibar edilerek davacının işyeri kayıtlarında bulunmadığı, kendi nam ve hesabına çalıştığı, taraflar arasında iş ilişkisi olmadığı, iş mahkemesinin görevli olmadığı gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

Ücret, emek ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır. İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Ayrıca iş sözleşmesinde, kural olarak işle ilgili gerekli alet ve malzemeyi işveren temin etmek zorundadır. Ancak işverenin rızası ile bu alet ve malzemeleri işçi de temin edebilir. Alet ve malzemelerin işçi tarafından temin edilmesi, iş ilişkisini ortadan kaldırmaz.

Dosya içeriğine göre her ne kadar kayıtlarda görünmese bile aylık ödeme gösteren banka ekstresi, davalı şirket yetkilisi beyanı, trafik ceza tutanağına göre

davacının kalite kontrol görevi ile bazen kendi aracı, bazen de davalı şirketin aracı ile belirli bir süre çalıştığı sabittir. Davalı şirket yetkilisi davacının kendi nam ve hesabına çalıştığına ve eser sözleşmesi bulunduğuna dair herhangi bir sözleşme sunmamıştır. Davacının davalı işyeri kayıtlarında görünmemesi aradaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığı anlamına gelmemelidir. Davacının işverenin emir ve talimatı ile kalite kontrol görevi ile işyerinden diğer firmalara sevk edilen malzemelerin sevk irsaliyelerini düzenlediği, işverenden talimat aldığı, iş sözleşmesinin en önemli unsuru olan bağımlılık unsurunun davalı işveren yetkilisinin beyanına göre gerçekleştiği, davacının belirli bir süre içinde iş görme edimini yerine getirdiği ve banka ekstrelerine göre aylık ücret aldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bu konuda davacının bildirdiği tanıkların dinlenmemesi de usuli eksikliktir.

Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, taraflar arasındaki ilişki, iş ilişkisidir. Taraflar işçi ve işverendir. İstekler 4857 sayılı İş Kanunu'ndan doğmaktadır. Uyuşmazlığın 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. İşin esasına girilerek uyuşmazlığın çözümü yerine yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/29878
Karar No **:** 2008/34630
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Sözleşmeli personel statüsünde Trafik kontrol elemanı olarak çalışan ile işveren arasında İş Kanunu kapsamında iş ilişkisi bulunmadığından, uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı kurumda deniz trafik kontrol elemanı olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 4/B maddesi kapsamında çalıştırıldığını belirten davacı, sözleşmenin feshi nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının sözleşmeli personel statüsünde olduğunu ve idari yargının görevli olduğunu, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını savunmuştur.

Mahkemece davacının sözleşmeli personel statüsünde çalıştığı kabul edilmesine rağmen, hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Bir kişinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca ihbar tazminatına ve aynı yasanın 120. maddesi yollaması ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanması için, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 1/1 maddesi ve 2/1 maddesi kapsamında iş sözleşmesi ile çalışması gerekir. Zira anılan yasanın 1. maddesinin 1. fıkrasında "Bu Kanunun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek" olduğu belirtilirken, 2. maddesinin 1. fıkrasında da işçi, işveren ve iş ilişkisi tanımlanarak, "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkinin ise iş ilişkisi" olduğu açıkça ifade edilmiştir. İş sözleşmesi tarafların karşılıklı serbest iradesi ile kurulan bir iş ilişkisidir. Taraflardan birinin serbest iradesinin bulunmadığı durumda iş ilişkisinden söz edilemez.

Davalı kurumun normatif dayanağını oluşturan 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek 3 maddesinde göre "Denizcilik Müsteşarlığında müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, 1 inci hukuk müşaviri, genel müdür yardımcısı, müsteşarlık müşaviri, daire başkanı, hukuk müşaviri, bölge müdürü, bölge müdür yardımcısı, gemi sorvey kurulu başkanı, liman başkanı, gemi sorvey kurulu uzmanı, denizcilik uzmanı, şube müdürü, uzman, mühendis, kaptan, istatistikçi, matematikçi, fizikçi, biyolog, mütercim, çözümleyici, programcı ve denizcilik uzman yardımcısı kadroları karşılık gösterilmek kaydıyla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın Maliye Bakanlığı'nın da görüşü alınarak, sözleşmeli personel istihdam edilebilir. Bu suretle çalıştırılacakların sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ile her çeşit ödemeler en yüksek Devlet memurunun aldığı maaş ikramiye, fazla mesai, tazminat, yan ödeme ve benzeri parasal ödemeler toplamını geçmeyecek şekilde Bakanlar Kurulu'nca tespit edilir. Sözleşme ile çalıştırılacak personel, istekleri üzerine T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler.

Anayasa'nın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde hükmüyle, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin iş hukuku kurallarına bağlı bulunan işçilerden farklı olarak statü hukuku içinde yer almaları esası benimsenmiştir. Nitekim bu esasa uygun olarak sözleşmeli personele ilişkin düzenleme

yapan çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde sözleşmeli personelin işçi statüsünde olmadığı belirtilmiştir.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesine göre sözleşmeli memur "Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığı'nın görüşleri alınarak Bakanlar Kurulu'nca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri" olarak tanımlanmıştır.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5/c maddesinde, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekle idari mahkemelerin görevli olduğu hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, sözleşmeli personel ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde, idari sözleşmelerin; kamu tüzel kişileri tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile tek yanlı olarak düzenlenen, yazılı, tip sözleşmeler olduğu belirtilmekte, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarında da idari sözleşmelerle ilgili hususlardan doğan anlaşmazlıkların idari yargı yerinde çözümleneceği vurgulanmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta trafik kontrol elemanı olan davacının 491 sayılı KHK.'nin Ek 3. maddesi uyarınca sözleşmeli personel olarak çalıştırıldığı, bu şekilde atandığı, davalı ile davacı arasında 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında iş ilişkisi bulunmadığı, idari sözleşme ile çalıştığı ve uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabul edilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41361
Karar No **:** 2008/34689
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde muvazaanın belirlenebilmesi için, daha önceki yıllarda bu yönde verilen karar bulunup bulunmadığı araştırılmalı, alt işveren işçilerinin tümünün ve davacının somut olarak işe girdiği tarihten fesih tarihine kadar hangi işte çalıştırıldığı, yaptığı işin sözleşme ile üstlenilen, değilse yardımcı veya asıl iş olup olmadığı, bu işte çalıştırılmasının geçici veya süreklilik***

gösterip göstermediği somut olarak belirlenmeli, davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisi, muvazaa, işçi temini kavramları yönünden değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı B. şirketine ait işyerinde ve onun talimatı altında, yemek ve servis yardımlarından yararlandığını, taşeronlar değiştiği halde aynı şekilde belirsiz süreli olan iş sözleşmesi ile ve davalı B. işçileri ile aynı işte çalıştığını, ancak diğer davalı şirket üzerinde temizlik işçisi olarak gösterildiğini, tüm işçilik araçlarının B. tarafından temin edildiğini, talimatları ondan aldığını geçerli neden olmadan feshedildiğini iddia eden davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı B. şirket vekili, davacı ile aralarında iş ilişkisi olmadığını, davacının ihale ile iş alan taşeron firma işçisi olarak çalıştığını, husumet yöneltilemeyeceğini, ihale bitimi iş sözleşmesinin sona erdiğini savunurken, diğer davalı C. şirket vekili ise, davacının B. işyerine işe iadesine istediğini, kendilerine husumet yöneltilemeyeceğini, muvazaa olmadığını, davacının iş sözleşmesinde görevinin belli olduğunu, ihale bitimi ile yeni işyerine nakledildiğini, ancak davacının nakli kabul etmediğini, feshin haklı nedene dayandığını, iki ayrı işverene dava açılamayacağını beyan etmiştir.

Mahkemece davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu, davacının alt işveren işyerine işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden davalı asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu olması gerektiğine dair kararı Dairemizin 25.02.2008 gün ve 6585-2174 sayılı ilamı ile "Davacı işçi davalı B. ile Genel Temizlik Hizmetlerini ihale alan ile şirket arasındaki sözleşmesinin muvazaalı, bu nedenle asıl ve gerçek işverenin davalı olduğunu iddia etmiştir. Alt işverenlerin değişmesi, davacının B. şirket yetkililerinden talimat alması, adı geçen şirketin yemek ve servisinden yararlanması, 2005 yılındaki fesihlerdeki emsal davalarda muvazaa kabul edilmesi, tek başına davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu göstermez. Bu olgunun açıklığa kavuşturulması için davalılar arasındaki sözleşme ve ekleri incelemeye tabi tutularak ve işyerinde uzman bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak, ihalenin hizmet alımına mı, yoksa işçilik teminine mi yönelik olduğu, hizmet temini ise verilen işin asıl-yardımcı iş olup olmadığı, davacının ihaleye konu edilen hizmet dışında asıl işte çalıştırılıp çalıştırılmadığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen maddesi kapsamında araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır" gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiştir.

Bozma sonrası işyerinde keşif yapılmış ve öğretim üyesi bilirkişi raporuna itibar edilerek, davalılar arasındaki sözleşmenin konusu esasen temizlik hizmetlerinin alımı şeklinde olmakla birlikte, davacıların yaptığı iş itibari ile işçi temini şeklinde uygulama yapıldığı, temizlik işinin alt işverene verilmesine yasal bir engel olmadığı, ancak eleman temini nedeni ile davacının başlangıçtan beri asıl işveren B. işçisi sayılması gerektiği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve davacının B. şirket işyerine işe iadesine, diğer davalı yönünden ise reddine karar verilmiştir. Ancak aynı yer 1. ve 2. İş Mahkemelerine aynı tarihte iş sözleşmesi feshedilen işçilerin açtığı davada bozma sonrası avukat bilirkişiden alınan rapora itibar edilerek davalılar arasındaki asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı sonucuna varılmış ve kararlar çelişmiştir.

Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda, davalılar arasındaki sözleşmenin temizlik hizmeti ile ilgili olduğunu, yardımcı iş olması nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca kurulan asıl-alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olduğunu, ancak alt işveren işçilerine yaptırılan işin sözleşme konusu temizlik işi olmayıp, bazı yardımcı işler (sekreter, çay ocağı görevlisi, traktör şoförü gibi) yanında asıl işe dahil olan (idari binada gaz ölçümü görevinde) işlerde çalıştırıldıkları, bu nedenle sözleşmenin işçi teminine yönelik olduğu, davacı işçinin başlangıçtan beri asıl işveren B. işçisi sayılması gerektiği" şeklinde tespitlere yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Bu maddeye göre, "bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar alt işveren olarak belirtilmektedir. Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının alt işverene verilen yardımcı iş, temizlik hizmeti dışında diğer bir yardımcı işte veya asıl işin bir bölümünde çalıştırıldığı tespit edilmiş, ancak somut olarak davacının işe girdiği tarihten bu yana hangi yardımcı veya asıl işte çalıştırıldığı, bu çalıştırmanın geçici veya sürekli olup olmadığı açıklığa kavuşmuş değildir. Ayrıca davalılar arasındaki sözleşmenin işçi teminine yönelik olduğu değerlendirmesine de, alt işverenin belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olup olmadığı yönünde araştırılma yapılmadan varılmıştır.

Diğer taraftan, davalılar arasındaki ilişkinin çok öncelere dayandığı, sözleşmelerin birden fazla yenilendiği, değişik hizmet alımları için anlaşmanın birçok işyerini kapsayacak şekilde yapıldığı, önceki yıllarda alt işveren işçilerinin açtığı davalar olduğu dosya içeriğinde anlaşılmaktadır. Bu konuda da gerekli araştırma ve inceleme yapılmamıştır.

Özellikle aynı nedenle dava açan işçilerin açmış olduğu davada verilen çelişkili karar da dikkate alınarak, daha önceki yıllarda bu yönde verilen karar bulunup bulunmadığı araştırılmalı, alt işveren işçilerinin tümünün ve davacının somut olarak işe girdiği tarihten fesih tarihine kadar hangi işte çalıştırıldığı, yaptığı işin sözleşme ile üstlenilen, değilse yardımcı veya asıl iş olup olmadığı, bu işte çalıştırılmasının geçici veya süreklilik gösterip göstermediği somut olarak belirlenmeli, davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisi, muvazaa, işçi temini kavramları yönünden yukarıdaki açıklamalara göre yeniden değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/15531
Karar No : 2009/1087
Karar Tarihi : 03.02.2009
İlgili Kanun : 4857/2

ÖZÜ : ***İki alt işveren nezdinde aralıksız çalışan işçinin alacakları ile ilgili durumu incelenirken; işyeri devri, hizmet akti devri, geçici iş ilişkisi veya bu iki alt işverenin şirketleri arasında organik bağ olup olmadığı konularına açıklık getirilmeden hüküm kurulamaz.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılar avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi 2004 yılında dava dışı T. İletişim A.Ş. işçisi olarak çalışmaya başlamış, bir yıl sonra davalı T. Telekomünikasyon A.Ş. işçisi olarak çalışmasına devam etmiştir. Mahkemece, tanık beyanlarına göre davacının aynı alt işveren yanında sürekli çalıştığı gerekçesiyle her iki işverende geçen süreler birleştirilerek asıl işveren ve alt işveren bakımından birlikte sorumluluğa dair hüküm kurulmuştur.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davalı T. Telekomünikasyon A.Ş. ile T. İletişim A.Ş. ayrı yerlerde kurulu ve faal durumdadır. Adı geçen şirketler arasında işyeri devri olup olmadığı araştırılmış değildir. Yine belirtilen şirketlerle davacı işçi arasında hizmet akti devri veya geçici iş ilişkisi tesis edilip edilmediği de araştırılmamıştır. Şirketlerin aynı asıl işverenden iş alıp almadıkları da belirlenmeli ve sözü edilen şirketlerin ortak yapısı ve faaliyet alanları da tespit olunarak aralarında organik bağ olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Davacı vekilinin temyiz dilekçesi ekinde sunmuş olduğu onama kararının tarafı davalı işveren olmayıp, dava dışı T. iletişim Anonim Şirketidir. Konuyla ilgili olarak eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/33883
Karar No **:** 2009/1887
Karar Tarihi **:** 10.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : İşçinin, işyeri müşterilerini evlerine getirip götürme işini kendisine ait araçla yapmış olması ve bu eylemi işverene bağımlı şekilde yerine getirmesi durumunda, ücretinin üçüncü şahıs konumundaki müşteriler tarafından ödenmesinin iş ilişkisinin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalıya ait işyerinde iş sözleşmesiyle çalıştığını ve haksız olarak sözleşmesinin sona erdirildiğini ileri sürerek, ihbar ve kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacakları için bu davayı açmıştır.

Davalı ise arada iş ilişkisinin olmadığını, davacının işyeri önünde kendisine ait araçla beklediğini ve bazı işyeri müşterilerini evlerine götürdüğünü, bu kişilerden ücretini aldığını savunmuştur.

Mahkemece davacı tarafa hizmet tespiti davası açmak için kesin süre verilmiş, davacı taraf süresi içinde hizmet tespiti davası açmamıştır. Mahkemece davacının iş sözleşmesiyle çalıştığının kanıtlanamadığından da söz edilerek kesin süreye rağmen hizmet tespiti davası açılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü süresi içinde davacı temyiz etmiştir.

Davalıya ait işyerinin oyun salonu ve cafe olarak işletildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı, davalı tarafından verilen alışveriş, banka işlemleri ve güvenlik işinde çalıştığını belirtmiştir. Davalı ise, davacının işyeri karşısında kendisine ait bir araçla beklediğini ve bazı işyeri müşterilerini evlerine bıraktığını parasını müşterilerden aldığını açıklamıştır.

Davacı tanıklarından biri 4 yıl, diğeri 1,5 yıl süreyle davalıya ait işyerinde çalışmış olup, davacının da aynı dönemde işçi olarak işyerinde çalıştığını açıklamışlardır.

Davalı tanıkları ise, davacıyı işyerinde çalışırken görmediklerini ancak işyeri kapısının önünde durup geleni gideni karşıladığını ve özel aracıyla parası mukabilinde müşterileri de taşıdığını belirtmişlerdir.

Mahkemece emekli Sosyal Sigortalar Kurumu müfettişi bilirkişiden rapor alınmış, davacının davalı ve babasının birlikte işlettikleri işyerinde 2 yıl 19 gün, davalının tek başına işlettiği işyerinde ise 2 yıl 7 ay 12 gün çalıştığı yönünde görüş bildirilmiştir. Bilirkişi raporunda bordro tanıklarının beyanlarına göre tespit yapıldığı belirtilmiştir.

Yapılan bu açıklamaların ardından öncelikle belirtmek gerekir ki, kesin süreye rağmen hizmet tespiti davası açılmadığı gerekçesiyle davanın reddi yerinde değildir. İşçinin işçilik alacaklarını talep ettiği bu davada sigortasız olarak çalıştığı dönemlerin belirlenerek işçilik alacaklarının buna göre hesaplanmasını talep hakkı bulunmaktadır.

Dosya içeriğine özellikle işyerinde çalışmış olan davacı tanıklarının beyanlarına göre, davacının işverence verilen işleri yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Yine davalı tanıkları, davacının işyeri girişinde müşterileri karşılayıp uğurladığını, kendisine ait araçla müşterileri bazen evlerine bıraktığını beyan etmiş olmakla taraflar arasında iş ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır. İşçinin iş görme edimini yerine getirdiği, işverene bağımlı olarak çalıştığı dosya içeriği ile sabit olmuştur. Davacının, işyeri müşterilerini evlerine getirip götürme işini kendisine ait araçla yapmış olması durumunda dahi, bu eylemi işverene bağımlı şekilde yerine getirdiği, ücretinin üçüncü şahıs konumundaki müşteriler tarafından ödenmesinin iş ilişkisinin geçerliliğini etkilemeyeceği dikkate alındığında mahkemece verilen red kararının hatalı olduğu sonucuna varılmalıdır. Dosya içinde bulunan bilirkişi raporları bir değerlendirmeye tabi tutularak davaya konu işçilik alacakları konusunda bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33290
Karar No **:** 2009/2942
Karar Tarihi **:** 19.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***İşletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme şartları gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olur.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı ile izin ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında temel uyuşmazlık davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile

teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir. Alt işverene yardımcı iş, ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/33977 E, 2008/ 28424 K.)

Somut olayda, davacı elektrik enerjisi üretimi yapılan … Termik Santrali 'nde elektrik üretiminde kullanılan ve kömür ile çalışan tribünlerin (değirmenlerin) bakım

işinde çalışmıştır. Davalı işyerinde değirmen, transport, periyodik yağlama, kinci, elek, izalesyon, sıhhi tesisat bakımı ve onarımı işi ihale sözleşmeleri neticesinde uzun yıllardır alt işveren şirketler eliyle yürütülmüş davacıda bu şirketlerin işçisi olarak ihale ile iş alan şirketler değişmesine rağmen ara vermeden termik santralde çalışmasını sürdürmüştür. Davacının, davalı işletmenin ihtiyaç duyduğu elaman istihdamının en ucuz şekilde temin amacıyla muvazaalı olarak asıl işleri taşeron şirketlere verdiği iddiası mahkemece gerekçe gösterilmeksizin reddedilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. 'ncı fırkası gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öğe, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren " işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır. Bu sebeple mahkemece üniversite öğretim üyelerinden seçilecek 3 kişilik bilirkişi heyeti marifetiyle mahallinde keşif yapılarak alınacak raporla alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği tespit edilmeli, muvazaa iddiası her türlü şüpheden uzak bir şekilde dosyada mevcut tüm delillerle birlikte alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme ve teknik şartnamelerde göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilerek açıklığa kavuşturulmalıdır. Yazılı şekilde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/21617
Karar No **:** 2009/7741
Karar Tarihi **:** 23.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Asıl işveren-alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, asıl işveren gerçek işveren olduğundan, feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafıdır.***

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacının 1975 yılında P.' ta çalışmaya avukat olarak işe başladığını; özelleştirme sonucu davalı P. hukuk bölümünde asli işte çalışmasına ve

vekâlet sözleşmesi imzalanmasına rağmen, diğer temizlik işlerini ihale ile alan şirket çalışanı olarak gösterildiğini, asli işte çalıştığını, davalılar arasında muvazaalı işlem yapıldığını, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek; feshin geçersizliğine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı P. vekili, husumet itirazı ile davacının diğer şirketin işçisi olduğunu, müvekkil şirkete dava açılamayacağını, feshin geçerli nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunurken, diğer davalı PA. şirket vekili, şirketin alt işveren olduğunu ve asıl işveren P.'ın ihtiyaç vs isteği doğrultusunda davacıyı istihdam ettiğini, davalı şirketin faaliyet alanının temizlik işi olduğunu, davacının görevine uygun istihdam edileceği bir kadro bulunmadığını beyan etmiştir.

Mahkemece, davacının avukat olarak davalı P. işyerinde asli işte çalıştığı, P. ile diğer davalı şirket arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu, davacının başlangıçtan beri P. işçisi olduğu, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğinin kanıtlanmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilerek, her iki işveren aleyhine hüküm kurulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin, alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek ait işverenlere verilemez."

Bu maddeye göre, "bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar alt işveren olarak belirtilmektedir. Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse,

kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, feshin geçersizliği ve işe iade davasının tarafı asıl işveren olmalıdır. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmadığından, taraf sıfatı olmayacaktır.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinin bulunduğu bir davada, her iki işverene birlikte açılması ve işverenler arasındaki ilişkide muvazaa bulunmaması halinde ise, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde iş sözleşmesinin tarafı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır. (Dairemizin 09.06.2008 gün ve 2007/40942 Esas, 2008/14420 Karar sayılı ilamı).

Dosya içeriğine göre, davacının davalı asıl işveren P. işyerinde avukat olarak çalışmaya başladığı, işyerinin özleştirilmesinden sonra adı geçen davalı ile 01.11.2000 tarihli aylık ücret öngören ve bağımlılık ilişkisinin devamını sağlayan vekâlet sözleşmesi imzalandığı, genel temizlik hizmetini ihale ile alan diğer davalı şirket ile 08.12.2000 tarihli iş sözleşmesi imzalandığı, iş sözleşmesinin, iş sözleşmesi imzalanan PA. şirketi tarafından P. O. Genel Müdürlüğü Hukuk Müdürlüğü bölümündeki işin sona ermesi ve bu işyerinin 31.12.2007 tarihi itibari ile kapanacak olması, görevinin kalmaması, şirkette pozisyonuna uygun başka bir görev de bulunmaması nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca tazminatları ödenerek feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı P. yardımcı iş niteliğindeki genel temizlik işini ihale yolu ile diğer davalı şirkete vermiştir. Genel temizlik işi yardımcı iş niteliğinde olduğundan, her iki davalı arasında sözleşmedeki hizmete göre kurulan ilişki işçi açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca asıl-alt işveren ilişkisidir. Ancak davacı işçi açısından bu ilişkinin asıl-alt işveren ilişkisi kabul edilmesi için, yukarda açıklandığı gibi, işçinin ihale ile alınan genel temizlik işinde çalıştırılması, genel temizlik işini ihale ile alan davalı PA. şirketinin de üstlendiği genel temizlik işinde belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olması, kısaca bu faaliyetin yönetimini üstlenmesi gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi genel temizlik işinde değil, başlangıçtan beri davalı P.'a ait hukuk bölümünde avukatlık görevinde çalıştırılmıştır. Avukatlık hizmeti ihale ile yüklenilen genel temizlik işi dışındadır ve P.'ın asıl işleri arasındadır. Davalı PA. şirketinin davacı işçi acısından "belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa da sahip olmadığı da anlaşılmaktadır. O halde davacı işçi, başlangıçtan beri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi uyarınca davalı P.'ın işçisidir. İspat yükü kendisinde olan davalı taraf, geçerli fesih nedenini kanıtlayamadığından, mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı ve davalılar arasındaki ilişkinin muvazaa olduğu yönündeki değerlendirmesi dosya içeriğine uygundur.

Ancak davacının feshin geçersizliği ve sonuçlarından davalıların sorumluğu açısından yapılan değerlendirme hatalı ve eksik bulunmuştur,

Davacı işçi başlangıçtan beri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi uyarınca davalı POAŞ 'ın işçisi olduğuna göre, bu davalı yönünden davanın kabulüne, davalı PA. şirketinin işverenlik sıfatı bulunmadığından, davanın adı geçen şirket yönünden ise reddine karar verilmesi gerekir,

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- Davanın işverenlik sıfatı bulunmayan davalı PA. LDT Şirketi yönünden **REDDİNE**,
3- Davalı P. yönünden **KABUL** ile,
a) **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ P. İŞYERİNDEKİ İŞE İADESİNE,**
b) Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi dikkate alınarak 6 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
c) Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
4- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
5- Davacının yapmış olduğu 298,30 TL yargılama giderinin davalı P.'tan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
6- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalı P.'tan alınarak davacıya verilmesine,
7- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalı şirkete iadesine, kesin olarak, 23.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42564
Karar No **:** 2009/10854
Karar Tarihi **:** 16.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Ekonomik nedenleri ileri sürerek ücretsiz izin uygulamasına giden işverenin, 4 ay gibi kısa bir sürede işyerinde önceden yöneticilik yapmış olan taşeronlardan hizmet alımı yapması, sendikalaşma ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını önlemeye yönelik tavrı olduğunu, taşeronla kurulan ilişkinin de muvazaaya dayandığını gösterir.***

DAVA : Davacı, ücret farkı, sosyal yardım, ikramiye, giyecek, yemek yardımı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Taraflar arasında temel uyuşmazlık davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir. Alt işverene yardımcı iş ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer

işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 33977 R 2008/ 28424 K.)

Somut olayda davacı davalı yanında çalışırken ekonomik nedenlerle 882 işçi ile birlikte ücretsiz izne çıkartılmış, bu işçilerden 827 tanesi istifa dilekçesi vererek haklarının ödenmesini istemiş ve daha sonra önceden işyerinde yöneticilik yapmış taşeronlar yanında çalışmaya başlamışlardır. Bu gelişmelerin dört ay içinde meydana gelmesi de dikkate alındığında işverenin asıl amacının işyerinde sendikalaşmayı ve toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını önlemeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Davalılar arasında muvazaa olduğu kabul edilerek buna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/43245
Karar No **:** 2009/25694
Karar Tarihi **:** 05.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Güvenliğin sağlanması ve itfaiye işi asıl işin bir bölümü olmayıp, hizmet alımı sözleşmesine konu iş alt işverenliğe verilebilecek niteliktedir. Alt işveren yönünden davanın reddi hatalıdır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadeye, boşta geçen süre ücreti ve 8 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılardan M. Tic. A.Ş. avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalı M. Tic. A.Ş.'nin bazı işlerini taşerona verdiğini, bunlardan birisinin de iş güvenliği ve itfaiye işi olduğunu, çalıştığı şirketlerin M. Grup, A. Güvenlik ve en son diğer davalı B. Servis A.Ş. olduğunu, M.'de taşeron M. Grup işçisi olarak işe başladığını, taşeronlar değişmesine rağmen çalışan işçiler ve iş değişmediğini, çıkarıldığı tarihe kadar sürekli çalıştığını, en son M. yetkilisi tarafından

gerekçe gösterilmeden sözlü olarak sözleşmesinin feshedildiğini, asıl işverenin M. Gıda olduğunu belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesini istemiştir.

Davalı M. Tic. A.Ş. davacının diğer davalının işçisi olduğunu, davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu kabul edilse dahi, diğer davalıya iade edilmesi gerektiğini savunmuştur. Diğer davalı B. Servis A.Ş., davacının sözleşmesinin 2 aylık deneme süresi içinde performans düşüklüğü nedeniyle sona erdirildiğini, işin sevk ve sorumluluğunun kendilerine ait olduğunu beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının taşeron firma elemanı olarak M. A.Ş.'ye ait taşeron şirketlerde çalıştığı, düşük performansın neye göre belirlendiğinin açıklanmadığı, davacının tecrübesiz bir eleman olmayıp, taşeron B. Servis'ten önce de çalışması bulunduğu, işbaşına gelen yeni şirketin feshi haklı göstermek için bu yola başvurduğu, deneme süresinin yasada yeni işe başlayan işçiler için koyulmuş bulunduğu, davalının feshi haklı hale getirmek için bunu getirdiği, davacının çalıştığı B. Servis ve diğer şirketlerin M. 'nın taşeronu olduğu, asıl işverenin M. olduğu değerlendirilerek B. Servis ve Danışmanlık Hizmetleri A.Ş. hakkındaki davanın husumetten reddine, feshin geçersizliğine, M. Tic. A.Ş.'de işe iadeye karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır (Dairemizin 09.06.2008 gün ve 2007/40942 Esas, 2008/14420 Karar sayılı ilamı).

Somut uyuşmazlıkta, davalılar arasında işyeri güvenliği ve itfaiye işinin yapılması için sözleşme bulunduğu, davacı işçinin işvereni olan şirketinin bu işi üstlendiği, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi olduğu, davacının iş sözleşmesinin davalı alt işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiği de dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Davalılar

arasında sözleşmeye konu olan kamu kurumuna ait işyerlerinin güvenliğinin sağlanması ve itfaiye işi asıl işin bir bölümü olmayıp, hizmet alım sözleşmesine konu iş alt işverenliğe verilebilecek niteliktedir; davalı M. Gıda A.Ş. ile diğer davalı firma arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan ve iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu olacağı kuralı dikkate alınmadan ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden birlikte sorumlu olduğu gözden kaçırılarak, alt işveren yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ B. SERVİS VE DANIŞMANLIK HİZMETLERİ A.Ş. İŞYERİNDE İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine, davalıların müteselsilen sorumluluğuna,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılardan müteselsilen tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 72,30 TL yargılama giderinin davalı Kr. Şirketinden tahsili ile davacıya verilmesine, adı geçen davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 YTL ücreti vekâletin davalı Ka... Şirketinden alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgililere iadesine, kesin olarak 05.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/20230
Karar No **:** 2009/38427
Karar Tarihi **:** 29.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/2

ÖZÜ : ***Aralarında birlikte istihdam şeklinde hizmet ilişkisi bulunanlar, işçilik haklarından birlikte sorumludurlar.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ücret, fazla ödeme alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı, davalılara ait işyerinde çalıştığını ileri sürerek, kıdem tazminatı ve ücret alacağı isteğinde bulunmuştur.

Davalı Z. M. Vakfı İktisadi İşletmeleri diğer davalı ile aralarında fiili ve hukuki bir ilişki bulunmadığını savunmuştur.

Davalı T. Özel Eğitim Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. davaya cevap vermemiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık davalılar arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi ve bunun işçilik haklarına etkisi noktasında toplanmaktadır.

Dosya içerisindeki 15.04.2005 tarihli ilanda "K. Okulları ve Özel Tek Okulları, Z. M. Eğitim Vakfı Kemer Okulları çatısı altında bir araya geliyor" şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. Yine T. Okulları Kurucusu M. G. tarafından öğrenci velilerine yapılan ilanda yeni eğitim ve öğretim döneminde her iki okulun Z. M. Eğitim Vakfı Kemer Okulları çatısı altında faaliyet göstereceği belirtildiği gibi ayrıca velilerin okul taksitlerini Z. M. Eğitim Vakfı iktisadi işletmesi muhasebe servisine elden ödeyebilecekleri veya … bankası … şubesinde bulunan Vakıf İktisadi İşletmesine ait hesaba yatırabilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca Davalı T. Özel Eğitim Hizmetleri Tic. Ltd. Şti..2005/4, 5 ve 6.dönem SSK bordroları ile Z. M. Eğitim Vakfı İktisadi İşletmesinin 2005/8, 9 ve 10. dönem SSK bordroları incelendiğinde davalı T. Okullarında çalışan öğretmenlerin bir kısmının davalı Z. M. Vakfı iktisadi İşletmesinde çalışmaya başladıkları sabittir. Davalı tanığının bazı öğrencileri nakil aldıklarını beyan etmiştir. Tüm bu hususlar nazara alındığında davalılar arasında birlikte istihdam şeklinde hizmet ilişkisi bulunmaktadır. Davacının kıdem tazminatı ve ücret alacağından her iki davalının birlikte sorumlu tutulması gerekirken davalı T. Özel Eğitim Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. sorumlu olduğuna ilişkin verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde ilgiliye iadesine, 29.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/36599
Karar No **:** 2008/35213
Karar Tarihi **:** 23.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/4

ÖZÜ : ***Tarım ve orman işletmelerindeki bitki ve hayvan üretimi, bakım ve yetiştirmesi dışındaki işler İş Kanunu'na tabi olup, kümes bakıcısı olarak çalışan işçi ile ilgili uyuşmazlıkta görevli mahkeme Hukuk Mahkemesidir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş sözleşmesinin haksız olarak sona erdirildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı, iş akdinin haklı sebeple feshedildiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, fazla çalışma ücreti isteği reddedilerek, diğer talepleri kabul edilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece, 24.09.2007 tarihli ek kararla reddedilen miktarın kesinlik sınırının altında kaldığı gerekçesiyle davacının temyiz talebinin reddine karar verilmiştir. Ek karar da davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak fazla çalışma alacağı istenmiştir. Karara esas alınan bilirkişi raporunda hak kazanması halinde davacının isteyebileceği fazla çalışma ücreti alacağı belirlenmemiştir. HUMK nun 427/3 maddesine göre alacağın bir kısmının dava edildiği durumlarda kesinlik sınırı, alacağın tamamına göre belirlenir. Dolayısıyla bir davada verilen hükmün kesin olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılabilmesi için alacağın tamamının ne miktarda olduğunun ya davacının bağlayıcı bir beyanına dayalı olarak bilinmesi ya da mahkemece bu yönde bir belirleme yapılmış olması gerekir. Somut olayda davacının alacak miktarının tamamı konusunda bir beyanının olmadığı ve mahkemenin de bu konuda bir belirlemesinin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple hükmün temyizinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.(HGKK 2005/9-117 E-2005 /l 51 K)

Bu nedenle, mahkemenin 24.09.2007 tarihli davacının temyiz talebinin reddine ilişkin ek kararının kaldırılmasına, gereği konuşulup düşünüldü:

2- Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş Mahkemelerinin görev alanını hâkim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava "İş Mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile "İş Mahkemesi sıfatıyla " baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde İş Mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, işçi tarım ve orman işlerinin yapıldığı bir işyerinde çalışan işçi ise, bu işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.

Ancak tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerinde 50 dahil daha az işçi bulunmasına rağmen, işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi bağıtlanmış ise, üye sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca İş Mahkemesinde görülmesi gerekir.

Bunun dışında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra, aynı madde de ayrık durumlara yer verilmiştir.

Buna göre;

1.Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işlerde,

2.Tarım işlerinde yapılan yapı işlerinde,

3.Halkın faydalanmasına açık park ve bahçelerde

4.Bir işyerinin eklentisi durumundaki bahçe işlerinde, çalışanların İş Kanunu kapsamında olacakları belirtilmiştir.

Sonuç olarak, tarım ve orman işletmelerindeki bitki ve hayvan üretimi, bakım ve yetiştirmesi dışında kalan işler İş Kanunu'na tabidir.

Somut olayda, davacının tavuk üretimi işyerinde kümes bakıcısı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlığın görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/31388
Karar No **:** 2009/1886
Karar Tarihi **:** 10.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/4

ÖZÜ : ***Bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri, İş Kanunu'na tabi olacaktır.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, fazla çalışma, bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Uyuşmazlık davalıya ait işyerinin esnaf niteliğinde olup olmadığı ve bu işyerinde çalışan işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4.maddesinin 1.fıkrasının ı bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu'nun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca işçi esnaf niteliğindeki işyerinde çalışıyor ve bu işyerinde çalışan işçi sayısı 3 ve daha az ise, işçi ile işveren ararındaki uyuşmazlığın İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.

507 sayılı Kanun'un 2.maddesinde "İster gezici olsun ister bir dükkân veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar ticari sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret

ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, ayni niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir" denilmektedir.

507 sayılı Kanun 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5362 Esnaf Ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 76.maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin 2. cümlesi ile diğer yasaların 507 sayılı Yasaya yaptıkları atıfların 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılacağı da açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde 507 sayılı Yasaya yapılan atıf, 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkâr tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3.maddesine göre "Esnaf ve sanatkâr; İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak belirtilmiştir. 507 sayılı Yasada yazılı olan "geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin" sözcükleri yeni yasada yer verilmemiştir. Yeni yasanın düzenlemesi karşısında artık 21.06.2005 tarihinden sonra İş Kanunu'nun kapsamını belirlerken, "geçimini münhasıran bu işten sağlama" ölçütü dikkate alınmamalıdır.

5362 sayılı Yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayrımında başka kriterlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 28.04.2008 gün 2008/ 3568 E, 2008/ 10904 K.).

5362 sayılı Yasanın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkâr faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 sayılı Yasanın 4/ı bendi uyarınca, üç kişinin çalışması halinde bu işyeri İş Kanunu'nun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine "üç kişi'den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri, İş Kanunu'na tabi olacaktır.

Somut olayda, davacının davalıya ait ticari takside çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece takside çalışan işçi sayısı araştırılmış ve davalının geçimini sadece taksiden sağladığı belirlenerek davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Mahkemece 507 sayılı Yasa yönünden gerekli araştırmaya gidilmişse de, daha sonra yürürlüğe girmiş

olan 5362 sayılı Yasa bakımından değerlendirme yapılmamıştır. Sözü edilen yasa bakımından esnaf kriterleri somut olaya özgü biçimde ele alınmalı ve davalının faaliyetinin esnaf kapsamında kalıp kalmadığı noktasında bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/44871
Karar No **:** 2009/7192
Karar Tarihi **:** 17.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/4

ÖZÜ : İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri İş Kanununa tabi olacaktır.

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai, genel tatil, hafta tatili, izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Uyuşmazlık davalıya ait işyerinin esnaf niteliğinde olup olmadığı ve bu işyerinde çalışan işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava "İş Mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile "İş Mahkemesi sıfatıyla " baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde İş Mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli Hukuk

Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının ı bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde" bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, işçi esnaf niteliğindeki işyerinde çalışıyor ve bu işyerinde çalışan işçi sayısı 3 ve daha az ise, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.

507 sayılı Kanunun 2. maddesinde "İster gezici olsun ister bir dükkan veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar ticari sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, ayni niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1. maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir" denilmektedir.

507 sayılı Kanun 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5362 Esnaf Ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanun'un 76.maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin 2. cümlesi ile diğer yasaların 507 sayılı Yasaya yaptıkları atıfların 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılacağı da açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde 507 sayılı Yasaya yapılan atıf, 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkâr tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3.maddesine göre "Esnaf ve sanatkâr; İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri olarak belirtilmiştir. 507 sayılı Yasada yazılı olan "geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin" sözcükleri yeni yasada yer verilmemiştir. Yeni yasanın düzenlemesi karşısında artık 21.06.2005 tarihinden sonra İş Kanunu'nun kapsamını belirlerken, "geçimini münhasıran bu işten sağlama" ölçütü dikkate alınmamalıdır.

5362 sayılı Yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayrımında başka kriterlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan

kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni kriterler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir.

5362 sayılı Yasanın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkâr faaliyeti kapsamında kalan işyerinde 4857 sayılı Yasanın 4/ı bendi uyarınca, üç kişinin çalışması halinde bu işyeri iş kanunun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede, üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri İş Kanununa tabi olacaktır.

Somut olayda; davalı cevap dilekçesinde 2002 yılından itibaren fiilen davaya konu minibüs işletmesinde çalışmadığını, davacı, davalının oğlu ve üçüncü bir şoförün çalıştığını beyan etmiştir, buna göre davalının işyerindeki faaliyetini nakdi ya da ayni sermaye yanında emeğine yani bedeni çalışmaya dayandırmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalının esnaf olduğundan söz edilemez. Taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilerek uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41320
Karar No **:** 2009/10195
Karar Tarihi **:** 09.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/4

ÖZÜ : İş Kanunu kapsamına girmemesine rağmen, işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu TİS bağıtlanmış ise, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık İş Mahkemesinde çözümlenmelidir.

DAVA: Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, izin, milli bayram, dini bayram, eksik ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Uyuşmazlık, yapılan işin tarım ve orman işi olup olmadığı ve işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava "İş Mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile "İş Mahkemesi sıfatıyla " baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde İş Mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, işçi tarım ve orman işlerinin yapıldığı bir işyerinde çalışan işçi ise, bu işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir (Yargıtay 9.HD. 25.03.2008 gün 2007/ 9975 E, 2008/ 6368 K).

Ancak tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerinde 50 dahil daha az işçi bulunmasına rağmen, işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi bağıtlanmış ise, üye sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir.

Bunun dışında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra, aynı madde de ayrık durumlara yer verilmiştir.

Buna göre;

1- Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işlerde,

2- Tarım işlerinde yapılan yapı işlerinde,

3- Halkın faydalanmasına açık park ve bahçelerde

4- Bir işyerinin eklentisi durumundaki bahçe işlerinde, çalışanların İş Kanunu kapsamında olacakları belirtilmiştir.

Sonuç olarak, tarım ve orman işletmelerindeki bitki ve hayvan üretimi, bakım ve yetiştirmesi dışında kalan işler İş Kanununa tabidir.

Diğer taraftan, işçi tarım işinde çalışırken bu iş dışında tarım işi sayılmayan ek bir görevde çalışabilir. Örneğin bekçilik, şoförlük gibi, bu durumda yaptığı işler arasında hangisinin baskın olduğu açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre görevli mahkeme belirlenmelidir.

Somut olayda, davacı davalı yanında çalıştığını iddia etmiştir. Davalı başka bir işyerinde çalışıp işyerinin üst katında bulunan evde ikamet ettiğini savunmuştur. Beyanlarına başvurulan tanıklar ise davacının davalının büyük baş hayvanlarına baktığını belirtmişlerdir. Davacının çalışmasının baskın niteliği araştırılmadan, ilk derece mahkemesinin görevli olup olmadığı kesin olarak belirlenmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/6543
Karar No **:** 2009/12102
Karar Tarihi **:** 28.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/4

ÖZÜ : ***Turistik maksatla kullanılan yabancı bayraklı yatta çalışanların, İş Kanunu kapsamına girdikleri kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, genel tatil, hafta tatili ile fazla mesai ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.
Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı; Davalıya ait … isimli teknede çalıştığını, haksız olarak iş sözleşmesine son verildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı; İtalyan vatandaşı olduğunu, davaya konu geminin bağlama limanının Monfalcone Trieste olduğunu, uyuşmazlığın çözümünde Türk Hukukunun ve mahkemelerin yetkili olmadığını savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek; davacının çalıştığını iddia ettiği geminin, Türk Bayraklı bir gemi olmadığı, donatanının İtalyan vatandaşı olduğu, bağlama limanı da Monfalcone Trieste limanı olduğu buna göre uyuşmazlığın çözümünde Türk Hukukunun yetkili olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, Türk Mahkemelerinin yetkisi, yapılan işin deniz taşıma işi olup olmadığı ve işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta; davacı Türkiye de davalıya ait gemide kaptan olarak çalıştığını iddia etmektedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki davacının çalıştığını iddia ettiği geminin donatanının yabancı uyruklu olması, bağlama limanı Monfalcone Trieste olması ve yabancı bayraklı bir gemi olması taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisinin kurulmasına ve Türk Hukukunun uygulanmasına engel değildir. Diğer yandan taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde uyuşmazlık halinde Bodrum Mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde Türk Hukukunun yetkili olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

Burada çözümlenmesi gereken diğer bir hukuksal sorun da; yapılan işin deniz taşıma işi olup olmadığı ve işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı dolayısıyla görevli mahkemenin İş Mahkemesi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş Mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca, "deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Deniz taşıma işlerinde çalışanlar hakkında 854 sayılı Deniz İş Kanunu uygulanmaktadır.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesine göre "Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonalitonluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır" denilerek, Deniz İş Kanunu'nun kapsamı belirlenmiştir. Gemiler aracılığı ile yapılan deniz taşıma işleri ayrı bir yasaya tabi olduğundan 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk Bayraklı olsa bile yüz grostonlitonluk değil ise, bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanmayacaktır. Keza taşıma işinde çalışan bu gemideki işçiler yine 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyecek, haklarında Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulanacaktır.

Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca, "Bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet aktinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Hizmet aktinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarına bakmaya yetkili mahkemede görülür".

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde deniz ve taşıma işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra, aynı madde de ayrık durumlara yer verilmiştir. Buna göre;

1. Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işlerinde,

2.Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerinde,

3.Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işlerde,

Çalışanların 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında oldukları açıkça belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, dava konusu geminin, yabancı bayraklı olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrası anlamında deniz taşıma işi yapmadığı, turistik maksatla kullanılan yat olduğu anlaşıldığından davacı 854 Sayılı Deniz İş Yasası kapsamında değerlendirilemez. Buna göre; davacının 4857 Sayılı İş Yasası kapsamında kaldığı kabul edilerek İş Mahkemesi sıfatıyla davanın esası hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/31462
Karar No **:** 2008/108
Karar Tarihi **:** 12.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/5

ÖZÜ : ***Tam süreli çalışan işçiye ikramiye ödenmesine rağmen, kısmi süreli çalışan işçiye ikramiye ödenmemiş olması, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur.***

İşyeri hekimi ile işveren arasında yasanın aradığı anlamda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif neden bulunmamaktadır.

DAVA : Taraflar arasındaki, kıdem, ihbar, izin, ulaşım gideri, sözleşmenin kalan süresine ait ücret ve ikramiye alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan

yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatlarınca istenilmesi ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 12.02.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat … ile karşı taraf adına Avukat … geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Davacı işçi işyeri hekimi olarak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmış ve açmış olduğu bu davada ikramiye isteğinde bulunmuştur. Mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir. Dosya içinde bulunan iş sözleşmelerinde ikramiye ödenmesi yönünde bir düzenleme yer almamış olsa da, iş yerinde tam süreli iş sözleşmeleri ile çalışan diğer işçilere ikramiye ödenmesinin yapıldığı dosya içeriğiyle sabit olmuştur.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında " işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karsısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz" şeklinde kurala yer verilmiştir. O halde anılan yasanın yürürlükte olduğu dönemde işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere ikramiye ödendiği halde kısmi süreli iş ilişkisi kapsamında çalışan davacı işçiye ödenmemiş olması eşit davranma borcuna aykırılığı oluşturur. Anılan yasanın yürürlüğe girmesinden önce de, Yargı kararlarına konu olmuş ve öğretide ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Zira eşit işlem borcu işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında kalmakta ve doğrudan iş sözleşmesinden doğmaktadır. Öte yandan genel anlamda eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi ile "Ücrette Adalet Sağlanması" kenar başlıklı 55. maddesi de işverenin eşit davranma borcunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla davacı işçinin ikramiyeye hak kazandığı yönünde mahkeme kararı yerinde görülmüştür.

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

a-) Davacı işçi davalıya ait işyerinde 16 yıl süreyle her yıl yenilenen iş sözleşmeleri ile işyeri hekimi olarak çalışmış ve 31.12.2005 tarihinde iş sözleşmesinin işverence feshi üzerine açmış olduğu bu davada ihbar tazminatı isteğinde bulunmuştur. Mahkemece iş sözleşmesinin belirli süreli olma özelliğini koruduğu gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Davacı işyeri hekimi ile işveren

arasında yasanın aradığı anlamda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif neden ile yenileme için esaslı nedenler bulunmamaktadır. Bu durumda davacı işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığı kabul edilmeli ve iş sözleşmesinin fesih şekline göre davacının ihbar tazminatına hak kazandığı sonucuna varılmalıdır. Mahkemece aksine düşünceyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur.

b-) Yasal dayanağı Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteği, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından ve sözleşmenin işverence süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshi halinde söz konusu olur. Davacı işçi belirsiz süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinin reddi gerekirken, talebin kabulü de hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının davacıya, davacı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33247
Karar No **:** 2008/114
Karar Tarihi **:** 12.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/5

ÖZÜ : Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla, işverenin farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümlülüğü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir.

DAVA : Taraflar arasındaki, ücret farkı ile eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 12.02.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü yapılan tebligata rağmen taraflar adına kimse gelmediğinden incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, davalıya ait işyerinde insan kaynakları müdürü olarak çalıştığını ve diğer işçilere ücret artışı yapıldığı halde 2004 yılı Aralık ayından itibaren kendisine hiç ücret artışı uygulanmadığını ileri sürerek, ücret farkı ile eşit davranma borcuna aykırılık tazminatını talep etmiştir.

Davalı işveren, davacının davalı şirket dışında aynı gruba ait olan B. Şirketi ile Ö. Şirketinden de aylık ücret aldığını, her üç şirketin davacı adına sosyal güvenlik destek primi yatırdığını ve toplam ücretler dikkate alındığında davacının gruba ait diğer tüm şirketlerde ödenen aylık ücretlerden fazla gelirinin olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, davacının aynı guruba ait olsa da farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerden ödeme yapılmış olmasının eşit davranma yükümünü ortadan kaldırmayacağı ve 2004 yılı Aralık ayından itibaren davacı işçiye davalı şirket tarafından ücret artışı uygulanmamış oluşunun davalı işverenin eşit davranma borcuna aykırılığı oluşturduğu gerekçesiyle dava konusu isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Davacının davalı şirket yanında aynı gruba ait diğer şirketlerden ücret aldığı ve her üç şirkete karşı insan kaynakları müdürü sıfatıyla sorumluluğunun olduğu dosya içindeki bilgi ve belgelerle taraflar beyanlarından anlaşılmaktadır.

Dairemizin 27.02.2006 gün 2006/1163/ E, 2006/ 4714 K sayılı kararında da belirtildiği üzere, işçinin aynı gruba ait şirketlerin bir kısmına ya da tamamına birlikte hizmet vermiş olması ve bu çalışmaların kısmi çalışma şeklinde ayrıştırılmasının mümkün olmaması halinde birlikte istihdam olgusundan söz edilir. Somut olayda da, davacının davalı şirket dışında B. Şirketi ile Ö. Şirketlerine aynı anda hizmet verdiği ve sorumluluk üstlendiği buna karşın her üç şirketten ücret aldığı anlaşılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma borcu düzenlenmiş, işverenin buna aykırı davranması halinde işçinin, 4 aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ile yoksun kaldığı hakları talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestîsinden söz edilir.

Somut olayda da, davacının birlikte istihdam edilen bir işçi olduğu gözetilerek bir değerlendirmeye gidilmelidir. Davacının davalı işverenin diğer bir işçisi ya da aynı gruba ait başka bir işçi ile karşılaştırılması doğru olmaz. Birlikte istihdam oluşturan işverenlerin eşit davranma yükümü, kural olarak birlikte istihdama dâhil işçiler yönünden hüküm ifade eder.

Davacı işçinin davalı işveren tarafından ödenen ücretleri Aralık 2004 ayından itibaren artmamış olsa da, B. Şirketi ile Ö. Şirketleri tarafından ödenen ücretler sürekli artmış durumdadır. Davalı işveren bu sebeple davacının toplam gelirleri itibarıyla aynı gruba ait şirketlerin diğer çalışanlarının hepsinin üzerinde ücret ödendiğini savunmuştur.

Somut olay yönünden çözümü gereken konu davacı gibi birlikte istihdam edilen diğer işçiler olup olmadığını belirlemek ve davacı ile bu işçiler bakımından işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın olup olmadığını tespit etmekten ibarettir. Yoksa grubu oluşturan şirketlerden birinde işçilere uygulanan ücret artışlarının olduğu gibi birlikte istihdama dâhil işçilere de uygulanması gerekmez. Bu itibarla davacı işçi yönünden B. Holding ticaret ve finans müdürü ücretleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması doğru olmamıştır. Her şeyden önce sözü edilen çalışanın birlikte istihdam kapsamında

olup olmadığı bilinmemektedir. Mahkemece eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/3347
Karar No **:** 2008/2703
Karar Tarihi **:** 28.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/5

ÖZÜ : İşçinin işe girdiği tarihte yürürlükte olan kök ücret tablosundaki ücretine ilave zam yapılarak ve tüm TİS zamları eklenerek intibakının yapıldığı ve son ücretin belirlendiği ve bu durumu kabul ederek 14 yıldan fazla ihtirazi kayıtsız ödenen ücretleri aldığı olgusu karşısında, işverenin eşit işlem borcuna aykırı bir uygulamasından söz edilemez.

DAVA : Davacı ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, işe girişte kök ücretinin eksik belirlendiğini, davalı işverenin sonradan intibak yaparak bu durumu düzelttiğini ve yapılan intibakın eksikliğin kanıtı olduğunu iddia ederek fark ücret isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece zamanaşımı itirazı nazara alınarak son beş yıl için, davacı vekilinin hesapladığı fark ücret alacağı hüküm altına alınmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalı işverenin kendi kadrosunda çalışan işçileri, Kapsam İçi Personel Yönetmenliği'ne göre hazırlanmış kök ücret tablosuna göre belirlenen ücretle işe başlattığı anlaşılmaktadır. Ancak davalı işyerinde ücreti Arama Grup Başkanlığınca belirlenen geçici işçiler ile davalının ortağı olduğu vakfa ait P. Lmt Şti.nin işçileri de çalışmaktadır. Ücreti şirketçe belirlenen bu işçiler TİS'den yararlanmamaktadırlar.

Bu diğer işçiler 02.12.2002 tarihinde davalının daimi işçi kadrolarına geçirilmişlerdir. Belirtilen işlem sonrası daimi işçiler ile geçirilen bu işçiler arasında ücret dengesizliği meydana gelince, davalı bu durumu düzeltmek için tek taraflı olarak 14.10.2003 günlü Yönetim Kurulu Kararı ile ücret adaletinin sağlanması amacı ile

intibak kararı almıştır. Bu karardan sonra bu kez daimi kadroda çalışan ve TİS den yararlanmayan birtakım personelin ücretinin düşük kalması üzerine 13.11.2006 günlü Genel Müdürlük oluru ile; davacının işe girdiği tarihte yürürlükte olan kök ücret tablosundaki ücretine ilave zam yapılarak ve tüm TİS zamları da eklenerek intibakının yapıldığı böylece 12.11.2006 günlü son ücretinin belirlendiği görülmektedir.

Yapılan bu intibak, kök ücrette işe girişte yapılan hatadan değil, işverenin sonradan bünyesine katılan ve daha düşük ücretle çalıştırılan işçiler lehine, ücrette eşitliği sağlamak amacından kaynaklanmaktadır. Bu arada TİS den yararlanmayan davacının ücreti düşük kalınca oda Genel Müdürlük oluru ile yükseltilmiştir. Bu şekilde yapılan değişiklik davacıya geçmişe yönelik olarak talepte bulunma hakkını vermez.

Öte yandan davacı işe girişte kök ücretinin yönetmeliğe ve kök ücret tablosuna aykırı şekilde belirlendiğini kanıtlamış değildir. Ayrıca sözü edilen şekilde belirlenen ücreti işe girişin de kabul ediyorum diyerek imzaladığı gibi, 14 yıldan fazla bir süre ihtirazı kayıtsız ödenen ücretlerini de almıştır. Böyle olunca işverenin eşit işlem borcuna aykırı bir uygulaması bulunmadığı anlaşılmıştır. Yukarıda ayrıntısı ile anlatılan gerekçe ile istemin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/13930
Karar No **:** 2008/9895
Karar Tarihi **:** 22.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/5

ÖZÜ : ***Eşit davranma ilkesi, işverene işçiler arasında haklı ve geçerli bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu ilke, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemekte, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçlamaktadır.***

DAVA : Davacı, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı ile mahrum kalınan ücret ve diğer hakların ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi işverence eşit ücret ve diğer ödemeler konusunda eşit davranma borcuna aykırı davranıldığını ileri sürerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun

5.maddesinde öngörülen eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı ile mahrum kalınan ücret ve diğer parasal haklarının ödetilmesini istemiştir.

Davalı işveren davacının deniz trafik operatörü / deniz trafik baş operatörü olarak 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalıştığını, emsal işçi olarak değerlendirilmesinin istendiği gemi kurtarma uzmanının ise 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi olduğunu, enspektörün de gerektiğinde gemide faaliyet gösteren farklı bir konumda çalıştığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı kurumun işe alırken aynı şartlara tabi tuttuğu işçilere farklı derecelendirme sistemi uygulayarak farklı ücret ödediği, bunun Anayasa'nın 10. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle davaya konu isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Dosya içinde mali müşavir bilirkişiden alınmış rapor ve itirazlar üzerine aynı bilirkişi tarafından düzenlenmiş ek rapor bulunmaktadır. Davalı vekili her iki rapora karşı ayrıntılı şekilde itirazlarda bulunmuş ve emsal olarak alınan işçilerin bir kısmının 4046 sayılı Yasanın 22. maddesi uyarınca özelleştirme sebebiyle başka kamu kurumlarından naklen atanan işçiler olduklarını ve kurumlarındaki yüksek ücretle işe başlatılmalarının 4046 sayılı Yasanın 22. maddesi hükmü olduğunu belirtmiştir. Yine geçici olarak görevlendirilen işçilerin emsal işçi olarak değerlendirilemeyeceği savunması ileri sürülmüştür.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve geçerli bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Eşitlik İlkesi ise en temel anlamda Anayasa'nın 10. ve 55.maddelerinde de ifade edilmiş, 10.maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde ise, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak " esaslı

nedenler olmadıkça" ve " biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5.fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayrım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim ve benzeri ödemeleri kapsadığı açıktır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda, davacı işçi, deniz trafik operatörü / deniz trafik baş operatörü olarak görev yapmaktadır. Davacı işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olduğu ve emsal olarak bildirilen işçilerin 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi çalıştığı yönünde savunma üzerinde durulmamıştır. Öte yandan enspektörlerin görev tanımları davalı tarafça açıklanmış ve davacı işçinin yerine getirdiği görevle benzerlik bulunmadığı bildirilmiştir. Mahkemece konu üzerinde gerekli araştırmalara gidilmiş değildir. Konunun uzmanlığı gerektirdiği açıktır. Bu konuda mali müşavir bilirkişiden alınan rapora göre sonuca gidilmesi doğru olmamıştır. İşyerinde 4857 sayılı İş Kanunu ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanların durumlarının değerlendirilmesi bakımından üniversitelerin iş ve sosyal güvenlik hukuku kürsüsünden ve denizcilik fakültesinden seçilecek birer öğretim üyesi ile iş güçlüğü ve risklerinin tespiti bakımından bir iş güvenliği uzmanından oluşacak bilirkişi heyetinden gerekirse işyerinde keşif de yapılmak suretiyle rapor alınmalı, davacı işçinin ve emsal olarak değerlendirilen işçilerin görev ve unvanlarının ne olduğu, farklı iş kanunlarına tabi olup olmadıkları belirlenmeli, ücret ve diğer hakları bakımından kıyaslama yapılmalıdır. Emsal olarak alınan işçilerin 4046 sayılı Yasanın 22. maddesine göre özelleştirme sebebiyle başka kamu kurumlarından naklen atanan kişiler olup olmadığı hususları da açıklığa kavuşturulmalıdır. İddia ve savunma delilleri doğrultusunda hukuki değerlendirme hâkime ait olmak üzere işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışının olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlendiği biçimde eşit davranma borcuna aykırılığın tespiti halinde davaya konu olan mahrum kalınan haklar da belirlenmeli ve istekler bakımından hüküm kurulmalıdır. İşverence eşit davranma borcuna aykırı davranılmadığının belirlenmesi halinde ise, davanın reddine karar verilmelidir. Mahkemece eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27309
Karar No **:** 2008/22094
Karar Tarihi **:** 25.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/5

ÖZÜ : İşten ayrıldıkları sırada aynı statü ve şartlarda bulunmayan işçiler arasında farklı işlem uygulayan işverenin, eşit işlem borcuna aykırı davrandığı söylenemez.

DAVA : Davacı, emekli ödeneği bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı tazminatları ödenerek işverence iş sözleşmesine son verildiğini, davalı şirketçe yönetici sıfatına sahip çalışanlarına iştiraksiz emeklilik ödeneğinin bağlandığını, ancak işverenin zaman içinde bu kurallarda işçi aleyhine tek taraflı değişiklikler yaptığını, 20 yıllık hizmetini tamamlamış ya da SSK'dan emekliliğe hak kazanmış olanlardan 50 yaşını doldurmuş olanlara emeklilik ödeneği bağlanırken sonradan bu ödeneğin bağlanma yaşının 60'a çıkartıldığını, işverenin 50 yaşını dolduran bazı yöneticilere ise emeklilik ödeneği bağlayarak eşitlik ilkesine aykırı davrandığı iddiasıyla emeklilik ödeneğinin 50 yaş itibariyle bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, şirketçe kurulan emeklilik sisteminin yalnızca şirket tarafından finanse edilen ve çalışanlardan katkı payı alınmayan bir sistem olduğunu ve söz konusu kuralların hiç değişmediğini, çalışanlara 50 yaşında aylık bağlanmasının işyeri Emeklilik Kurallarının 3/c maddesi çerçevesinde gerçekleştiğini, emsal gösterilen kişilere ödenek bağlanmasının yeniden yapılanma sırasında başvurulan istisnai bir uygulama olduğunu işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışının bulunmadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece işverenin 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırı davrandığı kabul edilerek davacıya şirket emekli ödeneğinin 50 yaş itibariyle bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve geçerli bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Eşitlik İlkesi ise en temel anlamda Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 26/4. maddesinde "Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu İş Sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz." şeklinde kurala yer verilmişti. O halde yasal anlamda 1475 sayılı İş Kanunu açısından eşitlik, cinsiyet ayrımına hatta sadece kadın ve erkek arasında ücret konusunda farklı bir uygulamaya gidilmesini sağlamaya yönelik bir anlam ifade etmektedir. Düzenlemenin son derece sınırlı olduğu varsayılsa dahi, işverenin işin yürütümü sırasında hatta fesihte eşit davranma borcunun varlığı, anılan yasanın uygulandığı dönemde de Yargıtay'ca kabul edilmişti.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde ise, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak " esaslı nedenler olmadıkça" ve " biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır. İşverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle faklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayrım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/III. Maddede sayılan haller, sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine tarikat, aşiret ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda, davacı işçinin iş sözleşmesi 15.08.2001 tarihinde tazminatları ödenmek suretiyle işverence feshedilmiş ve emekli ödeneğinin 60 yaşını dolduracağı tarihten itibaren ödeneceği bildirilmiştir. Davalı şirket yöneticilerine ait iştiraksiz Emeklilik Kurallarının 3. maddesinde emeklilik ödeneğine hak kazanma şartları düzenlenmiştir. Söz konusu kuralların 3/a maddesinde yönetici işçinin en az 10 yıllık hizmetinin olması ve şirketten ayrıldığı tarih itibariyle normal emeklilik yaşına ulaşması (- erkekler de bu yaş sınırı 60) halinde emeklilik ödeneğine hak kazanacağı, b bendinde ise şirketten ayrıldığı tarih itibariyle normal emeklilik yaşına (-60 yaş) 10 yıldan daha fazla bir süre kalmış olmakla birlikte şirkette en az 10 yıllık hizmeti olan ve çalışırken Sosyal Sigortalar Emeklilik yasalarına göre emekli olma hakkını kazananların hizmet akitleri sona erdiğinde emeklilik ödeneğinin normal emeklilik yaşına ulaşmadan başlamayacağı düzenlenmiştir. Davacı hizmet akdinin feshi tarihinde 50 yaşın altındadır. SSK'dan emekliliğe hak kazanmış ve 20 yıla yakın da hizmeti bulunmaktadır. Şirket içi iştiraksiz emeklilik kurallarının 3/b maddesi uyarınca 60 yaşında emekli ödeneği bağlanacaktır.

Davalı şirket 05.01.2004 tarihli Yönetim Kurulu kararı ile büyüme ve kar hedeflerinin gerçekleştirilebilmesini teminen yeniden yapılandırılma neticesinde bazı iş alanlarının daralması nedeniyle bir kısım personelin hizmetine ihtiyaç kalmadığı için 7

adet yöneticinin yaşları, hizmet süreleri ve SSK emeklilik durumları dikkate alınarak bir defaya mahsus olmak üzere 50 yaşından evvel işten ayrılmalarına rağmen 50 yaşlarını tamamladıkları tarihten itibaren geçerli olmak üzere şirket emeklisi sayılarak emeklilik aylığı almalarına karar verilmiştir. Dört ayrı U. şirketinin davalı bünyesinde birleşmesi neticesinde bir kısım yöneticilerin kadroları lağvedildiği için, iştiraksiz emeklilik kurallarındaki şartları taşımamalarına rağmen bu yöneticiye münhasıran şirketin içinde bulunduğu durum itibariyle ve davacının işyerinden ayrılmasından 3 yıl sonra istisnai bir uygulamayla 50 yaşında emeklilik ödeneği bağlanması kararlaştırılmıştır.

Davacının işyerinden ayrıldığı tarihteki durumu iştiraksiz emeklilik kuralları 3/b madde hükmüne uygundur ve bu madde uyarınca 60 yaşında emeklilik ödeneğini alabilecektir. Oysa 2004 yılında Yönetim Kurulu kararına istinaden işverenin takdiri ile 50 yaşında emeklilik ödeneği bağlanan yöneticilerle davacı arasında işten ayrıldıkları tarihler itibariyle aynı koşullar mevcut değildir. İşveren, davacı emekli olurken davacı ile aynı statüye sahip yöneticiler arasında farklı bir işlem uygulamasına gitmemiştir. Davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra, işverenin değişen şartlar uyarınca yeniden yapılanma nedeniyle işten çıkartılmak zorunda kalınan yöneticilere, şirket, emekliliğine çok az bir zaman kaldığını gözeterek ödenek bağlayarak yarattığı uygulamanın işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiği düşünülemez. İşten ayrıldıkları sırada aynı statü ve şartlarda bulunmayan davacı ve diğer yöneticiler arasında farklı işlem uygulayan işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığı söylenemez. İşverenin bir takım objektif değerlendirmeler sonucu bazı işçilere menfaat (yarar) sağlaması eşit davranmaya aykırılık sayılmayacağı gibi kendilerine ek yararlar sağlanmayan çoğunluğa da bunları talep hakkı vermeyecektir. Netice itibariyle işverenin eşit davranma borcu aynı gruptakiler arasında keyfi veya hukuken haklı görülmeyecek nedenlerle farklı işlem yapma yasağından ibaret olup, somut olayda işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranışı söz konusu olmamakla davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/36963
Karar No **:** 2009/2271
Karar Tarihi **:** 12.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/5

ÖZÜ : ***İşverence, davacı işçi gibi TİS'nin sona erme tarihinden önce sendika üyeliğinden istifa etmeleri nedeniyle TİS hükümlerinden faydalanma imkanı kalmayan bir kısım işçiye, iş sözleşmesinin sona ermesi anında 45 gün üzerinden kıdem tazminatı ödenmiş olduğunun belirlenmesi halinde, eşit işlem borcu nedeniyle davacının da aynı şekilde 45 gün üzerinden kıdem tazminatı alması gerekecektir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti, ikramiye alacağı, yakacak yardımı, giysi, bayram yardımı, kötü niyet tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Taraflar arasında uyuşmazlık, işyerinde daha önce yürürlükte bulunan TİS hükümlerinin uygulanmaya devam edilmesinin işyeri şartı haline gelip gelmediği, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle, işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil, tesisine hizmet eder.

Eşitlik ilkesi ise, en temel anlamda Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararları'nda da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak "esaslı nedenler olmadıkça" ve "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 25.07.2008 gün 2008/27310 E, 2008/ 22095 K).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için, aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kollektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli-kısmi süreli işçi ile belirli süreli-belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır. İşverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayrım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/III. maddede sayılan haller, sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı, yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Öte yandan, İş Kanunu'nun 5. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda; davacı vekilince verilen dava dilekçesi ile müvekkilinin 28.05.1990-30.09.2004 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde depo memuru olarak çalıştığını, hizmet akdinin ekonomik nedenler gerekçe gösterilerek feshedildiğini, ücretten %25 indirim yapılmak istendiğini, kabul etmeyenlerin hizmet akitlerinin feshedildiğini, davalıya 19.10.2004 ve 20.10.2004 tarihlerinde gönderilen ihtarlarla eksik ödemelerin bildirildiğini, ancak sonuç alınamadığını, son ücretinin net 726,00 TL olduğunu, davacıya yılda 3 kez bir maaş tutarında ikramiye verilmekte iken bu

uygulamanın kaldırıldığını, fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, kullandırılmayan yıllık izinlerinin de karşılanmadığını, işyerinde uygulanan TİS gereğince 750 kg odun, 2 ton kömür yardımı, giyecek, gıda yardımı yapıldığı halde, bu haklarının da ödenmediğini, kıdem tazminatının sözleşme hükümlerine ve 1995 yılından beri süregelen uygulamaya aykırı olarak 30 günlük ücrete göre hesaplanarak ödendiğini, işverenin %25'lik indirim kararını sonradan kaldırmasına karşın fesih işleminin geri alınmadığını, bu nedenle işverenin kötü niyetli olduğunu belirterek fazlaya ilişkin hakkı saklı kalmak kaydıyla; kıdem tazminatı farkı, fazla mesai ücreti, ikramiye alacağı, yakacak yardımı, giysi yardımı, bayram yardımı, kötü niyet tazminatı alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili firmanın kömür ithalat ve satışı amacıyla kurulduğunu, 2000 yılından itibaren asfalt işlerini de yaptığını, 2002 yılına kadar kömür işinde tekel iken, bu tarihte … Valiliği Mahalli Çevre Kurulu kararıyla bu yetkinin tekel olmaktan çıkarıldığını, bu konuyla ilgili başka firmaların da kurulmasıyla iş kapasitesinde önemli azalma olduğunu, davacının kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi koşulu ile hizmet akdini kendisinin feshettiğini, bir an için istifanın işveren rızası ile olduğu varsayılsa bile kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanamayacağını, davacının ibraname verdiğini, TİS'nin 30.06.1996 tarihinden sonra yenilenmediğini, davacının 30.01.1996 tarihli üyelikten çekilme bildirimi ile sendikadan istifa ettiğini, bu tarihten sonra TİS'den yararlanma imkanının bulunmadığını, Ortaklar Kurulu'nun aldığı karar çerçevesinde 01.01.2002 tarihinden itibaren tüm personel ücretlerinin net olarak değiştirildiğini, brüt maaş uygulanmasının kaldırıldığını, bayram, yakacak yardımı, ikramiye ve sosyal yardım ödemelerinin maaş içine dahil edildiğini, böylece ikramiye ve sair sosyal yardım taleplerinin yersiz olduğunu, davacının fazla mesai, bayram ve hafta tatillerinde yaptığı çalışmaların karşılığının ödendiğini, keza bu alacakların karşılığının çıplak ücretten yapılması gerektiğini, davacının kötü niyet tazminatı isteyemeyeceğini belirterek haksız açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece yapılan yargılama sonunda; davacının davalı işyerinde 28.05.1990-30.09.2004 tarihleri arasında toplam 14 yıl, 4 ay, 3 gün çalıştığı, işverenin ekonomik nedenlerle bir kısım işçilerin hizmet akdini feshettiği, davacı ve davalının da akdin feshi hususunda fikir birliği içinde olduğu, davalının da fesihle birlikte hesapladığı kıdem ve ihbar tazminatlarını davacıya ödediği, böylece davacının kıdem tazminatını hak ettiğinin taraflarca kabul edildiği, davacının işe iade talep hakkı bulunmakla birlikte bu yola başvurmadığı, iş güvencesi kapsamında bulunmakla kötü niyet tazminatı talep şartlarının olmadığı, ibraname ibraz edilmiş olmakla birlikte miktarı belirli olan kalemler için içerdiği miktar kadar geçerli olduğu ve yerleşik içtihatların da bu yönde olduğu, davacının sendikadan ayrılması ve son dönemlerle ilgili TİS'leri bulunmamakla birlikte davacı ile aynı dönemlerde çıkartılan işçilere 45 günlük ücret üzerinden kıdem tazminatı ödendiği, bunun işyeri şartı haline geldiği ve davacının kıdem tazminatının da aynı şekilde hesaplanması gerektiği, 2002 yılı başından itibaren ikramiye dahil bütün sosyal yardımların çıplak ücrete dahil edildiği, böylece davacının ayrıca ikramiye ve diğer sosyal yardımlar dolayısıyla talep hakkı bulunmadığı, davacının fazla mesai alacağının da bulunmadığı ve fazla çalışma yapıldığında puantajlara işlenip karşılıklarının ödendiğinin belirlenmesi nedeniyle bakiye kıdem tazminatı yönünden davanın kabulüne, diğer talepler yönünden ise reddine karar verilmiş ve hüküm davalı tarafça temyiz edilmiştir.

2822 sayılı TSGLK'nın 6. maddesinin son fıkrasına göre, sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder. Bu hükmün uygulanabilmesi için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçinin Kanun'un 9. maddesi uyarınca toplu sözleşmeden yararlanıyor olması gerekir. Oysa davacının bu tarihten önce sendika üyeliğinden ayrıldığı ve artık yararlanma kapsamı dışına çıktığı anlaşılmaktadır. Emsal dosyalarda aynı yönde verilen kararlar Dairemizce "... TİS'nin sona erdiği 30.06.1996 tarihinde davacı işçi sendika üyesi olmadığı gibi TİS'den de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS'nin davacı yönünden hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabulü mümkün değildir..." gerekçesiyle bozulmuş olup, bu husus yerel mahkemenin de kabulündedir.

Yerel mahkeme, davacının işten ayrıldığı tarihlere yakın dönemde ayrılan işçilere davalı işverence 45 gün üzerinden kıdem tazminatı ödenmiş olmasının, eski TİS'nin bu yöndeki hükmünün işyeri şartı haline geleceği görüşüyle fark kıdem tazminatı taleplerinin kabulüne karar vermiş olup, hükme esas alınan bilirkişi raporunda; 26.04.2004 tarihinde işten çıkarılan D., 27.04.2004 tarihinde işten çıkarılan H., 03.05.2004 tarihinde işten çıkarılan C., 31.05.2004 tarihinde işten çıkarılan R. isimli işçilere 45 gün üzerinden kıdem tazminatı ödenmiş olduğunun saptandığı anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında tanık olarak dinlenilen C. ile R. bu saptamayı doğrulamışlar ise de, bu işçilerin TİS'nin sona erdiği 30.06.1996 tarihinden önce sendika üyeliğinden istifa edip etmedikleri anlaşılamamaktadır. Adı geçen işçilerin gerçekten emsal olup olmadıkları açıklığa kavuşturulmamıştır. İşverence davacı gibi TİS'nin sona erme tarihinden önce sendika üyeliğinden istifa etmeleri nedeniyle TİS hükümlerinden faydalanma imkanı kalmayan bir kısım işçiye, iş sözleşmesinin sona ermesi anında 45 gün üzerinden kıdem tazminatı ödenmiş olduğunun belirlenmesi halinde, eşit işlem borcu nedeniyle davacının da aynı şekilde 45 gün üzerinden kıdem tazminatı alması gerekecektir. Kendilerine 45 gün üzerinden kıdem tazminatı ödenen işçilerin sendika üyeliğinden istifa etmediklerinin belirlenmesi halinde ise; davacı için 30 gün üzerinden kıdem tazminatı hesaplanması yönündeki işveren eyleminin doğru olduğunun kabulü gerekecektir. Mahkemece belirtilen hususlar araştırılarak, elde edilecek verilere göre sonuca gidilmesi gerekirken, eksik araştırma ve buna bağlı yanılgılı değerlendirme sonucu hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine 12.02.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/32183
Karar No **:** 2009/7045
Karar Tarihi **:** 17.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/5

ÖZÜ : ***İşçilerin yasal olmayan bir eyleme katılmaları nedeniyle iş sözleşmelerinin feshi, haklı bir nedene dayanmakta olup, bu işçilerden bir kısmının***

yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez.

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, fazla çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücreti ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine, karşı davacı ise, uğranılan zararın tazminine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi, işverence haksız olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacı ve arkadaşlarının yasal olmayan ücret artışı isteğinde bulunduklarını, işverence olumsuz karşılanması üzerine 01.08.2005 tarihinde işyerine gelerek işe giriş kartlarını bastıkları halde, makineleri çalıştırmadıkları ve işbaşı yapmadıkları, aynı gün 18.00'a kadar çalışmadıklarını ve işyerinden ayrıldıklarını savunmuş ve isteklerin reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacı ve diğer bir kısım işçilerin yasa dışı olarak grev yaptıkları ve eyleminin sabit olduğu kararda açıklanmış, ancak işverenin aynı eylem içinde olan 6 işçiyi yeniden işe almış olması sebebiyle feshin haklı olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça, farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle, işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil, korunmasına hizmet eder.

Eşitlik ilkesi ise, en temel anlamda Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararları'nda da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak "esaslı nedenler olmadıkça" ve "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 25.07.2008 gün 2008/27310 E, 2008/22095 K).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için, aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli-kısmi süreli işçi ile belirli süreli-belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır. İşverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği, bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayrım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da, mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/111. maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi

sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı, yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin, dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka, yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Öte yandan, İş Kanunu'nun 5. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde, aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda, davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler, yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mahkemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence, anılan eylem sebebiyle, fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrım yapmamayı ifade eder. Başka bir anlatımla, işe başvuranlar arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayrım yapılması yasaklanmıştır.

Aynı olaya bağlı olarak bir başka işçinin açtığı davada ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş, davacının temyizi üzerine karar Dairemizce onanmıştır (Yargıtay, 08.10.2007 gün 2007/2577 E, 2007/29505 K).

Böyle olunca, eyleme katılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması, davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından, işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/31303
Karar No **:** 2008/106
Karar Tarihi **:** 12.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***İşyeri devri halinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceği kuralı karşısında, devreden işverenin feshe bağlı işçilik haklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Kıdem tazminatı bakımından devreden işverenin kendi çalıştırdıkları süreyle ve devir tarihindeki ücretle sınırlı sorumlulukları bulunmaktadır.***

DAVA : Taraflar arasındaki, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve izin ücreti, bayram, hafta ve genel tatil gündelikleri ile ücret alacağının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalılar avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 12.02.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat … ile karşı taraf adına Avukat … geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi 1989–1991 yılları arasında davalılardan H., 1992- 1994 yılları arasında ise H.İ. ve A. adi ortaklığı işyerinde çalışmıştır. Daha sonra davalı şirket kurulmuş ve iş ilişkisi 02.02.2006 tarihinde sona ermiştir. Mahkemece kıdem tazminatı dışında kalan ve hüküm altına alınan işçilik alacakları için davalılar gerçek şahıslar ile şirket yönünden müştereken ve müteselsilen sorumluluğa dair karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyeri devri halinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceği kurala bağlanmıştır. Böyle olunca devreden işverenin feshe bağlı işçilik haklarından olan ihbar tazminatı ile izin alacağından sorumluluğu bulunmamaktadır. İhbar tazminatı ile izin ücretinden iş sözleşmesini sona erdiren devralan işveren sorumludur. Devreden işverenler yönünden her iki istekle ilgili olarak birlikte sorumluluğa dair karar verilmesi hatalı olmuştur.

3- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, devirden önce doğmuş bulunan ve devir anında ödenmesi gereken işçilik alacaklarından, devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğu öngörülmüştür. Mahkemece hüküm altına alınan işçilik alacaklarından ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretlerinin tamamı devralan şirket döneminde doğmuş olmakla devreden işverenlerin sözü edilen istekler yönünden sorumluluğu bulunmamaktadır. Mahkemece, ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretlerinin davalı şirketten tahsili yerine, tüm davalılar yönünden müştereken müteselsilen sorumluluğa dair karar verilmesi doğru değildir.

4- Kıdem tazminatı yönünden 1475 sayılı Yasanın 14/2.maddesi uyarınca devreden gerçek şahıs ile adi ortaklığın sorumluluğu ayrı ayrı devir tarihindeki ücret ve kendi çalıştırdıkları süreyle sınırlı olduğu halde, mahkemece buna aykırı hüküm tesisi de hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/15619
Karar No **:** 2008/7304
Karar Tarihi **:** 03.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden devreden işveren devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olmak üzere sorumludur.

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarda ise, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu aynı yasanın 3. fıkrasında açıklanmış ve devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır.

Somut olayda, davalı G. A.Ş. ne ait işyerinin, davacının hizmet akdinin feshinden sonra davalı B. A.Ş. ne devredildiği anlaşılmaktadır. Davacı, kısmi davasını her iki davalıya yönelterek dava konusu alacakların müştereken müteselsilen tahsilini istemiştir. Açıklanan nedenlerle, kısmi dava konusu alacaklardan davalı B.. A.Ş. de sorumlu bulunduğundan anılan davalı hakkındaki kısmi davanın da kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.

2- 4857 sayılı Kanun'un 34. Maddesi gereğince ücret ve ikramiye alacaklarına en yüksek mevduat faizi uygulanması gerekir. Buna göre, davacının ücret alacağına bu alacak yönünden HUMK 74 m. uyarınca reeskont faizini aşmamak kaydıyla olmak üzere ve ikramiye alacağına anılan faizin yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/13627
Karar No **:** 2008/11315
Karar Tarihi **:** 05.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kuralları söz konusu olduğundan, mevcut iş sözleşmesi devralana geçecektir.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, izin ile genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı Belediye Başkanlığı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalılardan M. Belediyesinin çöp toplama işini üstlenen diğer davalı şirkette temizlik işçisi olarak çalıştığını, iş akdinin davalı işverenlikçe haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti alacağı talebinde bulunmuştur.

Davalı şirket; 2002 yılından bu yana M. Belediyesinin açtığı temizlik ihalelerini kazanarak temizlik işlerini yürüttüğünü, sözleşmenin her yıl 15 Ocak tarihinde yenilendiğini, ancak 15.01.2006 tarihinde sözleşmenin bitip tekrar sözleşme yenilenecek iken Belediyenin yeni ihale düzenleme kararı alıp temizlik işlerini G. T.A.Ş.ortaklığına

verdiğini, ihalenin söz konusu şirketlere verilmesi ile birlikte davacının işten çıkarıldığını iddia ettiği tarihte işverenliğin rızası ve bilgisi olmadan 26 arkadaşı ile A. T.A.Ş.ye geçtiklerini ve bu şekilde davacı ve arkadaşlarının ihalenin başka bir firmada kalması üzerine herhangi bir bildirimde bulunmaksın sözleşmelerini tek taraflı olarak feshettiklerini, ihale sona ermiş olmasına rağmen davacı ve arkadaşlarının işine müvekkili firma tarafından son verilmediğini, bu nedenle davacının iş akdini kendisi bildirimsiz ve tek taraflı olarak feshettiğini savunmuştur.

Diğer davalı M. Belediyesi; davacı ile aralarında hizmet akdi bulunmadığını, davacının diğer davalı şirket işçisi olduğunu ve Belediye ile yüklenici firma arasında imzalanan teknik şartname gereğince yüklenicinin çalıştırdığı tüm personelin alacaklarının yüklenici tarafından ödeneceğinin düzenlendiğini savunmuştur.

Değişen alt işverenler arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ve bunun işçinin işçilik haklarına etkileri taraflar arasındaki temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda, iş sözleşmesi bildirimin karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir. Daire uygulaması bu yöndedir.

Somut olayda, davalı şirket iş sözleşmesini feshetmediğini, davacının ihaleyi alan dava dışı şirket nezdinde çalışmaya başladığını savunmuştur. Dosyada iş sözleşmesinin feshedildiğine dair bir bildirime rastlanmamıştır. Buna göre öncelikle davacı işçinin ihale bitimi sonrası ihaleyi alan yeni şirket nezdinde çalışıp çalışmadığı tespit edilmeli, çalışması devam ediyorsa işyeri devri kuralları çerçevesinde davacının feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti alacağı isteği red edilmelidir. Aksi halde davalı şirketin ihale süresinin bitimi üzerine davacının iş sözleşmesini feshettiği kabul edilmeli ve şimdiki gibi karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/23304
Karar No **:** 2008/18866
Karar Tarihi **:** 04.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devridir. Bu durumda devreden işveren kıdem tazminatı bakımından devir tarihinden itibaren 2 yıllık süre sınırı olmadan kendi dönemi ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı olmak üzere sorumludur.***

İhbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene aittir.

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ücreti, hafta ve resmi tatil ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Kıdem tazminatına bilirkişi tarafından hesaplanan ve mahkemece hüküm altına alınan kısmın tamamına fesih tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken ıslahla artırılan kısım için ıslah tarihinden faiz yürütülmesi hatalıdır.

3- Davacı tarafından istekte bulunulduğu halde ücret alacağına faiz yürütülmemesi de ayrı bir bozma nedenidir

4- … 37. Noterliğince düzenlenen 30.12.2005 tarihli ihtarname ile davacı ihbar ve yıllık izin ücreti yönünden işvereni temerrüde düşürmüştür. Bu sebeple söz konusu alacaklar yönünden ihtarnamenin işverene tebliğ edildiği 03.01.2006 tarihine 3 gün ilave edilmek sureti ile 07.01.2006 tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, ıslahla artırılan miktarlar yönünden ıslah tarihinden itibaren faize hükmedilmesi hatalıdır.

5- Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda 55 gün üzerinden izin ücreti alacağı hesaplanmıştır. Oysa davacının hizmet süresi yönünden toplam 54 gün izin

kullanması gerekirken sadece 9 gün yıllık ücretli izin kullanmıştır. Kullandığı izin günlerinin mahsubu ile 45 gün üzerinden izin ücretinin hesaplanması gerekir.

6- Davacının harcını yatırıp ıslah dilekçesi ile dava konusu miktarları artırmasından sonra davalı vekilince zamanaşımı def'inde bulunulduğuna göre mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutulmaması hatalıdır.

7- İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda işyeri devri ayrı bir madde olarak düzenlenmemişti. Anılan Kanunun 14/2. maddesinde işyerinin devri halinde kıdem tazminatının hesaplanması şekli ve anılan tazminattan devreden işverenin sorumluluğu belirlenmiş, aynı şekilde izin hakları bakımından işyeri devrinin sonuçları 53. maddede açıklanmıştı. Uygulamada izin hakları yönünden anılan madde ve kıdem tazminatı bakımından 14/2. madde ve diğer işçilik hakları açısından ise, Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca çözümlere gidilmekteydi.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarda ise, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu aynı yasanın 3. fıkrasında açıklanmış ve devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlükte olduğundan, kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından işyeri devirlerinde anılan hüküm uygulanmalıdır. Anılan hükme göre, işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

İşyerinin miras yoluyla intikali de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde düzenlenmiş, anınla hükümde mirasçıların miras bırakanın ölümü ile mirasa bir bütün olarak hak kazanacakları açıklanmıştır.

İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki işverenlerin devralan tüzel kişi işverenin ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır.

Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da imkan dahilindedir.

Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir.

Banka veya borsa aracı kurulu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun el koyması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Gerçekten bu halde işyeri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir.

Özelleştirme işlemi sonucu kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Belirtilen işlemde, işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmiş olmaktadır. Bununla birlikte tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri olarak değerlendirilmelidir.

İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı zamanda işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermez.

Genel olarak yapılan bu açıklamaların ardından İş Hukukunda işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri üzerinde ayrıca durulmalıdır. İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için 2 yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir.

Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene ait olmakla, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur.

Somut olayda, davacı işçi 23.11.2001 - 21.11.2004 arası dava dışı Y. Ltd. Şirketinde 21.11.2004 - 30.12.2005 tarihleri arasında da davalı şirkette çalışmıştır.

Davacı işyerinin davalı şirkete devredildiğini iddia ederken davalı ise aksini savunmuştur. Mahkemece bu yönde bir araştırma yapılmamıştır. Her iki şirketin ticaret sicilinden kayıtları getirtilmeli, ortakları, adresleri, unvan değişikliği yapıp yapmadıkları, devir durumu belirlenmeli, dosyada mevcut tüm deliller değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/20491
Karar No **:** 2008/21645
Karar Tarihi **:** 22.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Gerçek şahıs tarafından işletilen işyerinde işverenin de ortak olduğu bir şirket kurularak işyerinin yeni kurulan şirket tarafından işletilmeye başlanması halinde, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna varılması doğru değildir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar, fazla çalışma ücreti ve iş güvencesi tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuş, davalı işveren ise iş sözleşmesinin 22.04.2005 tarihinde haklı olarak feshedildiğini savunmuştur. Mahkemece işverenin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilmiş, ancak davacı işçinin işyerinde davalılardan gerçek şahıs işçisi olarak çalışırken 02.06.2004 tarihinde şirketleşmeye gidilmesi sebebiyle anılan tarihe kadar olan hizmetleri için davalılardan V.E. tarafından kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği belirtilerek isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerçek şahıs tarafından işletilen işyerinde işverenin de ortak olduğu bir şirket kurularak işyerinin yeni kurulan şirket tarafından işletilmeye başlanması halinde işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna varılması

doğru değildir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre bu tür bir ilişkide 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesinde sözü edilen işyeri devrinin kuralları uygulanmalıdır. İşyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmeleri tüm haklarıyla birlikte devralan işverene geçeceğinden ve asıl önemlisi bir fesihten söz edilemeyeceğinden gerçek şahıs yanında geçen süre bakımından kıdem tazminatına dair hüküm kurulması doğru değildir. Somut olayda davacı işçinin gerçek şahıs ve ardından şirket yanında geçen hizmetleri, tazminat yönünden bir bütün olarak kabul edilmelidir.

Davalı işverence 22.04.2005 tarihinde yapılan feshin haklı olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; dosya içinde davacı işçinin bir müşteriye ait bilgileri rakip şirkete ilettiği yönünde doğruluğu tanıklarca ifade edilen bir tutanak olsa da, davalı işveren ihbar tazminatı ödemek suretiyle feshi gerçekleştirmiştir. Gerçek şahıs yanında çalışılan sürenin ardından, davalı şirkette geçen hizmetlerin bir yıldan az olduğu gözetilerek işverence kıdem tazminatı ödenmemiştir. Yukarıda ifade edildiği gibi davacı işçi bakımından işyerinde çalışılan toplam süre üzerinden tazminat hesabı yapılması gerekir.

Öte yandan davalı işveren davacı işçiye kıdem tazminatı ödemiş olmakla, işten ayrılma bildirgesinde haklı fesihten söz etmiş olmasına rağmen, eylemi sebebiyle davacı işçiyi affetmiş sayılmalıdır. Davalı işveren ihbar öneli tanımaksızın ve haklı nedenle derhal sözleşmeyi sona erdirebilecek olduğu halde ihbar tazminatı ödeyerek bir fesih gerçekleştirmiştir. Kıdem tazminatı ödenmemesi gerektiği noktasında ise taraflar arasında açık bir anlaşmanın varlığı kanıtlanabilmiş değildir. O halde davacı işçiye kıdem tazminatının da ödenmesi gerekir. Dosya içinde bulunan bilirkişi raporları bu yönde bir değerlendirmeye tabi tutularak tüm süreye göre hesaplanacak olan kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır. İhbar tazminatı yönünden ise işverence yapılan ödeme tutarı düşülerek hak kazanması durumunda fark isteğinin kabulüne karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27199
Karar No **:** 2008/23898
Karar Tarihi **:** 16.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Taraflar arasındaki uyuşmazlık, hizmet akdinin devri niteliğinde olduğundan, kıdem, ihbar tazminatı ve izin ücreti bakımından sorumluluk tüm süre ve son ücret üzerinden hizmet akdini devralan işverene aittir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, genel tatil ücreti alacağının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş ve davalılar avukatlarınca da duruşma talep edilmiş ise de; HUMK. nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı, davalılardan A. Ltd. Şt.'de 1995 yılı Eylül ayında işe başladığı, burada çalışmasına devam ederken 1998 yılında davalı şirketin ortaklarının sahibi olduğu K. Ltd. Şt.'nde işe başlatıldığı, her iki davalının hissedarlarının baba ve çocukları olduğunu ileri sürerek işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının 10.08.1997-31.12.1997 tarihleri arasında A. Ltd.Şti'nde, 01.08.1999-11.11.2005 arasında K. Ltd.Şti'nde çalıştığını, her iki şirketin hukuken ve fiilen birbirinden bağımsız şirketler olduğunu, A. Ltd. Şt'nde 4 ay gibi kısa bir süre çalıştığını, kendi isteği ile işten ayrıldığını belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı şirketler arasında işyeri devri olmadığı, ödünç olarak K. Ltd.Şt.'ne de devredilmediği için her iki şirket nezdindeki çalışmalarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, gerekçesi ile bilirkişi raporundaki miktarlara göre, isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı işverenler arasında hizmet akdi devri olup olmadığı, kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağından devralan son işverenin sorumluluğunun tüm süre üzerinden olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Taraflarca dosyaya sunulan deliller birlikte değerlendirildiğinde: Davacı işçinin 01.09.1995 tarihinden beri A. Ltd.Şti.'de çalışmakta iken, 01.10.1998 tarihinde bir kısım ortakları da aynı kişiler olan K. Ltd.Şt.'ne geçirilmekle hizmet akdinin devredildiği sonucuna varılmaktadır. Böyle olunca yukarıda sözü edilen kanun hükümleri uyarınca devralan son işveren K. Ltd.Şt.'nin kıdem, ihbar tazminatı ve izin ücreti bakımından sorumluluğunun tüm süre ve son ücret ile olduğu kabul edilerek hesaplama yapılmalıdır. Bu hususta alınan bilirkişi raporundaki hesaplama bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Yukarıda açıklanan gerekçe ile davacının her iki davalı nezdindeki çalışması tüm süre olarak kabul edilmesi gerekirken ayrı ayrı değerlendirilerek karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/26306
Karar No : 2008/23980
Karar Tarihi : 18.09.2008
İlgili Kanun : 4857/6

ÖZÜ : ***İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerindedir. Devir halinde ara vermeden çalışan işçi bakımından feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşmemiş olur.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin ile fazla mesai ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, değişen alt işverenler arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ve bunun işçinin işçilik haklarına etkileri konusunda toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış da olabilir.

Asıl işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması ile alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilemeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. Zira asıl işveren ya da alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

Soruna 2821 sayılı Sendikalar Kanunu açısından baktığımızda asıl işin tabi olduğu iş kolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de, 4857

sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesinin açık hükmü karşısında işin alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayrık tutulması gerekir. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/III. maddesinde, "işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" şeklinde Sendikalar Kanunu ile örtüşen ana kurala yer verildiği halde, sonraki bentlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi düzenlenmiş, bir anlamda yardımcı işin alt işverene bırakılması ile ayrık bir durum öngörülmüştür. Daha sonra da, aynı yasanın 3. maddesinde "Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür" şeklinde kurala yer verilerek sorun açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Esasen bu çözüm tarzı alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de, alt işverenin işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır (Yargıtay HGK. 06.06.2001 gün 2001/ 9-711 E, 2001/ 820 K).

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dahilindedir. Uygulamada işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin de kararlaştırıldığı görülmektedir. Listede isimleri yer alan işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tartışmasızdır. Ancak isimleri bulunmayan ve başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Beklenen süreç, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürme şeklinde gerçekleşmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıklanmıştır.

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 er aylık sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesi bildirimin karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir.

Somut olayda davacı yeni ihaleyi alan şirket nezdinde ara vermeden çalışmasını sürdürmüştür. Bu durumda işyerinin alt işverenler arasında devri söz konusudur. Nitekim dairemizin 2005/37343 E-2006/16607 K sayılı kararı da bu yöndedir. Davalının davacıyı Lalahan'daki işyerine usulüne uygun davet ettiğine ilişkin somut bir belge de dosya içerisinde bulunmamaktadır. Davacı yeni şirkette çalışmasına devam etmekte olup hizmet akdi sürmektedir. İşçinin çalışırken kullanmadığı yıllık izinleri hizmet akdi sürdükçe ücrete dönüşmez. Yıllık izin ücreti istemi feshe bağlı bir sonuçtur. O halde mahkemece davacının yıllık izin isteminin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27464
Karar No **:** 2008/24648
Karar Tarihi **:** 24.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***İşyerini devreden işveren, kendi dönemini tasfiye etmek için işçilerin iş sözleşmelerini feshederek kıdem tazminatlarını ödemiş olduğuna göre, devirden sonra yeni bir iş sözleşmesi ile çalışan ve iş akdi feshedilen işçilerin kıdem tazminatı hesabında devirden önceki döneme ait süreler dikkate alınmaz.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Davacı işçi, davalı işverence 2006 yılında iş sözleşmesinin feshedildiğini ve kıdem tazminatı hesabında aynı işyerinde 1984-1990 yılları arasında geçen çalışmalarının dikkate alınmadığını ileri sürerek, fark kıdem tazminatı isteği ile bu davayı açmıştır.

Davalı işveren ise, davacının 1984-1990 yılları arasında dava dışı A. A.Ş işyerinde çalıştığını, işyerinin davalı şirkete devredildiği 30.09.1990 tarihinde devreden tarafından iş sözleşmesinin feshedilerek kıdem tazminatının ödendiğini ve davacının ibraname verdiğini, 01.10.1990 tarihinden sonra davalı şirkete bağlı olarak çalışılan sürenin yeni bir iş ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve 2006 yılında gerçekleşen fesihte kıdem tazminatının tam olarak ödendiğini ileri sürerek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece aynı nitelikteki bir davada, işçilerin önceki kıdemleri geçerli olmak üzere devralan işverene nakledildiklerinin belirlendiği gerekçesiyle, 1990 yılında ödenen kıdem tazminatının avans niteliğinde olduğu kabul edilmiş ve yasal faizi ile birlikte mahsubu yapılarak fark kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, temyize konu dosyada davacının 1984 yılından itibaren kıdem haklarıyla davalı şirkete devredildiğine dair protokol ve benzeri bir belge bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarında sözü edilen emsal dosyadaki işlem ise, sadece anılan dosyanın davacısıyla ilgili olup, temyize konu dosyanın davacısı ya da diğer işçiler yönünden tüm haklarıyla birlikte nakil yönünde bir değer taşımamaktadır.

Davacı işçi 1984 yılında işe girmiş ve 30.09.1990 tarihine kadar dava dışı A. A.Ş işçisi olarak çalışmıştır. Bu tarihte davacının çalıştığı bölümün davalı şirkete devri ile iş sözleşmesinin feshedildiği bildirilmiş ve devreden işveren tarafından fesih

tarihindeki kıdem tazminatı tavanı üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı tutarı tam olarak ödenmiştir. Davacı işçi ibranamede bu hususu açıkça ifade etmiş ve devreden işvereni ibra etmiştir.

Davacı 01.10.1990 tarihinde bu defa devralan işveren işçisi olarak çalışmaya başlamış ve 31.08.2006 tarihinde işverence iş sözleşmesinin feshi üzerine 1990 yılından sonraki çalışmaları için kıdem tazminatı da eksiksiz olarak ödenmiş, bu tarihte düzenlenen ibraname de imzalanmıştır.

İşçinin çalışmasının devam ettiği sırada kıdem tazminatı adı altında ödenen miktarın kural olarak avans niteliğinde olduğu Dairemizce kabul edilmektedir. Gerçekten, iş sözleşmesinin feshedilmediği bir anda kıdem tazminatı talep hakkı doğmayacağından, ödemenin ilerde hak kazanılabilecek olan kıdem tazminatına mahsuben yapıldığı düşünülmelidir. Bununla birlikte işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine ödenen kıdem tazminatının avans niteliğinde sayılması mümkün olmaz. Somut olayda işyeri devrinin gerçekleştiği bir dönemde devreden işveren dönemini tasfiye etmek için bu yola gitmiş ve fesih sonrasında kıdem tazminatını ödemiştir. Böyle olunca ilerde işçiye daha az kıdem tazminatı ödemek amacıyla bu uygulamanın yapıldığı sonucuna varılması doğru değildir. Davacı işçi önceki süre için tavan esasına göre hesaplanmış olan kıdem tazminatını almış ve günün koşullarında değerlendirmiştir.

Davacıya 1990 yılında ihbar tazminatı ödenmemiş olması, fesih işlemini ve 1990 yılına kadar olan dönemin ayrı bir iş sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Davacı işçinin 30.09.1990 tarihinde sona eren sözleşmeden dolayı ihbar tazminatını talep edebileceği de kabul edilmelidir.

Davacının 30.09.1990 tarihinde iş sözleşmesinin feshinden bir gün sonra davalı işveren nezdindeki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğinde olup anılan dönem için hakları tam olarak ödenmiştir. Böyle olunca davacının 1990 yılından önceki hizmetlerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Mahkemece davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde isteğin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/32890
Karar No **:** 2008/25659
Karar Tarihi **:** 07.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Devreden işverenin izin ücretinden sorumlu tutulması hatalı olduğu gibi, devirden sonra çalışılan süre ücretinden de devreden işverenin sorumluluğuna gidilmiş olması doğru değildir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar, izin, fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı ve davalı A.Limited Şti. Avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalı A.Limited Şirketinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin 30.06.2004 tarihinde sona erdiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı işçi, işyerinde çalışmaya devam etmiş ve iş sözleşmesi 05.07.2004 tarihinde sona ermiştir. Devreden işverenin izin ücretinden sorumlu tutulması hatalı olduğu gibi, devirden sonra çalışılan süre ücretinden de devreden işverenin sorumluluğuna gidilmiş olması doğru olmamıştır. Hüküm altına alınan istekler yönünden davalılardan A.Limited Şirketinin sorumlu tutulması hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/16527
Karar No **:** 2009/50
Karar Tarihi **:** 19.01.2009
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Alt işveren işçilerinin, alt işveren işyerinden ayrılmasına rağmen, yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davalı S. Bakanlığı, davacının temizlik işlerini ihale yoluyla üstlenen firmanın işçisi olduğunu belirterek, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı P. Ltd.Şti., davanın süresinde açılmadığını, davacı ile aralarında iş sözleşmesi ilişkisi bulunmadığını, davacının altı aylık kıdeminin bulunmadığını, davalı S. Bakanlığı'ndan hastane temizlik işlerini ihale ile üstlendiklerini, alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacının davalı şirket yanında çalışmasının olmadığı, davalı S. Bakanlığı'nın ise ihale makamı olduğu, ihaleyi yeni alan davalı şirketin davacıyı çalıştırma yükümlülüğünün bulunmadığı gibi işyerinin işçileriyle birlikte devrinin söz konusu olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış da olabilir.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 18.09.2008 gün 2006/ 26306 E, 2008/ 23980 K.)

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde, sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Beklenen süreç, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürme şeklinde gerçekleşmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıklanmıştır.

Temizlik Hizmetleri Alım Sözleşmesi kapsamında aynı işyerinde önceki alt işverene bağlı olarak çalışan davacı ve arkadaşlarının devirden önce iş sözleşmeleri feshedilmemiş ya da önceki alt işverence başka bir işyerinde çalışmaları için davet edilmemişlerdir. İşçilerin tamamı aynı koşullarda ara vermeden yeni alt işverene bağlı olarak çalışmalarına devam ettikleri de göz önünde bulundurulduğunda alt işverenler arasında işyeri devri olduğunun kabulü gerekir. İşyeri devri ile birlikte devir tarihi itibariyle mevcut olan iş sözleşmeleri de yeni alt işverene geçmiştir. Davacı ve arkadaşları yeni alt işverene bağlı olarak 1,5 gün çalıştıktan sonra iş sözleşmeleri davalı şirketçe yazılı bir fesih bildirimi olmadan feshedilmiştir. Bu durumda davalı şirketle davacı işçi arasında iş sözleşmesinin bulunmadığını söylemek mümkün görülmemektedir.

Öte yandan davalı S. Bakanlığı'na ait hastane işyerinde alt işveren işçisi olarak çalışan davacının sendika üyesi olduğu ve 01.05.2007-30.06.2009 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesinden yararlandığı anlaşılmaktadır. Dosya içeriği ve tanık anlatımlarına göre davalı P. Ltd.Şti. tarafından yeni ihalenin alınmasından 1,5 gün sonra şirket yetkililerince sendika üyesi işçilerle çalışılmayacağı belirtilmiş ve sendika üyeliğinden istifa etmeyen davacı ve bir kısım arkadaşlarının iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Mevcut maddi ve hukuki olgulara göre iş sözleşmesinin feshi sendikal nedene dayanmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
l- … 1 İş Mahkemesinin 25.12.2007 gün ve 534-779 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ DAVALI P. LTD.ŞTİ.'NE AİT İŞYERİNDEKİ İŞİNE İADESİNE,**

3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni dikkate alınarak 1 yıllık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 575,00 TL vekâlet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 88,40 TL yargılama giderinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 19.01.2009 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1781
Karar No **:** 2009/13520
Karar Tarihi **:** 14.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : İşyerinin devri halinde, iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile birlikte devredildiğinden, işçinin eğitim gideri karşılığında belli bir süre çalışma yükümü devam eder.

DAVA : Davacı, ihbar tazminatı ve eğitim ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR : 1- Dava, işçiye verilen eğitim giderlerinin ödetilmesi isteğine ilişkindir.

İşçiye işverence verilen eğitim, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlaması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, verilen eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir. Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene belli bir süre iş görmesi işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve mas-

rafları ile uyumlu olması gerekir. Buna karşın, işçiye 4857 sayılı İş Kanunu'nun 78. ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken eğitimlere ait giderler istenemez.

İşçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masraflar o işçiye özgü olmalı ve yazılı delille ispatlanmalıdır. İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenmeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz.

İşyerinin devri halinde de işçinin eğitim gideri karşılığında belli bir süre çalışma yükümü devam eder. Bu konuda yükümlülüğün ihlali halinde devralan işverenin de eğitim giderlerinin talep hakkı bulunmaktadır.

İşçinin geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırıldığı süre de eğitim karşılığı yükümlü olduğu çalışma süresinden sayılır.

İşverence işçi adına yapılan eğitim giderlerinin tamamı yerine, işçinin çalıştığı ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirildikten sonra kalan miktarının tahsiline karar verilmesi gerekir. Gerçekten işçi, eğitimden sonra çalışmayı yükümlendiği sürenin bir kısmında çalışmış ise, işverene bu konuda katkı sağlamış olmaktadır. İşçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışılmış olunması halinde ise, işverence eğitim giderleri istenemez (Yargıtay 9. H.D. 06.10.2008 gün 2007/27538 E, 2008/25446 K.).

Somut olayda iş akdinin kurulduğu 14.11.2005 tarihinden önce yapılmış olsa da, davacı …. eğitim kurslarına katılmıştır. Eğitim bedeli işverence karşılanmıştır. 04.11.2005 tarihli sözleşme tarafların iradeleri ile kurulmuştur. Sözleşmede haklı bir sebep olmaksızın iş akdinin feshi halinde …. EURO bedelin ödeneceği kararlaştırılmıştır. Arızi olarak yapılan görev harici işler feshi haklı kılmaz. İşçinin feshi haksızdır. Eğitim gideri hakkında değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi,

2- Davalının iş sözleşmesi ihbar önellerine uymadan feshetmesi nedeniyle ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken bu talebin de reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/9436
Karar No **:** 2009/15249
Karar Tarihi **:** 02.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Çalıştığı yer, yaptığı iş ve pozisyonunda herhangi bir değişiklik olmadan ve çalışmasına hiç ara vermeden devam eden bir işçinin, kağıt üzerinde farklı şirketler tarafından sigortaya girdi-çıktı yaptırılması, iş sözleşmesinin sona ermesinde hakları bakımından işverenlerin birlikte sorumluluğunu gerektirir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, ücret alacağı, izin alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi; davalı G. A.Ş de çalışır iken kayıtlarda giriş çıkış yapılarak aynı ortaklık yapısına sahip G. B. Ltd. Şirketinde çalışır gösterildiğini, bilahare iş sözleşmesinin fesih edildiğini belirterek kıdem, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin ve ücret alacağı talep etmiştir.

Davalı; G. A.Ş. işyerinin bir kısım satış ve devirler geçirdiğini, sorumluluğu bulunmadığını savunmuştur. Diğer davalı G. B. Ltd G.AŞ. ise davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece; haksız feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti alacağından son işverenin sorumlu olacağı gerekçesi ile davalı G. B. Ltd. nin sorumluluğuna, G. A.Ş hakkında açılan davanın ise reddine karar verilmiştir.

Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ" dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.03.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akti devri, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/ 30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönerek birlikte sorumluluğu benimsemiştir.

Somut uyuşmazlıkta; mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalı her iki şirketin ortaklarının esasen … ailesinden aynı şahıslar olup her iki şirketin de aynı işverenlere ait tekstil firmaları olduğu, davalı şirketler arasında organik bağ bulunduğu, davacının çalışmasının bütünlük arz ettiği, çalıştığı yer, yaptığı iş ve pozisyonunda herhangi bir değişiklik olmadan ve hiç ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü ve bu süre boyunca kâğıt üzerinde farklı şirketler tarafından sigortaya girdi çıktılarının yaptırıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalıların birlikte sorumluluğuna karar vermek gerekirken davalı G. A.Ş. hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/40398
Karar No **:** 2009/19939
Karar Tarihi **:** 07.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Değişen alt işverenlere bağlı olarak aralıksız çalışan işçinin iş sözleşmesinin son alt işverence feshinde, kıdem tazminatından devreden alt işverenlerinde, kendi çalıştırdıkları süre ve son ödedikleri ücretle sınırlı olarak sorumlu olmaları gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, vergi iadesi ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı ve davalı 1- …. Genel Müdürlüğü 2- … Mühendislik Ltd.Şti. Avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene

geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarda ise, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu aynı yasanın 3. fıkrasında açıklanmış ve devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır,

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlükte olduğundan, kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından işyeri devirlerinde belirtilen hüküm uygulanmalıdır. Anılan hükme göre, işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

İşyerinin miras yoluyla intikali de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde düzenlenmiş, sözü edilen hükümde mirasçıların miras bırakanın ölümü ile mirasa bir bütün olarak hak kazanacakları açıklanmıştır.

İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin, ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 22.07.2008 gün 2007/ 20491 E, 2008/21645 K.).

Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da imkan dahilindedir.

Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir.

Banka veya borsa aracı kurulu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun el koyması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Gerçekten bu halde işyeri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir.

Özelleştirme işlemi sonucu kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Belirtilen işlemde, işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmiş olmaktadır. Bununla birlikte tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 08.07.2008 gün ve 2008/25370 E, 2008/ 19682 K).

İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı zamanda işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermez.

İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. İşyeri devrinin çalışma

koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K.).

Genel olarak yapılan bu açıklamaların ardından İş Hukukun da işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri üzerinde ayrıca durulmalıdır. İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için 2 yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir.

Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene ait olmakla devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır.

Somut olayda, davacı işçi değişen alt işverenlere bağlı olarak aralıksız çalışmış ve son alt işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilmiştir. İhbar tazminatı ile izin ücretinden son alt işverenle birlikte asıl işverenin sorumluluğuna gidilmesi yerinde olsa da, kıdem tazminatından devreden alt işverenlerin sorumlu tutulmamış olması doğru değildir. Dava dilekçesinde önceki alt işverenler de taraf olarak gösterildiğine ve bilirkişi raporunda devreden alt işverenler yönünden kendi çalıştırdıkları süre ve son olarak ödedikleri ücret seviyesiyle sınırlı olarak bir hesaplama yapıldığına göre, varsa ödeme belgeleri de bir değerlendirmeye tabi tutularak davalı alt işverenler yönünden bir karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9391
Karar No **:** 2009/26150
Karar Tarihi **:** 08.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***Alt işverene verilen işin yapıldığı yer, alt işverenin işyeri olup, işçinin değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, vergi iadesi alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmak üzere dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, değişen alt işverenler arasında hukuki ilişkinin tespiti ve bunun işçinin işçilik haklarına etkileri konusunda toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için, ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış da olabilir.

Asıl işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması ile alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilemeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. Zira, asıl işveren ya da alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için, işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

Soruna 2821 sayılı Sendikalar Kanunu açısından baktığımızda, asıl işin tabi olduğu iş kolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesinin açık hükmü karşısında, işin alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayrık tutulması gerekir. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/III. maddesinde, "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" şeklinde Sendikalar Kanunu ile örtüşen ana kurala yer verildiği halde, sonraki bentlerde asıl işveren-alt işveren ilişkisi düzenlenmiş, bir anlamda yardımcı işin alt işverene bırakılması ile ayrık bir durum öngörülmüştür. Daha sonra da, aynı Yasa'nın 3. maddesinde "Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet

üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür" şeklinde kurala yer verilerek sorun açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Esasen bu çözüm tarzı alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de, alt işverenin işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır (Yargıtay HGK 06.06.2001 gün 2001/9-711 E, 2001/820 K).

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde, mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir (Yargıtay 9. HD 18.09.2008 gün 2006/26306 E, 2008/23980 K).

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde, sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tartışmasızdır. Ancak, yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden, belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Beklenen süreç, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürme şeklinde gerçekleşmesidir. Bunun tersine, alt işveren işçilerinin, ait işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıklanmıştır.

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak

kaybına neden olabilecektir. Örneğin, işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa, asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerinin devir veya intikalinden söz edildikten sonra "...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde, kıdem tazminatı açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın, kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesi bildirimin karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir.

Somut olayda davacı işçi alt işveren olan T. Ltd. Şti. nezdinde çalışmakta iken, bu şirketin ihaleyi kazanamaması nedeni ile 31.12.2005 tarihinde iş akdinin feshedildiğini ileri sürmüşse de, bu tarih sözleşme süresinin bitim tarihi olup, 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere alt işveren değişikliği olmuş, davacı işçi de çalışmasına devralan alt işveren nezdinde devam etmiştir. Bu durum işyeri devri olup, feshe bağlı haklar olan kıdem, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi isteklerin doğması söz konusu olmaz (Dairemizin 2007/7239 E., 2007/34741 K. no.lu ve 2007/7240 E., 2007/ 34742 K. no.lu onama kararları da bu yöndedir). Mahkemece feshe bağlı bu hakların hüküm altına alınmış olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/13320
Karar No **:** 2009/36197
Karar Tarihi **:** 21.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/6

ÖZÜ : ***İşyeri devri, fesih niteliğinde olmadığından devir sebebiyle feshe bağlı haklar istenemez. Aynı zamanda işyeri devri işçiye haklı fesih imkanı vermez.***

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, ulusal bayram, genel tatil, dini bayram, hafta tatili, yıllık izin, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarda ise, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu aynı yasanın 3. fıkrasında açıklanmış ve devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlükte olduğundan, kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından işyeri devirlerinde belirtilen hüküm uygulanmalıdır. Anılan hükme göre, işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

İşyerinin miras yoluyla intikali de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde düzenlenmiş, sözü edilen hükümde mirasçıların miras bırakanın ölümü ile mirasa bir bütün olarak hak kazanacakları açıklanmıştır.

İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde, bu işlem de bir tür işyeri devridir. Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 22.07.2008 gün 2007/ 20491 E, 2008/21645 K).

Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da imkan dahilindedir.

Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerini devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir.

Banka veya borsa aracı kurulu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun el koyması ise işyeri devri niteliğinde değildir. Gerçekten bu halde işyeri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir.

Özelleştirme işlemi sonucu kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak değerlendirilemez. Belirtilen işlemde, işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmiş olmaktadır. Bununla birlikte tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 08.07.2008 gün ve 2008/25370 E, 2008/ 19682 K.).

İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı zamanda işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkanı vermez.

İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz. İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K.).

Genel olarak yapılan bu açıklamaların ardından İş Hukukunda işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri üzerinde ayrıca durulmalıdır. İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için 2 yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir. Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene ait olmakla, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait

ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur.

Somut olayda, davacı 07.02.2003 tarihinde davalı A. G.' nın işyerinde dokumacı olarak işe girdiğini, daha sonra işyerinin diğer davalıya devredildiğini ve iş sözleşmesinin 30.04.2006 tarihinde feshedildiğini iddia itmiştir.

Davalı A. G. 21.06.-15.07.2003 tarihlerinde 24 gün işyerinde çalıştığını kabul etmiş, diğer davalı davaya cevap vermemiştir.

Davalı tanıkları mahkeme ifadelerinde işyerinin diğer davalıya devredildiğini, devralan H. Ç.'nin işyerini 15 ay daha çalıştırdığını belirtmiştir.

Mahkemece davacının 2003 yılında 24 gün davalı A. yanında çalıştığı kabul edilmiş, diğer davalı hakkındaki davanın ise reddine karar verilmiştir.

Öncelikle dosyada bulunan davacının iş müfettişi şikayet tutanağına ait rapor ve varsa SSK şikayet evrakları tümüyle celp edilmeli, vergi dairesinden ya da tanıklar yeniden dinlenerek devir ve fesih tarihi tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir. Bu şekilde davacının devralan işveren yanında çalışıp çalışmadığı saptanmadan ve davacı tanık anlatımlarına göre en az 5-6 ay çalıştığı ifade edildiği halde bu anlatımlar nazara alınmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hükmün kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41042
Karar No **:** 2008/15622
Karar Tarihi **:** 16.06.2008
İlgili Kanun **:** 4857/7

ÖZÜ : ***Hizmet akdi devri, işçi, işveren ve hizmet akdini devralan işveren arasında gerçekleşen, işçinin bundan böyle devralan işverene hizmet vermesini öngören ve geçici iş ilişkisi kapsamında olmayan üçlü ilişkiyi ifade eder.***

İşverenin işçiyi ayrı bir işverene göndermek istemesi durumunda, işverenin işçinin iradesi olmaksızın bu uygulamaya gitmesi ve işçinin de kabul etmeyerek diğer işverene ait işyerinde işbaşı yapmaması iş koşullarının değiştirilmesi olarak değil, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin fesih yazısındaki nedenlerle ve aradaki iş sözleşmesinin 3. maddesinde kullanılan nakil yetkisinde görevlendirilen yerdeki görevi kabul etmemesi nedeni ile feshedildiğini, şirketin iştiraki ile kurulmuş 22 şirket bulunduğunu, kadro çalışmaları ile iç hizmetler departmanında 1 sorumlu, 1 memur kadrosunun kaldırılarak, 2 memur kadrosu oluşturulduğunu, sorumlu olan ve kadrosu kalkan davacının da bu kadro bulunan diğer bir iştirak şirketinde naklen görevlendirildiğini, ancak kabul etmediğini, iş sözleşmesinin de yasal hakları ödenerek feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının sözleşmede işverenin diğer işyerlerine veya işverenin iştiraki olan şirketlere nakli peşinen kabul etmesine rağmen, davalı şirket ile aynı grupta yer alan ve davalı iştiraki olan C. A. Şirketi'nde çalışması için yapılan görevi teklif etmediği, kabul etmeme nedeni ile iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği, ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir". Bu maddeye dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde; değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin de yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur.

İşverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına “yönetim hakkı” denir. İş koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İş koşullarındaki değişiklikler geçerli nedene dayandığı takdirde, ayrıca iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa veya işçi aleyhine bir durum oluşmuyor ise, işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması gerekmez. İşveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işyeri değişikliği ile ilgili işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ve geçerli nedene dayanan değişiklikler çalışma koşullarının esaslı değişikliği olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir.

İşyerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkanı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında alternatif tedbirler arasında iş şartlarında ve sözleşme değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise ve bu kapsamda bir çalışma yerinde çalıştırabilecekse değişiklik feshine başvurulmaması gerekir.

Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, "İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi, ödünç alanın işçisi olur. Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılmalıdır. Ancak, bu uygulamaya sürekli işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi, süresi sona eren geçici iş ilişkisinde ödünç alan işçisi olarak çalışmaya devam ediyorsa, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin ayrıldığı kabul edilmelidir.

Hizmet akdi devri, işçi, işveren ve hizmet akdini devralan işveren arasında gerçekleşen, işçinin bundan böyle devralan işverene hizmet vermesini öngören ve geçici iş ilişkisi kapsamında olmayan üçlü ilişkiyi ifade eder. İşyeri devrinden farkı, işverenler arasında işyerinin devri yönünde bir işlem olmamakta ve işçi bir işverene ait işyerinden diğer işverene ait işyerine nakledilmektedir. Hizmet akdi devri, üçlü bir hukuki ilişkidir. Devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akdi devri konusunda iradelerin birleşmesi şarttır. İşçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinde uygulama, işverence işçinin iş koşullarının değiştirilmesi olarak da değerlendirilemez. Zira, işçi işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyeri olan diğer bir işverene gönderilmek istenmektedir. İşverenin işçinin iradesi olmaksızın bu uygulamaya gitmesi ve işçinin de kabul etmeyerek diğer işverene ait işyerinde işbaşı yapmaması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden biri olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirmiştir. Görevlendirme nedeni olarak, işletme gereklerinden çok, davacının bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırması gösterilmiştir. Bu bir hizmet akdi devridir. Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir.

Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmaz. Davacı, hizmet akdi devri uygulaması yaratan davalı

işverenin bu uygulamasına, rıza göstermiş değildir. Davalı işveren fesih sonucu doğuran bu uygulamada, nakil nedenini ve sonuç olarak fesih nedeninin geçerli nedene dayandığını kanıtlamış değildir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, istemin kabulü gerekir.

Diğer taraftan kabule göre, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca feshi sonucu, davacıya kıdem ve ihbar tazminatının ödendiği, feshin haklı nedene dayanmadığı işverenin de kabulünde olmasına rağmen, mahkemece feshin haklı nedene dayandığı nitelendirmesi de hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca, Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 16.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/496
Karar No **:** 2009/14827
Karar Tarihi **:** 28.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/8

ÖZÜ : ***Bir akdin hizmet sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu saptanamıyorsa, vekalet akdi olduğu kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, fazla çalışma, genel tatil ücreti, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Taraflar arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi mi, vekalet sözleşmesi mi olduğu uyuşmazlık konusudur.

Vekâlet sözleşmesine ait hükümler Borçlar Kanunu'nun 386 ve 398. maddelerinde düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 386 maddesinin 1.fıkrası gereğince "vekâlet bir akiddir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül ettiği hizmetin ifasını iltizam eyler "

Hizmet sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesini ayıran unsurlar şöylece sıralanabilir:

Hizmet sözleşmesinde işçi, genellikle işverene ait işyerinde çalışır. Vekâlet sözleşmesinde ise vekil, kendine ait işyerinde çalışır. İki sözleşmeyi ayırmakta bu unsur çok önemli yer tutmaktadır. Bu çalışmanın günün bütün saatleri için olması gerekmez. Örneğin avukatın her gün için günde birkaç saat dahi olsa işverenin yerinde çalışması halinde, diğer koşullar da bulunmak şartıyla aradaki ilişki hizmet sözleşmesidir.

Hizmet sözleşmesinde ücret genellikle zaman üzerine belirlenir. Vekâlet sözleşmesindeki ise yapılan iş, ücretin tespitinde esas alınır.

Hizmet sözleşmesinde bağımlılık unsuru daha açık ve seçiktir. Her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 389. maddesine göre, müvekkilin talimat verme yetkisi varsa da, bu talimat hizmet sözleşmesinden farklıdır.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin, müvekkilin temsil yetkisi olduğu halde, hizmet akdinde genellikle işçinin işvereni temsil yetkisi bulunmamaktadır.

Hizmet sözleşmesinde çalışma zamanı genellikle işveren tarafından tespit edilmiştir. İşçinin muayyen bir zamanda işe başlaması ve yine muayyen bir zamanda işi bırakması gerektiği halde, vekâlet sözleşmesinde çalışma zamanının tespiti genellikle vekile ait bulunmaktadır.

Ücret söz konusu olmayan durumlarda, hizmet sözleşmesinden söz edilemez. Diğer deyişle ücret unsuru, hizmet sözleşmesinin esaslı unsurunu teşkil eder. Oysa vekâlet sözleşmesinde ücret, esaslı unsurlardan değildir.

Bir akdin hizmet sözleşmesi mi, yoksa vekalet sözleşmesi ini olduğu hususunda kuşkuya düşüldüğünde, vekalet akdi olduğu asıldır. Diğer deyişle bir sözleşmenin vekalet akdi mi, yoksa hizmet sözleşmesi mi olduğa saptanamıyorsa, bu sözleşmeyi vekalet akdi olarak kabul etmek ve o hükümlere tabi tutmak gerekir.

Vekâlet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda İş Mahkemeleri görevli değildir.

Somut olayda davacı, iş sözleşmesinin haklı sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı, davacı ile aralarında hizmet sözleşmesi bulunmadığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

İşin organizasyonu içinde yer alan hizmet sözleşmesinin unsurlarının araştırılması yönünden muavin defter kaydına göre düzenli aylık ödemeler yapıldığı ve Sosyal Sigortalar Kurumu kaydının da bulunduğu gözetilerek davacının çalışma şeklinin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekir.

2- Mahkemenin vekâlet ilişkisinin bulunduğu yönündeki kabulüne göre de, dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddi gerekirken, yazılı şekilde esas yönünden davanın reddi de hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/876
Karar No **:** 2009/20602
Karar Tarihi **:** 13.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/8
ÖZÜ : ***Avukat, aldığı dava ve icra takiplerini kendi iş organizasyonu içerisinde ve işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan yapıyorsa ve görevi reddetme hakkına sahipse, taraflar arasındaki bağımlılık unsurundan söz edilemez. Vekalet ilişkisi nedeniyle uyuşmazlığın genel mahkemede çözülmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, ücret ve vekâlet ücret alacaklarının davalı kurumdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacı ve davalı idare ile arasında 21.05.2001 tarihinde B...-K... Genel Müdürlüğü Avukatlık Sözleşmesi imzalandığını, bunun bir hizmet sözleşmesi olduğunu, bu sözleşmenin 31.12.2002 tarihi itibarıyla da B...-K... Genel

Müdürlüğü kararıyla feshedildiğini, 04.12.2001 tarihli Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 1. kısım 4. bölümünde Kamu Kurum ve Kuruluşlarının sözleşmeli avukatlarına 300,00 YTL aylık ücret ödenmesi gerektiğinin düzenlendiğini, bu tarifenin yürürlüğe girdiği tarih ile sözleşmenin fesih tarihi arasında davacıya tarifenin altında ücret ödendiğini, fark tarife ücreti ile davalı adına takip ettiği İş Mahkemesi ve icra takibindeki vekâlet ücretlerinin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunmadığını, vekâlet ilişkisi bulunduğunu, İş Mahkemesinin görevsiz olduğunu, davacı ile kurum arasında 13.03.2001 tarihli karşılıklı sözleşme imzalandığını, sözleşmenin 7. maddesinde aylık ücret yanında, ilamlı-ilamsız icra takiplerinde yaptığı tahsilâtlardan dolayı prim ve ücret ödendiğini, davacının sözleşmede kabul ettiği şartlar aksine talepte bulunamayacağını, avukatlara yeni sözleşmelerde yer alan hükümler doğrultusunda ödeme yapıldığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğu ve İş Mahkemesinin görevli olduğu kabul edilerek, davalının davacı avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre eksik ücret ödediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir. İş Mahkemesinin kural olarak görevli olması için, davacının işçi, davalının işveren ve aralarında iş ilişkisi olması gerekir.

Dosya içeriğine göre, taraflar arasında yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi mi, yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1. maddesi uyarınca "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas, bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağlılığı vardır. İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda, işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından

sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.

Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da, bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda, çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir. Dikkate alınabilecek diğer bir ölçüt de, münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yararlanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı, çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

Dosya içeriğine göre, davalı kurum ile bağımsız bir organizasyona sahip olan ve serbest avukat olarak kendi bürosunda çalışan davacı avukat, davalı kurumun il sınırları içerisindeki dava ve icra takipleri için sözleşme yapmışlar ve sözleşmede davacı avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca aylık ücret yanında, sayı olarak verilen dava ve icra takiplerinde alınacak vekâlet ücretlerinden belirli bir oranda ücreti vekâlet ödenmesi kararlaştırılmıştır. Sözleşme içeriğine göre davacı kendi ofisinde çalışmakta, sayı ve adet olarak verilen dava ve takipleri takip etmekte, belirli zamanlarda rapor vermektedir. Takip edilen dava ve icra takipleri nedeni ile belirli bir oranda ücreti vekâlet yanında aylık olarak ücret öngörülmesi, taraflar arasındaki ilişkiye iş ilişkisi niteliğini vermez. Davacı avukat, aldığı dava ve icra takiplerini teslim aldıktan sonra, kendi iş organizasyonu içerisinde ve işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan takip etmekte ve sonuçlandırmakta, sadece aşamaları ve sonuçları hakkında rapor sunmaktadır. Davacı avukat, aynı iş organizasyonda ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırmakta, keza işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip bulunmaktadır. O halde, taraflar arasındaki sözleşmede, iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki ve kişisel bağımlılıktan söz edilemez. Davacı, iş görme edimi bakımından teknik ve ekonomik olarak davalıya bağımlıdır. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki sözleşmede vekâlet ilişkisi ağır basmakta olup, davacı avukat, davalı ise, vekil tutan sıfatındadır. Uyuşmazlıkta İş Mahkemesinin görevli olmadığı açıktır. Vekâlet ilişkisi nedeni ile uyuşmazlığın, genel mahkeme olan ve davanın değerine göre HUMK'nın 8/1. maddesi gereğince Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Görevsizlik kararı verilmesi yerine, işin esasına girilerek karar verilmesi hatalıdır.

Diğer taraftan kabule göre, hesaplanan tarife ücretinden davacıya yapılan ödemenin mahsubu sonucu kalan 637,00 YTL olduğu halde, bu miktar yerine 3.880,00 YTL alacağa karar verilmesi de isabetsizdir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 13.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/5973
Karar No **:** 2009/24884
Karar Tarihi **:** 01.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/8

ÖZÜ : ***İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayıran en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa vekalet sözleşmesi mi olduğu uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1 maddesi uyarınca "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağlılığı vardır. İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.

Yukarda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir. Dikkate alınabilecek diğer bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yaralanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

Somut olayda; taraflar arasında düzenlenen "vekalet ve avukatlık ücret sözleşmesi' nin 2. maddesinde, vekilin deruhte işi kendi bürosunda yürüteceği belirtilmiştir. Davacı avukatın, yaptığı avukatlık işini davalı işverenin işyerinde geçirdiği hususu ispatlanamamıştır. Bu durumda davalı işveren ile davacı avukat arasındaki ilişki vekalet ilişkisidir. Uyuşmazlıkta İş Mahkemesinin görevli olmadığı açıktır. Vekalet ilişkisi nedeni ile uyuşmazlığın genel mahkemede çözümlenmesi gerekir. Görevsizlik kararı verilmesi yerine işin esasına girilerek karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/10493
Karar No **:** 2009/31940
Karar Tarihi **:** 16.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/9

ÖZÜ : ***İşçinin, işverenin emrine amade ifaya hazır olması, ona zamanaşımı süresi içerisinde ücret isteme hakkını verir.***

DAVA : Davacı, borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR : Davacı şirket, davalı işçi ile iş sözleşmesi yaptığını, ancak hiçbir zaman çalışmadığını kendileri tarafında icra takibi yapıldığını ileri sürerek, borçlu olmadığının tespiti isteminde bulunmuştur.

Davalı işçi, davalı şirketin sorumlu teknik müdür ve sorumlu veteriner hekim bulunmadan faaliyet göstermesinin mümkün bulunmadığı, sözleşmeyle çalıştığından söz ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işçinin eylemli çalışması bulunmadığı gerekçe gösterilerek istek hüküm altına alınmıştır.

Karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğindeki maddi bulgulara göre; taraflar arasında 22.12.2004 başlangıç tarihli, bir yıl süreyle iş sözleşmesi imzalanmıştır. Aylık ücret asgari ücrettir. Sorumlu teknik müdür olarak çalışacaktır. Görevi, "Kuluçhane ve Damızlık İşletmeleri Yönetmeliği uyarınca Damızlık ve Kuluçhane Tesislerinin Sorumlu Teknik Müdürlüğü ve Sorumlu Veteriner Hekimliği"dir.

Anılan Yönetmelik gereği davacı şirketin sorumlu veteriner hekimsiz çalışmasının mümkün olmadığı tartışmasızdır.

Davacı şirketin çalışanlar listesinde davacının da gösterildiği şirket yazısıyla kesinleşmiştir.

Yukarıdaki bulgular Tarım İl Müdürlüğünün 30.12.2007 tarihli yazısıyla doğrulanmıştır. Bilindiği üzere iş sözleşmesi, kişisel ilişki kurması, karşılıklı borç doğurması ve sürekli borç ilişkisi yaratması özelliklerini içinde barındırmaktadır. İş sözleşmesiyle taraflar bir güven ilişkisine girerler.

Öte yandan işçi işverenin kendisinden isteyeceği iş edimi için ifaya hazır olması ona zamanaşımı süresi içerisinde ücret isteme hakkını verir.

Taraflar arasındaki sözleşmeye güven meydana gelmesi için yazılı belgeler yeterli olabileceği gibi zımni davranışlarla da bu mümkündür. Susma zımni bir davranıştır.

Somut olayda davacı Şirket davalı Veteriner Hekimin diplomasıyla yönetmeliğe göre işyerini çalıştırmıştır. Başka bir anlatımla yararlanmıştır. İşçinin işyerinde çalışmaması iddiasıyla bir fesihte bulunmamıştır. Kendisini çalışıyor göstermiştir. Aksi halde sağlık kurallarına aykırı bir çalışma gündeme gelir.

Davalının iki ayrı yerde çalışmasını engelleyen İş Kanunumuzda bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki kısmi çalışma hali gibi çalışma türleri bu tür bir olanağı vermektedir. Sigortasız çalışma, çalışmama anlamına gelmemektedir.

Davacı şirketin işin ifasını istememe yeri ve zamanı kendi yönetimini ilgilendirir. Dolayısıyla kimse kendi kusurundan yararlanamayacağı dikkate alındığında davanın reddi gerekirken kabulü bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24530
Karar No **:** 2008/171
Karar Tarihi **:** 18.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***İşyeri hekimi istihdamının işyerinde devam ettiği ve yapılan işin süreklilik gösterdiği anlaşıldığından, işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif ve esaslı nedenler bulunmadığından, yapılan fesih geçersiz kabul edilerek işçinin işe iadesine karar verilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı işyerinde işyeri hekimi olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, yargılamayı takip etmemiş, delilleri ibraz etmiştir.

Mahkemece, davacının işyeri hekimi olduğu ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, yenilenmesi için de kişiliği ve yaptığı iş dikkate alındığında objektif nedenler bulunduğu, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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 Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlanması söz konusu olur (BK md. 338/1).

Salt süreye bağlı bir iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürülmemelidir. Zira 11'inci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hâkim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Belirli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif neden olarak kabul edilebileceği İş Kanunu'nun 11'inci maddesinde örnek kabilinden sayılmıştır: İşin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması, Kanun'da gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli iş sözleşmesi kurulması imkânı açık tutulmuştur. Zira söz konusu hükümde açık olarak "…gibi objektif koşullara bağlı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

Türk hukuk mevzuatında, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkân sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin l. fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenler, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur.

İş Kanunu'nun 11 'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerini belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir.

Taraflar arasında, İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından, işveren, sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğinde; işçi, sözleşmenin belirsiz süreliye dönüştüğünü, işverenin bildirim şartına uymadan iş sözleşmesini feshettiği gibi geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiğini ileri sürerek bir aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açabilecektir. Bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı, işverenin belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir.

Dosya içeriğine göre, 2002 yılında işyerinde işyeri hekimi olarak çalışmaya başlayan ve en son 02.01.2006 tarihinde bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesi imzalanan davacı işçinin rahatsızlığı nedeni ile 04.09.2006 tarihinden itibaren istirahat raporu aldığı, raporlu iken iş sözleşmesinin 04.12.2006 tarihinde tebliğ edilen yazılı bildirim ile "uzun süreli rapor aldığı, zaman zaman muayeneye gelmediği, sözleşmeyi ihlal ettiği ve bu nedenle personele sunulan sağlık hizmetinde aksamalar olduğu, 31.12.2006 tarihi itibari ile feshedildiği ve yenilenmeyeceği" belirtildiği anlaşılmaktadır. İşyerinde işverenin işyeri hekimi istihdamı devam etmekte ve yapılan iş süreklilik göstermektedir. Davacı işçi ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını ve bu sözleşmenin yenilenmesini gerektiren objektif ve esaslı nedenler bulunmamaktadır. Davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının ve iş güvencesi hükümlerinden yararlandığının kabulü gerekir.

Fesih bildirim tarihinde davacının sürekli istirahatlı olduğu gün sayısı, ihbar öneli ile birlikte altı haftalık süre eklendiğinde 96 günlük süreyi bulmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesindeki haklı fesih nedeni koşulları da oluşmamıştır. Aynı yasanın 18/2-f maddesi uyarınca "Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" nedeni ile işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli bir neden teşkil

etmemektedir. Somut uyuşmazlıkta, rahatsızlığı nedeni ile raporlu olan davacı işçinin, bekleme süresi içinde iş sözleşmesinin feshi söz konusudur. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1.Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4.Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 29,00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 18.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/7443
Karar No **:** 2008/7075
Karar Tarihi **:** 31.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/11
ÖZÜ : ***İşçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı yoktur. İşin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önem göstermektedir. İşin biteceği tarih açık olarak kararlaştırılmasa da, öngörülebilir nitelikte ise, iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin davalı işverence geçerli bir neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını ve sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini, feshe ilişkin beyanda bulunmalarına gerek olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece sözleşmenin belirsiz süreli olduğu, fesih için geçerli bir neden bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, iş ilişkisinin belirli süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın normatif dayanakları 158 sayılı ILO Sözleşmesi, gerek 1699/70 sayılı Konsey Direktifi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 338 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddeleridir.

Teorik olarak belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca öngörülen bir vadeye tabi olan, ihbar gerekmeksizin, vadenin bitimiyle sona eren sözleşmelerdir. Bu itibarla, salt zaman içerisinde herhangi bir anda sona erdirileceği kararlaştırılmış bir sözleşme olmayıp, kurulduğu anda taraflarınca sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği bir sözleşmedir (Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Baskı, s. 251).

Borçlar Kanunu'nun 338. maddesinde, "Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet işin 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 da Yargıtay kararları ile 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. 07.12.2005 gün 2005/ 12625 E, 2005/ 38754 K).

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli - belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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 Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.

Öte yandan 11.madde, 18 Mart 1999 da sosyal taraflar arasında imzalanan çerçeve antlaşmasına yasal nitelik kazandıran 1999/70 EC Konsey Yönergesi ile birlikte ele alınmalıdır.

Çerçeve sözleşmesinin 4. 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 çalışmadan dolayı, emsal kadrolu işçilerden daha kötü davranılmayacaktır.

5. maddede ise kötü niyete karşı önlem işlenmiştir. Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismarın önlenmesi için, istismarı önleyecek yasalar yoksa üye devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra uluslararası yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre belli başlı bazı sektörlerin ihtiyaçları dikkate alınarak aşağıdaki tedbirlerden bazılarını alır.

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

l.(b) Yinelenen belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkilerinin azami toplam süresinin belirlenmesi,

l.(c) Bu türden iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin kaç kez yenileneceğinin belirlenmesi.

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

1.(a) Yenilenmiş sayılacağına,

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

Öte yandan 1999/70 sayılı Konsey Direktifinin önsözünde (5), Essen Konseyi sonuç bildirgesi "çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme" anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemleri vurgulamaktadır. (6) 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 bulundukları her düzeyde esnek çalışma düzenlemeleri dahil iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya çalışmıştır." Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslar arası Çalışma Sözleşmesine göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli sureli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır, (m 2/3)

Gerek 158 sayılı İLO Sözleşmesi, gerek 1699/70 sayılı Konsey Direktifi bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek bir denge amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerin kötüye kullanılmaması gereğini vurgulamıştır.

Sözü edilen normatif dayanaklara göre 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 önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Somut olayda, taraflar arasında yapılmış olan sözleşmenin süresi yeni çelikhane kısmı inşaatındaki kaynak ve montaj işlerinin bitimi olarak kararlaştırılmış ve bu kısımdaki kaynak ve montaj işlerinin bitimi ile sözleşmenin hiçbir ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ereceği belirtilmiştir. Kaynak ve montaj işçisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin yeni çelikhane kısmı inşaatındaki kaynak ve montaj işlerinin bitimi nedeni ile kendiliğinden sona erdiği davalı işverence bildirilmiştir.

Kaynak ve montaj işinin davalı şirketin asli ve sürekli işlerinden olmadığı, yeni çelikhane kısmı inşaatı nedeni ile geçici bir ihtiyaçtan doğduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Sözü edilen iş için işe alınan işçilerden bir kaçının zaman zaman ortaya çıkan eleman ihtiyacı nedeni ile kısa süreli ve geçici olarak başka işlerde çalıştırılmış olması, asli ve sürekli işlerde çalıştırılmak için işe alındıkları anlamına gelmez. İnceleme konusu olay bakımından işin biteceği tarih açık olarak kararlaştırılmamışsa da öngörülebilir niteliktedir. Nitekim davacı tanıkları da, işe başladıklarında bitiş süresinin kendilerine yaklaşık olarak söylendiğini açıklamışlardır. Mevcut olgulara göre, iş sözleşmesi belirli süreli olduğundan İş Kanunu'nun 18.maddesi ve devamı maddelerinde öngörülen iş güvencesi hükümlerinden yararlanması olanağı bulunmamaktadır.

Kaldı ki, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edilse bile, mahkemece yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporunda işin tamamını oluşturan 16 temel aşamanın fiilen bittiği tespit edilmiş olduğundan, buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin 28.12.2007 gün ve 213–901 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20,60 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 31.03.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/30736
Karar No **:** 2008/10339
Karar Tarihi **:** 28.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***Süreklilik arz eden işlerde belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir

Davalı işveren vekili, davalı işverenin … Genel Müdürlüğü ile 450 Adet doğal gazla çalışan otobüs üretimi ve teslimi için anlaşma yaptığını, davacının da proje kapsamında montaj işinde çalıştırılmak üzere işe alındığını ve belirli süreli iş imzaladığını, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışması nedeni ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının işe iade davası açılması ile ilgili yasanın aradığı şartlar oluşmadığı, davanın haksız olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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 Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir.

Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlanması söz konusu olur (BK mad. 338/1).

Salt süreye bağlı bir iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürmemelidir. Zira 11 'inci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestîsini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hâkim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Belirli süreli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif neden olarak kabul edilebileceği İş Kanunu'nun 11 'inci maddesinde örnek kabilinden sayılmıştır: İşin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması. Kanun'da gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli iş sözleşmesi kurulması imkânı açık tutulmuştur. Zira, söz konusu hükümde açık olarak "..gibi objektif koşullara bağlı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

Türk hukuk mevzuatında, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkân sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1' nci fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenleri, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur.

İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir.

Taraflar arasında, İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından, işveren, sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğinde, işçi sözleşmenin belirsiz süreliye dönüştüğünü, işverenin bildirim şartına uymadan iş

sözleşmesini feshettiği gibi geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiğini ileri sürerek bir aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açabilecektir. Bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı işverenin belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı ile davalı arasında imzalanan iş sözleşmesinin belirli süreli olarak imzalandığı, "doğal gazlı araç üretimi projesi kapsamında bir yıllık proje süresince montaj işçiliğinde" çalıştırılacağının belirtildiği, ancak sözleşmenin 2. maddesinde gerekli görülürse başka işte çalıştırılacağının da öngörüldüğü, davalı ile … Genel Müdürlüğü arasında 17.06.2005 tarihli sözleşme imzalandığı, işe başlamadan sonra doğalgazla çalışan 450 Adet otobüs yapımının 6, 13 ve 18 aylık periyotlarda teslim edilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Davacının yaptığı montaj işçiliği olup, özellik gerektirmemektedir. Davalı işveren otobüs ve kamyon üretimi yapmaktadır. Üretim süreklilik arz etmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 2. maddesindeki düzenleme olan davacının gerektiğinde başka işte çalıştırılacağının belirtilmesi karşısında, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir. Davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif bir neden yoktur. Davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır. Davacının iş sözleşmesi feshedilirken, fesih sebebi açık ve kesin olarak belirtilmemiştir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır. Nitekim iş sözleşmesi aynı şekilde feshedilen başka bir işçinin açtığı feshin geçersizliği ve işe iade isteminde, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu, feshin geçerli nedene dayanmadığı Dairemizin 2007 /24598 Esas sayılı ilamında kabul edilmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına.
6- Davacının yapmış olduğu 75,00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 28.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/31272
Karar No **:** 2008/10447
Karar Tarihi **:** 28.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***İşçinin yaptığı iş, belli bir işin yapılması, bir projenin tamamlanması gibi belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektirecek objektif koşulları taşımıyorsa, belirsiz süreli kabul edilmelidir.***

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, sözleşmenin belirli süreli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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 Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlanması söz konusu olur (BK mad. 338/1).

Salt süreye bağlı bir iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürmemelidir. Zira 11 'inci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hâkim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Belirli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif neden olarak kabul edilebileceği İş Kanunu'nun 11 'inci maddesinde örnek kabilinden sayılmıştır, “ işin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması.” Kanun'da gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli iş sözleşmesi kurulması imkânı açık tutulmuştur. Zira, söz konusu hükümde açık olarak "..gibi objektif koşullara bağlı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

Türk hukuk mevzuatında, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkân sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1 'nci fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenleri, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur.

İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir.

Taraflar arasında, İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından, işveren, sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğinde, işçi, sözleşmenin belirsiz süreliye dönüştüğünü, işverenin bildirim şartına uymadan iş sözleşmesini feshettiği gibi geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiğini ileri sürerek bir aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açabilecektir. Bir aylık hak düşürücü sürenin

başlangıcı işverenin belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir.

Dosya içeriğine göre, davacı 01.08.2005 tarihli, bir yıl süre düzenlemesi bulunan sözleşme ile uzman mühendis olarak işyerinde çalışmaya başlamıştır. Süre bitimi olan 01.08.2006 tarihinde tarafların sessiz kalmaları ile sözleşme yenilenmiş, fesih tarihine kadar davacı çalışmasını sürdürmüştür. İşyeri belgelerine göre davacının yaptığı işin sürekli nitelik taşıdığı, belli bir işin yapılması, bir projenin tamamlanması gibi belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektirecek objektif koşulların bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun, davacının da iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilmelidir. Davacının rahatsızlığı ve tedavi durumu dikkate alındığında, işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- **KARARIN BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 52,40 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak oybirliğiyle 28.04.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/18761
Karar No **:** 2008/12196
Karar Tarihi **:** 12.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/11

184

ÖZÜ : ***İşyerinde eğitim programına katılan işçinin, imzaladığı iş sözleşmesi uyarınca 6 ay süre ile çalışmayı kabul edeceği, 6 ay dolmadan ayrılması halinde eğitim giderlerinin kendisi tarafından ödeneceği hükmü geçerli olup, işçi çalıştığı süre ile orantılı olarak eğitim giderlerinden sorumludur.***

DAVA: Davacı, eğitim gideri ile cezai şart alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Uyuşmazlık taraflar arasında mevcut iş sözleşmesinin 17/a maddesinde düzenlenen eğitim giderlerinin davalıdan tahsil edilip edilemeyeceği noktasındadır. Sözleşmede personelin yurt içi eğitim programlarında program bitişini takiben 6 ay süre ile şirkette çalışmayı kabul edeceği, bu sürenin bitiminden evvel herhangi bir sebeple şirketten ayrılması halinde eğitim programlarının giderleri ile birlikte tarafça ödeneceği kabul ve taahhüt edilmiştir.

Davacı eğitim programını başarı ile tamamlamış ancak 6 aylık süre dolmadan haklı bir neden olmaksızın işyerinden ayrılmıştır. Bu sebeple çalıştığı süre ile orantılı olarak eğitim giderlerinden davalı sorumludur.

İşçiye işverence verilen eğitim, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlanması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, verilen eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir, Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene belli bir süre iş görmesi işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile uyumlu olması gerekir. Buna karşın, işçiye 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 78. ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken eğitimlere ait giderlerin işçiden talebi mümkün görülmemelidir.

İşçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masraflar salt işçi bazında yazılı delille ispatlanmalıdır. İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenmeyen giderlerden işçinin sorumlu olduğu düşünülemez. Yine işçi tarafından karşılanmış olan eğitim giderleri bu kapsamın da dışında kalır.

Somut olayda, davacı işveren tarafından eğitim giderlerine ilişkin olarak fatura ve belgeler dosyaya sunulmuştur. Davalı tarafından da söz konusu belgelere itiraz edilmemiş ilgili belgelere göre davalı payına düşen miktarlar belirtilmiş, bilirkişi tarafından da söz konusu tutarlar esas alınmak suretiyle hesaplamalar yapılmıştır. Ancak raporda davacı tarafından sunulan masraf belgeleri ile eğitim giderleri arasında bağlantı kurulamadığı belirtilerek belgelere itibar edilememesine rağmen bu belgelerin değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan davalı tespitleri hesaplamaya esas alınmıştır. Davacı işveren tarafından hesaplamalara somut itirazlar da bulunulmuş ancak alınan ek raporla dahi itirazlar karşılanmamıştır. Örneğin davalının da kabulünde olan 21 Eylül-1 Ekim 2004 tarihleri arasında eğitim verilen Meslek Princesi otele ilişkin konaklama gideri günlük 26 USD eğitimin verildiği gün sayısı ile çarpılarak sonuca gidilmemiştir.

Bu sebeple davacının dosya kapsamı itibariyle itirazları üzerinde titizlikle durularak bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Yazılı şekilde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

3-Davacı şirket davalıya 17.02.2005 tarihli bir ihtarname göndererek 7 gün içerisinde eğitim giderlerinin ödenmesini istemiştir. Davacı bu şekilde davalıyı temerrüde düşürdüğüne göre söz konusu ihtarname değerlendirilmeden hüküm altına alınan eğitim giderlerine dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/22535
Karar No **:** 2008/15507
Karar Tarihi **:** 13.06.2008
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ ***: İşçi birer yıllık belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile çalışmış olup, belirli süreli sözleşmeler birden fazla yenilenerek devam ettiğinden, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmüştür. Bu durumda cezai şarta hükmedilemez.***

DAVA: Davacı, cezai şartın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Taraflar arasındaki ilişkinin belirli süreli olup olmadığı hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Teorik olarak belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca öngörülen bir vadeye tabi olan, ihbar gerekmeksizin, vadenin bitimiyle sona eren sözleşmelerdir. Bu itibarla, salt zaman içerisinde herhangi bir anda sona erdirileceği kararlaştırılmış bir sözleşme olmayıp, kurulduğu anda taraflarınca sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği bir sözleşmedir (Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Baskı, s. 251) .

Borçlar Kanunu'nun 338. maddesinde, "Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet işin maksut olan gayesinden anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin mürüriyle, akit nihayet bulur" kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterli görüldüğü halde, 1475 sayılı Yasa uygulamasında da Yargıtay kararları ile 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. 07.12.2005 gün 2005/12625 E, 2005/38754 K).

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli - belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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 11.madde, 18 Mart 1999 da sosyal taraflar arasında imzalanan çerçeve antlaşması yasal nitelik kazandıran 1999/70 EC Konsey Yönergesi ile birlikte ele alınmalıdır.

Çerçeve sözleşmesinin 4. 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 çalışmadan dolayı, emsal kadrolu işçilerden daha kötü davranılmayacaktır.

5. maddede ise kötüniyete karşı önlem işlenmiştir. Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismarın önlenmesi için, istismarı önleyecek yasalar yoksa Üye Devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra uluslararası yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre belli başlı bazı sektörlerin ihtiyaçları dikkate alınarak aşağıdaki tedbirlerden bazılarını alır.

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

l.(b) Yinelenen belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkilerinin azami toplam süresinin belirlenmesi,

l.(c) Bu türden iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin kaç kez yenileneceğinin belirlenmesi,

1.02. Sosyal taraflara danıştıktan sonra Üye Devletler elverişli olan durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin

l.(a) Yenilenmiş sayılacağına,

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

Öte yandan 1999/70 sayılı Konsey Direktifinin önsözünde(5) , Essen Konseyi sonuç bildirgesi "çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme" anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemleri vurgulamaktadır. 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 bulundukları her düzeyde esnek çalışma düzenlemeleri dahil iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya çalışmıştır." Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslar Arası Çalışma 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, gerek 1999/70 sayılı Konsey Direktifi bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek bir denge amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerin kötüye kullanılmaması gereğini vurgulamıştır. Sözü edilen normatif dayanaklara göre işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Buna karşın yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötüniyetli uygulamalar korunmamalıdır.

İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın koşullarının oluşup oluşmadığı ve indirim hususu taraflar arasında uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır(Tunçomağ,

Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963). Borçlar Kanunu'nun 158-161. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş Hukuku açısından Borçlar Kanunu'nun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte Dairemizce bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Yine, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 419. maddesinde "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir" şeklinde kurala yer verilmiştir.

Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.

İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart, tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın sonuç doğurabilmesi için öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığının tespiti gerekir. Bundan başka asgari süreli iş sözleşmelerinde aynı türde hükümler konulması mümkündür.

Borçlar Kanunu'nun 161. maddesine göre taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. Bu arada işçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre talep edilip edilemeyeceği soruna değinmek gerekir ki, ifaya eklenen cezai şart çözüme gidilmesi ve buna göre koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği belirtilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 158/11. maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.

Borçlar Kanunu'nun 16l/son maddesinde fahiş cezai şartın hakim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş Hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak

çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan indirime gidilirken, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak yapılan indirim yöntemi genel olarak Dairemizce benimsenmiştir.

Somut olayda, davacı işçi birer yıllık belirli süreli hizmet sözleşmeleri ile 01.12.1998- 01.12.2005 tarihleri arasında hemşire olarak çalışma yapmıştır.

Belirli süreli hizmet akitleri birden fazla yenilenerek devam ettiğinden iş sözleşmesi belirsiz süreli hizmet aktine dönüşmüştür. Bu durumda cezai şarta hükmedilemez.

Mahkemenin yanlış değerlendirme ile davacı işveren yararına cezai şarta hükmetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/32877
Karar No **:** 2008/35265
Karar Tarihi **:** 24.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***Sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olarak değerlendirilmesinde, işçinin niteliği değil, işin niteliği önemlidir.***

Diğer taraftan, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği kabul edilmiş olmasına rağmen, işe başlatmama tazminatının, Sendikalar Kanunu'na göre belirlenmemiş olması hatalıdır.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence sendika üyesi olduğu için feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının yeni kurulan dokuma fabrikası makinelerinin montajının yapılması ve tesisin üretime hazır hale getirilmesi işinde görev almak üzere belirli süreli iş sözleşmesi ile işe alındığını, iş sözleşmesinin işin bitimi nedeni ile sona erdirildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı, davacının sendika üyesi olmasının işten çıkarmada ana etken olduğu gerekçesi ile isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık iş ilişkisinin belirli süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlığın normatif dayanakları 158 sayılı İLO Sözleşmesi, gerek 1999/70 sayılı Konsey Direktifi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 338 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddeleridir.

Teorik olarak belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca öngörülen bir vadeye tabi olan, ihbar gerekmeksizin, vadenin bitimiyle sona eren sözleşmelerdir. Bu itibarla, salt zaman içerisinde herhangi bir anda sona erdirileceği kararlaştırılmış bir sözleşme olmayıp, kurulduğu anda taraflarınca sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği bir sözleşmedir (Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. Baskı, s. 251).

Borçlar Kanunu'nun 338. maddesinde, "Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet işin maksut olan gayesinden anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin mürüriyle, akit nihayet bulur" kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterli görüldüğü halde, 1475 sayılı Yasa uygulamasında da Yargıtay kararları ile 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. 07.12.2005 gün 2005/ 12625 E, 2005/ 38754 K).

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli - belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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 Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.

Öte yandan 11.madde, 18 Mart 1999 da sosyal taraflar arasında imzalanan çerçeve antlaşması yasal nitelik kazandıran 1999/70 EC Konsey Yönergesi ile birlikte ele alınmalıdır.

Çerçeve sözleşmesinin 4. 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 çalışmadan dolayı, emsal kadrolu işçilerden daha kötü davranılmayacaktır.

5. maddede ise kötü niyete karşı önlem işlenmiştir. Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismarın önlenmesi için, istismarı önleyecek yasalar yoksa Üye Devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra uluslararası yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre belli başlı bazı sektörlerin ihtiyaçları dikkate alınarak aşağıdaki tedbirlerden bazılarını alır.

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

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

l.(c) Bu türden sözleşmesi veya istihdam ilişkisin kaç kez yenileneceğinin belirlenmesi,

1.2. Sosyal taraflara danıştıktan sonra Üye Devletler elverişli olan durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi veya istihdam ilişkisinin

l.(a) Yenilenmiş sayılacağına,

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

Öte yandan 1999/70 sayılı Konsey Direktifinin önsözünde (5), Essen Konseyi sonuç bildirgesi "çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme" anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemleri vurgulamaktadır. (6) 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 bulundukları her düzeyde esnek çalışma düzenlemeleri dahil iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya çalışmıştır." Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslar arası Çalışma 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 ILO Sözleşmesi, gerek 1999/70 sayılı Konsey Direktifi bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek bir denge

amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerin kötüye kullanılmaması gereğini vurgulamıştır.

Sözü edilen normatif dayanaklara göre 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 önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Somut olayda, davalı işverence yeni bir fabrika inşaatına başlanıldığı, bu inşaatta çalıştırmak ve inşaat alanına kurulacak makinelerin montajı için yeni işçiler alındığı, davacının da bu kapsamda çalıştırıldığını ve iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunu ileri sürmüştür. İş sözleşmesi davalı işveren tarafından "dokuma tesisleri inşaatının yapımı ve tesisin üretime geçmesine hazırlık olarak makinelerin montajlarının yapılması ve tesisin üretime hazır hale getirilmesi işinde görev yapmak üzere şahsınızla belirli süreli sözleşme yapılmış bulunmaktadır. Makinelerin montajı ve deneme üretimlerinin tamamlandığı" gerekçesi ile feshedilmiştir. Taraflarca imzalanan ve belirli süreli olduğu belirtilen iş sözleşmesinde işçinin inşaat veya montaj işinde çalışacağı açıkça belirtilmemiştir. Davacı işçi işyerinde inşaat veya montaj işinde çalışmadığını dokuma işçisi olduğunu iddia etmiştir. Bu durumda davacının fiilen inşaat veya montaj işinde çalıştırılıp çalıştırılmadığı, fesihten sonra işe alınan yeni işçilerin davacı ile aynı vasıfta olup olmadıkları sözleşmenin belirli süreli kabul edilip edilemeyeceği noktasında önem arz etmektedir. Bu nedenle öncelikle davacının uzman bir bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak davacının sözleşme süresince yaptığı iş belirlenmeli; yeni kurulan fabrika inşaat veya montaj işinde çalışıp çalışmadığı, fesihten sonra işe alınan işçilerin nitelikleri ve yaptıkları işler açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu kapsamda yeni fabrika inşaatının ne zaman başladığı, inşaatın bitim tarihi ve montaj işlerinin nasıl yapıldığı ve ne zaman sona erdiği de ayrıca belirlenmelidir. Böylece toplanacak deliller tüm dosya içeriği ile birlikte değerlendirilmek suretiyle davacının iş güvencesi kapsamında kalıp kalmadığına göre işin esasına girilmelidir. Bu yönde yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan karar verilmiş olması doğru değildir.

Öte yandan, davacı işçi iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini ileri sürmüş olup, Dairemiz uygulamasına göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin iddia edildiği ve ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, çekilenlerin işyerinde çalıştırılmaya devam edilip edilmediği, işyerinde çalışmakta olan sendika üyesi işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususların araştırılması gerekir. Mahkemece bu konuda eksik inceleme ile karar verilmiş olması da hatalı olmuştur.

Kabule göre de, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği kabul edilmiş olmasına rağmen işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesi dikkate alınmadan belirlenmiş olması da doğru olmamıştır. Mahkemece

sendikal neden bulunduğu sonucuna varıldığı takdirde Sendikalar Kanunu'nun ilgili hükmü ve davacının talebi de dikkate alınarak işe başlatmama tazminatı belirlenmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/44630
Karar No **:** 2009/537
Karar Tarihi **:** 20.01.2009
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence haklı bir nedene dayanmaksızın feshi halinde, kalan süre için ücret alacağı talep edilebilir.***

İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın ve işçinin bakiye süre içinde başka işyerinde çalışması karşılığı elde ettiği gelirlerinin bakiye süre ücretinden indirilmesi gerekir.

DAVA : Davacı, mahrum kalınan ücret, ikramiye ve yemek yardımı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK'nun 438. Maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücret konusunda toplanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesi'nde, "iş sahibi işe kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" şeklinde kurala yer verilerek işçinin kalan süre ücretini talep hakkı olduğu belirlenmiştir. Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için iş sözleşmesi, işverence feshedilmiş olmalıdır. Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanmaması gerekir. İşverenin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesi'nin ilk bendinde yazılı olan sağlık sebeplerine, ikinci bentte sözü edilen ahlak ve iyi niyet kuralları ile benzerlerine

uymayan hallere ve üçüncü bentte öngörülen zorlayıcı sebeplere dayanması durumunda, işçiye sözleşmenin kalan süresine ait ücretler bakımından talep hakkı doğmaz.

4773 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 15.03.2003 tarihi sonrasında iş hukukunda "geçerli fesih" kavramı da yerini almıştır. Her ne kadar anılan fesih, gerek 4773 sayılı Yasa ve gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüş olsa da, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da geçerli nedenin sonuçlarının tartışılması gerekir. Geçerli neden ister işletmenin ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın ya da işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyerek taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır. Bu itibarla 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.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, feshin Borçlar Kanunu'nun 117. Maddesi'nde sözü edilen ifa imkânsızlığına dayanması halinde bakiye süre ücreti ödenmesi gerekmez.

İfa imkânsızlığı; edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi olarak açıklanabilir.

İşçinin iş görme edimini ifa edememesi, işverenin temerrüdünden kaynaklanmaktadır. O halde sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödemesi gerekecektir. İş hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir.

O halde bakiye süre ücreti için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. Maddesi'nde öngörülen özel faizin uygulanması söz konusu olmaz. Çünkü eylemli çalışmanın karşılığı değildir. Sosyal Sigortalar Kurumu'na bakiye süre ücreti içinden bakiye süreye dair prim ödemesi de gerekmez.

Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesi'ne göre işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak sonuca gidilmelidir.

İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın, bakiye süre ücretinden hak kazanılan miktardan indirilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle mahsup işlemi, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan tutar üzerinden gerçekleştirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 16.06.2008 gün 2007/16098 E, 2008/15750 K).

Somut olayda, karara esas alınan bilirkişi raporunda söz konusu döneme ilişkin ücret ve ikramiye alacağı belirlenmiştir.

Davacı işçinin belirli süreli iş sözleşmesinde fesihten sonra çalışmadığı süre 7 ay 25 gündür. Bu süre içinde bir başka işyerinde çalışmaktan gelir elde ettiği belirlenmiştir. Davalı, işçiye fesihten sonra ihbar tazminatının ödendiğini savunmuştur.

Ödeme yapılıp yapılmadığı araştırılarak ihbar tazminatı ile işçinin bakiye süre içinde başka işyerinde çalışması karşılığı elde ettiği gelirlerinin bakiye süre ücretinden indirilmesi gerekir. Ayrıca davacının davalı işverene bağlı olarak bakiye süre içinde çalışmaması sebebiyle sarf etmemiş olduğu giderleri ile işsizlik sigortası geliri olup olmadığı belirlenmeli ve indirime konu edilmelidir.

Ayrıca fiilen çalışılmayan süreye ilişkin ikramiye alacağına da hükmedilmemesi gerekir.

Mahkemece davacının bakiye süre ücretinden Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesi'ne uygun olarak yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda gerekli indirimler yapılarak karar verilmemesi hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27838
Karar No **:** 2009/11183
Karar Tarihi **:** 20.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***Zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı bir nedene dayanması halinde, belirli süreli olma özelliğini korurlar. Bunun için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması şart değildir.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı sözleşmesi işverence haklı ve geçerli neden olmaksızın feshedildiğini, süreklilik arz eden bir işte çalıştığını, belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektirir objektif neden bulunmadığını belirterek feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal tazminatlara karar verilmesini istemiştir.

Davalı, sözleşmenin belirli süreli olduğunu, davacının sıra dışı bir pozisyonu bulunduğunu, ücretinin yurt dışından gelen bütçe ile düzenlendiğini, belirli süreli sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğunu, belirli sürenin sona ermesi üzerine sözleşmenin yenilenmeyeceğinin işçiye bildirildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi bulunduğu değerlendirilerek davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir.

Aynı Kanunun 11. 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 esasları belirlenmiştir.

Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlanması söz konusu olur (B.K. mad. 338/1).

Salt süreye bağlı bir iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürmemelidir. Zira 11 'inci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestîsini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Belirli süreli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif neden olarak kabul edilebileceği İş Kanunu'nun 11 'inci maddesinde örnek kabilinden

sayılmıştır: İşin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması. Kanun'da gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli süreli iş sözleşmesi kurulması imkanı açık tutulmuştur. Zira, söz konusu hükümde açık olarak "..gibi objektif koşullara bağlı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

Türk hukuk mevzuatında, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunla kılan veya buna imkan sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1'nci fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenleri, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur.

İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif neden varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir.

Taraflar arasında, İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından, işveren, sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğinde, işçi, sözleşmenin belirsiz süreliye dönüştüğünü, işverenin bildirim şartına uymadan iş sözleşmesini feshettiği gibi geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiğini ileri sürerek bir aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açabilecektir. Bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı işverenin belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir.

Dosya içeriğine göre, taraflar arasında 01.12.2005 tarihli, 31.08.2007'ye kadar süreli, program bölümü uzmanı olarak yapılacak işin düzenlendiği hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Mahkemece davacının yaptığı işlerin 4857 sayılı Yasanın 11. maddesinde belirtilen esaslara uygun olup olmadığı, davacının yürüttüğü görevin tam olarak niteliği, sözleşmenin feshinden sonra işinin devam edip etmediği, yerine yeni eleman alıp alınmadığı yukarıda açıklanan konulara göre araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27905
Karar No **:** 2009/11203
Karar Tarihi **:** 20.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***İşçinini işyerinde yaptığı iş, belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektirecek nitelikte değilse, sözleşme belirsiz sürelidir.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı sözleşmesinin işverence geçerli neden olmaksızın feshedildiğini, işyerinde yapılan işler ve davacının yaptığı işin süreli sözleşme yapmayı gerektirmeyecek işlerden olduğunu, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektirecek objektif neden bulunmadığını iddia ederek, feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal tazminatlarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, işçinin belirli süreli sözleşme ile çalıştığını, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını savunmuştur.

Mahkemece davalı tarafından belirli bir amaç doğrultusunda İstanbul 'da bulunan satın alma bölümünün … fabrikasına aktarıldığı, alınan kararlar doğrultusunda bir yıla yakın süre işleyişinin takip edildiği, bu bölümde çalıştırılmak üzere yine bu amaç kapsamında davacı ile belirli süreli hizmet sözleşmesi imzalandığı, sözleşmenin süresinin bitimi ile davacının sözleşmesinin de sona erdiği, yenilenmediği ve …'da bulunan bu bölümün kapatıldığı, sözleşmeyi belirli süreli yapmayı haklı kılacak olguların işverence kanıtlanmış olduğu, davacı tarafından tanık bildirilmediği, başka delil de gösterilmediği, sözleşmenin belirli süreli olması nedeniyle işe iade istenilemeyeceği gerekçisiyle dava reddedilmiş, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir.

Aynı Kanunun 11. 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 Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. İşçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlanması söz konusu olur (B.K. mad. 338/1).

Salt süreye bağlı bir iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürmemelidir. Zira 11 'inci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestîsini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Belirli süreli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif neden olarak kabul edilebileceği İş Kanunu'nun 11'inci maddesinde örnek kabilinden sayılmıştır: İşin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması. Kanun'da gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli süreli iş sözleşmesi kurulması imkanı açık tutulmuştur. Zira, söz konusu hükümde açık olarak "..gibi objektif koşullara bağlı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

Türk hukuk mevzuatında, belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkan sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kuramları Kanunu'nun 9. maddesinin 1'nci fıkrasına göre, Kuramlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenleri, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur.

İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli

niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir.

Taraflar arasında, İş Kanunu'nun 11'nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından, işveren, sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğinde, işçi, sözleşmenin belirsiz süreliye dönüştüğünü, işverenin bildirim şartına uymadan iş sözleşmesini feshettiği gibi geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiğini ileri sürerek bir aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açabilecektir. Bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı işverenin belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir.

Dosya içeriğine göre, davacı satın alma sorumlusu olarak işyerinde çalışmıştır. Hizmet sözleşmesi 02.05.2006 tarihli olup 31.03.2007'ye kadar sürelidir. Davacının işyerinde yaptığı işin nitelikleri gereği belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektirecek neden bulunmamaktadır, taraflar arasındaki sözleşme belirsiz sürelidir. Öte yandan işverence feshin son çare olması ilkesine uyulmadığından fesih geçerli nedene dayanmamaktadır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 36,40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlülükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak 20.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/12186
Karar No **:** 2009/32934
Karar Tarihi **:** 02.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***İşçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı yoktur. Buna karşın yapılan işin niteliği, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir.***

DAVA: Davacı, bakiye süreye ilişkin ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi, davalıya ait işyerinde 16.06.2000-15.05.2003 tarihleri arasındaki belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta iken, iş sözleşmesinin 04.07.2002 tarihinde süresinden önce feshedildiğini ileri sürerek, bakiye süreye ilişkin ücret isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, isteğin reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık, taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı ve belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücret konusunda toplanmaktadır.

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

Borçlar Kanunun 338. maddesinde, "Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet işin maksat olan gayesinden anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin mürurıyle, akit nihayet bulur" kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterli görüldüğü halde, 1475 sayılı Yasa uygulamasında da Yargıtay kararları ile 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. 07.12.2005 gün 2005/12625 E, 2005/ 38754 K).

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle belirli - belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi artmış durumdadır (Yargıtay 9.HD. 13.06.2008 gün 2007/ 19368 E, 2008/ 15558 K). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. 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 11.madde, 18 Mart 1999 da sosyal taraflar arasında imzalanan çerçeve antlaşması yasal nitelik kazandıran 1999/70 EC Konsey Yönergesi ile birlikte ele alınmalıdır.

Çerçeve sözleşmesinin 4. 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 çalışmadan dolayı, emsal kadrolu işçilerden daha kötü davranılmayacaktır.

5. maddede ise kötü niyete karşı önlem işlenmiştir. Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismarın önlenmesi için, istismarı önleyecek yasalar yoksa Üye Devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra uluslararası yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre belli başlı bazı sektörlerin ihtiyaçları dikkate alınarak aşağıdaki tedbirlerden bazılarını alır.

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

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

l.(c) Bu türden sözleşmesi veya istihdam ilişkisin kaç kez yenileneceğinin belirlenmesi.

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 (5), Essen Konseyi sonuç bildirgesi "çalışanların istemleri ve rekabetin gereklerini karşılayacak daha esnek bir iş örgütlenmesini özellikle göz önünde tutan istihdam yoğun büyüme" anlayışına uygun olarak alınması gerekli önlemleri vurgulamaktadır. 1999 yılı istihdam 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 bulundukları her düzeyde esnek çalışma düzenlemeleri dahil iş örgütlenmesinin modernize edilmesi için sözleşme görüşmeleri yapmaya çalışmıştır." Hizmet ilişkisine işveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslar arası Çalışma 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, gerek 1699/70 sayılı Konsey Direktifi bir taraftan esnek çalışmayı özendirirken diğer taraftan güvenliğe yer vererek bir denge amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla esnek çalışma modellerin kötüye kullanılmaması gereğini vurgulamıştır.

Sözü edilen normatif dayanaklara göre işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Buna karşın yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önemlidir. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme bağlaması uygulamayı rahatlatacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde esaslı bir neden olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile belli bir koruma sağlanmak istenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılamaz. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, 4857 sayılı Yasanın 15. maddesinde belirtilen sürenin aşılmaması koşuluyla deneme süresi konulabilir.

Somut olayda davacı, davalı işyerinde uzman doktor olarak 01.07.1986 tarihinden itibaren çalışmakta iken taraflar arasında; birincisi 15.12.1998 -15.12.1999 tarihleri arasında ve ikincisi 15.05.2000-15.05.20003 tarihleri arasında olmak üzere davacının Başhekim ve Hariciye bölümü hekimi olarak çalışacağına dair belirli süreli olduğu belirtilen iş sözleşmeleri imzalanmıştır. 15.05.2000-15.05.2003 tarihleri arası için imzalanan sözleşmeyi işveren tarafından süresinden önce sonlandıran 04.07.2002 tarihli yazı ile; davacının Başhekimlik görevinden alınarak, uzman doktor olarak çalışmasına devam edeceği aynı gün tebliğ edilmiş ve davacı bir süre daha işyerinde çalışmasını sürdürmüş ve iş sözleşmesi işveren tarafından 17.07.2002 tarihinden itibaren davacının devamsızlık yaptığı gerekçesi ile 24.07.2002 tarihinde feshedilmiştir.

Davacının açıklanan çalışma şekli ile süreli sözleşme yapılmasını gerektiren objektif koşullar bulunmamaktadır. Bu durumda iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir. Mevcut olgulara göre davacının bakiye süre ücreti tutarında alacak isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 02.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/10191
Karar No **:** 2009/33822
Karar Tarihi **:** 07.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/11

ÖZÜ : ***İşverenin belirli süreli sözleşme gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği tarih, esaslı neden olmadığı için belirsiz süreli sözleşmeye dönüşen sözleşme bakımından bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı olup, aynı zamanda işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih söz konusu olmaktadır.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin, geçerli neden olmadan, davalı işveren tarafından feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin belirli süreli olup iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, "Davacının niteliği ve yaptığı iş itibariyle belirli süreli hizmet akdi yapılmasını gerektiren esaslı bir neden bulunmaktadır. 4857 sayılı Yasanın 11/2-3. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden bulunduğu takdirde üst üste yenilenebileceği belirtilmiştir. Bu itibarla işyeri hekimi ile işveren arasında düzenlenen sözleşmeler birbirini takip etse de bunların her birinin belirli süreli nitelikte olduklarının kabulü zorunluluğu vardır.

Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; İşyeri hekimi olarak davalı işyerinde çalışan davacının, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmış olması nedeniyle

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı, bu nedenle işe iade isteminde bulunamayacağı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekir.

Aynı Kanununun 11. 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 Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir, işçinin iş güvencesi dışında kalması için başvurulan kötü niyetli uygulamalar korunmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, sözleşmenin süreye bağlanmış olması ve belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması için objektif nedenlerin bulunması gerekir. Objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. İş sözleşmesi taraflarca açık olarak belirli bir süreye bağlanmasa bile, işin amacından belirli süreli olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmenin örtülü olarak süreye bağlanması söz konusu olur(BKmad. 338/1).

Salt süreye bağlı bir iş sözleşmesinin mevcut olması hemen işe iade davasının reddi sonucuna götürmemelidir. Zira, 11 'inci madde, belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.

Belirli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif neden olarak kabul edilebileceği İş Kanunu'nun 11 'inci maddesinde örnek kabilinden sayılmıştır: işin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması. Kanun'da gösterilen bu nedenler tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli iş sözleşmesi kurulması imkanı açık tutulmuştur. Zira, söz konusu hükümde açık olarak "..gibi objektif koşullara bağlı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

Türk hukuk mevzuatında, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkan sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumlan Kanunu'nun 9. maddesinin 1' nci fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerle kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenleri, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur.

İş Kanunu'nun 11' nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bu nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş aktinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir. Zincirleme iş sözleşmelerini belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir.

Taraflar arasında, İş Kanunu'nun 11' nci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları anlamında esaslı neden olmadan akdedilen belirli süreli sözleşme, belirsiz süreli sayılacağından, işveren, sürenin sona ermesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiğinde, işçi, sözleşmenin belirsiz süreliye dönüştüğünü, işverenin bildirim şartına uymadan iş sözleşmesini feshettiği gibi geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiğini ileri sürerek bir aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açabilecektir. Bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı işverenin belirli süreli sözleşmeli gibi kabul ederek sürenin geçmesiyle sözleşmenin sona erdiğini bildirdiği, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü için işverence bildirim süresine uyulmadan yapılan bir fesih anlamı kazanan bildirimin yapıldığı tarihtir.

Somut olayda, yerel mahkemece, değinilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmişse de, mevzuatımızda, işyeri hekimlerinin iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Davacının yaptığı görev itibari ile de belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmasını gerektirecek objektif ve esaslı bir neden yoktur. Davacının, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı göz önüne alınıp işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken, hatalı bilirkişi raporu ve değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/31344
Karar No **:** 2008/31565
Karar Tarihi **:** 20.11.2008
İlgili Kanun **:** 4857/13

ÖZÜ : ***Kısmi süreli çalışmada, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı talebinin doğabileceği ve yıllık izne hak kazanabileceği kabul edilmeli, hesaplamada esas alınacak ücret ise, işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır.***

Hafta tatili bakımından ise, haftalık çalışma süresi 45 saati bulmayacağından, hafta tatiline hak kazanmak mümkün olmayacaktır.

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılardan G. Apartman Yönetimi avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü;

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

2- Kısmi süreli iş ilişkisinin varlığı ve sonuçları bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde, haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmi süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanunun 63. maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamidir. Buna göre o işkolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi, haftalık 45 saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılmış olup olmadığına bakılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi kapsamında çıkarılan İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6. maddesinde, "İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır".

Gerekçede "üçte ikisinden az" olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki oranına kadar yapılan çalışmalar kısmi çalışma sayılmıştır. Bu

durumda emsal işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir.

Kısmi süreli hizmet aktiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde bu yönde ayrım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayrımın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi gündeme gelecektir.

Kısmi çalışma kanunda yer almasına rağmen, kıdemin nasıl belirleneceği, ihbar, izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, Yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 04.06.2001 gün 2001/6848 E, 2001/9525 K) Hesaplamada esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

1475 sayılı Yasanın 41. maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki 6 günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışılmış olması kaydıyla 7 günlük zaman dilimi içinde kesintisiz 24 saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede ise, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok 45 saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi 45 saati bulamayacağından, işçinin hafta tatiline hak kazanmak mümkün olmayacaktır.

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 13. maddesinde kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmi süreli çalışan işçinin 14 gün izin hakkı vardır.

Kısmi süreli çalışan işçiler, sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu Kanunun 18 ve 29. maddesinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler.

Somut olayda davacının davalı apartmanda çalıştığı süre içerisinde başka işyerlerinde de çalışmasının olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı işçinin gün içerisindeki çalışma süresinin tamamını davalı apartmana hasretmediği, yaptığı işin mahiyeti dikkate alındığında haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olduğu, çalışmanın kısmi süreli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Mahkemece davacın çalışma süresinin kısmi süreli olduğu dikkate alınmadan tam süreli olduğunun kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/33890
Karar No **:** 2009/1888
Karar Tarihi **:** 10.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/13

ÖZÜ : Bir işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında bir işyerinde çalıştığı sırada, başka işverenlere ait işyerlerinde de aynı usulde çalışması mümkündür.

DAVA : Davacı, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş sözleşmesiyle basın danışmanı ve halkla ilişkiler elemanı olarak davalıya ait işyerinde çalıştığını, 2,5 aylık dönemin ücretinin ödenmediğini ileri sürerek ücret alacağı isteğinde bulunmuştur.

Davalı ise, davacının iş sözleşmesi kapsamında çalışmadığını, belli bir yere bağlı olmaksızın başka şirketlere de danışmanlık yaptığını, şirketin bir kısım işleri için kendisine belli bir periyodu olmaksızın ödemeler yapıldığını belirtmiş görev itirazında bulunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesi yerine vekâlet akti kapsamında iş gördüğü gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine dair karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Dosya içinde bulunan banka dekontlarından, davalı tarafından davacıya Aralık 2006 maaşı açıklamasıyla 1.300 YTL ve Mart ayı için 1.500 YTL ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacı tanıkları davacının işyerinde çalıştığı yönünde kesin biçimde anlatımda bulunmuşlar, davalı tanıkları dahi, davacının haftanın belli günleri işyerine geldiğini, şirketin basın danışmanlığı işlerini dışarıdan yerine getirdiğini açıklamışlardır. Bilirkişi raporunda da davacının part-time çalıştığı yönünde görüş belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bir işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında bir işyerinde çalıştığı sırada başka işverenlere ait işyerlerinde de aynı usulde çalışması imkân dahilindedir.

Mevcut delil durumu karşısında davacının davalıya ait işyerinde iş sözleşmesine bağlı olarak aylık maktu bir ücret karşılığı çalıştığı anlaşılmaktadır. Dosya içinde bulunan bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak istek konusu ücret alacağıyla ilgili olarak bir karar verilmesi gerekirken, davanın görev yönünden reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/44744
Karar No **:** 2009/33940
Karar Tarihi **:** 08.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/13

ÖZÜ : ***Kısmi çalışmada; kıdem tazminatı hakkının doğabilmesi ve yıllık izne hak kazanılabilmesi için kısmi çalışmanın ister haftanın bir veya bazı günleri ister her gün birkaç saat şeklinde yapılmasının önemi olmaksızın, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçmesi yeterlidir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, ücret, fazla mesai, hafta tatili, milli ve dini bayram alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Kısmi süreli iş ilişkisinin varlığı ve sonuçları bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Normal haftalık çalışma süresi ise aynı yasanın 63. maddesinde, haftalık en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmi süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanunun 63. maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamidir. Buna göre o işkolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi, haftalık 45 saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılmış olup olmadığına bakılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi kapsamında çıkarılan İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6. maddesinde, "işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır". Gerekçede "üçte ikisinden az" olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki oranına kadar yapılan çalışmalar kısmi çalışma sayılmıştır. Bu durumda emsal işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir.

Kısmi süreli hizmet akdiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlamak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5, maddesinde bu yönde ayrım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayrımın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi gündeme gelecektir.

Kısmi çalışma Kanunda yer almasına rağmen, kıdemin nasıl belirleneceği, ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, Yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 04.06.2001 gün 2001/6848 E, 2001/9525 K). Hesaplamada esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

1475 sayılı Yasa'nın 41. maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki 6 günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olması kaydıyla 7 günlük zaman dilimi içinde kesintisiz 24 saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede ise, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok 45 saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresinin 45 saati bulamayacağından, işçinin hafta tatiline hak kazanmak mümkün olmayacaktır.

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 13. maddesinde kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmi süreli çalışan işçinin 14 gün izin hakkı vardır.

Kısmi süreli çalışan işçiler, sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu Kanunun 18 ve 29. maddesinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler.

Somut olayda, davacının, davalıya ait işyerinde çalıştığı kabul edilen süreler içerisinde kalan 01.05.1998-30.04.2001 tarihleri arasında farklı üç işyerinde sigorta giriş ve prim bildirgeleri verildiği anlaşılmaktadır. Yapılan işin niteliği itibariyle davacının tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmadığı açıktır. Davacının ücreti ve diğer parasal hakları tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlamak suretiyle belirlenmeli dava konusu istekler tespit edilerek bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/15921
Karar No **:** 2009/13019
Karar Tarihi **:** 11.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/15

ÖZÜ : ***Deneme süreli iş sözleşmesinde, süre dolmadan fesih yetkisini kullanan tarafın, fesih nedenini belirtmesine gerek yoktur. Ancak deneme süresi***

içinde iş sözleşmesinin feshinde bir neden gösterilmiş veya iş sözleşmesinin diğer tarafı fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia etmiş ise, bu neden ve fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulmalıdır. Ayrıca, iş sözleşmesinin deneme süresi içinde haklı veya geçerli neden olmadan tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisi, sendikal hakları ortadan kaldırmaz.

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, sendikal ve ihbar tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davalı işyerinde 08.08.2006 tarihinde işe giren ve 31.08.2006 tarihinde… Sendikasına üye olan davacının iş sözleşmesinin 04.09.2006 tarihinde sendikal faaliyette bulunması ve üye olması nedeni ile haksız olarak feshedildiğini iddia ederek, ihbar tazminatı ve sendikal tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin deneme süresi içinde yetersizliği nedeni ile feshedildiğini, sendikal neden bulunmadığını, deneme süresi içinde fesihten dolayı davacının tazminata hak kazanmayacağını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davalı işyerinde bir kısım işçiler yönünden iş akdinin sendikal sebeple feshedildiği ispatlanmış ise de, davacı işçinin iş akdinin deneme süresi içerisinde feshedildiği, davacı işçinin davranışları, fesih sebepleri ve davacı işçinin 08.08.2006 tarihinde işe başlayıp 04.09.2006 tarihine kadar işyerinde çok kısa bir süre çalıştığı da dikkate alındığında, işverence fesih hakkının kötüye kullanıldığı ispatlanmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 15. Maddesi "Deneme süreli iş sözleşmesi" kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında da tarafların iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedilebileceği vurgulanmıştır. İlke olarak süresinde yapılan fesih derhal fesihtir. Deneme süresini bekleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Deneme süresi kararlaştırıldığında, deneme süresini kapsayan tek bir sözleşme bulunmaktadır. Diğer iş sözleşmeleri gibi tarafların hak ve borçları söz konusudur. İşçi iş görme, sadakat, özen, itaat yükümlülüğü; işveren ücret ödeme, işçiyi gözetme, eşit davranma yükümlülüğü bulunduğu gibi, rekabet yapmama yasağına tabidir. Deneme süresi içerisinde işçi sendikaya üye olabilir, grev hakkını kullanabilir, toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir. Deneme süresi geçtikten sonra, bu süre kıdeme bağlı hakların hesaplanmasında dikkate alınır.

Deneme süreli kayıt içeren iş sözleşmesini diğer iş sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur, deneme süresi öngörmesidir. Asıl olan iş sözleşmesinin deneme süresi söz konusu olmaksızın yapılmasıdır. İş sözleşmesinin deneme süresi kaydıyla yapılmış

olması, istisnai bir durumdur. İşçinin işe yeni girmiş olması ise, tek başına deneme süresinin taraflarca öngörülmüş olduğunun delili sayılmaz. İşçinin işe girdiği tarihten başlayarak iki ay geçmeden iş sözleşmesini, kendisinin veya işverenin ihbar öneli vermeden feshetmesi, deneme süresi kaydını göstermez. Bunun içindir ki, başkaca delil ve belirtiyle kanıtlanmış olmadıkça, deneme süresinin varlığını iddia eden taraf, istisnai durumu ileri sürmüş olduğundan, bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmalıdır. Zira kurala aykırı bir durumu iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür. Deneme süreli iş sözleşmesinin şekli konusunda yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özellikle ispat yükü açısından yazılı yapılması gerekir. Yazılı yapılması geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır.

Sendika özgürlüğü Anayasaca güvence altına alınan sosyal ve klasik temel haktır. Anayasa madde ikideki ifadesini bulan "sosyal devlet" ilkesinin gerçekleşmesine aracı olur. Öte yandan Anayasamızın 51. maddesinin incelemesinden de sendika özgürlüğünün klasik bir temel hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Anılan maddenin içeriğinden sendika özgürlüğünün bireysel ve toplu sendika özgürlüğünü kapsayan çifte temel hak özelliği anlaşılmaktadır. İşçinin sendika kurma, sendikaya üye olma özgürlüğüne pozitif sendika özgürlüğü denir. İşçiler önceden izin almadan sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahip oldukları gibi, sendikalara serbestçe üye olabilecekler, üyelikten çekilebileceklerdir. Öte yandan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 22. maddeye göre sendikaya üye olma serbest olup, hiç kimse sendikaya üye olmaya veya üye olmamaya zorlanamaz. Uluslararası sözleşmelerden 87, 98, 151 sayılı sözleşmeler, sendikal özgürlüklerini koruyucu hükümler getirmiştir.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi sendikaya üye olup olmama hürriyetinin teminatı olarak düzenlenmiştir. İşçilerin sendikal faaliyetlerde bulunmaları, sendikaya üye olmaları ve sendikaya üye olmamaları nedeniyle işten çıkarılmayacağı 4. fıkrada belirtildikten sonra, işverenin aykırı hareket etmesi halinde bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata hükmedileceği vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi sendikal haklar en üst normlarca korunmaktadır. Her ne kadar 4857 sayılı Kanunun 15. maddesiyle 2821 sayılı Kanunun 22,31 ve Anayasanın 51. maddesi çatışmakta ise de, bu halin varlığı halinde dahi üst norm olan Anayasaya üstünlük tanınacağı açıktır.

Deneme süresinde çalışan bir işçiye yasalarca toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı, grev hakkı, sendikaya üye olma hakkı verilirken onu koruyucu normlardan yararlandırmamak mümkün değildir. Kaldı ki 2821 sayılı Kanunda yararlandırmayı engelleyici açık bir norm bulunmamaktadır.

Deneme süreli iş sözleşmesinde, süre dolmadan fesih yetkisini kullanan tarafın, fesih nedenini belirtmesine gerek yoktur. Ancak deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshinde bir neden gösterilmiş veya iş sözleşmesinin diğer tarafı fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia etmiş ise, bu neden ve fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulmalıdır. Ayrıca, iş sözleşmesinin deneme süresi içinde haklı veya geçerli neden olmadan tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisinin, sendikal hakları ortadan kaldırmaması gerekir.

Dosya içeriğine göre, davacının davalı işyerinde 08.08.2006 tarihinde çalışmaya başladığı, 31.08.2006 tarihinde … İş Sendikasına üye olduğu ve iş sözleşmesinin 04.09.2006 tarihinde "yetersizliğinin tespit edilmesi, deneme süresi içinde beklenen performansa sahip olmaması" gerekçe gösterilerek feshedildiği anlaşılmaktadır.

Dosya içinde davacı ile davalı arasında deneme kaydı iş sözleşmesi yapıldığına dair yazılı bir belgeye rastlanmamıştır. İş sözleşmesinin deneme süreli kayıt içerdiğini, davalı işveren yazılı belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda kayıt sunulmadığına göre iş sözleşmesinin deneme süreli olmadığının kabulü ve dolayısı ile davacının ihbar tazminatı ve sendikal tazminat isteklerinin incelenmesi gerekir.

Diğer taraftan yukarda açıklandığı üzere, iş sözleşmesinde deneme süreli kayıt olduğu kabul edilse bile, tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisi sendikal hakları ortadan kaldırmayacağından, davacının sendikal nedenle fesih iddiası üzerinde durulmalı ve sendikal nedenin varlığı halinde sendikal tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmelidir. Yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33250
Karar No **:** 2008/117
Karar Tarihi **:** 12.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : İş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde kötü niyet tazminatı talep etmesi mümkün değildir.

DAVA: Taraflar arasındaki, ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatları, fazla çalışma izin ücreti, bayram, hafta ve genel tatil gündelikleri ile ücret alacağının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 12.02.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü yapılan tebligata rağmen taraflar adına kimse gelmediğinden incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi iş sözleşmesinin 27.05.2005 tarihinde işverence kötü niyetli olarak feshi sebebiyle kötü niyet tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece talep doğrultusunda karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde, "18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre iş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde kötü niyet tazminatı talep etmesi mümkün olmaz.

Dosya içinde bulunan ve davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikâyeti sonucu düzenlenen iş müfettişliği raporunda, işyerinde çalışan işçi sayısının 157 olduğu anlaşılmaktadır. O halde davacı işçinin, iş sözleşmesinin feshedildiği tarih itibarıyla yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümleri kapsamında kaldığı açıktır. Somut olay yönünden kötü niyet tazminatının koşulları oluşmadığından anılan isteğin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.

3- Davalı vekili tarafından bilirkişi raporuna ve ıslah dilekçesine itiraz niteliğindeki 26.06.2006 tarihli dilekçede zamanaşımı def'i ileri sürülmüştür. Davalı tarafın anılan savunması üzerinde durularak bu yönde usulü işlemler tamamlanmadan karar verilmesi de hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No **:** 2007/9-119
Karar No **:** 2008/119
Tarihi **:** 07.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ ***: Sözleşmeli personel olarak aynı işyerinde çalışmak üzere istifa eden işçiye, ihbar ve kıdem tazminatı ödenmez.***

DAVA: Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; … İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 04.05.2006 gün ve 375-321 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 12.09.2006 gün ve 16541-22124 sayılı ilamı ile, (...Davalı vakıf tarafından tasfiye kararı alınmış ve 30.07.2004 tarihinde çalışmakta olan tüm işçilere ihbar öneli tanınarak 31.08.2004 tarihi itibarıyla iş sözleşmelerinin sona ereceği bildirilmiştir. Davacının da aralarında bulunduğu 20 işçi önel içinde 19.08.2004 tarihi veya bir gün

öncesine ait dilekçelerle iş bulduklarından bahisle işyerinden istifa ederek ayrıldıklarını bildirmişlerdir. Bu davacı işçi istifa iradesinin gerçeği yansıtmadığını belirterek, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuş, mahkemece her iki talebin de kabulüne karar verilmiştir.

Davacı işçi davalı vakıf bünyesinde milli saraylarda çalışırken bu istifasının ardından, 20.08.2004 tarihinden itibaren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi kapsamında sözleşmeli personel olarak aynı yerde görev yapmaya başlamıştır. İstifa dilekçesi vermeyen işçilerin ise aynı yerde geçici işçi olarak istihdam edildikleri dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Davacının istifa dilekçesindeki gerçek iradesinin sözleşmeli personel statüsüne geçirilmek olduğu açıktır. Davacı işçi önel bitimi olan 31.08.2004 tarihinden önce bu yolla sözleşmeli personel olarak atanmayı sağlamıştır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre işçinin sözleşmeli personel olarak istihdamını sağlamak üzere istifa etmesi halinde ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanılması söz konusu olmaz. Mahkemece anılan isteklerin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine, 07.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/36130
Karar No : 2008/4519
Karar Tarihi : 11.03.2008
İlgili Kanun : 4857/17

ÖZÜ : İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa

ulaşmasıyla birlikte iş sözleşmesi sona erer. İşverenin işçiyi işe almaması, işçinin fesih iradesini ortadan kaldırmaz.

DAVA : Taraflar arasındaki, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık izin ücretinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 11.03.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Av. … ile karşı taraf adına Av. … geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davacı işyerinde önel vermek sureti ile istifa ettiğini, ancak davalı işverenin önel içinde eylemli olarak işe almadığını, iş sözleşmesini işverenin feshettiğini, işverenin feshi nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili ise, davacının 04.04.2006 tarihli tek yanlı istifa dilekçesi ile iş sözleşmesini önel vermeden feshettiğini, davacının bu tarih itibari ile banka ile ilişiğinin kesildiğini, daha sonra çalışması olmadığını, davacının fesihten sonra gönderdiği ihtarname ile sehven önel bildirmediğini, 8 hafta daha çalışmaya devam edeceğini belirttiğini, oysa davacının istifa ettikten sonra çalışmadığını, önel de vermediğini, yeniden önel kullanacağım şeklinde talepte bulunamayacağını, fesih iradesinin bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaşmakla sonuçlarını doğuracağını, istifa iradesinin işverene ulaştığını ve işverenin rızası olmadan değiştirilemeyeceğini, bilahare önel vermesinin sonuca etkili olmadığını, artık davacının bundan dönemeyeceğini, önel verme isteminin kabul edilmediğini, iş sözleşmesinin istifa tarihinde sona erdiğini, davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını savunmuştur.

Mahkemece, davacının 04.04.2006 tarihli istifa dilekçesi ile önel vermediği kabul edilmekle birlikte, davacının takip eden 05-06.04.2006 tarihlerinde çalışmasına devam ettiği ve önel verdiği, ancak 07.04.2006 tarihinde işyerine alınmadığı, iş sözleşmesinin işveren tarafından eylemli olarak 07.04.2006 tarihinde feshedildiği, davacının işverenin feshi nedeni ile ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmiştir.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, hak sahibine, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş sözleşmesi sona erer.

Dosya içeriğine göre, davalı banka işyerinde kurumsal pazarlama yönetmeni olarak çalışan davacı, 04.04.2006 tarihinde "yasal hakları saklı kalmak kaydı ile bu tarih itibari ile istifa ettiğine" dair dilekçe vermiş ve bu dilekçe aynı gün işverence işleme konmuştur. Bu dilekçede davacı işçi önel verdiğinden söz etmediği gibi, bir neden de belirtmemiştir. Davalı işveren banka şubesinin, davacının dilekçesini işverenin merkezi bulunan insan kaynaklarına işlem yapılmak üzere göndermesi aşamasında, davalı işyerine takip eden 05.04.2006 ve 06.06.2006 tarihlerinde geldiği kayıt ve tanık anlatımlarına göre çalıştığı, davacı işçinin 06.04.2006 tarihli noter kanalı ile istifa dilekçesinde sehven önel vermeyi unuttuğunu, önel süresi içinde çalışmak istediğini ihtar ettiği, ancak bu ihtarın tebliğ edilmeden, davalı işverenin 07.04.2006 tarihinde işyerine gelen davacı işçiyi, istifasını işleme koyması nedeni ile işe almadığı anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin neden belirtmeksizin ve önel vermeksizin 04.04.2006 tarihinde istifa ettiği, istifa iradesinin işleme konulduğu sabittir. Davacı işçinin bu istifa iradesinden sonra iki gün işe gelmesi ve sonra hataen önel verdiğini unuttuğunu, önel süresince çalışmak istediğini belirtmesi, fesih irade beyanının tek taraflı olması ve kabule bağlı bulunmaması, önel vermeden istifa iradesinden karşı tarafın kabulü olmadan dönülemeyeceğinden sonuca etkili değildir. Davacı istifa iradesini önel vermeksizin açıklamıştır. Bu tek taraflı irade beyanı işleme konmuştur. Davacının bu irade beyanından sonra iki gün çalışması ve eylemli olarak 07.04.2006 tarihinde işyerine alınmaması işverenin feshi değil, istifanın işleme konulmasını göstermektedir. Başka bir anlatımla önelsiz istifa iradesinden sonra işe devam etmesi ve daha sonra noter kanalı ile önel kullanacağını belirtmesi ihbar tazminatını ödemekten kurtulmayı amaçladığından, işverenin daha sonra işe almaması işçinin fesih iradesini ortadan kaldırmayacaktır. Davacı işçi, haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshettiğinden kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir. Yazılı şekilde bu isteklerin kabulü hatalı bulunmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/16924
Karar No : 2008/10281
Karar Tarihi : 24.04.2008
İlgili Kanun : 4857/17

ÖZÜ : ***İşyerinde aralıksız çalışan işçinin, belli bir tarihteki belgede "kendi isteğimle ayrılıyorum" ifadesi, işyerinden ayrılmayıp çalışmaya devam etmesi nedeniyle hukuki sonuç doğurmaz.***

DAVA: Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, hafta ve bayram tatili alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacının hizmet süresi tartışmalıdır. 15.07.1988-03.08.1989 döneminde gerçekleşen çalışması kendi isteği ile son bulduğundan kıdem tazminatında esas alınmaması yerindedir. Ancak davacı 01.06.1998-28.02.2002 tarihleri arasında aralıksız çalışmıştır. 21.04.2001 günlü belgedeki kendi isteğimle ayrılıyorum ifadesinin hukuki sonuç doğurabilmesi için işçinin işyerinden ayrılması ve iş sözleşmesinin istifaya yönelik tüm hukuki sonuçlarının gerçekleşmesi gerekir.

Somut olayda iş sözleşmesi aralıksız devam ettiğine göre, anılan belgenin taraflar arasında örtülü olarak sonuç doğurmayacağının kabulünü gerektirmektedir. Böyle olunca 2. dönem çalışması için kıdem ihbar tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalıdır

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/17197
Karar No **:** 2008/10251
Karar Tarihi **:** 25.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İhbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı yasadan kaynaklandığından yasal faize hükmedilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, izin, Toplu iş Sözleşmesinin 21. maddesi uyarınca işsizlik tazminatı, ikramiye, fazla mesai, eksik maaş alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre iş mahkemesinden verilen kararlar tefhim ve tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içinde temyiz olunabilir.

Karar 28.07.2006 tarihinde davacı vekiline usulüne uygun olarak tefhim edilmiş olup, 8 günlük süresi geçtikten sonra 09.04.2007 tarihinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiş olduğundan HUMK'nun 432/4 maddesi gereğince süre aşımı nedeniyle temyiz isteminin REDDİNE,

2-Davalı tarafın temyizine gelince;

a) Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

b) Toplu İş Sözleşmesinin 21/3 maddesinde öngörülen iş güvencesine ilişkin cezai şart tazminatı işe iade davası açılarak hükümleri yerine getirilmiştir. Zira iş güvencesi kapsamında bulunan davacı feshin geçersizliğine karar verilmesini istemiş mahkemece feshin geçersizliğine, işe iadesine dair hüküm kurulmuştur. Bu karar üzerine davacının başvurusuna rağmen işverence işe alınmama yolundaki tasarruf 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi hükümlerine tabi bulunduğundan Toplu İş Sözleşmesinin 21/3 maddesinin uygulama imkânı kalmamıştır. Mahkemece bu istemin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

c) Dava konusu ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağı yasadan kaynaklandığından bu alacaklara yasal faiz yürütülmek gerekirken mahkemece en yüksek işletme kredi faizine karar verilmesi de bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/16633
Karar No **:** 2008/10752
Karar Tarihi **:** 29.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İşyerindeki ücretsiz izin uygulamasının sona erdiği tarihte işbaşı yapmak amacıyla işyerine gelen ancak işverence işe başlatılmayan işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedildiği kabul edilmeli, kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmelidir.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, ikramiye, fazla mesai, aile yardımı, yemek, yol ve çocuk yardımı ile yakacak yardımının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Taraflar arasında fesih tarihi ve feshin hangi tarafça gerçekleştirildiği çekişmelidir. Yazılı belge ile 30.09.2002 tarihine kadar iş akdinin askıya alındığı ihtilafsızdır. Davacı tanıkları ücretsiz izin bitiminde davacının işbaşı yapmak üzere işyerine geldiğini, ancak işbaşı yaptırılmadığını beyan etmişlerdir. Davacı çektiği ihtarnamede de ücretsiz izin bitiminde işe başlatılmadığını belirtmiştir.

Tanık anlatımları ücretsiz izin uygulamasıyla birlikte değerlendirildiğinde, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir nedene dayanmadan feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının ihbar tazminatı talebinin de kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24040
Karar No **:** 2008/19929
Karar Tarihi **:** 11.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İş güvencesi kapsamında olmayan işçi açısından, Toplu iş sözleşmesinde işverenin iş sözleşmesini feshi halinde 3 ayrı cezai şart uygulanması düzenlenmiş olup, her üç maddedeki cezai şartın birlikte hüküm altına alınması hukukun temel prensiplerine uygun düşmez. İşçi lehine olan ceza'i şart, 4857 sayılı Kanun'un 21. Maddesindeki 8 aylık sınırlama da dikkate alınmak suretiyle hüküm altına alınmalıdır.***

DAVA: Davacı, ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatı, yıllık işsizlik tazminatı, ikramiye, fazla mesai alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı hizmet akdinin işverence toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak kötü niyetle feshedildiğini ileri sürerek toplu iş sözleşmesi 21/II-son, 21/III ve 23. maddeleri uyarınca tazminat isteğinde bulunmuştur.

Davalı ise iş sözleşmesinin vize yetersizliği ve ekonomik sebepler nedeniyle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece her üç tazminat isteğinin de kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı ve kötü niyetle feshedilip edilmediği noktasında toplanmaktadır. İşveren vize yetersizliği ve personel giderlerinin bütçenin % 30'unu aştığı, birikmiş borçları nedeniyle davacı dâhil 22 işçinin iş sözleşmesini feshetmiş ise de, feshin haklı ve geçerli nedene dayandığını ispatlayamamıştır. Aksine taraflarca dosyaya sunulan deliller ve tanık beyanları uyarınca çıkarılan işçilerin yerine daha düşük ücretle işçi alındığı, feshin kötü niyetle yapıldığı anlaşılmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin 21/II. son maddesinde "işverenin zorunlu işçi çıkarma hakkını hatalı kullandığı veya sözleşme hükümlerine uymadığı saptanırsa, işçi açıkta geçen sürelere ilişkin ücret ve diğer hakları derhal ödenerek işe başlatılır. Buna uyulmadığı takdirde işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarının 3 katı tutarında tazminat ödenir. Şu kadar ki, bu ödeme işçinin ücretinin 1 yıllık tutarından az olamaz. Yasalardan ve sözleşmelerden doğan haklar saklıdır." 21/III. maddesinde ise "işveren, her durumda hizmet aktine son vermeyi gerektirir haklı bir neden göstermek ve ihtilaf halinde; mahkeme özel hakem vb. merciler önünde bu nedeni ispatlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde işverence işçiye 1 yıllık ücret tutarında işsizlik tazminatı ödenir" 23/son maddesinde de "aktin feshi, iş yasasının 13. maddesinin sondan 2. fıkrasındaki koşulları taşıyorsa, anılan fıkradaki "üç katı tutarı" ibaresi "on katı tutarı" olarak uygulanır, şeklinde düzenlemeler mevcuttur.

Davacı feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açmış ancak 6 aylık hizmet süresini doldurmadığı için dava reddedilmiştir. Yani iş güvencesi kapsamında değildir. Toplu iş sözleşmesindeki her üç maddenin içeriğine bakıldığında işverenin iş sözleşmesini feshi halinde 3 ayrı cezai şart uygulanması düzenlenmiştir. Yani tek bir eyleme üç ayrı ceza öngörülmüş olup, her üç maddedeki cezai şartın birlikte hüküm altına alınması hukukun genel temel prensiplerine uygun düşmez. Bu sebeple mahkemece işçi lehine olan ceza'i şart 4857 sayılı Kanun'un 21. Maddesindeki 8 aylık sınırlama da dikkate alınmak suretiyle hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde 3 ayrı tazminata birden hükmedilmesi hatalıdır.

3-Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, tanıkların ifadelerine göre davacının yaptığı iddia edilen fazla çalışma süresinin tespit edilebilir nitelikte olmadığı ancak diğer dosyalara göre işçilerin fazla mesai yaptığı gözetilerek fazla mesai alacağı hesaplanmıştır. Ancak her dosya kendi delilleri ile bağlı olup davalı belediyede elektrik teknisyeni olarak çalışan davacının taraflarca sunulan deliller ve tanık ifadeleri uyarınca fazla mesai yaptığı ispat edilememiş olmakla anılan isteğin reddi gerekirken kabulü bozmayı gerektirir.

4-Dava konusu ihbar isteği yasadan kaynaklandığından yasal faiz yürütülmesi gerekirken mahkemece en yüksek işletme kredisi faizine karar verilmesi de başka bir bozma nedenidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24490
Karar No **:** 2008/20203
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. İhbar tazminatının miktarı, bildirim süresine ait ücrettir.***

DAVA : Davacı, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İhbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur. İş sözleşmesi, taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasına ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, hak sahibine, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıyla iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır (Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 551).

Maddede düzenlenen bildirimli fesih belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanıması gerekmez.

İşçinin, belirli süreli iş sözleşmesiyle tam süreli, kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine hatta takım sözleşmesiyle çalışması arasında, bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

Fesih bildirimi, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimi geçerli değildir.

Fesih bildiriminde "fesih" sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizeli yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.04.2006 gün 2006/4823 E, 2006/10605 K).

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimi önelli olsun veya olmasın karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğuracağından bundan dönülemez (Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Aktinin Feshi, İstanbul 1955, s. 194.). Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli süresi içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sebebiyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel

içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde, feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiğine uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır.

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hâkimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 21.03.2006 gün 2006/109 E. 200 6/ 7052 K.). Üst sınırın en çok ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir.

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25. madde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanunun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır.

İhbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait ücret" olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365' e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda, sözleşmenin tazminat gerektirmeyecek şekilde son bulduğunu kanıtlama yükümlülüğü davalı işverene ait olup, yargılama sırasında bu yükümlülük

yerine getirilmemiştir. Bu durumda ihbar tazminatı isteğinin kabulü gerekirken, yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/22569
Karar No **:** 2008/20482
Karar Tarihi **:** 15.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***Kötü niyet tazminatına hak kazanabilmek için, feshin kötü niyetle yapıldığını ispat yükümlülüğü işçiye aittir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, yıllık izin ücreti, İş Kanunu 17. maddesi uyarınca tazminat, hastaneye ödenen ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Davacı vekili tarafından hükmü temyiz ettiğine dair temyiz dilekçesi verilmiş ise de, 21.02.2007 tarihli dilekçesi ile temyiz isteminden vazgeçtiğini beyan etmiş olmakla temyiz isteminin REDDİNE;

2- Davalının Temyizine gelince:

a) Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

b) Kötü niyet tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı noktası taraflar arasında tartışmalıdır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi takdirde, fesih hakkı kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir.

Fesih hakkını kötüye kullanan işveren, 17. madde uyarınca bildirim sürelerine ait ücretin 3 katı tutarında tazminat ödemek zorundadır. Bahsi geçen tazminata uygulamada kötü niyet tazminatı denilmektedir.

Kötü niyet tazminatına hak kazanma ve hesabı yönlerinden 4857 sayılı İş Kanunu önemli değişiklikler getirmiştir. Öncelikle 17. maddenin 6. fıkrasının açık hükmüne göre, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötü niyet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda, "işçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurması" gibi sebepler kötü niyet halleri olarak örnekseme biçiminde sayıldığı halde 4857 sayılı İş Kanunu'nda genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, işçinin işvereni şikâyet etmesi, dava açması veya şahitlikte bulunması nedenine bağlı fesihler kötü niyete dayanmaktadır.

Tazminatın hesabı da 4857 sayılı İş Kanunu ile açıklığa kavuşturulmuştur. Kötü niyet tazminatı ihbar önellerine ait ücretin üç katı tutarı olarak belirlenmiş ve ayrıca ihbar tazminatının ödenmesinin gerektiği kurala bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kötü niyet tazminatını da kapsamakta olup, bu tazminatın hesabında da işçiye ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınmalıdır.

Somut olayda, ispat yükü kendisinde olan davacı işçi tarafından yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde davalı işveren tarafından yapılan feshin kötü niyetle yapıldığı ispat edilememiştir. Her ne kadar davacı işçi tarafından 04.04.2005 tarihli dilekçe ile vizite kâğıdı verilmediği için SSK' ya şikâyette bulunulmuş ise de, feshin bu şikâyet nedeni ile yapıldığı da davacı işçi tarafından ispat edilememiştir. Bu durumda kötü niyet tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm altına alınmış olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/16041
Karar No **:** 2008/21735
Karar Tarihi **:** 22.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : İş güvencesi uygulama alanı içinde olan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi, kötü niyet tazminatı isteyemez.

DAVA: Davacı, tazminat alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17/4. Maddesinde, 18.maddenin birinci fıkrası uyarınca bu kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında olan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir " düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu kural gereği, işçi iş güvencesi kapsamında kalıyor ise, feshin geçersizliği ve işe iade olanağından yararlandığından kötü niyet tazminatı isteminde bulunamayacaktır.

Somut olayda, davalı işverenin iş güvencesi kapsamında kaldığı, davacının da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı içinde bulunduğu tartışmasızdır. İş güvencesi uygulama alanı içinde olan ve feshin geçersizliğini ileri sürmeyen işçi kötü niyet tazminatı isteyemez. Bu isteğin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/5024
Karar No **:** 2008/27988
Karar Tarihi **:** 21.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : İş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötü niyet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir.

DAVA: Taraflar arasındaki, kıdem, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, izin ücreti fazla çalışma ücreti ve ücret alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 21.10.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat … ile karşı taraf

adına Avukat … geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık kötü niyet tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı noktasında toplanmaktadır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi taktirde, fesih hakkı kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir.

Kötü niyet tazminatına hak kazanma ve hesabı yönlerinden 4857 sayılı İş Kanunu önemli değişiklikler getirmiştir. Öncelikle 17. maddenin 6. fıkrasının açık hükmüne göre, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötü niyet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir.

Somut olayda davalıya ait aynı işkoluna ait işyerlerinde 30' dan fazla işçi çalıştığı anlaşılmaktadır. İşyerindeki kıdemi dikkate alındığında davacının iş güvencesine tabi olduğu görülmektedir. Öte yandan davacının almış olduğu istirahat raporunun işverence kabul edilmemesi ve bu sebeple iş sözleşmesinin feshinde kötü niyetin diğer yasal koşulları da oluşmamıştır. Böyle olunca, mahkemece isteğin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/31333
Karar No **:** 2008/33412
Karar Tarihi **:** 04.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : İşverenin işçiye ücretsiz izin vermesi fesih niteliğindedir. Ücretsiz izne çıkarılan işçinin bir başka yerde iş bulması bu somut hukuki olguyu değiştirmez.

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı iş akdinin işveren tarafından haksız olarak sona erdirildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı davacının güvenlik elemanı olarak çalıştığı S.Hotel yönetiminin davacının çalıştırılmayacağının bildirildiğini, bunun üzerine davacıyı ücretsiz izne ayırdıklarını, bunu davacının da kabul ederek ücretsiz izin kâğıdını imzaladığını, davacının beş gün sonra O.Hotel' de iş bularak işe başladığını öğrendiklerini, defalarca aramasına rağmen davacının cep telefonuna çıkmadığını, davacının izinli iken başka bir yerde işe başlamasının fesih nedeni olduğunu ancak iş akdini feshedenin davacı olduğunu, 10.04.2004 de şirketten izinli olarak ayrıldıktan sonra 21.04.2004 de kendisini büroya çağırarak 30.04.2004 de S.Antalya otelinde işe başlamasının tebliğ edilmek istendiğini ancak davacının bu tebliğ belgesini imzalamaktan kaçındığını bürodan ayrıldığını ve herhangi bir tazminat talebinde bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece "davacının en son çalıştığı S.Hotel yönetimi davacıyı istenmeyen personel ilan etmiş ve davalı şirketten bu personeli değiştirmesini istemiştir. Bu nedenle davacının çalışacağı yer kalmamıştır. Davalı işveren kendisine yeni çalışacak yer buluncaya kadar davacıya yirmi gün ücretsiz izin teklifinde bulunmuş, davacı da bunu kabul etmiştir. Hatta davalı işveren davacının iş akdini 10.04.2004 tarihine kadar feshetmeyerek maaş ödemeye devam etmiştir. Davalı işveren davacıyı zorunlu nedenle ücretsiz izne çıkarmak zorunda kalmıştır. Önerilen yirmi günlük ücretsiz izin süresi de makul bir süredir. Ancak davacı daha sonra başka bir şirkette iş bulduğundan ve davalı işverenin bulduğu yeni işi kabul etmediğinden iş akdi sona ermiştir. İş akdi işveren tarafından değil, davacı tarafından feshedilmiştir" gerekçesi ile davacı isteklerinin reddine karar verilmiştir.

Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Taraflarca dosyaya sunulan deliller; işyeri kayıtları, tanık anlatımları, bilirkişi raporu vs.dir. Belirtilen deliller birlikte değerlendirildiğinde; kökleşmiş içtihatlarımıza göre işverenin işçiye ücretsiz izin vermesi fesih niteliğindedir. Ücretsiz izne çıkarılan davacı işçinin bir başka yerde iş bulması bu somut hukuki olguyu değiştirmez. Öte yandan, davalı şirketin davacı işçiye başka bir iş bulamamasının külfeti işçiye yüklenemez. Ücretli izin belgesinin işçi tarafından imzalanması, tebliğ niteliğindedir. Yoksa kabul anlamına gelmez.

Yukarıda açıklanan gerekçe ile davacının isteklerinin kabulü gerekirken reddi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34315
Karar No **:** 2009/567
Tarihi **:** 21.01.2009
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İşyerinde vize alınmak suretiyle çalışmasını sürdüren işçinin iş sözleşmesinin, vize alınamaması ve ekonomik güçlükler nedeniyle feshedilmesi ve fesih sonrası yeni işçi alınmamış olması karşısında, işverenin iş akdini fesihte kasıtlı ve kötü niyetli bir eylemi bulunmadığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar, kötü niyet tazminatı, izin ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Kötü niyet tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı, taraflar arasında tartışmalıdır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi taktirde, fesih hakkının kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir. Fesih hakkını kötüye kullanan işveren 17. madde uyarınca bildirim sürelerine ait ücretin 3 katı tutarında tazminat ödemek zorundadır. Bahsi geçen tazminata uygulamada kötü niyet tazminatı denilmektedir.

Kötü niyet tazminatına hak kazanma ve hesabı yönlerinden 4857 sayılı İş Kanunu önemli değişiklikler getirmiştir. Öncelikle 17. maddenin 6. fıkrasının açık hükmüne göre, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötü niyet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda, "işçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurması" gibi sebepler kötü niyet halleri olarak örnekseme biçiminde sayıldığı halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, işçinin işvereni şikâyet etmesi, dava açması veya şahitlikte bulunması nedenine bağlı fesihler kötü niyete dayanmaktadır.

Tazminatın hesabı da 4857 sayılı İş Kanunu ile açıklığa kavuşturulmuştur. Kötü niyet tazminatı ihbar önellerine ait ücretin üç katı tutarı olarak belirlenmiş ve ayrıca ihbar tazminatının ödenmesinin gerektiği kurala bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kötü niyet tazminatını da kapsamakta olup, bu tazminatın hesabında da işçiye ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınmalıdır(Yargıtay 9.HD. 12.06.2008 gün 2007/21422 E, 2008/ 15336 K).

Somut olayda, davacı işçi davalı Belediye Başkanlığı işyerinde vize alınmak suretiyle geçici olarak üçer aylık vizelerle çalışmasını sürdürmüştür. Davalı işverenlik vize alınamaması ve Belediyenin içinde bulunduğu ekonomik güçlükler nedeniyle iş akdini feshetmiş, fesih sonrası yeni işçiler almamıştır. Taraf tanıkları da işyerine fesih sonrası işçi alınmadığını doğrulamışlardır. Davalı Belediye Başkanlığının iş akdini fesihte kasıtlı ve kötü niyetli bir eylemi bulunmamaktadır. Ayrıca iş akdinin feshinde siyasi bir nedenin olup olmadığı yönünde de davacı iddiasını doğrulayan delil ve belge bulunmamaktadır.

Kötü niyetin unsurlarının oluşmamasına rağmen mahkemenin bu talebin kabulüne karar vermesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41150
Karar No **:** 2009/6661
Karar Tarihi **:** 12.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İhbar tazminatının bölünemeyeceği, gerek yasa gerek kökleşmiş içtihatların getirmiş olduğu bir ilkedir.***

DAVA : Davacı, ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İhbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konudur.

İş sözleşmesi, taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasına ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı, iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.

Maddede düzenlenen bildirimli fesih belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanıması gerekmez.

İşçinin, belirli süreli iş sözleşmesiyle tam süreli, kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine hatta takım sözleşmesiyle çalışması arasında, bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

Fesih bildirimi, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimi geçerli değildir.

Fesih bildiriminde "fesih" sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizeli yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.04.2006 gün 2006/4823 E, 2006/10605 K).

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez. Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan

fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması yönüyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiğine uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD.26.06.2008 gün 2007/ 24004 E, 2008/ 17671 K.).

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hakimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 21.03.2006 gün 2006/109 E. 200 6/ 7052 K). Üst sınırın en çok ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.07.2008 gün 2007/ 24490 E, 2008/ 20203 K).

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25. maddede yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanunun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz. İşçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullandırılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir.

Böyle bir indirim yapılmamışsa, geçersiz sayılan fesihte ödenen ihbar tazminatı, en son işe başlatmama sebebiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan ihbar tazminatından faizsiz olarak mahsup edilmelidir.

İhbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait ücret" olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365' e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi açıktır. Bildirimli fesihteki ihbar süresi tam olarak kullandırılmamıştır. İşçinin de tahsis talebinin kabul edilmediği açıktır, ihbar tazminatının bölünemeyeceği gerek yasa gerek kökleşmiş içtihatların getirmiş olduğu bir ilke olup ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/2869
Karar No **:** 2009/25816
Karar Tarihi **:** 06.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : İhbar tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz oranı yasal faiz olmalıdır.

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ve ücret farkı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İhbar tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesine göre ödenmesi gereken ihbar tazminatında faize hak kazanabilmek için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Bununla birlikte bireysel ya da toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin feshi halinde kıdem tazminatının ödeme zamanıyla ilgili olarak açık bir hükme yer verilmişse, belirlenen ödeme tarihi faiz başlangıcı olarak esas alınır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/ 30158 E, 2008/ 28418 K.).

İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, ihbar tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.

İhbar tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz oranı değişen oranlara göre yasal faiz olmalıdır. Bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde faklı bir faiz türü öngörülmüşse, yasal faizin altında olmamak kaydıyla kararlaştırılan faiz uygulanır.

Somut olayda ihbar tazminatına yasal faize karar verilmesi gerekirken, bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz yürütülmesine imkân sağlayacak şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur. Kararın bu yönde bozulması gerekirse de, sözü edilen eksiklik yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK' nun 438/7. maddesi uyarınca hükmün aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın hüküm fıkrasında yazılı olan "... ihbar tazminatının dava tarihi olan 09.05.2006 tarihinden" sözcüğünden sonra gelmek üzere " yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine" yazılmasına ve hükmün bu şekilde **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderlerinin temyiz edene yükletilmesine 06.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/12538
Karar No **:** 2009/35588
Karar Tarihi **:** 17.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İstifa halinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanılamayacağı gibi, ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanılamaz. Ayrıca işçinin ihbar tazminatı ödemesi yükümlülüğü de ortaya çıkacağından, istifa türündeki belgelerin gerçek iradeyi yansıtıp yansıtmadığı araştırılmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla mesai, genel tatil, izin ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1 -Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin istifa suretiyle sona erip ermediği uyuşmazlık konusudur.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, hak sahibine, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır (Oğuzman, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "iş" Aktinin Feshi, İstanbul 1955. s. 41).

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin önelli fesih bildiriminin normatif düzenlemesi ise aynı yasanın 17. maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında İş Kanunu'nda işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. İstifanın işverence kabulü zorunlu değilse de, işverence dilekçenin işleme konulmamış olması ve işçinin de işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez. Bununla birlikte istifaya rağmen tarafların belirli bir süre daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde kararlaştırılan sürenin sonunda iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdiği kabul edilmelidir.

Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir.

İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

İşverenin haklı fesih nedenlerine dayanarak işçiye istifa dilekçesi vermesi halinde baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine de gerçek anlamda istifa olarak değer vermek mümkün olmaz. Dairemizce bu gibi hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği, ancak işveren feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 03.07.2007 gün 2007/14407 E, 2007/21552 K.).

İşçinin haklı nedenle derhal fesih nedenleri mevcut olduğu ve buna uygun biçimde bir fesih yoluna gideceği sırada, iradesi fesada uğratılarak işverence istifa dilekçesi alınması durumunda da istifaya geçerlilik tanınması doğru olmaz. Bu ihtimalde ise işçinin haklı olarak sözleşmesini feshettiği sonucuna varılmalıdır.

İstifa belgesine dayanılmakla birlikte işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması, Türkiye İş Kurumuna yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi gibi çelişkili durumlarda, her bir somut olay yönünden bu çelişkinin istifanın geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

İstifa belgesindeki ifadenin genel bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesinde somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu halde de istifanın ardındaki gerçek durum araştırılmalıdır.

İş sözleşmesinin istifa ile sona ermesi halinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olmadığı gibi, ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanılamaz. Bundan başka işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi yükümü ortaya çıkabileceğinden istifa türündeki belgelerin titizlikle ele alınması gerekir. İmzaya itiraz ya da metin kısmına ilaveler yapıldığı itirazı mutlak olarak teknik yönden incelenmelidir.

İstifa halinde dahi işçiye kıdem tazminatı ödeneceğini öngören sözleşme hükümleri ile işyeri uygulamaları 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistemi içinde geçerli olup, bu halde kıdem tazminatı 1475 sayılı Yasanın 14. maddesine göre hesaplanmalı ve anılan maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir.

2) Davacı kıdem ve ihbar tazminatı talep etmiş, bu talepleri davacının işyerinden istifa ederek ayrıldığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Bu karar dosya içeriğine uygun düşmemektir. Şöyle ki, davacı istifa dilekçesini işe girerken peşinen alındığını ileri sürmüş, kısmen davacı tanıkları da doğrulamıştır. Ayrıca, davalı dosyaya ibraz edilen 14-27.12.2006 tarihleri arasında davacının mazeretsiz ve izinsiz işe gelmediğini

belirtip, bu sebeple tutmuş olduğu tutanaklara istinaden 28.12.2006 düzenleme tarihli fesih belgesi ile iş aktini feshetmiştir. İbraz edilen istifa dilekçesi ise bu tarihten sonra 29.12.2006 tarihini içermektedir. Bu durum da istifa dilekçesi gerçek iradeyi yansıtmadığından, kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken, reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/13194
Karar No **:** 2009/38092
Karar Tarihi **:** 28.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/17

ÖZÜ : ***İş Kanununda genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiş olup, kötü niyetle fesih işçi tarafından ispatlanmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar, kötü niyet tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Kötü niyet tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı noktasında taraflar arasında tartışma söz konusudur.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu haklan da her hak gibi Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi takdirde, fesih hakkı kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir. Fesih hakkını kötüye kullanan işverenin 17. madde uyarınca bildirim sürelerine ait ücretin 3 katı tutarında tazminat ödemek zorundadır. Bahsi geçen tazminata uygulamada kötü niyet tazminatı denilmektedir.

Kötü niyet tazminatına hak kazanma ve hesabı yönlerinden 4857 sayılı İş Kanunu önemli değişiklikler getirmiştir. Öncelikle 17. maddenin 6. fıkrasının açık

hükmüne göre, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötü niyet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda, "işçinin sendikaya üye olması, şikayete başvurması" gibi sebepler kötü niyet halleri olarak örnekseme biçiminde sayıldığı halde 4857 sayılı İş Kanunu'nda genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, işçinin işvereni şikayet etmesi, dava açması veya şahitlikte bulunması nedenine bağlı fesihler kötü niyete dayanmaktadır.

Tazminatın hesabı da 4857 sayılı İş Kanunu ile açıklığa kavuşturulmuştur. Kötü niyet tazminatı ihbar önellerine ait ücretin üç katı tutarı olarak belirlenmiş ve ayrıca ihbar tazminatının ödenmesinin gerektiği kurala bağlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kötü niyet tazminatım da kapsamakta olup, bu tazminatın hesabında da işçiye ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınmalıdır. (Yargıtay 9.HD. 12.06.2008 gün 2007/21422 E, 2008/ 15336 K).

Somut olayda; davacı işçinin iş akdinin, davalı işverence kötü niyetle feshedildiği davacı tarafından ispatlanamamıştır. Davalı işyerinde çalışırken iş sözleşmeleri sona eren diğer işçilerle ilgili dairemiz incelemesinden geçen dava dosyalarında da kötü niyet tazminatının reddine karar verilmiştir. (9. HD. 2007/18604 E- 2008/12914 K, 2008/14197 E-11793 K, 2008/14198 E- 11794 K) Kötü niyet tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24521
Karar No **:** 2008/165
Karar Tarihi **:** 18.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde betlenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra; dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, … İnsan Kaynakları Bölge Sorumlusu olan davacının, bir personelin transferi sırasında, organizasyonel tayin işlemini kullanması yerine işten çıkış, tekrar işe giriş yaptığını, hakkında işlem yapılan personelin priminin 1/3'ünün normal prim ödeme dönemi dışında ödendiğini, davacının bu hatalı işlemi zamanında yetkililere bildirmediğini, yeterli performansa sahip olmadığını, güven ilişkisinin zedelendiğini, davacının iş sözleşmesinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını savunmuştur.

Mahkemece, Batı Bölgesi İnsan Kaynakları sorumlusu olarak çalışan davacının bir personelin transferi sırasında, organizasyonel tayin işlemini kullanması yerine işten çıkış, tekrar işe giriş işlemlerini yaptığı, bunun farkında olmadığı, hakkında tayin işlemi yapılan personelin priminin 1/3'ünün normal prim ödeme dönemi dışında ödendiği, bilgilendirmenin daha sonra yapıldığı, hatalı işlemin 09.05.2006 tarihinde düzeltildiği, işverenin bu olayda bir zararının olmadığı, ancak işverenin ve çalışanların insan kaynakları departmanına duyulan güveninin sarsıldığı, transfer edilen personelin yanlışlık düzeltilinceye kadar sistem içinde çalışmasının engellendiği, bu durumun oluşmasında, davacının hatası olmasa bile, tespit edilerek düzeltilmesinin gecikmesinde kendisine düşen görevin ifasında pozisyonuna ve sorumluluğuna uygun düşmeyecek ve davalının kabul edemeyeceği derecede bilgisizlik ve dikkatsizliği ile ihmalinin olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığını şart koşar. İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan bu nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşyerinde olumsuzluklara yol açmayan, belirli bir yoğunluğa ve ağırlığa ulaşmamış davranışlar geçerli neden olarak kabul edilmemelidir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

Dosya içeriğine göre, Antalya bölgesinden İzmir Bölgesine tayin edilen bir personelin bu nakil işleminin Antalya bölgesinden çıkıp, İzmir bölgesinde ise yeniden işe giriş olarak yapıldığı, personelin bu işlem nedeni ile prim alacağını eksik aldığı, ancak bu işlemin daha sonra düzeltildiği, işlemi Antalya İnsan Kaynakları sorumlusunun yaptığı, davacının talimat verdiğinin ve üst yönetime bilgi vermediğinin iddia edildiği anlaşılmaktadır. Olayların gelişimine göre, işverenin yapılan ve daha sonra düzeltilen işlemde bir zararının bulunmadığı görülmektedir. Davacının davranışlarının işyerinde ne

tür olumsuzluklara yol açtığı kanıtlanmış değildir. Belirtilen davranışlar belirli bir yoğunluğa ve ağırlığa ulaşmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiği anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine reddi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar yerilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 51,40 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak oybirliği ile 18.02.2008 gününde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/25426
Karar No **:** 2008/168
Karar Tarihi **:** 18.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : İşyerinde başka bir işçiyi yaralayan işçinin bu davranışı, işyerinde olumsuzluğa yol açtığından, yapılan fesih geçerli nedene dayanmaktadır.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili davacının iş sözleşmesinin "iş disiplinini bozucu davranışlar sergilemesi, son olarak mesai bitimi fabrika kapısı önünde bölüm sorumlusu işveren işçisine hakaret ederek, darp etmesi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini" belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özellikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'nun 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Hatta bu yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Zira böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. Yerel mahkeme kararı belirtilen hükümlere uyulmadığından karar bu yönü ile de hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığını şart koşar. İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan bu nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşyerinde olumsuzluklara yol açmayan, belirli bir yoğunluğa ve ağırlığa ulaşmamış davranışlar geçerli neden olarak kabul edilmemelidir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

Dosya içeriğine göre, davalı tekstil işyerinde çalışan davacının … tarihinde sigara molası sırasında amiri konumundaki işverenin diğer işçisinin uyarması nedeni ile mesai bitimi yaraladığı, yaralanan işçinin şikâyeti üzerine, davacı hakkında … Sulh Ceza Mahkemesine dava açıldığı ve … tarihli karar ile yaralama nedeni ile davacıya ceza verildiği, ancak hakkında tahrik hükümleri uygulandığı anlaşılmaktadır. Davacının tahrik hükümleri uygulansa da davranışının işyerinde iş disiplinini bozduğu sabittir. Bu davranış işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği bir durum gerçekleşmiştir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü doğru değildir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 18.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1289
Karar No **:** 2008/1991
Karar Tarihi **:** 25.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşverenin asıl işe yardımcı olarak kurduğu işyeri, asıl işin tabi olduğu işkolundan sayılacağından, tüm işyerlerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınmalıdır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı cemiyetin … Huzurevi ve Geriatri hastanesi inşaatında kontrol mühendisi olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının cemiyetin hastane inşaatı nedeni ile kurduğu kontrol mühendisliği işyerinde çalıştırıldığını, işyerinin geçici işyeri olduğunu ve inşaat bitince kapatıldığını, cemiyetin bu iş kolundaki işyerinde çalışan sayısının 9 olduğunu, 30 işçi bulunmaması nedeni ile davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını savunmuştur.

Mahkemece verilen ilk kararın Dairemizce "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır, işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

Yine aynı kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dâhil olduğu iş kolundan sayılır. Dosya içeriğine göre, sosyal dayanışma ve yardım amacı ile faaliyet gösteren ve Merkezi …'da olan davalı cemiyetin, amaçları doğrultusunda İnşaat Emlak Dairesi kurduğu, aynı yönetim altında değişik yerlerde inşaat işine girdiği, bu kapsamda davacının çalıştığı … ilçesinde Huzurevi ve Geriatri Hastanesi inşaat yapımına başladığı, bu inşaat işinde 9 işçinin çalıştığı anlaşılmaktadır. Yukarıda anılan hükümler doğrultusunda, işverenin bu inşaat işi, asıl işe yardımcı iştir ve asıl işin tabi olduğu iş kolundan sayılmalıdır. Bir başka anlatımla kurumun sosyal amaçları için yaptığı inşaatın, bağımsız olarak ayrı bir iş kolu olarak nitelendirilmesi doğru değildir.

Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davalı cemiyetin tüm işyerlerinde çalışan toplam işçilerin 30 işçi sayısında dikkate alınması gerekir. Mahkemece aksi düşünce ile sonuca gidilmesi hatalıdır. Davacının iş güvencesi hükümleri kapsamında kaldığı anlaşıldığı takdirde, davalı işverenin iş sözleşmesinin feshinde belirttiği ve işletmeden kaynaklanan reorganizasyon kararı nedeni üzerinde durulmalı, ispat yükü kendisinde bulunan davalı işverenin bu konudaki delilleri incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir" gerekçesi ile bozulması üzerine, mahkemece davalı işverenin Emlak İnşaat Müdürlüğünde çalışan sayısının 14 olduğu, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile tekrar davanın reddine karar verilmiştir.

Daha önceki bozmada açıklandığı üzere, davalı işverenin Emlak ve İnşaat Müdürlüğü, dernek niteliğindeki Cemiyetin bir birimidir. Cemiyetin asıl faaliyet alanı, sosyal dayanışma ve yardım amacı olup, Genel İşkoluna girmektedir. Davacının çalıştığı bölümde yapılan iş yardımcı iş olup, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca asıl iş kolu olan Genel iş kolundan sayılmalıdır. O halde davalı cemiyetin sadece Emlak ve İnşaat Müdürlüğünde değil, asıl İşkoluna bağlı tüm işyerlerinde iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin 30 işçi sayısında dikkate alınması gerekir. Bozma gerekleri yerine getirilmeden karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27596
Karar No **:** 2008/5990
Karar Tarihi **:** 24.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ ***: Personel Yönetmeliği'ndeki "yaşlılık aylığı alma hakkını kazanmış olan personelin iş akdinin feshedilebileceğine" ilişkin kural, TİS' nde yer alan işçi çıkarımına ilişkin hükümle birlikte değerlendirilmelidir. Bu durumda öncelikle***

işgücünün azaltılmasını gerektiren zorunlu bir hal bulunmalı, ayrıca TİS' nde belirtilen tensikat kuralına da uyulmalıdır. Bu iki koşulun gerçekleşmesi halinde, emekliliğe hak kazananların işten çıkarılması işleminin objektif ve genel olarak uygulanması şartıyla yapılan fesihlerin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin emekliliğe hak kazanmış olması nedeni ile tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiğini, emekliliğe hak kazanan tüm personelin objektif ve genel bir uygulama ile işten çıkarıldığını, Yönetmeliğin 111.maddesi ile Toplu iş Sözleşmesinin 32.maddesinin bu yetkiyi verdiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece salt emekliliğe hak kazanmanın fesih için geçerli neden olamayacağı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

İşyerinde fesih tarihi itibariyle yürürlükte bulunan ve davacıya 25.01.2001 tarihinde imzası karşılığı tebliğ edildiği anlaşılan Personel Yönetmeliğin 111. maddesinde "İş Kanunun kabul ettiği bildirimsiz fesih sebepleri bulunmasa dahi, çalıştırılmasında yarar görülmeyen personel ile Sosyal Sigortalar Kurumu mevzuatına göre yaşlılık aylığı alma hakkını kazanmış olan personelin iş akdi, atamadaki usule uyularak ve İş Kanununa göre yasal hakları ödenmek suretiyle her zaman feshedilebilir" kuralı öngörülmüş; Toplu İş Sözleşmesinin 32.maddesinde de işverenin iş veya işgücünü azaltmak zorunda kaldığında işten çıkarılacak işçinin seçiminde kendi isteği ile ayrılmak isteyenler, emekli olarak çalışmakta bulunanlar ve emeklilik hakkını kazanmış olanların sıra ile çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre emekliliğe hak kazananların işten çıkarılması için öncelikle iş gücünün azaltılmasını gerektiren zorunlu bir hal bulunmalıdır. Davalı işveren fesih bildiriminde bu zorunlu hali "uygulanmakta olan tasarruf tedbirleri" olarak göstermiştir. Mahkemece işyerinde tasarruf tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığı ve varsa tasarruf tedbirlerinin feshi zorunlu kılıp kılmadığı araştırılmamıştır. Feshi zorunlu kılan bir sebep varsa, bu kez Toplu İş Sözleşmesinin 32.maddesinde belirtilen tenkisat kuralına da uyulup uyulmadığı önem kazanmaktadır. Sözü edilen maddede öngörülen tenkisat kuralına uyulmadan yapılan fesih geçerli nedene dayanmayacaktır. Belirtilen iki koşulun gerçekleşmesinden sonra üzerinde durulması gereken başka bir husus da emekliliğe hak kazananların işten çıkarılmasına ilişkin işlemin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığıdır. Belirtilen yönlerden

araştırma yapılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/10363
Karar No **:** 2008/6019
Karar Tarihi **:** 24.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : İşçinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranması, işyerinde çalışma düzenini olumsuz yönde etkiliyorsa, bu durum geçerli fesih nedeni kabul edilebilecektir. Ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesi yerinde olacaktır.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının ücretinde bulunan haczin kaldırılmasına yönelik herhangi bir işlem yapmadığı için davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının ücretindeki haczi kaldırmaya yönelik işlem yapmadığı gerekçesinin davalı tarafından herhangi bir delille ispatlanamadığı, haczi kaldırmanın toplu para bulmayı gerektirdiğinden çoğu durumda maaşından başka geliri bulunmayan işçilerden beklenemeyeceği, işçinin işyeri dışındaki olumsuz davranışının işin ve işyerinin normal işleyişini etkilemediği sürece geçerli fesih nedeni sayılamayacağı, borcunu ödememenin yaptırımı olarak maaştan haciz yoluyla kesinti yapıldığı, borcu olan işçinin sırf bu nedenle iş sözleşmesini feshetmenin onu aynı eylemden dolayı iki kere cezalandırmak olduğu, ayrıca işyerindeki çok sayıda hacizli personelden az bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilmesinin, eşit davranma yükümlülüğüne ve feshin son çare olma ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'nci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir(KR/Etzel,G., §1 KSchG Rdnr. 400 sh.123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmelinde rol oynayacaktır (Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhâltnis, 8. Aufl., München 2002, Nr. 1168 sh.468).

İşçinin ücretinin borcu nedeniyle haczedilmesi, istisnaen davranış nedeniyle feshi geçerli kılmalıdır. İşçinin ücretinin sık sık haczi nedeniyle, objektif bir bakış açısı altında, işyerinin, örneğin muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilendiğinin kabul edilmesi halinde geçerli fesih nedeninin kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesi yerinde olacaktır.

Somut olayda, davacı işçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapıldığı ve ücretine hacizler konulduğu, iş sözleşmesinin ihtara rağmen ücreti üzerindeki haczin kaldırılmasına yönelik işlem yapmaması nedeniyle İş Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre davalı şirket Genel Müdürlüğünce ücret ve diğer alacakları üzerine haciz konulan personelin durumlarını düzeltmeleri konusunda 16.03.2004 ve 10.01.2007 tarihli iki adet genelge yayınlandığı, davacıya da iş sözleşmesi feshedilmeden önce çalışma huzuru ve verimliliğin sağlanması açısından ücreti üzerindeki hacizlerin 2 aylık süre içerisinde kaldırılması ihtarı verilmiştir. Buna rağmen davacı ücreti üzerindeki hacizleri kaldırmaya yönelik işlem yapmamıştır. Davacının bu davranışı fesih için geçerli neden teşkil ettiğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- … İş Mahkemesinin 13.02.2008 gün ve 926–82 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 24.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/29135
Karar No **:** 2008/6700
Karar Tarihi **:** 28.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşverenin işletmesel kararı, tutarlılık ve keyfilik denetimine tabi tutulduğunda, feshin geçerli nedene dayanmadığı sabit olduğunda, yapılan feshin geçersizliğine karar verilmelidir.***

DAVA: Davacı, feshin geçersizliği ve işe iadesi ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davalı işverenin hammadde olan doğal gaz fiyatlarındaki artış nedeni ile maliyetin yükselmesi sonucu olası zararı önlemek amacı ile üretimi durdurduğu, az maliyet gerektirmesi nedeni ile yurt dışından ithalat ile gübre alındığı ve torbalanıp satışa sunulduğu, işverenin işletmenin en kârlı durumu yönünde aldığı işletmesel karara yargı yolu ile müdahale edilmesinin mümkün olmadığı, işverenin daha az kâr ederek üretime devam etmesi ve işçileri çalıştırmaya zorlanamayacağı, üretimin durdurulması nedeni ile işçilerin üretime bağlı başka bir bölüm olmadığından başka yerde çalıştırılma olanağı bulunmadığı, seri olarak açılan davalarda torbalama, güvenlik, satış gibi bölümlerde çalışan işçilerin ayrıca durumlarının değerlendirilmesi gerektiği, davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Aynı durumdaki işçiler tarafından açılan davalara ilişkin olarak Dairemizce "işverenin fesih nedeni olarak gösterdiği gübre hammaddesi amonyağın üretimi yerine ithaline dair aldığı işletmesel kararın, işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde aldığı bir kurucu karar olduğu, bu kararın amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı, doğal gaz fiyatlarında artış yanında, satılan üründe de fiyat artışı olduğu, davalı şirketin gerçekleşen zararının bulunmadığı, fiyatta ve maliyetteki dalgalanmalar nedeni ile tekrar üretime geçiş imkanı olduğu gerekçesi ile ve işverenin amonyak üretimi yapma ve bu kapsamda işçi çalıştırmaya zorlanacak şekilde işe iade kararı verilemeyeceği, ancak tutarlılık, keyfilik ve feshin son çare olması yönünden ölçülülük denetimine tabi olduğu, bu yönlerde denetim yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi için araştırmaya yönelik bozulmasına karar verilmiştir. Aynı mahkemenin bozmaya uyarak yaptığı yargılama sonucunda alınan bilirkişi raporunda da, bilirkişi kurulu tarafından benzer belirlemelerde bulunulmuş, işe iadeye ilişkin verilen karar onanarak kesinleşmiştir.

Buna göre, davalı işverenin özelleştirme sonrası, daha ekonomik olması nedeni ile alt işveren uygulamasına geçmesi, bu nedenle asıl kadrolu ve kapsam içi sendikalı işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi, bu uygulamasının yargı kararları ile muvazaalı kabul edilmesi üzerine, bu kez feshe konu işletmesel kararı alması, fesihten sonra üretim bölümlerinin kapatıldığı belirtilmesine rağmen, halen işçi bulunduğunun tespit edilmesi karşısında, olayların gelişimine göre üretim bölümünde kapatmanın kalıcı ve sürekli olmadığı, işverenin tutarlı davranmadığı, özellikle yüksek ücret alan işçileri aşamalı olarak çıkartarak yerine daha düşük ücretle çalışan alt işveren işçilerini alarak keyfi davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin işletmesel kararı tutarlılık ve keyfilik denetimine tabi tutulduğunda, feshin geçerli nedene dayanmadığı sabit olduğundan, mahkemenin işe iade isteğinin reddine dair kararının bozulması gerekmiştir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin 22.06.2007 gün ve 107–440 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin 6 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 40,00 YTL Yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak oybirliğiyle 28.03.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/29950
Karar No **:** 2008/7008
Tarihi **:** 31.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Aynı gruba ait olsalar da, farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının, salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, işyerinde fesih tarihi itibariyle 30 dan az işçi çalışması nedeni ile davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının çalıştığı şirketin .... Şirketler Grubu içerisinde yer aldığı, gruba ait diğer şirketlerin davalı şirketle faaliyet alanlarının ve iş kollarının aynı olduğu, bu nedenle grupta bulunan aynı iş kolundaki şirketlerde çalışan toplam işçi sayısına göre iş güvencesinden yararlanma koşullarının gerçekleşmiş olduğu, feshin geçerli nedene dayandığının kanıtlanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

Yine aynı kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildiriminin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. (Mues,W.M./Esisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber,J., Kündigungsrecht, Teil 2, Rz.75, s :293). Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bordro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İş K. mad. 4/b), bu işyeri ya

da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 işçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Somut olayda, davalı şirkete ait aynı iş kolundaki toplam işçi sayısının fesih tarihi itibariyle 28 olduğu anlaşılmaktadır. Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla, salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir.

Davacı işçinin gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı .... YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre .... YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 31.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/29966
Karar No **:** 2008/7020
Karar Tarihi **:** 31.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Bir iş ilişkisinde, her yapılan hatalı üretim veya hizmet iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının üzerinde bir hatalı üretim ve hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önemlidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'nci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir(KR/Etzel,G., §1 KSchG Rdnr. 400 sn. 123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır(Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhâltnis, 8. Aufl., München2002, Nr. 1168 sh.468).

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25'nci maddesinin II' nci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir. İşçi görevini uyarıya rağmen, hiç yerine getirmezse işveren haklı nedenle derhal, eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirirse süreli, geçerli fesih hakkını kullanabilecektir.

Kuşkusuz hiçbir kimse sürekli olarak hatasız çalışamaz. Bu sebeple, bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz.

Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir.

İş Kanunu'nun 25'nci maddesinin II. bendinin (ı) bendine göre, işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işverenin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması haklı fesih nedenidir. Bu hükümden hareketle, işçinin bu miktara ulaşmamakla beraber işverenin malına zarar vermesi geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Buna karşılık meydana gelen zarar işçiye kişisel bilgi ve ehliyeti dışında bir iş verilmesinden kaynaklanıyorsa, geçerli nedenin varlığı kabul edilmemelidir. Çünkü böyle bir durumda işçinin özen yükümlülüğünün ihlalinden bahsedilemez. Keza, işçinin ehemmiyetsiz miktara ulaşan zararlarından dolayı iş sözleşmesi geçerli şekilde feshedilememelidir. İşçinin işverene ait eşya, alet ve edevatı, tesisatı işverenin özel izni olmaksızın özel amaçlı olarak kullanması hali de işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedeni sayılabilecektir. Burada, özel amaçlı olarak kullanım sonucu işverene ait eşyanın, zarara uğramış olması şart değildir.

İnceleme konusu olayda; mahkemece alınan bilirkişi raporuna göre 3.000 YTL'lik bir zarar doğmuş olup, olayın meydana gelmesinde davacının kusur oranı % 20 olarak belirlenmiştir. Buna göre davacının kusuruna isabet eden zarar miktarının 600 YTL olduğu anlaşılmaktadır. Davacının sebep olduğu zarar miktarının 30 günlük ücretinden az olması feshi haksız kılmakta ise de, verilen zararın miktarı ve davacının aylık ücreti göz önünde bulundurulduğunda, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin 08.06.2007 gün ve 46–295 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 31.03.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27725
Karar No **:** 2008/7812
Karar Tarihi **:** 08.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile İş Kanunu'nun 18. Maddesindeki 6 aylık sürenin kısaltılması mümkündür. Çünkü bu hüküm nispi emredicidir.***

Sendika üyeliğinden istifa etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedene dayandığının kabulü gerekir.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, maliyetlerin yüksekliği nedeni ile küçülme kararı alındığını, davacının iş sözleşmesinin işletme ve işyeri gerekleri ile feshedildiğini, feshin işletme gereklerine dayandığını, sendikal neden bulunmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin geçerli feshi, davacının ise sendikal nedeni, kanıtlayamadığı kabul edilmekle birlikte, işten ayrılma bildirgesinde ve ibranamede davacının 31.10.2006-26.01.2007 tarihleri arasında çalıştığı, kıdeminin 6 aydan az olduğu, hizmet süresi yönünden iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, fesih bildiriminin yapıldığı tarihte aynı işverene ait işyeri veya işyerlerinde fasılalı da olsa iş ilişkisine dayalı kıdeminin en az altı ay olması gerekir.

İşçinin 6 aylık kıdem hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir. Başka bir anlatımla, bu hesapta fiili çalışma süreleri mutlak olarak aranmaz. Aynı Kanun'un 66. maddesinde belirtilen çalışma süresinden sayılan haller altı aylık kıdemin sayılmasında dikkate alınacaktır. İşçinin feshe karşı koruyan hükümlerden yararlanabilmesi için, altı aylık kıdem süresini aynı işveren nezdinde iş sözleşmesine dayanan iş ilişkisi içerisinde geçirmiş olması zorunludur.

Altı aylık süre zarfında iş sözleşmesinin feshinde 18. maddede düzenlenen geçerli sebepler aranmaz. Süreli fesih yoluyla iş sözleşmesinin feshi mümkündür. Ancak, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine birkaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir.

Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür. Çünkü bu hüküm nisbi emredicidir. Söz konusu sürenin, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda 17. maddedeki ihbar süreleri ile doldurulması mümkün değildir.

Kanunda kıdemin esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil; işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih gözönünde tutulduğu için iş güvencesine ilişkin kıdemin başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır. İşverenin işi kabulde temerrüde düşmesi veya işçinin hastalanması, kıdem süresinin başlangıcını engellemez, kıdem işlemeye başlar. Ancak, işçi, kusuruyla işe geç başlarsa, fiilen işe başladığı tarih, altı aylık sürenin başlangıcı olarak kabul edilmelidir.

Kanun altı aylık kıdemi olan işçilerin iş güvencesinden yararlanacaklarını öngördüğüne göre, bu sürenin fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarihte doldurulmuş olması şarttır. Sürenin bildirim önelleri sonunda dolacak olması, güvenceden yararlanabilmek için yeterli değildir.

Bu sürenin tamamı iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olmalıdır. Bu açıdan, Kanun'daki aylık kıdem şartını, "altı aylık işçilik kıdemi" şeklinde anlamak gerekir. Bu nedenle işçinin iş ilişkisinden önce işverenle vekalet, ortaklık ilişkilerindeki süreler bu sürenin hesabında dikkate alınmamalıdır.

Geçici iş ilişkisiyle (ödünç iş ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinden hareketle, işçinin başka işverende (ödünç alan) geçen süresi, işverende (ödünç veren) geçirilmiş gibi sayılır. Söz konusu işçinin daha sonra ödünç alan işverenin işyerinde yeni bir iş ilişkisi kapsamında istihdam edilmesi halinde, onun nezdinde ödünç iş ilişkisi kapsamında geçirilmiş süreler, yeni iş ilişkisindeki altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz.

Çıraklık ilişkisi, İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayıldığından, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz. Buna karşılık stajyer olarak geçirilen süre, stajyerliğin İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrası anlamında iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmiş olması halinde sürenin hesabında dikkate alınacaktır.

4857 sayılı Kanun'da bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdemin hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir

düzenleme yer almadığından, daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şart değildir.

İş Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işyerinin devrinde devralan işveren, hizmet süresi ile ilgili haklarda işçinin devreden işveren yanında çalışmaya başladığı tarihe göre işlem yapmak zorunda olduğundan, devirle işverenin değişmesi altı aylık kıdem süresini etkilemeyecektir. Bu bağlamda, bir işyerinin, işvereni tarafından, bir şirkete sermaye olarak konulması halinde de, İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında işyerinin devri olarak kabul edilmeli, kıdem süreleri birlikte hesaplanmalıdır.

Altı aylık kıdem şartı öngören düzenleme, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşme ile aksi kararlaştırılamayacak hükümler arasında sayılmadığından, bu süreyi kısaltan veya tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmek gerekir.

Dosya içeriğine ve davalı işverenin de itiraz etmediği SSK kayıtlarına göre, davacının davalı işyerinde iki dönem halinde çalıştığı, ilk dönem çalışmasının 22.10.2005-05.06.2006 tarihleri arasında 6 aydan fazla olduğu, son dönem çalışmasının ise kabul edildiği gibi, 31.10.2006-26.01.2007 tarihleri arasında bulunduğu, aralıklı da çalışsa davacının toplam hizmetinin 6 aydan fazla olduğu ve davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz.

Gerek işverenin geçerli sebebin varlığı gerekse işverenin gösterdiği sebep dışında bir sebeple dayandığı ileri sürülmesi durumunda bu vakıalar bir hukuki işlem olmadığından takdiri delillerle ispatı mümkündür.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta ispat yükü kendisinde olan davalı işveren davacı işçinin iş sözleşmesini, işletmesel karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geldiğini, kararı tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlayamamıştır. Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Esasen bu mahkemenin de kabulündedir.

Ancak davacı işçi, fesih sebebini sendikal neden olarak ileri sürmüş ve bu konuda çıkarılanların sadece sendika üyesi olduklarına, üyelikten istifa edenlerin çıkarılmadığına dair deliller sunmuştur. Nitekim Dairemizin 2007/ 36185 Esasında kayıtlı olan ve iş sözleşmesi aynı nedenle ve aynı tarihte feshedilen işçinin açtığı dava da, sendikal neden kabul edilmiştir. Davacının 26.11.2006 tarihinde sendika üyesi olduğu, fesih tarihine kadar 34 işçinin sendika üyeliğinden istifa ettirildiği, üyelikten istifa etmeyen davacı gibi sendika üyesi işçilerin ise çıkarıldığı ve işyerine yeni işçiler

alındığı, emsal dosya ve bu dava dosyasının içeriğinden anlaşıldığından, feshin sendikal nedenle yapıldığı kabul edilmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca davacının 12 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu, 36,40 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, 08.04.2008 gününde kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27735
Karar No **:** 2008/7818
Karar Tarihi **:** 08.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Performans değerlendirmeleri yıllık değerlendirmeye göre yapılan işyerinde çalışan işçinin, yılın ilk altı ayındaki performansına dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, geçerli nedene dayanmaz.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı işyerinde tıbbi tanıtım sorumlusu olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının bölgesi içinde her yıl yapılan performans değerlendirmelerine göre iş ve yıllık hedeflerine göre performans düşüklüğü gösterdiğini, 2006 yılı ilk alt ayında en alt seviyeye geldiğini, savunmasının alındığını, feshin performans düşüklüğü nedeni ile davacının davranışlarından kaynaklandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, davacının performansının 2006 yılı ilk 6 ay için söz konusu olduğu, ancak karşılaştırma yapılırken bir önceki dönem ve gelecek dönem hedeflerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği, sadece 6 aylık süre için performans düşüklüğünün fesih için geçerli neden olamayacağı, davacının 2005 yılı performansının başarılı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine karar verilirken, işe başlatılmama tazminatı, davacı işçinin 7 aylık ücreti tutarında belirlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır.

Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi, yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez.

Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin davalıya ait işyerinde tıbbi tanıtım sorumlusu olarak 8 yıldır çalıştığı, iş sözleşmesinin 2006 yılı ilk altı aylık performansının düşük olması nedeni ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Ancak performans değerlendirmelerinin yıllık deneme süresine göre yapıldığı, 2004 ve 2005 yılında davacının başarılı bulunduğu, 2006 yılı tamamlanmadan bir değerlendirme yapılarak iş ilişkisi sonlandırılmıştır. Davacı savunmasında dış etkenlerden söz etmekte ve sonuçları ikinci altı aylık sürede alacağını belirtmektedir. Davacının performansının yıl içinde değerlendirilmesi, yıllık değerlendirme sistemine göre doğru değildir. Yıl sonunda belirlenen hedeflerin altına düşülmesi ve bunun süreklilik kazanması halinde geçerli bir fesihten söz edilebilecektir. Kaldı ki bu düşüklüğün davacının tıbbi tanıtım görevini yerine getirmemesi nedeni ile meydana geldiği de kanıtlanmamıştır.

Sonuç olarak işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 7 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 5 aylık ücreti oranında belirlenmesinin dosya içeriğine uygun düşecektir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde, hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 199,50 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 08.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27829
Karar No **:** 2008/7831
Karar Tarihi **:** 08.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Adaylık ve stajyerlik süresi sonrası, amirlerince yapılan performans değerlendirmelerinde yetersiz bulunan işçinin, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, banka işyerine sınavla alınan ve Toplu İş Sözleşmesi ve Personel Yönetmeliği hükümleri uyarınca adaylık ve stajyerlik sürecine tabi olan davacının bu süreçte performansının değerlendirildiğini, değerlendirme sonucu, "Bankacılık mesleğinin gerektirdiği çalışma anlayışı ve davranış tarzına sahip olmadığı, emsallerine göre yavaş gelişim gösterdiği, mesleğe uyum sağlayamadığını, iş konusunda beklenen dikkat ve özeni göstermediği, iletişim yetersizliği nedeni ile zaman zaman agresif tutum gösterdiğini, kendini yeterli şekilde ifade edemediği, inisiyatif kullanmadığı, güvensizlik yarattığı, yetersiz kaldığının tespit edildiğini, daha önce iki kez sözlü ve bir kez de yazılı olarak 17.02.2006 tarihinde uyarıldığını, ancak herhangi bir gelişim göstermediğini, iş sözleşmesinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin fesih yazısında belirtilen davacının davranışlarını somut olarak kanıtlayamadığı, aksine davalı tanığı beyanına göre davacının banka personeli ile bir sorunun olmadığı, ilerde inisiyatif kullanamayacağı kanaati olduğunu beyan ettiği, geçerli fesih nedeninin kanıtlanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verirken, davacı kendisini avukat ile temsil ettirmediği halde lehine vekalet ücretine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır(Von Hoyningen-Huesslene, G./Lınck, R., §1 KSchG Rdnr. 176 sh.165; Mues, W.M./Eısenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsrecht, Teil 3 Rz. 4, sh.606). İşçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs. nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir.

İşçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde, iş edimi işçinin yeteneği gibi kendisinde objektif olarak bulunan hal ve hususiyetlerden dolayı sözleşmeye uygun olarak yerine getirilemezken, işçinin davranışından kaynaklanan fesihte, sözleşmenin ifasında işçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı nedeniyle iş edimi yerine getirilememektedir. Başka bir anlatımla, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin kabulü için, işçinin verim düşüklüğünün işçinin icra ettiği iş için gerekli olan fiziki veya fikri özellikleri haiz olmamasından kaynaklanmalıdır. Buna karşılık, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özellikleri haiz ve mesleki bilgilerle donanımlı; yani

mesleki yetenek ve uygunluk açıdan aranan niteliklere sahip olan bir işçinin, daha önce kendisine ihtar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebidir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin, yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi, yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.

İş Kanunu'nun 19.maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Buna göre salt işçinin savunmasının alınmaması tek başına süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma

vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır.

Somut uyuşmazlıkta davalı işveren bir bankadır. Davacı sınavla işe alınmıştır. Davacı başlangıçta Personel Yönetmeliği ve Toplu iş sözleşmesi hükümleri gereği, adaylık ve stajyerlik süreci yaşayacağı ve bu süreçlerde hakkında bir değerlendirme yapılacağını bilmektedir. Nitekim davacının önce 25.08.2005 tarihinde Aday Değerlendirme Formu ile adaylık süreci değerlendirilmiş olup, bu değerlendirmede birinci, ikinci ve şube müdürü amirleri davacının yeterli gelişime sahip olmadığı, belirli bir süre daha izlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Davacı stajyerlik süreci içinde de gözlemlenmiş ve 17.01.2007 tarihinde "Bankacılık mesleğinin gerektirdiği, çalışma anlayışı ve davranış tarzına sahip olmadığı, emsallerine göre yavaş gelişim gösterdiği, mesleğe uyum sağlayamadığı, iş konusunda beklenen dikkat ve özeni göstermediği, iletişim yetersizliği nedeni ile zaman zaman agresif tutum gösterdiği, kendini yeterli şekilde ifade edemediği, inisiyatif kullanmadığı, güvensizlik yarattığı, yetersiz kaldığı" gerekçesi ile uyarılmıştır. Davacının stajyerlik süreci sonunda, yine birinci, ikinci ve şube müdürü amirlerinin performans değerlendirmeleri sonucu, uyarılara rağmen gelişim göstermediği, yetersiz kaldığı, daimi kadroya alınmaması gerektiği belirlenmiştir. Değerlendirme en az 3 sicil amirinin görüşü ile yapılmakta ve kişisel yetenek ve nitelikleri gözlemlenmektedir. Ayrıca bu değerlendirmenin işyerine özgü olduğu, önceden belirlendiği, davacının da bu durumu bilerek işe girdiği, her işe alınan işçinin bu süreçten geçtiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle objektif bir değerlendirmeden söz edilebilir. Davacının adaylık ve stajyerlik süreci sonrası, yapılan değerlendirmeler sonucu yetersiz bulunması ve iş sözleşmesinin feshi, açıklanan gerekçelere göre geçerli nedene dayanmaktadır. Adaylık ve stajyerlik sürecini olumsuz geçiren bir işçi ile iş sözleşmesi ilişkisinin devam ettirilmesi işverenden beklenmemelidir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

Diğer taraftan kabule göre, davacı işçi kendisini vekille temsil ettirmediği halde, lehine vekâlet ücretine karar verilmesi isabetsizdir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40,50 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 08.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/15240
Karar No **:** 2008/7871
Karar Tarihi **:** 08.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : İş sözleşmesinin feshinin, geçerli ancak haklı nedene dayanmadığı durumda, işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanır.

DAVA: Davacı, ihbar ve kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş akdinin haksız olarak feshedildiğini belirterek, ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur.

Davacı iş akdinin devamsızlık nedeniyle sona erdirildiğini savunmuştur.

Mahkemece, işe iade davasının onanarak kesinleştiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İş Mahkemesinin 2006/290 E-634 K sayılı işe iade talebinin reddine ilişkin kararının temyizi sonucu Dairemizin 2006/30394 "E-2007/2030 K sayılı ilamı ile "...özellikle işverenin devamsızlık nedeni ile haklı fesih hakkını 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca 6 günlük hak düşürücü süre içinde kullanmadığından, iş sözleşmesinin feshi haksız hale gelmiş ise de, davacının sık sık devamsızlığının bulunduğu davacının işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışlarından kaynaklanan geçerli neden bulunduğu anlaşıldığından sonuç itibari ile doğru olan kararın bu gerekçe ile onanmasına, ..."şeklinde gerekçesi yönünden düzeltilerek onama kararı verilmiştir.

Onama kararı gerekçesinde, hak düşürücü süre içinde fesih hakkının kullanılmadığından feshin haksız hale geldiğinin belirtilmiş ve kararın kesinleşmiş olmasına göre, ihbar ve kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/35822
Karar No **:** 2008/10336
Karar Tarihi **:** 20.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Ambalajı yapılan ve hijyen olması gereken gıda ürününde bulunan kılın, işçiye ait olduğunun saptanamaması feshi haksız kılsa da, işçinin dolabında ve cebinde kıl bulunması, hijyen kuralları dikkate alındığında işyerinde olumsuzluklara yol açan bir davranış olup, iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının ahlak ve iyi niyete uymayan davranışlar nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiğini, davacının but ızgara ve ambalajlama bölümünde vardiyalı olarak çalışan 15 işçiden biri olduğunu, ambalajlı üründe çıkan saçların özenle ve kasten yerleştirildiğini, bunun tamamen firma tarafından üretilen ürünler açısından sabotaj niteliğini taşıdığını, ürünlerin teker teker toplandığını, tüketici tarafından satın alınan tabaklı üründen çıkacak insan saçının sebep olacağı etkin vahamet karşısında teknik elemanların paniğe kapıldıklarını, bu nedenle bu vardiyada çalışan tüm işçilerin geçici olarak çalışmalarının durdurulduğunu, davacının dolabından işlenmiş ürünlere yerleştirilen saç kılları dışında bir tutam saç kılı bulunduğunu, davacının cebinde de aynı kılların varlığının tespit edildiğini, soruşturma aşamasında çalışanlardan bir kısmının açık ve seçik olarak söz konusu işlenmiş ürünlere saç kıllarını davacının yerleştirdiğini, davacının bu işi formenini sevmemesi nedeni ile yaptığının anlaşıldığını, akabinde davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini, davacının çalışma ücrete ilişkin beyanlarının asılsız olduğunu beyanla davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin işyerinde tabaklı ürünlerde saç konulmasının işverenin ticari itibarına büyük zarar verebilecek bir olay olduğu, ancak davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilirken uygulanan yöntemin yasalara uygun olmadığı, ürünlerde çıkan saçların davacıya ait olduğu kesin ve net olarak anlaşılmadan iş sözleşmesinin feshedilmesinin yasalara uygun olmadığı, işçilerden büyük kısmının ürünlerde çıkan saçların davacıya ait olabileceğini söyledikleri nde iş sözleşmelerinin feshedilmiş olması nedeniyle psikolojik olarak baskı altında olmaları nedeni ile tarafsız beyanda

bulunmadıkları, hem davacı tanıkları, hem davalı tanıkları,davacının işverenle herhangi bir husumetinin bulunmadığını beyan ettikleri, bu nedenlerle davacının arasında husumet bulunmayan bir işverene zarar vermek düşüncesi ile hareket etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, cebinde bulunan tek saç telinin ise ürünlerde çıkan saç telleri ile bilimsel olarak mukayesesi yapılmadığı için saç teli ile ürünlerde çıkan saçların aynı olduğu ispatlanamadığı için bu olayın davacının iş sözleşmesinin feshine gerekçe oluşturamayacağı, olaydan sonra bölümde çalışan bütün işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği, işçilerin davacı aleyhine mesnetsiz ifade vermelerinden sonra işe alındıkları, geriye üç kişinin dönmediği, bunlardan birisinin de davacı olduğu, davalı işverenin fesih gerekçesinin yasal gerekçelerle ve bilimsel yöntemlerle ispat edemediği gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilmiş, ancak işe başlatmama tazminatı kısa kararda 3 ay, gerekçeli karar ise 4 aylık olarak belirlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz.

Gerek işverenin geçerli sebebin varlığı gerekse işverenin gösterdiği sebep dışında bir sebebe dayandığı ileri sürülmesi durumunda bu vakıalar bir hukuki işlem olmadığından takdiri delillerle ispatı mümkündür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25.maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir.

Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir.

Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak, özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

Somut uyuşmazlıkta, gıda maddesi üretimi ve ambalajı faaliyeti yapılan işyerinde, ürün ambalajı sırasında, satışa sunulan ürün ambalajı içerisinde saç kılına rastlandığı, bu ürünlerin toplandığı, bu ürünün ambalajlandığı yerde 15 işçinin çalıştığı, tüm işçilerin önce işten çıkartıldığı, daha sonra 12 işçinin işe geri alındığı, yapılan araştırmada davacının işyeri dolabında saç kılına rastlandığı aynı zamanda iş elbisesinin cebinde de bulunduğu, davacının kız kardeşi olan tanığın cebindeki kılın işyerinde çalışırken takılan bonenin iş çıkışı çıkarılması ve cebe koyulması nedeni ile cebinde olabileceğini belirttiği anlaşılmaktadır. Ambalajı yapılan ve hijyen olması gereken gıda ürününde bulunan kılın, davacıya ait olduğunun saptanamaması feshi haksız kılsa da, davacının dolabında ve cebinde kıl bulunması, hijyen kuralları dikkate alındığında, işyerinde olumsuzluklara yol açan bir davranıştır. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır, iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 72,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine.
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine.
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, 20.04.2008 tarihinde kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/11193
Karar No **:** 2008/9563
Karar Tarihi **:** 21.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Verimsiz olduğu vardiya defterine not düşülen ve bunu öğrenince sarf ettiği küfürlü sözlerin işverene ya da başka bir işçiye yönelik olmadığı anlaşılan işçinin bu davranışının aşırıya kaçtığı, işin yürütümünü bozucu nitelikte olduğu düşünülerek, feshin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı şirket, davacının dava dışı … Personel Yönetimi ve Taşeronluk Hizm. Ltd. Şti.nin elemanı olduğunu, iş sözleşmesinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları nedeni ile son verildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, fesih yazısında davacının hangi hareketlerinin saygısız bulunduğu ve hangi sebep ile disiplini bozduğu açıkça anlatılmadığı, davacının şahsi sicil dosyası içerisinde bulunan savunma istemli ihtaratın ise 18.08.2005 tarihli olduğu ve davacının 18.08.2005 tarih ve saat 17.00'ye kadar yazılı savunma vermek zorunda olduğunun bildirildiği anlaşılmasına göre davacının açıkça savunması için süre tanınmadığı ve feshin her halükarda şekil şartlarına uyulmadığı gerekçesi ile haksız ve geçersiz bir fesih olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Somut olayda, davacının iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25.maddesine dayanılarak feshedilmiş olduğundan, fesihten önce savunmasının gereği gibi alınmadığından söz edilerek feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır.

İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'nci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabılir(KR/Etzel, G., §1 KSchG Rdnr. 400 sh. 123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır(Stahlhackc, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung ıınd Kündigungsschutz im Arbeitsverhâltnis, 8. AufL, Munchen 2002, Nr. 1168 sh.468,).

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25'nci maddesinin II' nci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir. İşçi görevini uyarıya

rağmen, hiç yerine getirmezse işveren haklı nedenle derhal, eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirirse süreli, geçerli fesih hakkını kullanabilecektir.

İnceleme konusu olayda, vardiya amiri tarafından davacı hakkında verimsiz olduğu ve uyarılması ile ilgili vardiya defterine not düşmesi üzerine davacının buna aşırı şekilde sinirlendiği ve küfürlü konuştuğundan söz edilerek iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davalı işveren tanığı olarak dinlenen vardiya amiri, davacının küfürlü sözleri kendisine yönelik söylemediğini, ahlaki açıdan bir olumsuzluğunun bulunmadığını, sadece verimsiz olduğunu belirtmiştir. Tanık anlatımlarına ve tutanak içeriğine göre davacı tarafından sarf edilen küfürlü sözler işverene veya diğer bir işçisine yönelik olmazsa da kendisi hakkında vardiya amiri tarafından yapılan tespite karşı tepkisinde aşırıya kaçtığı, davranışlarının işin yürütümünü bozucu nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Davacının feshe konu eylemi fesih için haklı neden ağırlığında olmamakla beraber, geçerli neden teşkil ettiği kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … Asliye Hukuk (İş) İş Mahkemesinin 26.12.2007 gün ve 159-710 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 21.04.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/32500
Karar No **:** 2008/11101
Karar Tarihi **:** 05.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin iş sözleşmesini, kamu borçları, bazı işlerin hizmet alımıyla yaptırılması, norm kadro ihdas edilmemesi, personel fazlalığı ve hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedenleriyle fesheden işverenin aynı bölüme vasıfsız işçi alması, fesih nedenleriyle çelişen bir uygulama olup, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, bozmadan sonra yapılan yargılama sonunda davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, personel harcamalarının belediye gelirlerinin %30'unu geçmesi üzerine yüklü kamu borçları nedeniyle belediyenin giderlerinin nasıl azaltılacağı konusunda akademik araştırma yapıldığını, Gazi Üniversitesi öğretim görevlilerinden alınan rapor çerçevesinde personel giderinin ve bina kullanım, Parkların bakım ve temizlik hizmetlerinin hizmet alımı yoluyla yapılması ve kullanım masraflarının azaltılarak belediye gelirlerinin arttırılması gerektiği yönünde sonuca varıldığını, ayrıca idari birimlerin sayısının azaltılması gerektiği bu işlem sonucu ortaya çıkacak fazla personelin zaman içerisinde eritilmesinin zorunlu olduğu, işçi fazlasının da aynı şekilde azaltılmasının zorunlu olduğunun belirtildiği, belediye bünyesindeki kullanım ömrünü tamamlamış araçların ihale usulüyle satılması sonucu şoför kadrosunda işçi fazlası meydana geldiğini, toplu iş sözleşmesinin 32.maddesine göre tenkisat uygulaması yoluyla işçi azaltılması yoluna gidildiğini, davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece bozma sonrası yapılan yargılama sonunda, emsal kararlarda iş sözleşmesinin feshinde objektif kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesi ile istemin kabulüne karar verilmiş ise de, her dosyanın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği, davacının vasıfsız işçi olduğu, diğer birimlerde değerlendirme olanağı olmadığı, feshin işyerinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, isletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfî davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Türk iş hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi, davalı işverenin kamu borçları, bazı işlerin hizmet alımı yoluyla yaptırılması, norm kadro ihdas edilmemesi ve ortaya çıkan personel fazlalığı yanında hizmetine ihtiyaç duyulmaması nedeniyle feshedilmiştir. Belirtilen nedenler işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir. Ancak emsal dosyalarda ve sunulan kayıtlara göre işyerinde norm kadro çalışması yapılmadığı gibi, davacının istihdam fazlası olduğu kanıtlanmamıştır. Bunun yanında davalı işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalara girerek aynı bölüme vasıfsız işçi aldığı, bu şekilde tutarlı davranmadığı anlaşılmaktadır. Davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin 32. maddesindeki tenkisat kuralına uymadığı da emsal davalarda keşif sonrası alınan ve dosyaya sunulan bilirkişi raporunda da belirtilmektedir. Davalı işveren istihdam fazlalığını, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlamış değildir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 30,00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, 05.05.2008 tarihinde kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/32507
Karar No **:** 2008/11105
Karar Tarihi **:** 05.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin davranışları işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemez bir hal almış ise, iş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle feshi yerindedir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının verilen görevleri yerine getirmediğini, emrindeki işçilere kötü davrandığını, işçilerin savunmasını almadan ihtar verdiğini, daha önce uyarı aldığını, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.h maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi uyarınca "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" nedeni ile feshedildiğini, davacı daha önce yetersizliği nedeni ile uyarı verilmiş ise de, bu yönde yeterli araştırma yapılmadığı, somut belge ve bilgi bulunmadığı, davacının üretimde başında bulunduğu bölümde hedeflenen ve gerçekleşen üretim miktarlarına göre verimsizliğinden ve işini sahiplenmemesinden söz edilemeyeceği, davalı tanıklarının halen işyerinde çalışan işçiler olduğu, beyanlarına itibar edilemeyeceği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz.

Gerek işverenin geçerli sebebin varlığı gerekse işverenin gösterdiği sebep dışında bir sebeple dayandığı ileri sürülmesi durumunda bu vakıalar bir hukuki işlem olmadığından takdiri delillerle ispatı mümkündür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır, İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmelinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü,

sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II-(h) bendinde, işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi durumunda işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

İş görme edimi, işçi tarafından işverenin verdiği talimatlara uygun olarak yerine getirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu ile işçinin hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar etmesi kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır, işçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II' nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kinci asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasanın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır(Süzek, S.: İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, sh.581). İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II- d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir.

Somut olayda, davacının üretim bölümünde mühendis olarak çalıştığı, son 8 ay içinde iki kez eksik iş yapması nedeni ile uyarıldığı, en son 07.10.2006 tarihinde işin yapılması sırasında emrindeki işçi ile tartıştığı, tartıştığı işçinin davacının kendisine hakaret ettiğini beyan ettiği, bu olaydan sonra 13.10.2006 tarihi disiplin kurulu kararı ile davacının iş sözleşmesinin görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi nedeni

ile feshedildiği, davacının savunmasına emrindeki işçilerden memnun olmadığını, değiştirilmesini istediği, dinlenen tanık anlatımlarından da davacının "işçileri ile sorunlar yaşadığı, insanlarla olan iş ilişkilerinin iyi olmadığı," anlaşılmaktadır. Davacının amir olarak emrindeki işçilere iyi davranması ve onlara işleri yaptırması görevinin bir parçasıdır. Bu yönde özenli davranmadığı, yetersiz olduğu, tutanak ve tanık anlatımları ile anlaşılmaktadır. Davacının davranışları işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır, iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmez bir hal almıştır. Davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilmiştir. Geçerli neden vardır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı, 116,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, 05.05.2008 tarihinde kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/35834
Karar No **:** 2008/11440
Karar Tarihi **:** 05.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İş süresi bitiminden evvel ve izin almaksızın işçinin işyerinden ayrılması, geçerli fesih nedenidir. Ancak, işçinin devamsızlığı haklı bir mazerete dayandığında, geçerli fesih söz konusu değildir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan davalı işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının babasını … Üniversitesi Tıp Fakültesi Göz Polikliniğine götürmek için refakat etmek üzere işyerinden ayrılması ile ilgili olarak işverenden izin almadığı, bu suretle 30.05.2005-06.06.2005 tarihleri arasında işyerini izinsiz olarak terk etmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1.fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'nci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir(KR/Etzel, G., §1 KSchG Rdnr. 400 sh.123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır (Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhâltnıs, 8. AufL, München 2002, Nr. 1168 sh.468).

4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, işçinin işe sık sık geç gelmesi geçerli feshe örnek olarak verilmiştir. Gerçekten de işçi, işe geç gelmek suretiyle iş sözleşmesinde kararlaştırılan edimler (iş görme-ücret) arasındaki dengeyi işveren aleyhine bozmaktadır. Burada geçerli neden açısından önemli olan husus, işçinin işe geç gelmeyi alışkanlık haline getirmiş olmasıdır. Geçerli nedene dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için ise, işçiye önceden ihtar edilmesi gerekir. İşçinin alışkanlık haline getirmesinden kasıt, işçinin gelecekte de işe geç gelmek suretiyle iş ilişkisinde iş görme edimi ile ilgili olarak aksaklık meydana getireceği haklı olarak tahmin edilebilmesidir. Talimin prensibine göre, işçinin gelecekte de işe geç geleceğinin kabul edilebilmesi için geç kalmanın sebebi ve sıklığı belirleyici olmaktadır. Ulaşımdan kaynaklanan riziko işçiye aittir. İşçinin işe geç gelmesi gibi, iş süresi bitmeden evvel izin

almadan işyerinden ayrılması da önceden ihtar yapılması koşuluyla geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmelidir.

İnceleme konusu olayda; davacının … Konağında bahçıvan-kaloriferci olarak çalışan babasının bir iş kazası sonucu gözünden yaralandığı, … Üniversitesi Tıp Fakültesi Göz Hastalıkları Servisinde 03.06.2005-06.06.2005 tarihleri arasında yatarak tedavi gören ve 30 gün istirahat verilen babasına davacının refakat ettiği anlaşılmaktadır. … Sağlık Ocağı tarafından 27.05.2005 tarihinde verilen raporda hastanın tetkik ve tedavisi yapılmak üzere oğlu refakatinde sevkinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Mevcut delillere göre davacının feshe konu yapılan devamsızlığı haklı bir mazerete dayanmaktadır. Böyle olunca feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … Asliye Hukuk (İş) İş Mahkemesinin 19.06.2007 gün ve 1743-745 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 200,00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 05.05.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/37485
Karar No **:** 2008/12509

Karar Tarihi **:** 26.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : İş sözleşmesi feshedilen işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmış ise, bu hakkı elde etmek için Kuruma başvurması, işe iade istemini ortadan kaldıran bir beyan olmadığı gibi, işçinin sosyal güvenliğini sağlamaya yönelik bir hukuki işlem olarak kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin performansının yetersiz olması nedeni ile davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin performans düşüklüğü nedeni ile ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek feshedildiği, ancak davacının dava açmadan 05.10.2005 tarihinde emeklilik dilekçesi verdiği ve emekli olma iradesini öne çıkardığı, işe iadesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir. İşverenin iş sözleşmesini feshettiğini bildirmesi, bozucu yenilik doğurucu bir irade beyanı olup karşı tarafa varması ile sonuçlarını doğurur. Ancak Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre "bildirim önellerine ilişkin ücret peşin ödenmeksizin işverence gerçekleştirilen fesihlerde, işçi emeklilik aylığı bağlanması için bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda önel süresine ilişkin peşin ödeme yapılmadığı sürece iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir.

Diğer taraftan, emeklilik işlemi tek taraflı bir irade beyanıdır. İş sözleşmesi feshedilen işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmış ise, bu hakkı elde etmek için kurumuna başvurması tabiidir. İşe iade istemini ortadan kaldıran bir beyan olmadığı gibi, yasa da bu yönde bir açık düzenlemede yoktur. İşçinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna yaşlılık aylığı almak için başvurusu, ücretsiz kalan işçinin sosyal güvenliğini sağlamaya ilişkin bir hukuki işlem olarak kabulü gerekir. Emeklilik olgusu davacı işçi ile bağlı bulunduğu kurumu ilgilendiren bir Sosyal Güvenlik Hukuku işlemidir. Sosyal

Güvenlik Hukukuna ilişkin, hukuki bir sonucun bireysel iş ilişkilerini doğrudan etkilemesinin kabulü uygun değildir.

Birbirlerinden bağımsız hukuk dallarından olan Sosyal Güvenlik Hukukuna ait olgunun yasada açık hüküm olmadıkça diğer bir hukuk dalı olan iş hukukunu, kısaca bireysel iş hukukunu etkilemesi mümkün değildir.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek davalı işveren tarafından feshedilmiş ve fesih sonuçlarını doğurmuştur. Davacı bildirim öneline ilişkin ücreti ödendikten ve işveren feshi sonuçlarını doğurduktan sonra, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna başvurarak emekli olmuştur. Davacının Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin bu işlemi işe iade isteğini ortadan kaldırmaz. Mahkemenin aksi yöndeki gerekçesi yerinde olmadığı gibi, Dairemiz uygulamasına da aykırıdır.

Diğer taraftan, 4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından, verimsizliğinden kaynaklanan nedenlerle feshettiği, ancak davacı işçinin savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 156,40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 26.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/24332
Karar No **:** 2008/18106
Karar Tarihi **:** 30.06.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşverenin ekonomik nedenlerle küçülme kararı alması ve istihdam fazlalığı kanıtlanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde, emekliliğe hak kazananların seçilmesi, objektif bir karardır. Emekliliğe hak kazanan ancak işyerinde sendika temsilcisi olarak çalışan işçilerin işten çıkartılmaması, bu kriteri ortadan kaldırmaz.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalıya ait … Fabrikasında işçi olarak çalışan ve iş sözleşmesi ekonomik nedenlerle istihdam azaltılması sonucu emekliliğe hak kazanması nedeni ile feshedilen davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece bozma sonrası yapılan yargılama sonunda, alınan ek rapora itibar edilerek, davacının çalıştığı bölümde norm kadro çalışması yapmadığı, davacının çalıştığı işyeri dikkate alındığında bir daralma ve kapanmanın olmadığı, norm kadro fazlalığına diğer yerlerden gelen nakillerin neden olduğu, buna göre feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası

doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Mahkemece, verilen ilk karar Dairemizce, "işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edildiği, somut olay bakımından, davalı işverenin savunmasında belirttiği nedenlerin işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılmasını gerektirdiği, işletme, muhasebe ve hukuk konularında uzman olan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak işyerinde işgücü fazlalığının oluşmasına neden olan ekonomik, teknolojik veya yeniden yapılanma gibi olgular bulunup bulunmadığını saptanması, işçi fazlalığı söz konusu ise emekliliğe hak kazanmanın ölçüt olarak dikkate alınıp alınmadığı, alınmış ise bunun objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulup tutulmadığını belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi" gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur.

Bozma sonrası işyerinde yapılan keşif sonrası bilirkişi heyeti raporunda, davalı işyerine 2004 yılında M. fabrikasından üretim işçileri nakledildiği, 2002 yılında 53, 2003 yılında 44, 2005 yılında 4, 2006 yılında 49 ve 2007 yılında 3 işçinin iş sözleşmeleri feshedildiği, 2006 yılı sonu itibari ile emekliliğe hak kazanan 54 işçiden 52 işçi çıkarılmış, halen 2 işçi çalışmakta olduğu, iş sözleşmesi feshedilmeyen iki işçinin sendika temsilcisi olduğu, 2006 yılından sonra yeni işçi alımı yapılmadığı, 2001 yılında 381, 2002 yılında 237, 2003 yılında 189, 2004 yılında 221, 2005 yılında 214 daimi, 30 geçici olmak üzere 244, 2006 yılı Nisan ayı itibari ile 236, Ekim ayı itibari ile 201 işçi çalıştığı, 2005 yılında norm kadro 213 ve 2006 yılında norma kadro 201 olmasına rağmen daha fazla işçi çalıştırıldığı, halen fazla personel olduğu, üretim ve satış miktarında azalma olduğu, zararın arttığı, vardiya sistemi uygulanmadığı ve fazla mesai yapılmadığı, emekliliğin fesihte ölçüt alındığı ve objektif ve genel olarak uygulandığı, feshin geçerli nedene dayandığı" tespitlerinde bulunmuşlardır.

Somut uyuşmazlıkta, norm kadro fazlalığı sabittir. Davalı işyerine, fesihten 2 yıl önce başka bir işyerinden nakiller yapılmıştır. 2 yıl önce gerçekleştirilen naklin, geçersiz fesih nedeni yapılması doğru değildir. Ayrıca davalı işveren işyerindeki bölümlerdeki norm kadro ve işçi sayısını dikkate almaksızın emekliliği gelen işçilerin

işten çıkarma yoluna gitmiştir. Davalı işveren ekonomik nedenlerle küçülme kararı almış ve istihdam fazlalığı olan işçilerin iş sözleşmesini feshetmiştir, istihdam fazlalığı kanıtlanmıştır, istihdam fazlalığında emekliliğe hak kazananların seçilmesi objektif bir kriterdir. Emekliliğe hak kazanan, ancak işyerine sendika temsilcisi olarak çalışan iki işçinin çıkarılmaması, bu kriteri ortadan kaldırmaz. Yeni işçi alımı bulunmamaktadır. Davalı işveren işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulamıştır. Davalı işverenin bu kararda keyfi davrandığı iddia edilmemiştir. Bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının iş sözleşmesinin işyerinin ve işin gereklerine dayanan nedenle feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 30.06.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1845
Karar No **:** 2008/19005
Karar Tarihi **:** 07.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin çalıştığı bölümün kapatılmasına ve satılmasına karar verildiği, iş sözleşmesinin bu sebeple feshedildiği, ancak işçinin daha önce diğer bölümlerde çalıştığı dikkate alındığında, feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde başka bölümlerde değerlendirilme imkânı olmasına rağmen yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence sendika üyeliği ve faaliyetleri nedeniyle feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, Yönetim Kurulu kararı ile bünyesinde bulunan krom kaplama işinin ekonomik olarak verimsiz hale gelmesi nedeniyle krom kaplama banyosunun kapatılmasına ve satılmasına karar verildiğini, davacının iş sözleşmesinin bu nedenle geçerli olarak feshedildiğini, sendikal nedenin söz konusu olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece tanık anlatımlarına göre davacının daha önce başka bölümde çalıştığı, diğer bölümlerde değerlendirilmesinin mümkün olduğu, davacının sendikal örgütlenmede öncülük yaptığı için iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesine göre işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. İşverenin, sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinde özellikle fesih için geçerli sebep olmayacak hususlar arasında "sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak" da sayılmıştır. Yine İş Kanunu'nun 20.maddesinde yer alan "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir, işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür" hükmü, feshin geçersizliğine karar verilmesine yönelik açılan davalar bakımından özel bir ispat kuralı öngörmüş bulunmaktadır.

Dosya içeriğine göre, davalı şirket Yönetim Kurulunca 01.08.2006 tarihli toplantıda davacının çalıştığı bölümün kapatılmasına ve satılmasına karar verildiği, davacının iş sözleşmesinin bu sebeple feshedildiği, ancak davacının daha önce diğer bölümlerde çalıştığı dikkate alındığında feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde başka bölümlerde değerlendirilme imkânı olmasına rağmen yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş olması isabetli olmuştur.

Ancak, bilirkişi tarafından da belirtildiği üzere iş sözleşmesinin feshinde bölüm kapatmanın etkili olduğu anlaşılmaktadır. Bölüm kapatmaya rağmen feshin geçersizliğinin kabulü feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulmamış olmasından kaynaklanmıştır. Başka bir anlatımla, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı için geçerli neden kabul edilmeyen bölüm kapatma fesihte etkili olduğundan,

mahkemece feshin sendikal nedene dayandığının kabulü dosya içeriğine uygun düşmemiştir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
l-) … İş Mahkemesinin 18.09.2007 gün ve 80-550 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2-) İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3-) Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 6 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4-) Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6-) Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7-) Davacı tarafından yapılan yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8-) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 07.07.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/22104
Karar No **:** 2008/19977
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin fesihten önce iş sözleşmesinin feshedilmesini talep ettiğine dair dilekçe vermediği durumda, ikaleden söz edilemez. Ayrıca işçinin fesihten sonra başka bir kamu kurumuna işe yerleştirilmiş olması, feshin onun isteğine dayandığını göstermez.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin işletmeden kaynaklanan nedenlerle feshedildiğini, işyerinin özelleştirildiğini, özelleştirme sonrası yeniden yapılanmaya gidildiğini, bu doğrultuda işletmesel kararlar alındığını ve uygulandığını, işçilere bu kararın bildirildiğini, istihdam fazlası personelin ve emekliliği gelenlerin istekleri de dikkate alınarak çıkarıldığını, 6 işyerinde 842 işçi çıkarıldığını ve bunlardan 634 işçinin yazılı talepleri olduğunu, iş sözleşmesinin feshini kabul eden ve isteyen işçinin işe iade isteyemeyeceğini, emekliliğe hak kazanamayan ancak çıkarılması zorunlu olan personelin de, özelleştirme uygulaması nedeni ile başka kamu kurumlara geçmelerinin sağlanması için özelleştirme işleminden sonra 6 ay içinde çıkarıldığını, feshin işin, işyerinin ve işletmenin gereklerine dayandığını savunmuştur.

Mahkemece davacının talebi üzerine 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı bünyesine atamasının yapıldığı ve halen çalıştığı gerekçesi ile işe iade isteği reddedilmiştir. Davacının fesihten önce iş sözleşmesinin feshedilmesini talep ettiğine dair dilekçe vermediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle ikaleden söz edilemez. Davacının fesihten sonra 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun 22.maddesi gereğince 657 sayılı Kanunun 4/C.maddesi kapsamında başka bir kamu kurumuna yerleştirilmiş olması, feshin onun isteğine dayandığını göstermez. İş sözleşmesinin feshi davacının isteğine dayanmaması durumunda, fesihten sonra yeni işçi alınması ve feshin son çare olması ilkesi göz önünde bulundurulmadığından feshin geçersizliğine karar verilmelidir. Mahkemece davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 14.07.2008 oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42697
Karar No **:** 2008/20143
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin çay molasında kapalı ortamda sigara içtiği, uyarılara rağmen disiplinsiz davrandığı, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabit ise, yapılan feshin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir nedene dayandığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının işyerindeki kurallara uymadığını, disiplinsiz davranışları olduğunu, uyarıldığını, çay içme saatinde kapalı yerde sigara içilmemesi uyarısı üzerine işveren personeline uygunsuz sözler söylediğini, bu tutum ve davranışı nedeni ile iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.d maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının çay molasında kapalı yerde sigara içilmesi nedeni ile uyarıldıktan sonraki söylediği sözlerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.d maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, davacının savunmasının alınmadığı, fesih işleminin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş

sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmelinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak, özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkesine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanun'un 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi, işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II' nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasa'nın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır. İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II. d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni

sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez.

Dosya içeriğine göre, operatör olarak görev yapan ve gece vardiyasında çalışan davacının 05.02.2007 günü çay molasında kapalı ortamda sigara içtiği, açık alanda içmesi gerektiğini işverenin diğer işçileri tarafından söylenmesi üzerine aldırmadığı, uyarılması üzerine de "sizi buraya toplayanları" ve "böyle insanlardan laf duymak zoruma gidiyor" şeklinde söylemde bulunduğu, davacının yaklaşık bir ay önce de çalışırken iş güvenliği açısından ESD bandı takmama nedeni ile uyarıldığı, bant takmadığının kabulünde olduğu anlaşılmaktadır. Davacının söylediği sözler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. d maddesi anlamında sataşma niteliğinde olmamakla birlikte, uyarılara rağmen disiplinsiz davrandığı, gereksiz sözler söylediği ve tartışmaya girdiği, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. İşyeri kurallarına uymayan ve disiplinsiz davranan davacı ile iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı kalmamıştır. Fesih, davranışlardan kaynaklanan nedenlere dayandığından, davanın reddi gerekir. Yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 14.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42699
Karar No **:** 2008/20145
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin davranışı, işverenin ve çalışanlarının şeref ve haysiyetini kırıcı asılsız ihbar ve isnat niteliğinde ve işyerinde olumsuzluklara yol açtığında, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenmez bir hal aldığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının kendi el yazısı ile ve aynı yerde çalışan ancak istifa sureti ile işyerinden ayrılan işçinin imzası ile Vakıfta bir takım usulsüzlük ve yolsuzluklar yapıldığını belirterek, üst makamlara şikâyet etmek sureti ile asılsız isnatlarda bulunduğunu, iş sözleşmesinin Disiplin Kurulu kararı ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II ve Personel Yönetmeliğinin 60/3 maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, hukukçu bilirkişiden alınan rapora itibar edilerek, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK. nun 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır.

Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinde belirtildiği gibi, mahkeme çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşüne başvurabilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez.

Mahkemece gerekçesiz karar verilmesi ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi gereken konuda bilirkişi incelemesine gidilmesi usul ve yasaya aykırılık teşkil etmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilecek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak

özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi, işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II' ncı bendinin (b) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya aynı maddenin d fıkrası uyarınca işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasanın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi

gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez.

Dosya içeriğine göre, davalı çalışanları ile davalının denetimini yapan mülki amirlerin faaliyet alanı ile ilgili usulsüz işlemler yaptığı, yolsuzluklar olduğu, vali yardımcısının bunlara göz yumduğu, vakıf tarafından vali yardımcısının eşine araç alındığı, polis memurlarının rüşvete teşvik edildiği yönünde davacının el yazısı ile dilekçe kaleme aldığı, bu dilekçenin istifa eden bir işçi tarafından imzalandığı, bu dilekçe üzerine işlem yapıldığı, soruşturma sonunda davacının ve diğer işçinin yazma konusunda birbirlerini suçladıkları ve dilekçede öngörülen olaylar hakkında bilgileri olmadıklarını beyan ettikleri anlaşılmaktadır. Davacı tarafından kaleme alınan yazıda, vakıf çalışanları ve denetimini yapan kişiler usulsüzlük ve yolsuzlukla suçlanmıştır. Bu durum soruşturmaya neden olmuştur. Davacı ve imzalayan işçi dilekçedeki olaylar hakkında bilgisi olmadığını belirtmiş, bu şekilde dile getirilen usulsüzlük ve yolsuzluklar isnat niteliğinde kalmıştır. Davacının davranışı, işverenin ve çalışanlarının şeref ve haysiyetini kırıcı asılsız ihbar ve isnat niteliğindedir ve işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenmez bir hal almıştır. Bu davranışın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.b maddesi kapsamında kalıp kalmadığı, haklı nedenle fesih hakkının aynı yasanın 26. maddesi uyarınca süresinde kullanılıp kullanılmadığı, geçerli nedeni etkilemediğinden, inceleme konusu yapılmamış ve açılacak kıdem ve ihbar tazminatında değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 14.07.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42720
Karar No **:** 2008/20166
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin arkadaşından borç para aldığı, bu borcu ödememesi nedeni ile adına kredi çeken iş arkadaşı hakkında icra takibi yapıldığı ve iş arkadaşının bu durumu şikâyet ettiği, işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabit olduğundan, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin Disiplin Kurulu kararı ile "bir kişiden işe girmesi karşılığı ve başka bir işçiden de borç para aldığının şikâyet edilmesi" nedeni ile feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, 22.01.2007 tarihindeki şikâyet dilekçesi nedeni ile davacının savunması alınmış ise de, verilen dilekçelerin tarihsiz olduğu, şirket kayıtlarına ne zaman alındığının bilinmediği, diğer bankadan kredi çeken işçinin de davacıya borç para verdiği, borç paranın ödenmesi için davacının şikâyet edildiği, haklı nedenin kanıtlanmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı

davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25.maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. Maddenin gerekçesinde işçinin işyerinde iş arkadaşlarından borç para alması, davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler arasında örnek olarak sayılmıştır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.

Dosya içeriğine göre, 22.01.2007 tarihinde 3. bir kişinin davacının kendisinden işe girme karşılığı para aldığını iddia ederek tarihsiz bir dilekçe verdiği, keza aynı işyerinde çalışan bir işçinin de 29.01.2007 tarihli dilekçe ile davacı adına kredi çektiğini, ancak davacının ödememesi nedeni ücretinden kesinti yapılarak ödemek zorunda kaldığını, dolandırıldığını şikâyet ettiği, bunun üzerine soruşturma başlatıldığı ve davacının borç para aldığını kabul ettiği, işe girme garantisi nedeni ile para aldığının kanıtlanmadığı, iş sözleşmesinin Disiplin Kurulu tarafından alınan oy çokluğu kararı ile 08.02.2007 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır.

Somut uyumazlıkta davacının iş arkadaşından borç para aldığı, bu borcu ödememesi nedeni ile adına kredi çeken iş arkadaşı hakkında icra takibi yapıldığı ve iş arkadaşının bu durumu şikâyet ettiği, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. İş ilişkisinin sürdürülmesi işverenden beklenmemelidir. Davacının davranışlarından kaynaklanan neden vardır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 14.07.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/21499
Karar No **:** 2008/20666
Karar Tarihi **:** 21.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler, objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan davalı işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, ekonomik nedenler ve Toplu İş Sözleşmesinin 74 ve Personel Yönetmeliğinin 39/b. maddeleri uyarınca son çare olarak emekliliğe hak kazanan personel olduğu hususu göz önünde bulundurularak feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece emekliliğe hak kazanmanın iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden teşkil etmeyeceği gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

İşyerinde fesih tarihi itibariyle yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesinin 74.maddesinde "sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık ve malullük aylığı almaya hak kazanan personelin istekleri halinde veya idare tarafından gerekli görüldüğü takdirde emekliliğe sevk edilebilirler" kuralına yer verilmiş; Personel Yönetmeliğinin 37/b.maddesinde ise "personel yaşlılık ve malullük aylığı almaya hak kazanmış ise İş

Kanunu'nda belirtilen sürelerde önceden haber verilmek veya İş Kanunu hükümlerine göre kıdem tazminatı ödenmek kaydı ile Genel Müdürün teklifi üzerine Merkez Birliği Yönetim Kurulu kararı ile personelin iş akdi feshedilebilir" hükmü öngörülmüştür. Dosya içeriğine göre davalı … Merkez Birliğinde anılan düzenlemeler kapsamında kalan tüm personelin iş sözleşmelerinin ihbar ve kıdem tazminatları ödenmek suretiyle feshedildiği ileri sürülmüştür. Dairemiz uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Somut olayda Bölge Müdürleri ve daha üst düzey yöneticilerden emekliliğe hak kazanıp da halen çalışmakta olan personel bulunduğu ileri sürülmüş ise de, Bölge Müdürü ve daha üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulması işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanmalıdır. Başka bir anlatımla üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmaması uygulamanın "objektif ve genel" olma özelliğini bertaraf edemez. Bu nedenle davalı işverenin Personel Yönetmeliği ve Toplu İş Sözleşmesinde yer alan hükmü üst düzey yöneticiler dışında kalan tüm personel için objektif ve genel uygulayıp uygulamadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının kabulü gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/22631
Karar No **:** 2008/20768
Karar Tarihi **:** 21.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Toplu işçi çıkarmada tarafların öngördüğü tenkisat kurallarına uyulmaması, feshi geçersiz hale getirir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence sendikal nedenlerle feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe

başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin ülkede yaşanan ekonomik kriz, hammadde sıkıntısı ve bazı bölümlerin kapatılması nedeni ile işçi kısıtlamasına gidildiği için feshedildiğini, sendikal nedenin söz konusu olmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece uzun yıllar çoğunlukla sendikalı işçi çalıştıran işverenin, son zamanlarda ekonomik nedenlerle işçi çıkarmak zorunda kaldığı, işçi çıkarmada sendikalı-sendikasız ayırımı yapıldığına dair somut delil bulunmadığı gibi, davacının sendika üyeliği dışında ne tür bir sendikal faaliyette bulunduğu ve bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğinin de somut olarak ispatlanmadığı, oysa asıl nedenin ekonomik ve mali durumdan kaynaklandığı, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirilmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusuzdur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar veremeyecektir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverenin tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da

alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkân sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı (kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hâsıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı

azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir.

İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesinin, ülkede yaşanan ekonomik kriz, hammadde sıkıntısı ve bazı bölümlerin kapatılması nedeni ile işçi kısıtlamasına gidildiği gerekçesi ile İş Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece işyeri kayıtları üzerinde yapılan inceleme sonucunda alınan bilirkişi raporunda, fesih yönündeki işletmesel kararın işletmenin ekonomik durumuna uygun olduğu belirtilmiştir.

Davacı vekili, söz konusu rapora karşı verdiği dilekçede işçi çıkarmanın toplu iş sözleşmesinde belirtilen tenkisat kuralına uygun olarak yapılmadığını ileri sürmüştür. Dairemiz uygulamasına göre, toplu işçi çıkarmada tarafların öngördüğü tenkisat kurallarına uyulmaması feshi geçersiz hale getirir. Fesih tarihi itibariyle işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 26.maddesinin c bendinde toplu çıkarmada sırasıyla deneme süresini doldurmamış olanlar, emeklilik hakkını kazanmış işçiler, verimi az ve sicili bozuk işçiler ve ilk giren son çıkar usulü ile işçi çıkarılacağı belirtilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu yönde bir inceleme yapılmamıştır. Bilirkişiden alınacak ek raporla, işçi çıkarmada sözü edilen tenkisat kuralına uygun yapılıp yapılmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/26678
Karar No **:** 2008/21167
Karar Tarihi **:** 21.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşverenin feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlayamadığı ve işçinin diğer işyerlerinde değerlendirme imkanı bulunduğu durumlarda, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini, fesihten sonra kıdem ve ihbar tazminatlarını alabilmek için diğer işyerlerine nakli kabul etmediğine dair belge yazdırılıp, imzalatıldığını belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının çalıştığı işyerinin davalı işveren tarafından kapatıldığı, bu işyerinde çalışan işçilere başka mağazalarda çalışmaları için teklif yapıldığı, teklifi kabul edenlerin iş sözleşmelerinin feshedilmediği, kabul etmeyenlerin feshedildiği, davacının fesihten ailevi nedenlerle kabul etmediğini açıkladığı, teklifin bu nedenle kabul edilmemesi karşısında fesihten sonra yapılmış olmasının sonuca etkisinin olmadığı, kapanma kararının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı, kapatılma sonucu istihdam fazlası olan davacının feshin son çare olması ilkesi uyarınca başka işyerinde görevlendirilmesinin teklif edildiği, ancak davacının kabul etmediği, iş sözleşmesinin feshinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmazlığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.

Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin davacının çalıştığı Marmaris mağazası işyerini kapattığı, kapatma sonrası bu işyerinde çalışanların istihdam fazlası olacağı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, fesihten önce davacıya aynı bölgede bulunan işyerlerinde teklif yapıldığını, ancak davacının kabul etmediğini, feshin kaçınılmaz olduğunu savunmuş, davacı ise fesihten önce teklif yapılmadığını, fesihten sonra teklif yapıldığını ve tazminatların ödenme koşulunu nakli kabul etmeme belgesinin yazılması ve imzalanması şartına bağlandığını iddia etmiştir. Gerçekten de dosya içeriğine göre, fesih tarihi 13.10.2007 tarihi olmasına rağmen, görev teklif yazısı ile görevi kabul etmeme yazısı 16.10.2007 tarihini taşımaktadır. Tanık anlatımları da davacı iddiasını doğrulamaktadır. Maddi olgulara göre davacının iş sözleşmesi feshedilmeden, fesih dışındaki bir önlem ile diğer işyerlerinde değerlendirme olanağı bulunmaktadır. Ancak fesihten önce davacı işçiye, işveren tarafından diğer işyerlerinde çalışma teklifi yapılmamıştır. Fesihten sonra yapılan teklif sonuca etkili değildir. Kaldı ki teklifin kabul edilmemesi, tazminatların ödenmesi koşuluna bağlanmıştır. Davalı işveren feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlayamadığından ve davacının davalının diğer işyerlerinde değerlendirme imkanı bulunduğu anlaşıldığından, davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 21.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/2901
Karar No **:** 2008/24564
Karar Tarihi **:** 24.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Sürekli iş yapan işçinin yıl ortasında herhangi bir neden göstermeksizin iş sözleşmesinin askıya alınması, geçerli neden olmadan iş sözleşmesinin feshi olarak kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece savunmaya ve dosya üzerinde alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, davacının daha önceki yıllarda da iş sözleşmesinin askıya alındığı, bu uygulamanın davacı tarafından kabul edildiği, iradelerin birleştiği, feshin geçersizliğinin yasal olarak mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda mevsimlik ve kampanya ile çağrı usulü çalışma uygulanan işler dışında, askı haline yer verilmiş değildir. Ancak doktrin ve yargı kararlarında özellikle kurumların vize uygulaması ile işçi ve işverenin iradelerinin birleştiği yerde iş sözleşmesinin askıya alınması kabul görmektedir.

Dosya içeriğine göre davacı işçi davalı Belediye Başkanlığı işyerinde kanalizasyon işinde çalıştırılmıştır. İş sözleşmesi 15.08.2006 tarihinde "geçici mevsimlik işçi statüsü ile kanalizasyon işlerindeki hizmetinin askıya alındığı, ihtiyaç duyulduğunda çağırılacağı" gerekçesi ile sonlandırılmıştır. 20.04.2002 tarihinde işe başlayan davacının 2002 yılında 245 gün, 2003 yılında 355 gün, 2004 yılında 240 gün, 2005 yılında 330 ve 2006 yılında da 201 gün çalıştığı, 2003, 2004 ve 2005 yıllarının başında kısa sürelerle çalışmasının bulunmadığı, ancak Şubat 2005 tarihinden iş sözleşmesinin askıya alındığı belirtilen 15.08.2006 tarihine kadar aralıksız çalışmıştır. Davacının yaptığı iş süreklilik arz eden bir iştir. İş sözleşmesi daha önce uygulandığı gibi yılbaşlarında değil yıl ortasında askıya alınmıştır. Daha önce iş sözleşmesinin yılbaşlarında askıya alınma uygulaması yapılması, davacının askıya almayı kabul ettiği anlamına gelmez. Davalı tarafın Belediye olması ve yılbaşında vize uygulaması nedeni ile daha önceki askılar kabul edilebilir. Ancak sürekli iş yapan ve hizmet vermek zorunda olan davalının yıl ortasında herhangi bir neden göstermeksizin iş sözleşmesini askıya alması geçerli değildir. Kaldı ki davalı askıya aldığını beyan etmesine rağmen, dava açan davacı işçiyi

uzun süredir ise davet etmemiştir. Davalının askıya alma işlemi, iş sözleşmesinin feshi olarak kabul edilmelidir. İşverenin feshi geçerli nedene dayanmadığından davanın kabulü gerekir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararırının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu, 61.00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 24.09.2008 gününde oyçokluğu karar verildi.

KARŞI OY

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun aksi düşünce ile oluşturduğu bozma kararına katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/30742
Karar No **:** 2008/24595
Karar Tarihi **:** 24.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Yasaya uygun kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Ancak, işçinin hizmet süresi ve işletmenin büyüklüğü de dikkate alınarak işçinin işletme içinde başka bir işte değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı somut olarak araştırılmalı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, güvenlik hizmetlerinin bir özel güvenlik şirketinden alınmasına karar verilmesi nedeni ile davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin fesih nedeninin geçerli nedene dayanmadığı, feshin gerekli ve zorunlu kılındığını gösteren bir delil bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir.

Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçi, işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfî olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin isletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Alt işveren uygulaması bir işletmesel karardır. Alt işverene devrin işletme gereklerine dayanan geçerli fesih nedeni olması, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6 ve 7'nci fıkraları uyarınca geçerli ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması şartına bağlıdır. Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve

aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir.

İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öğe, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetlerini dışarıdan satın almak suretiyle temin yoluna gittiği, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Güvenlik hizmetleri sözleşmesi sonucu oluşan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı yönünde dosyada her hangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Yasaya uygun kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisi bir nevi yeniden yapılanma olup, işyeri içi sebeplerden kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir. Alt işveren uygulaması sonucu, güvenlik hizmetinde çalışan işçilerin istihdam fazlalığı meydana getireceği de tartışmasızdır. Ancak tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük denetimi kapsamında işverenin bu kararda tutarlı davranıp davranmadığı, iş sözleşmesi feshedilmeden önce feshin son çare olduğu ilkesinin göz önüne alınıp alınmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davacı işçinin hizmet süresi ve işletmenin büyüklüğü dikkate alındığında davacının işletme içinde başka bir işte değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığı somut olarak araştırılmalı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Şayet, sözü edilen ilkeler de dikkate alınmış ise feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın reddi gerekir. Yapılacak araştırma sonucunda, davalı işverenin tutarlı davranmadığının, keyfi uygulama yaptığının veya feshin son çare ilkesine uymadığının anlaşılması durumunda ise şimdiki gibi davanın kabulüne karar verilmelidir. Bu nedenle, gerekirse işyerinde keşif yapılarak, uzman bilirkişi aracılığı ile yukarıda belirtilen hususlar yönünden araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 24.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/30271
Karar No **:** 2008/25206
Karar Tarihi **:** 06.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, olumsuz piyasa ve ekonomik koşullarda şirketin rekabet gücünün arttırılarak, rekabete daha etkin katılabilmesi amacıyla yalın ve verimli bir organizasyon yapısının kurulması, iş süreçlerinin basitleştirilmesi, fonksiyon birleştirilmesi, yeni organizasyon ve iş yapış tarzında işgücüne ihtiyaç kalmayacak personelin azaltılması kararı çerçevesinde davacının çalıştığı bilgi işlem departmanındaki görevinin lağvedildiğini, işgücüne ihtiyaç kalmaması nedeni ile iş sözleşmesinin feshedildiğini, fesihte önce gönüllü, sonra emekliliği gelenleri, daha sonra da karı koca çalışanlardan birini tercih ederek objektif davrandıklarını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dosya üzerinde alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, davacının çalıştığı bölümde çalışan sayısında azaltılmaya gidildiği kabul edilmekle birlikte,

yeniden yapılanma halinde işçinin başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilmemesinin araştırılması ve feshin son çare olarak düşünülmesi gerektiği, davalının bu konuda araştırma yapmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arzeder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve

mahkemelerce denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı (kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil, dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işveren, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkanının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması, şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Türk İş Hukuku'nda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir.

Mahkemece dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmıştır. Dosya üzerindeki inceleme ile karar verilmesi, yukarıda belirtilen yargısal denetimi karşılamadığından, eksik kalmıştır. İşveren yeniden yapılanma kararı aldığını, bazı bölümleri kaldırdığını, bazı bölümlerde ise işçi azaltılmasına gittiğini savunmuş ve buna ilişkin organizasyon şeması ve kararlar sunmuş olup, bu doğrultuda toplu işçi çıkarma kararı aldığı, çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde önce gönüllülük, sonra emekliliği gelenleri, daha sonra ise karı koca işçilerden biri gibi kriterleri uyguladığı ve davacı işçinin iş sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Alınan bu işletmesel kararlar sonrası kapatılan ve kadrosu lağvedilen bölümler ile istihdam azaltılmasına karar verilen bölümlerde istihdam fazlalığı meydana gelecektir. Davalı işveren bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlamış ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan kurala uymuş ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalı işvereni işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde kendisini bağlayan kurala uyup uymadığı yönünden somut olarak araştırma yapılmalıdır. Bunun için de işletmesel karara ilişkin belgelerin yanında, işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ile fesihten önce ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirgeleri getirilmeli, işyerinden keşif yapılarak, özellikle işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yapılmalı ve feshin yukarıda belirtilen ilkelere göre geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle

yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır. Mahkemece gerekçesiz olarak bu tazminatın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi de isabetsizdir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/30938
Karar No **:** 2008/25256
Karar Tarihi **:** 06.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : Emekliliğe hak kazanmamış olan ve 5620 sayılı kanun uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilemeyen işçinin, aynı kanunun Geçici 3. Maddesi uyarınca çalıştırılması olanağı bulunduğu gözetilmeden iş sözleşmesinin feshi doğru değildir.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı Üniversitede vize uygulaması ile çalışan ve işyerinde taraf sendikanın imzaladığı Toplu İş Sözleşmesinden yararlanan davacının iş sözleşmesi, 5620 sayılı yasa gereği geçici işçilerin sürekli işçi veya sözleşmeli personel kadrosuna geçirilmesi için Maliye Bakanlığı'na müracaat edilmesi üzerine, tahsis edilen 70 kişilik vize ile 84 kişi çalıştırıldığı, giderlerinin öz gelirlerinden karşılamak üzere tahsis edilen 20 kişi yerine 23 kişi çalıştırıldığı, bu durumun bakanlıkça yapılan vize çerçevesinde uygun görülmediği, sürekli işçi veya sözleşmeli personel statüsüne geçiş talebi için izin verilmediği, talebinin kabulü için tahsis edilen iş pozisyon sayısının aşılmamak kaydı ile müracaatının istendiği, 5620 sayılı yasanın Geçici 3/1 maddesi uyarınca geçici işçi pozisyonlarında işçi çalıştırılmasının imkansız hale geldiği, TİS'in 11. maddesi uyarınca 15.10.2007 tarihi itibari ile işten çıkartıldığı" gerekçesi ile davalı işveren tarafından feshedilmiştir.

Mahkemece alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, davacının vize uygulaması ile aralıksız davalı işyerinde sürekli işte çalıştığı, vize çerçevesinde ve vize süresine göre çalıştırılmasının belirsiz süreli çalışma ve sürekli işçi olma gerçeğini değiştirmeyeceği,

vizenin kişiye mahsus olmadığı, Maliye Bakanlığı yazısı üzerine işçiler yönünden belirlemenin hangi esaslara göre belirlendiğinin ve objektif değerlendirme yapıldığının anlaşılmadığı, davacının üyesi olduğu sendika ile bağıtlanan Toplu İş Sözleşmesinin 11. maddesinde işten çıkarmada kural belirlendiği, davalının vize uygulamasına bağlı işçiler arasında işten çıkarılacakları belirlemede bu kurala uymadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine karar verilirken, işe başlatılmama tazminatı, görev unvanı, iş tanımı ve sorumluluk durumu ile kıdeminin yanı sıra iş akdinin feshinde usulsüz işlem tesis edilip objektif kriterlerin esas alınmadığı olguları da göz önünde bulundurularak davacı işçinin 8 aylık ücret tutarında belirlenmiştir.

Genel Bütçeli idarelerde çalışan ve 2006 yılında usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle çalışmış olan geçici işçilerin, 5620 sayılı yasa ile sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri düzenlenmiştir. Aynı yasanın Geçici 1. maddesinde kanunun 1.maddesinde belirtilen şartları taşımadıkları için sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu Kanunun 3 üncü maddesi kapsamına girmeyen geçici işçilerin, ilgili idare, kurum ve kuruluşlarca bir malî yılda 6 aydan az olmak üzere ve bu Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilen usule göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılmaya devam olunabileceği belirtilmiştir. 5620 sayılı yasa mevcut düzenlemesi ile iki halde iş sözleşmesinin feshedilebileceğini düzenlemiştir. Bunlardan ilki kanunun yayımı tarihinde kapsama girsin ya da girmesin bayanlarda 56, erkeklerde 58 yaşını dolduran ve emekliliğe hak kazananların iş sözleşmelerinin feshidir. İkincisi ise kapsama girmeyen ve geçici suretle çalıştırılmaları gereken personelin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığına hak kazanmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre, davacı işçinin davalı Üniversitede aralıksız Toplu İş Sözleşmesi kapsamında çalıştığı, Maliye Bakanlığı'nın 5620 sayılı yasa kapsamında sürekli işçi kadrosunda 107 işçi yerine 90 işçi kadro tahsis etmesi üzerine davacı dahil 16 işçinin kadro fazlası olduğu gerekçesi ile iş sözleşmelerinin feshedildiği anlaşılmaktadır. 5620 sayılı yasa sürekli işçi kadrosuna veya sözleşmeli statüye geçirilme yanında, sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu Kanunun 3 üncü maddesi kapsamına girmeyen geçici işçilerin durumunu da düzenlemiş ve bu işçilerin bir mali yılda altı aydan az olmak üzere çalıştırılabileceklerini düzenlemiş, fesih nedeni olarak sadece emekliliğe hak kazanma ölçütüne yer vermiştir. Davacı emekliliğe hak kazanmış değildir. Sürekli işçi kadrosuna geçirilmeyen davacı işçinin yasanın Geçici 3. maddesi uyarınca çalıştırılması olanağı olduğu gözetilmeden iş sözleşmesinin feshi doğru değildir. Ayrıca davalı işveren fesihte Toplu İş

Sözleşmesindeki tenkisat kuralına da uymamıştır. Somut uyuşmazlıkta feshin kaçınılmaz olduğu kanıtlanmadığından, sonuç itibari ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir.

Ancak, davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen alt sınırdan uzaklaştırılarak belirlenmesi doğru bulunmamıştır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 110,50 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, 06.10.2008 tarihinde kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36250
Karar No **:** 2008/26725
Karar Tarihi **:** 13.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin iş sözleşmesi iş daralması ve ekonomik nedenlerle feshedilmiş ise, işveren istihdami engelleyen zorlayıcı nedeni kanıtlamalıdır. Şirketin kar ettiği tespit edilmişse, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin işyerinde iş daralması ve ekonomik nedenlerle feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davalı işverenin imal ettiği zincir imalatında sipariş azalması yaşandığı, üretim faaliyeti nedeni ile işverenin zarar ettiği ve yeni işçi alımı yapmadığı, fazla mesaileri kaldırdığı, sendikal nedenin kanıtlanmadığı, iş daralması ve ekonomik nedenlerle oluşan iş gücü fazlalığının çıkarılmasının geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır. İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir.

İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkân sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesihte ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya

devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır.

İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı (kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfî olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi iş daralması ve ekonomik nedenlerle feshedilmiştir. İşverenin aldığı bu karar bağlı işveren kararıdır. Bu kararda

işveren, istihdamı engelleyen zorlayıcı nedeni kanıtlamalıdır. İşverenin mali kayıtlarını inceleyen ve mahkemece görüşüne başvurulan bilirkişi, "2006 yılına göre 2007 yılında satışlarda %12, maliyetlerde %16 azalma olmasına rağmen, şirketin %17 kar artışı gösterdiği, kar ettiği, fesih dışında diğer bir önlem alınmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı" tespitinde bulunmuştur. Bu tespitlere göre davalı işveren istihdamı engelleyen nedeni kanıtlamış değildir. Kaldı ki davalı işveren istihdam fazlalığı ile feshin kaçınılmaz olduğunu da ispat edememiştir. Feshin geçerli nedene dayanmadığı sabittir. Davalı işyerinde halen çalışan sendika üyesi işçiler bulunması ve somut olarak sendikal nedenin davacı tarafından kanıtlanmaması karşısında, davacının sendikal neden iddiası yerinde görülmemiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile; -
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu, 154,60 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 13.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/3737
Karar No **:** 2008/27673
Karar Tarihi **:** 20.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapıldığı, ihtara rağmen ücreti üzerindeki haczin kaldırılmasına yönelik işlem yapmaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşıldığında, yapılan feshin geçerli nedenlere dayandığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının ücretinde bulunan haczin kaldırılmasına yönelik uyarılara rağmen herhangi bir işlem yapmadığı için savunmasının alındığını, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğunu, feshin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin 2004 yılında ücretlerinde haciz bulunan işçiler için tamim yayınladığı, kaldırılmasını istediği ve savunma aldığı, ücreti üzerinde haciz bulunan 164 işçiden borcu yüksek olan 15 işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği kabul edilmekle birlikte, haczin toplu para bulmayı gerektirmesi ve maaşından başka geliri bulunmayan işçiden kaldırılmasının beklenmemesi gerektiğinden davalı işverenin işleminin yerinde olmadığı, hacizli personeli sayısının çokluğu nedeni ile icralık işlerin işyerindeki iş akışını etkilediği, asıl işi yapmalarını engellediği şeklindeki işveren savunmasının ise E. büyüklüğündeki bir işletmenin bu işlerle ilgilenecek ilave personel istihdam ederek sıkıntıları giderebileceği, bu nedenle geçerli olmadığı, davalı işverenin davacının ücretindeki hacizler nedeni ile işe yoğunlaşmasının azaldığı, performansının düştüğü yönündeki savunmasını somut delillerle kanıtlayamadığı, borcu olan işçilerin işlerini kaybetmemek için daha dikkatli ve verimli çalışacaklarının da hayatın olağan akışına uygun bir davranış olarak düşünülebileceği, davacının işyeri dışındaki olumsuz davranışının işyerinin normal işleyişini etkilemediği sürece geçerli fesih nedeni sayılamayacağı, borcun ödenmemesi halinde ücretinden kesinti yapılacağı, iş sözleşmesinin feshinin ikinci bir ceza olacağı, ayrıca işverenin aynı durumdaki işçilere eşit davranmadığı, objektif olmadığı ve feshe son çare olarak bakmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25'nci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir (KR/Etzel,G., §1 KSchG Rdnr. 400 sh.123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmelinde rol oynayacaktır (Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhâltnis, 8. Aufl., München 2002, Nr. 1168 sh.468).

İşçinin ücretinin borcu nedeniyle haczedilmesi, istisnaen davranış nedeniyle feshi geçerli kılmalıdır. İşçinin ücretinin sık sık haczi nedeniyle, objektif bir bakış açısı altında, işyerinin, örneğin muhasebe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olacak şekilde çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilendiğinin kabul edilmesi halinde geçerli fesih nedeninin kabul edilmesi gerekir. Ancak bunun için işçiye önceden ihtar çekilmesi yerinde olacaktır.

Somut olayda, davacı işçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapıldığı ve ücretine hacizler konulduğu, iş sözleşmesinin ihtara rağmen ücreti üzerindeki haczin kaldırılmasına yönelik işlem yapmaması nedeniyle savunması alınarak İş Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre davalı şirket Genel Müdürlüğünce ücret ve diğer alacakları üzerine haciz konulan personelin durumlarını düzeltmeleri konusunda 16.03.2004 ve 10.01.2007 tarihli iki adet genelge yayınlandığı, davacıya da iş sözleşmesi feshedilmeden önce çalışma huzuru ve verimliliğin sağlanması açısından ücreti üzerindeki hacizlerin 2 aylık süre içerisinde kaldırılması gerektiği yönünde uyarıda bulunulduğu sabittir. Buna rağmen davacı ücreti üzerindeki hacizleri kaldırmaya yönelik işlem yapmamıştır. Davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışan, mesaisini davacının borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere harcamıştır. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme olanağı kalmamıştır. Davacının bu davranışı fesih için geçerli neden teşkil ettiğinden davanın kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 41,40 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 20.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41184
Karar No **:** 2008/34773
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İş sözleşmesi feshedilen işçinin yapabileceği işler için yeni işçi alımı söz konusu ise, feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulduğu söylenemez.***

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçinin işe iadesine ilişkin mahkemece verilen karar Dairemizce "...Dava konusu olayda işçi çıkarılmasını gerektiren ekonomik neden ve işletmesel bir karar mevcut olduğuna göre üzerinde durulması gereken husus; fesihten önce ve sonra işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunup bulunmadığı, feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığıdır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda dosyada işveren tarafından tek taraflı olarak sunulan mevcut işyeri kayıtları üzerinde inceleme yapılarak sonuca gidildiği anlaşılmaktadır. Yapılması gereken iş, işverenin tüm işyerlerine ait SSK kayıtları getirtilerek yeni işçi alınıp alınmadığını; feshin son çare olması ilkesinin dikkate alınıp alınmadığını, varsa yeni işe alınan işçilerin "çelişkili davranma yasağı" kapsamına girip girmediğini tespit etmek ve tüm dosya içeriği ile birlikte değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır" gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda işletme gereklerine dayanarak davacı işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin, sahip olduğu tarımsal sanayi işletmelerinin sayısı ile bu işletmelerin büyüklüğü, bu işletmelerde çalışan işçi sayısı ve bu işletmelerin zorunlu ihtiyaçları ile fesihten önce ve fesihten sonra bu işletmelere alınan işçilerin sayısı ve pozisyonları dikkate alındığında, davalı işverenin "çelişkili davranma yasağı" ilkesini ihlal etmediği sonuç ve kanaatine varıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine ve bilirkişi tarafından yapılan tespite göre, davalı işverence fesihten önce ve sonra toplam 44 yeni işçi alındığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi vekili, işe alınan işçilerin davacının yapabileceği işlerde çalıştırıldığını, feshin son çare olması ilkesi uyarınca öncelikle davacının bu işlerde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Gerçekten de davacının yapabileceği işler için yeni işçi alımı söz konusu ise feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulduğu söylenemeyecektir.

Mahkemece davacının sözü edilen iddiası araştırılmamıştır. Yapılacak iş, işe alınan işçilerin nitelikleri, yaptıkları işler tespit edilerek, davacının o işte çalıştırılma olanağının bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/39933
Karar No **:** 2008/34838
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde işçiyi istihdam etme külfetini yüklemez. Bu nedenle, anılan kural uyarınca işçinin aynı şirket topluluğu içindeki diğer bir şirkette değerlendirilmediği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru değildir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçinin işe iade isteğinin kabulüne ilişkin mahkemece daha önce verilen karar, Dairemizce "...feshin son çare olması davalı işverene ait işyerleri kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir anlatımla, aynı şirketler topluluğuna ait başka bir şirkete ait işyerinde işçinin değerlendirilmesi külfeti işverene yüklenemez. Davalı işveren, davacının konumuna uygun başka bir iş bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; mahallinde veya işyeri kayıtları üzerinde uzman bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak, fesih tarihi itibariyle, davacının davalı şirkete ait işyeri veya işyerlerinde eğitim ve tecrübesine uygun başka bir işte değerlendirme olanağının bulunup bulunmadığını, kısaca feshe son çare olarak bakılıp bakılmadığını belirlemek ve sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Yazılı gerekçe ve eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır" gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda davalı şirketin bünyesinde bulunan şirketler dikkate alındığında davacının eğitim durumuna

göre bir başka işte değerlendirme imkanının mümkün olmaması ve taraflar arasında imzalanan sözleşmedeki 13.madde karşısında davalı şirketin davacıyı şirketler içinde başka bir işte değerlendirme imkanı olup olmadığı araştırmadan iş akdini feshetmesi ve feshin son çare olması ilkesine uyulmaması nedeniyle feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

Bozma ilamı doğrultusunda alınan bilirkişi raporunda davalı işverenliğe ait işyerlerinde fesih tarihinde ve sonrasında davacının olağan görevine, eğitimine ve iş deneyimine uygun bir iş çıkartımı veya alımının bulunmadığı, ancak iş sözleşmesinin 13.maddesi uyarınca işçinin aynı gruba ait başka bir şirkette değerlendirilmesinin mümkün olduğundan söz edilerek, feshin son çare olması ilkesinin göz önünde bulundurulmadığı sonucuna varılmıştır.

İş sözleşmesinin 13.maddesinde "işveren, personelin rızasını alarak A.. Şirketler Topluluğu içindeki diğer bir şirkete transfer edebilir, personel bununla ilgili olarak sonradan herhangi bir hak iddia edemez, talepte bulunamaz" kuralına yer verilmiştir. Belirtilen kural davalı işverenin ve işçinin tasarruflarıyla gerçekleşebilecek bir işlemi öngörmemektedir. İş sözleşmesinin kesin olarak devrini ve işveren değişikliği sonucunu doğuracak böyle bir işlem devralacak işverenin de kabulüne bağlıdır. Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme külfetini kapsamaz. Bu nedenle, anılan kural uyarınca davacının aynı şirket topluluğu içindeki diğer bir şirkette değerlendirilmediği gerekçesi ile feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü doğru olmamıştır.

Dava konusu işyerinde davacının değerlendirilebileceği başka bir işin bulunmadığı, davacının yapabileceği işlere yeni işçi alınmadığı bilirkişi raporu ile belirlenmiş olduğuna göre feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 280,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine kesin olarak oybirliğiyle 22.12.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11542
Karar No **:** 2009/867
Karar Tarihi **:** 02.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İş disiplininden uzaklaştığı ve çalışma arkadaşları ile ilişkilerinde uyumsuzluk gösterdiği gerekçesi ile 3 kez ihtar edilen ve yaptıklarını kabul eden işçinin eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, işin yürütümünü bozucu nitelikte olup, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin fesih bildiriminde belirtilen nedenle geçerli olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, objektif bir performans değerlendirilmesinin yapılmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı Yasa'nın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından

veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır. Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse, fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır. Ancak, ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde, işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır. Başka bir anlatımla, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibariyle, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir. Buna göre, işverene süresiz fesih hakkı verilen İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı, bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına, sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak, özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı, işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması halinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi, işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.

İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez.

Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtara konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır.

Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da, çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkanı söz konusu değilse, ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca, İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene, duruma göre iş sözleşmesini haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla

görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini, uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir (Dairemizin 17.03.2008 gün ve 2007/27680 Esas, 2008/5302 Karar sayılı ilamı).

Davacı işçinin iş sözleşmesi "işi olması gerektiği gibi yerine getirmemesi ve düşük performans göstermesi" nedeniyle feshedilmiştir. Dosya içeriğine göre, davacının vardiya saatlerini ayarlamadan işyerini terk ettiğinden söz edilerek 28.05.2007 tarihinde yazılı olarak uyarıldığı, davacının uyarı yazısını hatasını kabul ettiğini yazarak imzaladığı, 04.06.2007 tarihinde iş disiplininden uzaklaşmak ve çalışma arkadaşları ile ilişkilerinde uyumsuzluk gösterdiği gerekçesi ile bu kez ihtar cezası verildiği, davacının ihtar yazısının üzerine "işimde yaptığım hatalarımın farkındayım, düzeltmeye çalışıyorum" şeklinde yazılı beyanda bulunduğu, 20.06.2007 tarihinde verilen ihtar cezası üzerine yine benzer ifadeler kullandığı anlaşılmaktadır. Sözü edilen uyarı ve ihtar yazılarının üzerine el yazısı ile yazılan ifadelerin baskı ile alındığı kanıtlanmamıştır. Davacının eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, işin yürütümünü bozucu niteliktedir. Bu nedenle, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Yerel mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 02.02.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/1186
Karar No **:** 2009/1832
Karar Tarihi **:** 09.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya***

işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, bozma üzerine yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı bankanın hukuk servisinde avukat olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığını, bankanın birleşme sonucu yeniden yapılandığını, organizasyon çalışmaları yapıldığını, davacının görev yaptığı Hukuk Yönetiminde yeni yapılanmada ve görev dağılımında önemli değişiklikler olduğunu, davacının görevine gerek kalmadığını, niteliği ve organizasyon ihtiyacına uygun başka bir birimde görevlendirme olanağı olmadığını, feshin son çare olarak düşünüldüğünü savunmuş ve yeni yapılanma ile ilgili organizasyon şeması ve kararları sunmuştur.

Mahkemece bozma üzerine yapılan yargılama sonunda, birleşme sonucu 10 avukat fazlalaşırken, 30 avukatın çıkarıldığı, yeniden yapılanmanın bahane edildiği, davacının çalıştığı bölümde de 3 avukattan sadece kıdemli olan davacının işten çıkarıldığı, fesihte objektif kriter bulunmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilirken, bozma nedeni yapılan ve uyularak kıdeme göre 7 aylık ücret tutarında belirlenen işe başlatmama tazminatı yine davacı işçinin 8 aylık ücreti tutarında belirlenmiştir.

4857 Sayılı yeni İş Kanunu'nun 20.maddesi: "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gözetilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşırlarsa, uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir" kuralına yer vermiştir. Buna göre işe iade davalarında, temyiz üzerine verilen Yargıtay Özel Daire kararı kesin niteliktedir(Hukuk Genel Kurulu'nun 27.09.2006 gün ve 2006/9-652-575 sayılı ilamı). Yerel mahkemenin kararı Yargıtay Özel Dairesince araştırmaya yönelik bozulduğunda, bu kararın gereklerinin yerine getirilmesi gerekir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Kısaca, yasal denetim dışında işvereni işçiyi çalıştırmaya zorlar şekilde karar verilmemelidir. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2.maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Diğer taraftan, Türk iş hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir.

Yerel mahkeme kararı en son "ilk bozma kararında belirtildiği gibi, yeniden yapılanma ve işyeri organizasyondan anlayan bir bilirkişinin da aralarında bulunacağı bilirkişi heyeti ile işyerinde keşif yapılarak, hukuk yönetiminde fesih tarihinde yeniden yapılanma nedeni ile avukat kadrosunda fazlalık meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, davacının bu yeni yapılanmada görev alıp almayacağı araştırılmalı" gerekçesi ile bozulmuştur.

Daha önce de belirtildiği gibi, davalı banka, iki bankanın birleşmesi dışında yeniden yapılanma kararı almış ve bu nedenle hukuk yönetiminde fazla olan avukatları çıkarma yoluna gitmiştir. Fesih nedeni birleşme yanında yeniden yapılanmadır. Yeniden yapılanma sonucu bazı hukuk uyuşmazlıklarının dışarıdan sözleşmeli avukata verildiği de saptanmıştır. Bu nedenler sonucu hukuk yönetiminde fazlalık teşkil eden avukatların

iş sözleşmeleri davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Davalı işvereni işten çıkarılacakları belirlemede bağlayan bir kural bulunmamaktadır.

Bozma sonrası bilirkişi tespitlerine göre işveren hukuk yönetimine yeni avukat almamıştır. Davalı işverenin tutarlı davrandığı da anlaşılmaktadır. Davalı işveren davacının daha önce görev yaptığı bölümde 3 avukat yerine 2 avukat ile işleri yürütme kararı almıştır. Bu üç avukat arasında işten çıkarılacağı belirlemede işvereni bağlayan bir kural olmadığına göre, mahkemenin fesihte objektif kriter bulunmadığı gerekçesi yerinde değildir. Ayrıca davacının çalıştığı bölümde hukuk hizmetinin 3 yerine 2 avukat ile yürütülmesi kararı, yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Sonuç itibari ile davalı işverenin fesih işlemi, işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

Diğer taraftan, ilk bozma kararından sonra, uyulduğu ve indirildiği halde ikinci bozmadan sonra işe başlatmama tazminatının tekrar 8 aylık ücret tutarında belirlenmesi de isabetsizdir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4.Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 586,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5.Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 09.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11037
Karar No **:** 2009/1879
Karar Tarihi **:** 09.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin, işinin gereklerini yerine getirmediği, görevi sırasında uyumuş olduğu, söz konusu eylemin sadece bir kez olduğu anlaşıldığında, bu durum işverence haklı değil geçerli fesih nedenidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Sözleşmesinin haklı neden olmaksızın işverence feshedildiğini iddia eden davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal haklara karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren davacının görevi sırasında uyuduğunun tespit edildiğini, bu hususta tutulan tutanağın işçi tarafından yırtıldığını, feshin haklı nedene dayandığını savunmuştur.

Mahkemece davalının sözleşmeyi geçerli olarak sona erdirdiğini gösterir belge ve kanıt sunulmadığı, geçerli nedenle sözleşmeyi feshettiğini kanıtlayamadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

Yargılama sırasında davalı vekilince davacının uyuduğuna ilişkin tutanak tutulduğu, ancak davacı tarafından yırtıldığı belirtilmiş, tanık da dinletilmemiştir. Ancak halen işyerinde aynı işte çalışan davacı tanığı, davacının çıkarılmasından birkaç gün öncesinde davacının site girişindeki kamera görüntülerini sürekli izleyerek kontrol etmesi gerekirken, bilgisayarların başında oturmuş uyuduğunu, buna ilişkin görüntüleri izlediğini ifade etmiştir.

Davacı güvenlik görevlisi olarak çalışmaktadır. Davacı tanığının anlatımına göre işinin gereklerini yerine getirmediği, görevi sırasında uyumuş olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu eylemin sadece bir kez olduğu anlaşıldığından, bu durum işverence haklı değil geçerli fesih nedenidir. Davanın geçerli nedene dayanan fesih nedeniyle reddedilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 09.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/17133
Karar No **:** 2009/3187
Karar Tarihi **:** 23.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Fesih nedeni yapılan işçinin davranışı, inandırıcı ve yeterli delille kanıtlanamadığında, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.***

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin fesih bildiriminde belirtilen nedenlerle geçerli olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının işverene verdiği savunmasında "lanet olsun bu hastaneye" sözlerini sarf ettiğine yönelik iddiayı açıkça inkâr etmediği, ne söylediğini hatırlamadığını belirttiği, davalı tanıklarının tutanak içeriklerini doğruladıkları, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına

yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi, işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25'nci maddesinin II'nci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir.

Bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir. İşçinin az verimli çalışması kendi isteğinden kaynaklanabileceği gibi yetersizliğinden de kaynaklanabilir. İş görme edimini yerine getirmek istememek ile yerine getirememek arasında sınırı çizmek çoğu kere zordur. İlk hal, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında, işçinin davranışına dayanan süreli fesih nedeni iken, ikinci hal işçinin yetersizliğinden kaynaklanan süreli fesih nedenidir. Bununla birlikte, işçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi hâlinde, işçiye ihtar edilmesi ve ihtarda işçiye iş sözleşmesinin feshedileceği tehdidinde bulunulması, olumlu etki yaratabilir. Bu sebeple, her iki halde de işçiye ihtarın yapılması zorunlu olmalıdır. Zira ihtar, iş görme edimini hiç yerine getirmek istemeyen veya eksik yerine getirmek isteyen işçi karşısında olumlu etki doğurabilecek iken; iş görme açısından fiziki yeterliliğe hiç ya da eksik sahip olan işçi karşısında her hangi bir olumlu etkide bulunmayacaktır. Bu suretle, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde belirtilen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni ile Gerekçede söz edilen ve işçinin davranışı nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı veren işin yetersiz olarak yerine getirmesi arasında bir ayrım yapma olanağına sahip olunur. Böylece, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebinin varlığından bahisle ihtara gerek olmadığına inanarak iş sözleşmesini fesheden işveren, gerçekte işçinin davranışına dayanan bir fesih sebebinin varlığının

tespiti sonucunda, ihtar yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan geçersiz feshin sonuçları (işe iade) ile karşılaşmak tehlikesinden kurtulur.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar. İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II'nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasa'nın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır. İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II- d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir(Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/37481 Esas, 2008/12505 Karar sayılı ilamı).

İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez.

Davalıya ait hastane işyerinde halkla ilişkiler bölümünde çalışan davacının, görev yerine geçmesi konusunda yapılan ikaz üzerine "lanet olsun bu hastaneye" şeklinde söz sarf ettiği ve bir gün sonra sorumluluk alanında bulunan hasta anketlerini yüksek sesle söylenerek yırttığı iddiasıyla iş sözleşmesinin feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davacı, işverene verdiği savunmasında olay günü işlerin çok yoğun olduğunu, 6 hastanın işlemlerini bitirdikten sonra randevu vermek için ilgili bölüme geçtiğini, ardından yetkili amirin gelip bir şey yapmadığını zannederek kendisine kızdığını, oysa orada boş oturmadığını, o anki tepkisinden ne söylediğini hatırlamadığını, herhangi bir saygısızlık olmuşsa özür dilediğini samimi bir şekilde belirtmiştir. Sözü edilen olayla ilgili düzenlenen tutanakta biri davacıyı ikaz eden yetkili olmak üzere iki tanığın imzası bulunmaktadır. Tanıklardan birinin olayı görmediği bilgisinin duyuma dayalı olduğu kendi beyanından anlaşılmaktadır. Fesih nedeni yapılan diğer olayla ilgili tutanakta imzası bulunan iki tanıktan biri yine olayı görmemiştir. Mevcut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshini gerektirecek herhangi bir davranışı inandırıcı ve yeterli delillerle kanıtlanmadığından feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **İŞVERENCE YAPILAN FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 575,00 TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 36,40 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 23.02.2009 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/16621
Karar No **:** 2009/5561
Karar Tarihi **:** 02.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşletmenin bütününü sevk ve idare eden Genel Müdür Yardımcısının diğer Genel Müdür Yardımcıları ile iş bölümünden dolayı sorumluluğunun sınırlandırılmış olması ya da işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunmaması, işveren vekili olduğu gerçeğini değiştirmediğinden, iş güvencesinden yararlanması mümkün olmaz.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının genel müdür yardımcısı olarak çalışması nedeni ile işveren vekili olduğunu, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece fesih nedenlerinin somut olarak açıkça belirtilmediği, davacının genel müdür yardımcısı olarak satış ve pazarlamadan sorumlu çalışmış olmasının işveren vekili olduğu anlamına gelemeyeceği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi işçinin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününü yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününü yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütününü sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütününü sevk ve idare edenlerin 18'nci madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır.

Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.

Dosya içeriğine göre davacının genel müdür yardımcısı olarak çalıştığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yukarıda belirtilen düzenleme gereği davacı işveren vekili yardımcısıdır. Davacının genel müdür yardımcıları arasındaki işbölümünden dolayı sorumluluğunun sınırlandırılmış olması ya da işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunmaması varılan sonucu değiştirmez. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Yerel Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 02.03.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/20570
Karar No **:** 2009/6142
Karar Tarihi **:** 09.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin performans düşüklüğü şahsından değil, işyerinden kaynaklı bazı dış faktörlere dayanmakta ve objektif olarak belirlenememekte ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe

başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının işini şirket standartlarına uygun kalite ve hızda yapmaması ve performansının düşük olması nedeni ile iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporuna göre fesih öncesi ve sonrası durum değerlendirilerek davacının performansının yetersizliği sonucunda oluşan olumsuzlukların fesih sonrasında giderildiğinin belirtildiği, feshin geçerli nedenlere dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hallerdir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir. (08.04.2008 gün ve 2007/27829 Esas, 2008/7831 Karar sayılı ilamımız)

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır(Dairemizin 24.09.2007 gün ve 2007/13994 Esas, 2007/27720 Karar sayılı ilamı).

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.

Öte yandan, 4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesinin performans düşüklüğü gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının performans düşüklüğüne dayanılmasına rağmen yukarıda belirtilen yasal düzenleme uyarınca fesihten önce savunması istenmemiştir. Davalı işveren davacının savunma vermekten imtina ettiğine ilişkin tutanak sunmuşsa da, tutanakta imzası olan davalı tanığı bu konudaki bilgisinin duyuma dayalı olduğunu belirtmiştir. Mevcut olgulara göre davacıdan usulüne uygun savunmasının istendiği kanıtlanmış değildir. Kaldı ki, bilirkişi raporunda davacının iş sözleşmesi feshedildikten sonra bir takım iyileştirmeler yapıldıktan sonra ücretinin miktarının arttığı anlaşıldığına göre enjeksiyon parametreleri iyileştirilerek üretim miktarının arttırıldığı, mevcut kalıp şartlandırmalarının devreye alınarak üretimde yaşanan itici izlerinin yok edildiği, üretilen paralardan çapak oluşumunun kalıp altına pul takviyesi yapılarak giderildiği, kalıp ayırıcı, kalıp temizleme ve kalıp koruyucularının değiştirildiği, yapılan bu değişikliklerle üretim hatalarının minimize edildiği, değişiklikler sonucu operatör sayısının da azaltıldığı anlaşılmaktadır. Davacı da bir

takım eksiklikler konusunda daha önce uyarıda bulunduğunu belirtmiştir. Bilirkişi tarafından tespit edilen ve fesihten sonra giderildiği belirtilen eksikliklerden dolayı davacının performansında meydana gelen düşüş fesih nedeni yapılamaz. Başka bir anlatımla davacının performansı şahsından değil, işyerinden kaynaklı bazı dış faktörlerden etkilenmiştir. Buna göre davacı işçinin performans düşüklüğü objektif olarak belirlenmiş olmadığından feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Yerel Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 575,00 TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 44,40 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine kesin olarak oybirliğiyle 09.03.2009 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/21649
Karar No **:** 2009/6967
Karar Tarihi **:** 16.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : İş bulma imkanının son derece güç koşullara bağlı olduğu ülkemiz ekonomik yapısı itibari ile işçinin ve eşinin ikale yoluyla iş sözleşmelerinin feshini talep etmeleri hayatın olağan akışına uygun değildir.

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, talebin reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı, iş sözleşmesinin haksız ve geçersiz nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve fer'i sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, iş sözleşmesinin feshinin karşılıklı anlaşma ile gerçekleştirildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, feshin, tarafların karşılıklı anlaşmaları ile gerçekleştiği, davacının iradesinin fesada uğradığına ilişkin delil ibraz edilmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesi de mümkündür. Sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak değerlendirilmelidir.

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona

erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinden hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığın da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır. Dairemizin 2008 yılı kararları bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 21.04.2008 gün 2007/ 31287 E, 2008/ 9600 K).

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarının ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen bozma sözleşmesinde; davacının eşi … 'ın insan kaynakları bölümüne gönderdiği e posta üzerine, insan kaynakları bölümünün Antalya şube çalışanları ile yaptığı görüşmeler sonucunda yaşanan olaylar nedeniyle eşinin işverenle yaptığı karşılıklı sözleşme ile iş sözleşmesini feshettiği, eşinin bu şekilde ayrılmasından dolayı davacının da ayrılmak istediği ve kıdem, ihbar tazminatlarının kendisine ödenmesini istediği, bunun üzerine tarafların karşılıklı olarak anlaşarak iş sözleşmesinin feshettikleri belirtilmiştir.

Dosya içeriğinden, davacının eşi olan … isimli işçinin, şirketin insan kaynakları birimine e posta yolu ile amiri hakkında şikayetini bildirdiği ve amirinin, kendisinin yokluğunda şahsına sövdüğünü öğrendiğini beyan ettiği, gerek davacının gerekse eşinin iş sözleşmelerinin bu şikayet başvurusu ardından feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve eşinin çalışmalarına ilişkin her hangi bir olumsuz durum ortaya konulamadığı gibi, iş bulma imkanının son derece güç koşullara bağlı olduğu ülkemiz ekonomik yapısı itibari ile davacı ve eşinin iş sözleşmelerinin feshini talep etmeleri de hayatın olağan akışına uygun değildir. Nitekim davalı tarafça, davacıya, karşılıklı fesih ile beraber ek menfaat temin edilmiş de değildir. Bu durumda, mahkemece, koşulları oluşmayan bozma sözleşmesinden söz edilerek, davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu …TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre …TL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 16.03.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/34202
Karar No **:** 2009/7718
Karar Tarihi **:** 23.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Ekonomik nedenlerle ikili vardiya sisteminden tekli vardiya sistemine geçilmesi ve bu nedenle işçi çıkartılması kararı, bir işletmesel karar olup, alınan bu karar sonrası vardiya azaltılması nedeni ile istihdam fazlalığı meydana gelecektir. Ancak tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı yönünden araştırma yapılmalıdır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, işyerinde üretim giderleri maliyetinin yüksekliği, satış hacminde ve kar marjında düşüklük yaşanması, zarar edilmesi nedeni ile faaliyette devamın sürdürülmesinin imkansız olması gibi ekonomik nedenlerle iki vardiyadan tek vardiyaya indirilme kararı alındığını, kaldırılan vardiya nedeni ile iş gücü fazlalığı oluştuğunu, davacının iş sözleşmesinin bu nedenlerle feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedene dayandığını, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece dosya üzerinde hukukçu bilirkişiden alınan rapora itibar edilerek, davalı işverenin ekonomik nedenlerle vardiya sayısını ikiden bire düşürdüğü, bu kararın işletmesel karar olduğu, vardiyanın iptali nedeni ile istihdam fazlalığı meydana geldiği, işten sendika ve sendika üyesi olmayan işçilerin çıkartıldığı, işyerinde 70 işçi çalışırken bu sayının 37 işçiye düştüğü, 44 sendika üyesi işçiden 11 üye işçinin işten çıkartıldığı, feshin sendikal nedenin somut olarak kanıtlanmadığı, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması, şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunabilecektir. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin

feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı).

4857 sayılı İş Kanunu 18/3 maddesi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırımcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlaması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu karan tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmazlığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme

imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olardan seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

Dosya içeriğine göre, davalı işveren ekonomik nedenlerle ikili vardiya sisteminden tekli vardiya sistemi ile çalışma şekline geçildiğini, vardiyanın teke düşürülmesi nedeni ile personel azaltıldığını savunmuş, bu konuda belgeler sunmuştur. Ekonomik nedenlerle vardiya sayısını tekli sisteme indirme ve personel azaltılması kararı bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik neden olan iş hacmindeki daralma araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Mahkemece dosya üzerinden alınan bilirkişi raporu ile karar verilmiştir. Bilirkişi dosya üzerinde davalı işverenin sunduğu tek taraflı kayıtlara göre görüş bildirmiştir. Bu şekilde karar verilmesi, yukarda belirtilen yargısal denetimleri karşılamadığından, eksik kalmıştır. Ekonomik nedenlerle ikili vardiya sisteminden tekli vardiya sistemine geçilmesi ve bu nedenle işçi çıkartılması kararı, bir işletmesel karardır. Alınan bu karar sonrası vardiya azaltılması nedeni ile istihdam fazlalığı meydana gelecektir. Ancak tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihten önce veya sonra yeni işçi alınıp alınmadığı, ekonomik nedenlerin kalıcı olup olmadığı, fesih dışındaki örneğin ücretsiz izin uygulaması, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemlerle ekonomik nedenlerin aşılıp aşılamayacağı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönünden araştırma yapılmalıdır. Bunun içinde

işletmesel karara ilişkin belgelerin yanında, mali ve muhasebe kayıtları, işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin, işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ile fesihten önce ve sonrasını kapsayacak şekilde işçi alımı ve çıkarılmasını gösteren işyeri SSK bildirgeleri ilgili kurumlardan getirtilmeli, işyerinde keşif yapılarak, özellikle mali müşavir yanında işletmenin faaliyet alanını ve iş organizasyonunu bilen uzman bilirkişi incelemesi yapılmalı ve feshin yukarda belirtilen ilkelere göre geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.

Diğer taraftan davacı feshin başka bir nedene, kısaca sendikal nedene dayandığını ve işverenin keyfi olarak bu nedenle feshettiğini iddia etmiş ve işe başlatmama tazminatının en az bir yılık ücret tutarında belirlenmesini istemiştir. Mahkemece bu istek kabul edilmemiştir. Ne var ki, davacı vekili sadece sendika üyesi işçilerin çıkartıldığını, işverenin sendikanın yetkisine itiraz ettiğini, 12 işçinin sendika üyeliğinden istifa ettiğini, diğer çıkarılan ancak dava açmayan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmadığını, feshin sendikal nedene dayandığını iddia etmiş, delil sunmuş ve tanık dinletmiştir. Mahkemece işyerinde halen çalışan sendika üyesi işçilerin olduğu kabul edilerek, feshin sendikal nedene dayanmadığı belirtilmiştir. Gerçekten de davalı işyerinde sendikanın Ağustos 2007 tarihinde örgütlendiği, 21.09.2007 tarihinde yetki için Bakanlığa başvurduğu, Bakanlık tespiti ile 21.09.2007 başvuru tarihi itibari ile işyerinde 39 işçiden 20 işçinin sendika üyesi olduğunun tespit edildiği, davalı işverenin bu yetkiye itiraz ettiği, ancak bu itirazın reddedildiği, bu kararın Dairemizin 2008/34774 Esasında onandığı anlaşılmaktadır. Emsal aynı yer iş mahkemelerine açılan davalarda işyerinde yaklaşık 70 işçinin çalıştığı ve 45 işçinin sendika üyesi olduğu, işten çıkarmalar sonucu 37 işçinin işyerinde çalışmaya devam ettiği kabul edilmiştir. Bu kararlardaki tespitler ile sendika yetki tespitine itiraz davasındaki kayıtlar çelişmektedir. Sendikanın yetki aldığı da göz önünde alınarak, üyelik ve yetki süreci irdelenerek, feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususunun kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde açıklığa kavuşturulması için, işten çıkarmalardan sonra işyerinde sendika üyesi işçi kalıp kalmadığı, üyelikten istifa edenler ile bunlardan çıkartılan olup olmadığı, sendika üyesi olmayan işçilerden çıkarılan bulunup bulunmadığı, sendikanın TIS yapma yetkisinin fiilen ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı açık ve denetime elverişli şekilde araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Eksik inceleme ile hükmün kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/6959
Karar No **:** 2009/9559
Karar Tarihi **:** 06.04.2009

358

İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Davalı Holding ile diğer grup şirketlerinin aynı iş kolunda faaliyet gösterip göstermedikleri, işçinin davalı yanında aynı gruba bağlı diğer şirketlere hizmet verip vermediği araştırılmadan, her iki şirket arasındaki iç ilişki, ortak ve yetkililerinin ve aynı gruba bağlı olması nedeni ile çalışan sayısının her iki şirkette 30 işçiden fazla olduğu ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği gerekçesi ile sonuca gidilmesi hatalıdır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 23.06.2005 tarihinde TMSF tarafından el konulan davalı Holdinge bağlı O. A.Ş. işyerine TMSF tarafından atanan yönetim tarafından İstanbul işyerinde işe başlatılan ve 23.03.2008 tarihinde davalı Holdinge devredilen davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, öncelikle yetki itirazı ile şirket merkezinin Isparta olduğunu, TMSF tarafından el konulduktan sonra atanan yönetim kurulunun TTK'nın 390. maddesine aykırı olarak şirket merkezini İstanbul olarak Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan ettirdiğini, Isparta'da ilan edilmemesi ve tek kişilik genel kurul yapılması nedeni ile yasaya aykırı bu işlemin geçersiz olduğunu, şirket merkezinin Isparta olması nedeni ile Isparta İş Mahkemesi'nin yetkili olduğunu, ayrıca davacı ile yapılan iş sözleşmesinin TMSF el koyma işleminin yürütmeyi durdurma kararı nedeni ile geçersiz olduğunu, atanan yöneticilerin iş sözleşme yapma ve imzalama yetkileri olmadığını, yürütmeyi durdurma kararı nedeni ile yapılan işlemlerin baştan itibaren yok hükmünde sayılacağını, davacı ile yapılan sözleşmenin normal şartlar altında yapılmadığını, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağını, ayrıca davacının davalı işyerinde 30 işçi çalışmaması ve 6 aylık kıdemi olmaması nedeni ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını, iş sözleşmesinin de TMSF'nin şirkete el koyma kararının Danıştay kararı ve TMSF ile yapılan Sulh Sözleşmesi ile kaldırılması, şirketin önceki yönetim ve denetim kurullarına devredilmesi, TMSF'nin atadığı yönetim ve denetim kurullarının işine son verdiği işçilerin yeniden işe başlatılması ve bu durumun yarattığı yeniden yapılanma nedeni ile feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayandığını, el koymadan sonra yönetimin eski ve uzman çalışanları çıkarıp, yerine ahbap, dost ilişkileri ile yakınlarını aldığını, çıkarılanların ise işe iade kararı aldığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının İstanbul işyerinde çalışması ve işin yapıldığı yer mahkemesi nedeni ile yetki itirazının yerinde olmadığı, davacının önce O. A.Ş.'de işe başlatıldığı, daha sonra davalı Holding A. Şirketine geçişinin yapıldığı, her iki şirket

arasındaki iç ilişki, ortak ve yetkililerinin ve aynı gruba bağlı olması nedeni ile çalışan sayısının her iki şirkette 30 işçiden fazla olduğu ve davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği, davacının iş sözleşmesinin TMSF'nin şirkete el koyma kararının Danıştay kararı ve TMSF ile yapılan Sulh Sözleşmesi ile kaldırıldığı, şirketin önceki yönetim ve denetim kurullarına devredildiği, TMSF'nin atadığı yönetim ve denetim kurullarının işine son verdiği işçilerin yeniden işe başlatılması ve bu durumun yarattığı yeniden yapılanma nedeni feshedilmesinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında geçerli olmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2. maddesine göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı Kanun'un 18/4. maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2. maddesi uyarınca, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Diğer taraftan, özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi, keza her iki işverenin sorumluluğu ve taraf sıfatı vardır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı

işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması, şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif, somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkanına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre davalı şirketin de aralarında bulunduğu gruba ait 9 şirkete TMSF tarafından 23.06.2005 tarihinde el konulduğu, şirketlere TMSF tarafından yeni yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerinin atandığı, el konulan şirket sahiplerinin el koyma işlemi nedeni ile yürütme durdurma istemi ile idari yargıda dava açtığı, bu arada yeni yönetimin şirket merkezlerini Isparta ilinden İstanbul merkezine aldırdığı, davalı dahil diğer grup şirketlerin de birçok işçinin iş sözleşmelerini feshettiği, davacı gibi birçok işçiyi de işe aldığı, davacının dava dışı, ancak el konulan aynı gruba ait O. A.Şirketinden işe başlatıldığı, işten çıkarılanların ise feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açtıkları ve açılan davaları kazandıkları, eski şirket sahiplerince idari yargıda açılan davada Danıştay ilgili Dairesince 19.07.2007 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı alındığı, TMSF tarafından atanan yönetimin bu yürütmeyi durdurma kararına rağmen, davacı dahil 23 işçiyi 23.02.2008 tarihinde davalı Holdingde çalışmak üzere nakillerine karar verildiği ve davacının bu tarihten itibaren davalı çalışanı olduğu, TMSF tarafından el konulan davalı dahil diğer grup şirketlerin idari yargı kararı ve sulh anlaşması ile tekrar eski yönetim ve denetim kurullarına 08.05.2008 tarihinde devredildiği, şirketi tekrar alan eski yönetimin TMSF tarafından atanan yönetim kurulu tarafından işten çıkarılan ve işe iade kararı alan eski personeli işe almak ve şirket merkezlerini, tekrar Isparta iline nakil için karar aldığı ve bu şekildeki yapılanma nedeni ile el koyma tarihinden sonra işe alınan ve İstanbul işyerinde işe başlatılan işçileri işten çıkarma kararı aldığı anlaşılmaktadır. Davalı işverenin İstanbul işyerinde artık işçi çalıştırmayacağını daha sonra kuruma bildirdiği de sunulan delillerle sabittir.

Öncelikle davalı işveren, fesih tarihi itibari ile davalı Holding şirketinde çalışan işçi sayısının 12 olduğunu, diğer şirketlerin farklı iş kolunda faaliyette bulunduğunu, davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını belirtmiştir. Mahkemece davalı ve diğer grup şirketlerinin aynı iş kolunda faaliyet gösterip göstermedikleri, davalı Holdingin aynı iş kolunda birden fazla işyeri bulunup bulunmadığı, davacının davalı yanında aynı gruba bağlı diğer şirketlere hizmet verip vermediği, birlikte istihdam edilip edilmediği araştırılmadan "davacının önce O. A.Şirketinde işe başlatıldığı, daha sonra davalı Holding A. Şirketine geçişinin yapıldığı, her iki şirket arasındaki iç ilişki, ortak ve yetkililerinin ve aynı gruba bağlı olması nedeni ile çalışan sayısının her iki şirkette 30 işçiden fazla olduğu ve davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği" gerekçesi ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

Diğer taraftan, el koyma kararı sonrası şirket merkezinin İstanbul iline alınması sonrası TMSF tarafından atanan yönetim kurulunca işten çıkarılanların, el koyma kararının hukuka aykırı olması nedeni ile yargı kararı ve sulh anlaşması sonunda eski yönetim tarafından işe alınmaları ve şirket merkezinin tekrar Isparta iline alınması ve İstanbul merkez işyerinin faaliyetine son verilmesi ile bu dönemde TMSF tarafından atanan yönetim kurulunca İstanbul işyerine işe alınanların iş sözleşmesinin feshedilmesi yeniden yapılanma olup, işletme içi nedenlerdendir. Bu neden bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla

istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır.

El koyma kararının hukuka aykırılığı sonrası süreç düşünüldüğünde, işe iade kararı alan işçilerin işe alınması ve bu arada İstanbul işyeri faaliyetine son verilmesi nedeni ile İstanbul işyerinde el koyma sonrası işe alınanların istihdam fazlalığı oluşturacağı açıktır. Ancak somut olarak bu olguların araştırılması, başka bir anlatımla işe iade kararı alan işçilerin işe başlatılıp başlatılmadığı, davacının pozisyonunun Isparta işyerinde olup olmadığı veya feshin kaçınılmazlığı ve son çare olması ilkesi açısından başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığının açıklığa kavuşması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/25608
Karar No **:** 2009/10974
Karar Tarihi **:** 20.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin yılın belirli aylarında çalıştırılıp, iş sözleşmesinin bir sonraki döneme kadar askıya alındığı çalışma biçiminde, işçinin işe başlatılması konusunda örtülü bir anlaşmanın olduğu anlaşıldığından, iş sözleşmesi askıya alındıktan sonraki çalışma dönemi başlamamış ise, askı hali devam edeceğinden fesihten de söz edilemez.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının belirli süreli iş sözleşmesine göre müvekkili şirkette çalıştırıldığını, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi ile iş sözleşmesinin sona erdiğini, iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olmadığını, davacıya işveren tarafından bir dahaki dönem işbaşı yaptırılmayacağının henüz söylenmediğini, ayrıca sözleşmenin askıda olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davacının zincirleme şeklinde belirli süreli hizmet sözleşmeleri gereği davalı nezdinde işçi olarak çalıştığı, sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektirir özel nedenlerin bulunmadığı, davalı işveren tarafından iş akdinin feshine gerekçe olarak sözleşme süresinin dolmasının gösterildiği, belirsiz süreli hale dönüşen hizmet akdinin feshi için geçerli nedenlerin bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacı işçinin davalıya ait işyerinde dağıtım elemanı olarak 1999 yılından itibaren çalışmaya başladığı, her yıl Mart-Nisan ayında işe başlatılıp, Kasım-Aralık aylarında iş sözleşmesinin askıya alındığı, son olarak yine iş sözleşmesinin 30.11.2007 tarihinde askıya alındığı anlaşılmaktadır. Davacı ile her yıl Mart-Nisan aylarından başlayan Kasım-Aralık aylarında sona eren zincirleme belirli süreli sözleşmeler yapılmıştır. Davacının belirli süreli sözleşme ile çalıştırılmasını gerektiren objektif koşullar bulunmamakta ise de, her yıl mevsime bağlı olarak iş sözleşmesinin Kasım-Aralık aylarında askıya alınması ve sonraki dönem Mart-Nisan aylarında işe başlatılması konusunda örtülü bir anlaşmanın mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Son yapılan işlemin önceki işlemlerden farklı bir uygulama olmadığı açıktır. Bu nedenle iş sözleşmesinin 30.11.2007 tarihinde önceki yıllarda olduğu gibi askıya alındığının kabulü gerekir. Davacı ara verildikten sonra tekrar çağrılmadığını ileri sürmüştür. Bu durumda sonraki çalışma döneminin hangi tarihte başladığı, söz konusu davanın açıldığı 20.02.2008 tarihinden önce iş sözleşmesi askıya alınan diğer işçilerin başlatılıp başlatılmadıkları önem arz eder. Sonraki çalışma dönemi başlamamışsa askı hali devam edeceğinden fesihten söz edilemeyecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesine yönelik talebin kabulü için ön koşullardan birisi de iş sözleşmesinin feshedilmiş olmasıdır. İş sözleşmesi askıya alındıktan sonra takip eden çalışma döneminin davadan önce başlayıp başlamadığı kısaca iş sözleşmesinin feshedilmiş olup olmadığı yeterince araştırılmadan, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/10026
Karar No : 2009/11699
Karar Tarihi : 27.04.2009

364

İlgili Kanun : 4857/18

ÖZÜ : ***İşletmesel karar; işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlardır. İşveren, işletmesel karara dayanarak yaptığı fesihlerde, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlamak zorundadır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini, davalı işverenin fesihten önce ve sonra yeni işçi aldığını belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, bankanın TMSF tarafından el konulduktan sonra diğer el konulan bir kısım banka ile birleştirildiğini, şube, bilanço büyüklüğü, nakdi krediler ve takipteki kredilerin sayılarının yıldan yıla düştüğünü, mevduat bakiyesi, ipotek fekki ve personel gelişiminin yıllara göre azaldığını, davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayandığını, iddia edildiği gibi yeni işçi alınmadığını, belirtilen kişilerin staj yapanlar olduğunu, güvenlik nedeni ile bir kişi ve TMSF tarafından geçici görevlendirilen 3 kişi dışında yeni işçi alımı olmadığını, davacının iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dosya üzerinde alınan bilirkişi heyet raporuna itibar edilerek, davacının iş akdinin, davalı bankanın faaliyetlerini fon bünyesinde küçülerek ve tasfiyeye yönelik sürdüren bankanın işlerindeki azalmaya paralel olarak personelini de azaltma zorunluluğundan kaynaklandığı ve toplu işten çıkarmaların İş Kanunu'nun 29. maddesi hükümleri doğrultusunda prosedüre uygun olarak yapıldığı, geçerli nedenle fesih savunmasının kanıtlandığı, davacının iddiasının sübut bulmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren, amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden, onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

Şube, bilanço büyüklüğü, nakdi krediler ve takipteki kredilerin sayılarının yıldan yıla düşmesi, mevduat bakiyesi, ipotek fekki ve personel gelişiminin yıllara göre azalması, işyeri ve işletme dışı nedenlerden kaynaklanan nedenle olup, bu nedenle işten çıkarma kararı bağlı bir işletmesel karardır. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun kalıcı olarak belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, bağlı işveren kararı nedeni ile gerekçe yönünden kendisini bağlar.

Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işçi çıkarmadan önce, önlem olarak feshe son çare olarak bakmalı ve mümkün olduğu takdirde fesihten kaçınmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Türk İş Hukuku'nda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir.

Mahkemece dosya üzerinde alınan ve raporuna itibar edilen iki bankacı ve bir hukukçudan oluşan bilirkişi heyeti raporlarında, "bankanın bilanço büyüklüğünün, nakdi krediler ve takipteki krediler sayısının, mevduat bakiyesinin, ipotek fekkinin sürekli yıllar itibari ile azaldığı, küçülme kararı aldığı, toplu işçi çıkarma prosedürüne uygun olarak 325 işçiden 42 işçiyi işten çıkardığı, feshin geçerli nedene dayandığı" tespitinde bulunmuşlardır. İş sözleşmesi aynı nedenle feshedilen bir başka işçinin açtığı ve … İş Mahkemesi'nde görülen davada, hukukçu bilirkişi, yine dosya üzerinde yaptığı incelemede "Davalı bankanın etkinliği ve operasyonel verimliliği arttırmak için personel azaltılması dışında farklı ne gibi tasarruflar gerçekleştirdiği ve ne gibi önlemler aldığını açıklayamadığı, fesih gerekçesinde iş süreçlerinde azalma olmasına rağmen bankada düzenli ve sürekli şekilde fazla mesai yapıldığı, şube sayısının azaldığı, ancak davacının şube çalışanı olmadığı, bir çalışanın 2008 yılı Ocak, Şubat, Mart ve Nisan aylarında sırası ile fazla çalışma süresinin yaklaşık 31, 24, 20 ve 24 saat olduğu, gerçekleştirilen işlem sayısında azalma olmadığı, ekonomik azalmaların %10 civarında olduğu, ancak

çıkarılan işçi oranının %20 olduğu, işyerinde Mart ayında çalışan 288 işçi olduğu belirtilmesine rağmen, bordro icmallerinde 338 kişi gözüktüğü, stajyerlerin okulları açık olduğu dönemde çalıştırıldığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı" tespitinde bulunmuş, adı geçen mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmiştir. Her iki mahkeme kararı ve bilirkişi raporu arasında çelişki doğmuştur.

Öncelikle bankanın bilanço büyüklüğünün, nakdi krediler ve takipteki krediler sayısının, mevduat bakiyesinin, ipotek fekkinin sürekli yıllar itibari ile düşmesi ve şube sayısını azaltması, küçülme kararı alması sonucu istihdam fazlası meydana geleceği açıktır. Ancak, davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihle çelişen uygulamalara girip girmediği, feshin kaçınılmaz olup olmadığının ve feshe son çare olarak bakılıp bakılmadığının somut olarak araştırılması gerekir. Aynı işyerinde çalışan ve iş sözleşmeleri aynı nedenle feshedilen davacı ve diğer işçilerin açtığı feshin geçersizliği davasında, öncelikle bilirkişi raporları ve mahkeme kararları arasındaki çelişki giderilmeli, işverenin işçi alımı ve çıkartılmasını gösteren SSK icmal bordroları getirtilmeli, işçi hareketleri izlenmeli ve gerekirse işyerinde yeniden keşif yapılarak bankacı, endüstri, hukukçu bilirkişi heyetinden tekrar rapor alınarak yeni işçi alınıp alınmadığı, davacının başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı, fazla mesailerin yapıldığı da dikkate alınarak fazla mesailer kaldırılarak feshin önlenip önlenmeyeceği, fazla mesailerin istihdamı sağlayıp sağlamadığı feshin kaçınılmazlığı yönünden incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27889
Karar No **:** 2009/11792
Karar Tarihi **:** 27.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Gerçekte fesih işveren tarafından yapılmış ancak, bu durumu gizlemek için işçiden istifa dilekçesi alınmış ise, gerçek iradeyi yansıtmayan bu belgeye değer verilerek hüküm kurulması hatalıdır.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş sözleşmesinin haksız ve geçersiz nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacı lehine 8 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ile 4 aya kadar boşta geçen süre ücretine hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı, iş sözleşmesinin, davacı tarafından feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, feshin, davacı tarafından gerçekleştirildiği, davacının iradesinin fesada uğradığına ilişkin delil ibraz edilmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

İşverence çalışma koşullarının uygulanmaması nedenine dayalı olarak iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı olarak feshedilip feshedilmediği hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. bendinde işçinin haklı fesih halleri düzenlenirken (f) bendinde son cümle olarak, "yahut çalışma şartları uygulanmazsa" şeklinde ifadeye yer verilerek çalışma koşullarının uygulanmaması, işçinin haklı fesih nedenleri arasında yerini almıştır.

Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri, işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla, işyeri uygulamalarının çalışma yaşamına etkileri sonucu her bir iş ilişkisinde çalışma koşulları meydana gelir. Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklarda bu koşullar bazen emredici olarak düzenlenmiş olup, işçi aleyhine olarak değişikliğe gidilmesi işçinin rızası ile dahi mümkün değildir. Diğer hallerde çalışma koşullarında değişiklik yapılması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde özel biçimde ele alınmıştır. Anılan hükme göre, işçi aleyhine yapılması düşünülen değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve 6 iş günü içinde işçinin yazılı kabulü ile uygulamaya konulması gerekir. Aksi halde değişiklik işçiyi bağlamayacaktır.

İş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin kullanabileceği, tek taraflı haklardan oluşan, işverenin keyfi olarak fesih hakkını kullanmasına karşı getirilen bir iş hukuku kurumudur. İş güvencesi kavramına, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetkisine bazı sınırlamalar tanıması, biçiminde bir anlam kazandırılmıştır.

Esas ve öz olarak, işverenin işçileri keyfi bir biçimde işten çıkarması engellenmek istenmiştir. Şu halde iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten çıkarmaları önlemektir. Böyle bir amaca ise, işverenin işçiyi işten çıkartırken yasanın öngördüğü geçerli bir nedene dayanması koşulu ve bu nedenin yargıç tarafından denetimi ile ulaşılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hakkını objektif iyi niyet kurallarına aykırı biçimde kullanması olarak tanımlanmaktadır.

Somut olayda, davacı tarafından tanzim olunan fesih bildiriminde, gerekçe olarak, soyut ve genel anlatımla, çalışma koşullarının bir süredir uygulanmamasının gösterildiği, buna karşın, bu koşulların neler olduğunun yargılama aşamasında gündeme gelmediği gibi taraf tanıklarının, feshin esas sebebinin performans düşüklüğü olduğunu beyan ettikleri görülmektedir. Öte yandan, dosya içinde mevcut işçi çıkış bildirim listesinde, davacı ve diğer çalışanların işten çıkış sebebinin, İş Kanunu'nun 17. maddesindeki bildirimli fesih olduğu belirtilmiş olup feshin, işveren tarafından gerçekleştirildiği, bu durumu gizlemek ve feshin geçersizliğinin tespiti davası açılmasını önlemek amacı ile davacı işçiden istifa dilekçesi alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, davanın kabulü ile davacının işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerekirken, davacının gerçek iradesini yansıtmayan istifa dilekçesine değer verilerek, yazılı gerekçeyle red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 36,40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 27.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36305
Karar No **:** 2009/12393
Karar Tarihi **:** 04.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin eki niteliğinde olan işyeri etik kurallarında, çalışanların adalet, doğruluk, dürüstlük, güvenilirlik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı ve işverene ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı kurallarına yer verildiği hallerde, işçinin bu yan yükümlülüklerini ihlal etmesi, üstlenilen işin yetiştirilmesi veya***

işverenin zararının oluşmamasına rağmen, işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışlardan kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili davacının iş sözleşmesinin ortada hiçbir somut ve geçerli bir neden olmadan haksız ve kanunsuz bir şekilde, davalı şirket tarafından sona erdirildiğini, yapılan fesihte fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmediğini, gerçek dışı ve soyut ifadelere yer verilen bir fesih bildirimi yazıldığını belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalı işyerinde İ.T. Planlama ve Bütçe Kontrol Birim Yöneticisi olarak sürdürdüğü görevinde yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ifa etmediğini, bu hususta ısrar ettiğini ve savsaklamadan ötürü iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü, ayrıca işverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiğini, asılsız isnatlarda bulunduğu, mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde gezerek işverenin güvenini kötüye kullandığını, doğruluk ve bağlılığa uymayan bu davranışları nedeni ile iş sözleşmesinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II Maddesi uyarınca feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, bilirkişi heyetinden alınan rapor ve ek rapora itibar edilerek, denetim raporunun 2006 yılına ait olup, genel nitelikte olduğu, özelde davacıya yönelik olmadığı, risklerin değerlendirildiği, bunlara yönelik çözümlerin önerildiği, yapılan tespitlerin davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirmediği gibi hak düşürücü sürenin geçtiği, davacının yasaklamış veya yasa dışı internet sitelerine girdiğine dair belge ve kanıt sunulmadığı, davacının işveren veya işyeri hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnatlarda bulunduğu, işverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiği yönündeki savunmanın da kanıtlanmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar aynı tarihlerde aynı nedenle iş sözleşmesi feshedilen diğer bir işçinin açtığı davada verilen feshin geçersizliği kararı gerekçe gösterilerek davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş

sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. Maddesi'nde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlalinin işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Sonra ise işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletimsel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerlerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

Dosya içeriğine göre davacı işçinin iş sözleşmesi savunması da alınarak ve üç neden belirtilerek feshedilmiştir. Bu nedenler;

1- Yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ifa etmeme, bu hususta ısrar etme,

2- İşverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etme, asılsız isnatlarda bulunma,

3- Mesai saatleri içerisinde "internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde" gezerek işverenin güvenini kötüye kullanma, nedenleridir.

Açıklanan nedenlerden yapmakla görevleri hatırlatıldığı halde yapmama ve ısrar etme nedeni ile ilgili kanıt sunulmadığından, bu nedenle fesih gerekçesi yerinde değildir.

Davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinde ikinci neden olarak, davacının iş sözleşmesi aynı nedenle feshedilen diğer bir işçi ile elektronik ortamda karşılıklı gönderdiği maillerde işverenin gıyabında şeref ve namusunda dokunacak sözler sarf etmesi ve asılsız isnatlarda bulunması gösterilmiştir. Bu konuda mail kayıtları sunulmuştur. Bu kayıtlarda davacıya gelen elektronik postada diğer işçinin 26.04.2007 ve 31.07.2007 tarihli elektronik postalarda "Arka komşusu ile birlikte cici eleman olmaya çalışıyor" ve "Adamların hayvanlığından... Normal olacak bir olayı entrikalarla donatıyorlar" şeklinde beyanlarda bulunduğu, diğer işçinin bu beyanlarını davacının onayladığı, diğer işçinin feshin geçersizliği davasında bu sözlerin geçerli neden kabul edildiği ve açılan davanın reddine karar verildiği, kararın Dairemizin 2008/25661 esasında incelenip onanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davacının iş sözleşmesinin feshinde en önemli nedenlerden biri olarak mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesi gösterilmiştir. Gerçekten de işveren bu konuda kayıtlar sunmuş olup, bilirkişi heyet raporunda da davacının her gün kısa süreli de olsa iş amaçlı bilgisayarında internet alışveriş ve oyun sitelerine girdiği, bir yıl içerisinde 6 kez yarım saat, 6 kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği tespit edilmiştir. Ancak bilirkişiler, bilgisayar yazılım ve yönetiminde görev alan personelin zamanını boşa harcadığının tek göstergesinin üstlenilen işi yetiştirmemesi ve zararın oluşması olduğunu, bunun ise kanıtlanmadığını bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığını belirtmişlerdir

Davalının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü banka etik kurallarının 20. Maddesi'nde, çalışanların "Adalet, doğruluk, dürüstlük... güvenilirlik ve sosyal sorumluluk" prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı ve "Bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı" kurallarına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 Sayılı iş Yasası'nın 20/3. Maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 81,90 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 04.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/28802
Karar No **:** 2009/13775
Karar Tarihi **:** 25.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin davranışlarından ve yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, iş sözleşmesine aykırı bir davranışının varlığı gerekir. Bu davranışın da kusur ve ihmale dayanması gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı T. K. İşletmesi davanın hak düşürücü süre içerisinde açılmadığını, davanın husumet yönünden reddinin gerektiğini, davacının talimatlara uymayarak girilmeyecek yere hafriyat dökmek için girerek kamyonu çukura düşürmesi sonucu kazanın oluştuğunu, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını, davacının 01.11.2007 tarihli ibraname ile dava ve şikayet haklarından feragat ettiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece kazanın olduğu yerin hafriyat dökümü yapılması yasak bir yer olduğunun davalılarca kanıtlanamadığı, davacı tanıkları kazanın olduğu yerin harman

(hafriyat) sahası olduğunu, ışıklandırmasının yapılmadığını, davacının kamyonunu içerisine düşürdüğü yağlama kanalının uyarıcı işaretlerle çevrelenmediği ve bu nedenlerle iş sözleşmesinin bu kaza nedeniyle feshinin haksız olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı A. A.Ş. davacının 08.11.2007 tarihli noter ihtarıyla ihbar, kıdem tazminatı ve diğer haklarının 3 günlük süre içerisinde ödenmesini talep ettiğini, bu ihtarname ile işe iade talebinden vazgeçme yönündeki iradesini ortaya koyduğunu, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, davacının savunmasında gösterilen sahadan başka bir yere girdiğini ve kamyonu çukura düşürdüğünü kabul ettiğini, 30 günlük ücretinin üzerinde maddi hasara sebep olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan, kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali

davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (ı) bendinde, işverenin malı olan veya eli altında bulunan makine, tesisat, başka eşya ya da maddelere 30 günlük ücreti tutarını aşacak şekilde zarar vermesi halinde işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu hususu düzenlenmiştir. İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde işverenin haklı ve geçerli fesih imkânı olmadığı gibi, işçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşıp aşmadığına bakılmalıdır. 30 günlük ücreti tutarında bir zarar yoksa iş sözleşmesinin feshi haklı neden olarak kabul edilmemelidir. Ancak 30 günlük ücretten az zarar nedeni ile işyerinde olumsuzluklar meydana gelmiş ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ölçüde beklenmez bir hal almış ise feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.

Zararın işçinin kasıtlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi farkı bulunmamaktadır. İşçinin kusuru ve zararı, ayrı ayrı uzman kişilerce belirlenmelidir. (Dairemizin 12.05.2008 gün ve 2007/35921 Esas, 2008/12018 Karar sayılı ilamı).

Dosya içeriğine göre, davalı T. K. İşletmesine ait dekapaj, kömür kazımı ve nakliye işlerini üstlenen diğer davalı A. A.Ş. nin işçisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin "31.10.2007 tarihinde gece vardiyasında çalışmanız esnasında yükleme sahasından almış olduğunuz hafriyatı belirlenen döküm sahasına dökmeniz gerekirken, verilen talimatlara uymayıp kendi başınıza karar vererek girilmeyecek sahaya girmeniz neticesinde, kullanmış olduğunuz aracı yüklü vaziyette dikkatsizlik, tedbirsizlik ve kendi savsamanız nedeniyle çukura düşürmeniz neticesinde araç sağ tarafına devrilmiş olup, araçta maddi hasar ve iş kaybına sebebiyet verdiğiniz" gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-ı maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Şoför olarak çalışan

davacının kullandığı aracın sağ tarafına devrildiği ve bir zarar meydana geldiği açıktır. Davacının eyleminin feshi gerektirecek geçerli bir neden teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için kusur oranı ve oluşan zarar miktarının kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu nedenle, gerekirse olayın meydana geldiği yerde bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak davacının kusurlu olup olmadığı tespit edilmeli, ayrıca oluşan zarar ile varsa kusura isabet eden zarar miktarı belirlenerek sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/34233
Karar No **:** 2009/14264
Karar Tarihi **:** 25.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Engelli işçinin verimi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirken, engellilik oranının altında bir performansla çalıştığının somut verilerle kanıtlanması gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı vekili, davacının çalışma gücünü %90 oranında kaybettiğini ve çalışamaz raporu verildiğini, davacının hastalığının tedavi edilmeyecek nitelikte olmasının işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkilediğini, işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, "K. Devlet Hastanesinin 15.08.2003 tarihli raporunda, davacının %70 oranında görme özürlü olduğu ve çalışamayacağına dair rapor verildiği, davalı işyerine girdiğinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışacaklar için alınan raporda davacının ağır ve tehlikeli işlerde çalışamayacağının şerh verildiği, bu durumun işverence de bilindiği,

davalı vekili beyanına göre; süreç içinde davacının rahatsızlığının ilerleyerek verilen işi yapamadığının anlaşılması üzerine iş akdinin feshedildiğinin belirtildiği, davacı hakkında davalı iddiasını doğrulayan Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 20 Haziran 2005 tarihli K. Valiliği Defterdarlığına yazılan yazıda; davacının Merkez Sağlık Kurulunca raporu incelendiğinde çalışma gücünün %95 ini kaybettiğinin belirtildiği, mevcut raporlara göre davacının iş ve güç kaybının %95 olduğu ve çalışamayacak durumda olduğu, böyle bir rahatsızlığın davacının performansının düşük olmasına neden olacağının açık olduğu, kaldı ki metal iş kolunda ağır ve tehlikeli iş yapan işyerinde çalışmasının davacının güvenliği açısından da tehlike yaratabileceği, davalının davacının görme özürlü olduğunu bilmesi nedeniyle sözleşmeyi ilelebet devam ettirmesinin beklenemeyeceği" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinden, taraflar arasındaki iş sözleşmesi gereğince, davacı işçinin 21.04.2007 yılında işe başladığı, buna karşın davacının engelli olduğuna ilişkin rapor ve Maliye yazısının tarihlerinin sırasıyla, 15.08.2003 ve 17.06.2005 olduğu anlaşılmaktadır. Davalı taraf, davacıyı engelli olmasına rağmen işe almıştır. Engelli işçinin verimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için engellilik oranında bir performans beklenmelidir. Beklenen bu performansın altında bir çalışma yapılmışsa, bunun somut verilerle kanıtlanması gerekir. Genel ifadelere dayanan fesih gerekçesi haksızdır. Davacı işçinin işe iadesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 57,00 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 25.05.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36397
Karar No **:** 2009/15176
Karar Tarihi **:** 01.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin verdiği 30 günlük ücretten az zarar nedeni ile işyerinde olumsuzluklar meydana gelmiş ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ölçüde beklenmez bir hal almış ise, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, müvekkili davacının, davalı işyerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin, davalı tarafça, haksız ve geçersiz şekilde feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, davacı lehine, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının üretimde kalite hataları ve aykırı davranışları nedeniyle bir çok kez savunmasının alındığını, davacının çeşitli ihtarlara rağmen işini gereği gibi yapmaması, işi savsaklaması sonucu işyerini 30 günlük ücreti tutarından fazla zarara ve kayba uğratması nedeniyle iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Yasası'nın 25/II (ı) maddesi uyarınca bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedildiğini, davacının iş sözleşmesinin haklı nedene dayalı olarak feshedildiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı tarafından iş sözleşmesinin, İş Yasası'nın 25/II maddesi uyarınca feshedildiği savunulmuş ise de, bu madde gereğince feshin haklı olması için işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri tesisatı veya başka eşya veya maddeleri 30 günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratmış olması gerekir. Dosya kapsamından bu durum sabit olmamıştır. Kaldı ki, yasa gereğince fesih sebebinin yazılı olarak yapılıp açık ve kesin şekilde belirlenmesi de gerektiği halde fesih bu şekilde sebebi açık ve kesin olarak belirtilmemiştir, gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş

sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır.

İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (ı) bendinde, işverenin malı olan veya eli altında bulunan makine, tesisat, başka eşya ya da maddelere 30 günlük ücreti tutarını aşacak şekilde zarar vermesi halinde işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu hususu düzenlenmiştir. İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde işverenin haklı ve geçerli fesih imkânı olmadığı gibi, işçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşıp aşmadığına bakılmalıdır. 30 günlük ücreti tutarında bir zarar yoksa iş sözleşmesinin feshi haklı neden olarak kabul edilmemelidir. Ancak 30 günlük ücretten az zarar nedeni ile işyerinde olumsuzluklar meydana gelmiş ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ölçüde beklenmez bir hal almış ise feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.

Zararın işçinin kasıtlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi farkı bulunmamaktadır. İşçinin kusuru ve zararı, ayrı ayrı uzman kişilerce belirlenmelidir (Dairemizin 12.05.2008 gün ve 2007/35921 Esas, 2008/12018 Karar sayılı ilamı).

Somut olayda, mahkemece, davacının, davalı işyerinde zarara yol açtığı hususunun kanıtlanamadığı gerekçesi ile davanın kabulü yönünde karar verilmişse de, dosya içeriğinden, davacı işçinin iş sözleşmesinin, İş Kanunu'nun 25/II maddesi gereğince feshedildiği, davacının, 702 TL lik zarara yol açtığının iddia edildiği ve bu hususta davacıdan savunma alındığı, davacının savunmasında, makinenin hızlı gitmesi nedeniyle fark edilemediğini belirttiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, iddia edilen zararın var olup olmadığı ve varsa davacının kusurunun bulunup bulunmadığı konularında, uzman bilirkişiler tarafından tanzim olunacak rapor değerlendirmek sureti ile karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36443
Karar No **:** 2009/16154
Karar Tarihi **:** 08.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçi, işverene karşı iş sözleşmesinde belirlenen işi ifa ile yükümlüdür. İş sözleşmesinde belirtilmeyen özel eğitim, bilgi ve beceri isteyen işleri işverenin bilgisi dışında, talimatı olmadan ifası, hizmet akdinin geçerli nedenle fesih sebebidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı vekili, davacının birim yöneticisine haber vermeden 03.01.2008 tarihinde işe gelmediğini, davacının hiçbir eğitim ve yetkisi olmadan doktor önlüğü giyerek hastanenin 4.katındaki genel cerrahi servisinde çalıştığını ve daha ileri giderek Dr. ….'nın hastalarının pansumanlarını açtığını ve tazelediğini, bu durumun başhemşire ve servis hemşirelerinin imzası ile hastane yönetimine bildirildiğini, hastane yönetiminin de hem hastaneden hizmet alan hastaların sağlıklarını hem de işin güvenliğini ve güvenirliğini tehlikeye attığından iş akdinin derhal feshine karar verildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının feshe sebep gösterilen eylemlerinin doktor gözetiminde ve doktorun talimatları doğrultusunda yardımcı hizmetler mahiyetinde olduğu göz önünde bulundurularak, davacının iş akdinin feshinin 4857 sayılı Yasanın emredici hükümlerine aykırı olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda, dosya içeriğinden, davacı işçinin, doktor önlüğü giyerek hastalara pansuman yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının eylemi, haklı feshi gerektirmemekle birlikte, doktor gözetiminde icra edilmiş olsa dahi, usulsüz olup davalı işveren açısından geçerli fesih nedeni oluşturmaktadır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabul yönünde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle:
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,30 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 08.06.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/34144
Karar No **:** 2009/17161
Karar Tarihi **:** 22.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : Teknolojik yapılanma nedeniyle istihdam fazlası yaşayan işverenin, işletmesel kararı sonucu yaptığı fesih, işyerinde fazla mesai uygulamalarının azaltılması ve 6 ay işçi alınmamış olması uygulamaları karşısında, son çare ilkesine uyularak yapılan geçerli bir fesihtir.

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesini talep istemiştir.

Mahkeme, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacıyı temsil eden sendika vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini, her ne kadar bir takım ekonomik, teknolojik ve yapısal nedenlerle iş akdinin feshinden söz edilmekte ise de, feshin gerçek sebebinin işyerindeki sendikalaşma faaliyetlerini engelleme amacı güttüğünü, işyerinde yarıdan fazla çalışanı üye yapan sendikanın TİS yetki başvurusu sonucu çoğunluğu sağladığının tespit edildiğini, işverenin bunun üzerine fesih işlemlerini gerçekleştirdiğini, işyerinin zarara uğrayıp küçülmesi bir yana yeni yatırım ve teknolojik değişikliklerle üretim kapasitesini arttırdığını, akdin fesih tarihine kadar fazla mesailerin devam ettiğini, tüm bu sebeplerle geçerli bir fesih sebebi bulunmadığını, feshin sendikal nedene dayandığını belirterek, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalıya ait iş yerinde ısıcam ve mimari cam olmak üzere iki ana alanda üretim yaptıklarını, ısı camın perakende satış sistemine dayalı olup işçilik maliyetinin yüksekliğine rağmen kâr marjının düşük olduğunu, ısı cam sektöründe kayıt dışı işçi çalıştıran ve faturasız veya düşük faturalı satış yapan çok sayıda küçük üretici olduğunu, bu sektörde bulunan müvekkil şirket müşterilerine sipariş takibi, ürün nakliyesi ve taksit yapmanın zahmetli ve riskli olduğunu, bu nedenlerle 2006 yılı başında ısı cam sektöründen çıkıp, mimari cam sektöründe uzmanlaşma kararı aldıklarını, buna bağlı olarak yeni makineler satın alındığını, ısı cam siparişlerinin temini için fazla mesai yapıldığını, yeni üretim biçimine geçilmesi sebebiyle atıl hale gelen 45 personelin iş akitlerinin feshi için gerekli bildirimlerinin yapıldığını, bu işçilerden eski müşterilerinin perakende siparişlerini yerine getirmek için 10 işçinin iş sözleşmelerinin devam ettirildiğini, 35 işçinin iş sözleşmelerinin feshedildiğini, bu fesihlerin ekonomik, teknolojik ve yapısal sebeplere dayalı işletmenin gerekleri sonucu yapılan fesihler olduğunu, feshin sendikal nedene dayalı olmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece keşif sonrası bilirkişi raporu alınarak, davalı işyerinde çalışan davacının işyerinde perakende ısı cam sektöründen çıkmak ve diğer faaliyet alanı olan büyük binalara yönelik özel cam üretiminde yoğunlaşma kararına varılması sonucu ekonomik, teknolojik ve yapısal nedenlerden dolayı iş akdinin 4857 sayılı Yasanın 17., 18. ve 29. maddesi uyarınca feshedildiğinin bildirildiği, bilirkişi raporundan da anlaşılacağı üzere davalı şirket Yönetim Kurulu'nun 24.02.2006 tarihli kararıyla ısı cam sektörünü bırakıp mimari cam sektörüne dönülme kararı verildiği, bu sebeple temper fırın, kesim masası, yatay cam yıkama makinesi, folyo ve rodaj makinesi gibi makinelerin bu süreç içerisinde alındığı, eski kesim hattında vardiyalı ve 12 kişiyle üretim yapılmakta iken yeni sistem sonucu tek vardiyalı 4 kişiyle işin yapılabileceği, alınan sipariş durumuna göre 26 kişi yerine yeni sistemle 17-18 kişiyle işin yapılabileceği teknolojik değişiklik sonucu şirket kâr marjının %24'den %25'e çıktığı, bu üretim değişikliği sonucu az müşteriyle çok iş yapma avantajı sağlandığı, toplu fesihlere yönelik yasanın 29. maddesinin öngördüğü bildirimlerinin yapıldığı, işyerinde işçilerin sendikal örgütlenmelerine 2006 ağustos ayında başlayıp sendikanın 31.08.2006 tarihinde TİS yetki başvurusunda bulunduğu, sendikanın yetki aldığının belirlendiği 2006 ağustos ayından yıl sonuna kadar 47 işçinin iş sözleşmelerinin feshedildiği, bunlardan 26 işçinin sendikalı olduğu, fesihten sonra 2007 Haziran ayından itibaren iş yerine yeni işçilerin alındığı, bunların arasında sendikalı işçilerin de olduğu, bu nedenlerle iş akitlerinin sendika üyelik veya sendikal faaliyetler yapıldığına dair davacı iddialarının yöntemince ispatlanamadığı fesih işlemiyle sendikal faaliyetleri arasında herhangi bir illiyetliğin kurulamadığı fesih işleminin sendikal sebeplerle yapılmadığı, davalı şirketin ısı cam üretiminden mimari cam üretimine geçme kararı alındığı, işverenin hangi üretim modeline göre üretim yapacağının yönetsel bir hak ve tasarrufu olup bu uygulamanın yargı denetimine tabi olamayacağı, fakat yeni teknoloji kullanımı ve yeni üretim biçimi sonucu doğan istihdam fazlalığı sebebiyle işçilerin iş akitlerinin feshinde, feshin son çare olma ilkesi ile sosyal seçim kriterlerinin uygulanıp uygulanmadığı noktasında mahkeme denetimine tabi olup iş akdinin feshedilen işçilerin hangi kriterlere göre seçildiği işverence tespit olunamadığı gibi gerek bilirkişi raporu gerekse tanık anlatımlarından da anlaşılacağı üzere fazla mesailerin fesih tarihine kadar devam ettiği, fesih tarihinden sonra da eldeki siparişlerin yerine getirilmesi bakımından üretimin O, G. C., B. D. Cam gibi firmalara yaptırıldığı, fesih tarihi itibariyle işçi

gereksinimi mevcut olup mevcut siparişlerin başka firmalara yaptırılması yerine iş akitleri feshedilen işçilerce yaptırılmasının mümkün olduğu, oysa böyle bir uygulama yoluna gidilmediği, yine fesih sonrası fazla mesailerin devam ettiği dikkate alındığında, iş için gerekli istihdam ihtiyacının fazla mesailer yoluyla karşılandığı anlaşılmakla feshin son çare olma ilkesinin de işverence gözetilmediği bu nedenlerle geçerli fesih nedeni bulunmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından sözedilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece, işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunmasının tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulması, feshin geçersizliğini iddia eden işçinin, işverenin kendisini işten

çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasının da keyfilik denetimi kapsamında incelenmesi gerekir.

Dosya içeriğine göre, sendika üyelik süreci ve fesih tarihinden çok önce ekonomik nedenlerle yeniden yapılandığı ve teknolojik yenilenme kararı aldığı ve uyguladığı, bu nedenle toplu işçi çıkarma kararı aldığı, davacı ve diğer bir grup işçinin bu kararlardan sonra sendikaya üye olduğu ve sendikanın TİS yapma yetkisi aldığı, davalı işverenin bu süreçte 47 işçinin iş sözleşmesini feshettiği, bu işçilerden 26 işçinin sendika üyesi olduğu, işyerinde yapılan keşif sonrası davalı işverenin teknolojik ve yapısal değişikliği uyguladığı ve bu uygulama nedeni ile istihdam fazlalığının kaçınılmaz olduğunun belirlendiği anlaşılmaktadır. Her şeyden önce feshin sendikal nedene dayanmadığı ve bu yönde mahkemece yapılan tespitin yerinde olduğu görülmektedir.

Somut uyuşmazlıkta, ekonomik nedenlerle yeniden yapılanma ve teknolojiyi yenileme kararı kurucu bir işveren kararıdır. Bu kararın yanlış ve doğruluğu tartışılamaz. Bu işletmesel karar sonrası istihdam fazlası meydana geldiği de tartışmasızdır. Davalı işverenin işletmesel kararı aldığı tarihten fesih tarihine ve fesih tarihinden sonra da ilk 6 ay içinde yeni işçi almadığı da saptanmıştır. O halde işverenin bu kararda tutarlı davrandığı ve sendika üyesi olmayan işçileri de çıkarmakla keyfi davranmadığı da sabittir. Geriye yargısal denetim açısından feshin kaçınılmaz olup olmadığının, feshin son çare olması ilkesine aykırı davranılıp davranılmadığı ile işvereni işten çıkarılacakları seçmede bağlayan bir kriter olup olmadığının açıklanması kalmaktadır. Mahkeme özellikle fazla mesailerin devam etmesi ve siparişler nedeni ile dışarıya fason üretimi yaptırılmasını, feshin kaçınılmazlığını engellediğini ve feshe son çare olarak bakılmadığının kanıtı olarak değerlendirmiştir. Ayrıca işverenin işten çıkarılacakları seçmede objektif davranmadığını gerekçe göstererek feshin geçerli nedene dayanmadığını kabul etmiştir.

Oysa aynı tarihte iş sözleşmesi feshedilen işçi ile ilgili K. 1. İş Mahkemesince verilen feshin geçersizliği kararı, Dairemizin 2008/19770 Esasında incelenmiş ve <<…İşyerinde fazla mesai yapıldığı tespit edilmiş ise de, yeni makinelerin alımından sonra fazla mesai süresinin çok büyük oranda düştüğü, somut olayda sosyal seçim ölçütünün göz önünde bulundurulmasını gerektiren herhangi bir yasal veya sözleşmesel düzenleme de bulunmadığı, bu durumda feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın reddi gerektiği…>> gerekçesi ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Gerçekten de fazla mesailer fesihlerden önce olduğu gibi, fesihlerden sonra da azalarak devam etmiş, istihdamı sağlayacak etkisi somut olarak tespit edilememiştir. Diğer taraftan fason üretimin 3. kişilere fesihlerden çok sonra sipariş artması üzerine verildiği ve sonuca etkili olmadığı anlaşılmaktadır. Teknolojik yapılanma nedeni ile istihdam fazlası meydana gelmiş ve fesih kaçınılmaz olmuştur. Davalı işvereni işten çıkarılacakları belirlemede bağlayan bir kural da yoktur. Davacının iş sözleşmesinin feshi, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 22.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/3829
Karar No **:** 2009/17182
Karar Tarihi **:** 22.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***406 sayılı Yasanın Ek 29. Maddesine ve sözleşmede her iki tarafa verilen nakil yetkisine dayanılarak yapılan feshin, İş Kanunu kapsamında yargısal denetime tabi tutulması olanağı bulunmamaktadır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davalıya ait işyerinde TİP 2 iş sözleşmesi kapsamında kapsam dışı personel ve kontrolör olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve 406 sayılı yasada "belirtilen sürelere uyulmadan feshedildiğini belirterek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve 21. maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının çalışma statüsü ve süreleri yönünden herhangi bir çekişmenin mevcut bulunmadığını, ancak işe iade davası çerçevesinde sair hak taleplerinin yerinde olamayacağını, iş akdinin sona erdirilmesi hususundaki prosedürün tamamen yasal olduğunu ve bu nedenle sürelerin uygulanmadığı iddiasının geçerli olamayacağını, taraflar arasında akdedilmiş bulunan sözleşmelerde de dava konusu hususlarda hükümler bulunduğunu ve bu hükümlerin 406 sayılı yasaya uygun biçimde kaleme alınarak kabul edildiğini davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davanın akdin feshedildiği 12.11.2007 tarihinden itibaren 1 aylık süre içinde 14.11.2007 tarihinde açılmış olduğu, 406 sayılı yasanın Ek 29. maddesi gereğince nakil veya bildirim hakkından yararlanmak için yapılan taleplerin en geç 90 gün öncesinden karşı tarafa bildirilmesi gerekmekte olup, bu hükmün sözleşmelerde de yer almasına karşın davacının 24.09.2007 tarihli yazı ile "Başka kurum ve kuruluşlarına nakledilmesi için Devlet Personel Başkanlığına bildirimde bulunulması yönünde karar alındığı" yönündeki bildirim üzerine gerekli işlemi yapmasına karşın 04.10.2007 tarihinde tebellüğ ettiği 24.09.2007 tarihli işveren yazısının üzerinden 90 gün geçtikten sonra ve en erken 02.01.2008 tarihinde iş akdinin feshi cihetine gidilmesi gerektiği halde, 12.11.2007 tarihli yazı ile Devlet Personel Başkanlığı'na bildirimde bulunulduğu ve böylelikle iş akdinin sona erdiğinin bildirilmesi dikkate alındığında yasal 90 günlük süre dolmadan iş akdinin sona erdirilmesi itibariyle feshin yasaya uygun olmadığı ve işe iade talebinin yerinde bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu 18. ve devamı maddeleri uyarınca, iş güvencesinin kapsamına giren işçinin sözleşmesini, süreli fesih bildirimiyle fesheden işveren, geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. Bu neden yasada işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden kaynaklanan neden olabileceği gibi, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olmalıdır. İşverenin bu nedenlerle fesih işlemi, Anayasa'nın 49, 13 ve İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddeleri uyarınca yargısal denetime tabidir. İşverenin fesih nedeni yasa da açık bir düzenleme ile getirilmiş ve işveren yasadaki bu nedeni belirterek fesih hakkını kullanmış ise bu fesih işleminin anılan şekilde yargısal denetime tabi tutulması olanağı bulunmamaktadır.

Dosya içeriğine göre davalı işyerinin özelleştirme sonucu %55 hissesinin 21.07.2005 tarihinde devrinden sonra, işyerinde çalışanlarla kapsam dışı olan personel ile TİP 1 ve TİP 2 sözleşmeleri adı altında iki ayrı sözleşme imzalandığı anlaşılmaktadır. Davacı ile davalı işveren arasında TİP 2 sözleşmesi adı altında iş sözleşmesi imzalanmıştır. Davacının iş sözleşmesi, 406 sayılı Kanunun 29 ve 4046 sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmek üzere Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilmesi kararının onanması nedeni ile feshedilmiştir.

TİP 2 sözleşme imzalayanların 406 sayılı Yasanın Ek. 29. maddesi uyarınca hisse devrinden sonra beş yıllık süre içinde 4046 sayılı Yasanın 22. maddesi uyarınca başka kamu kurum ve kuruluşlarına naklini düzenlenmiştir. Nakle tabi olmayı kabul eden işçilerle imzalanan sözleşmenin 9. maddesinde yasadaki düzenlemeye paralel olarak açıkça "Bu sözleşmenin düzenlenmesine yol açan 406 sayılı Kanunun Ek. 29. maddesine eklenen hüküm ile getirilen kamu kurum ve kuruluşlarına nakil/bildirim hakkından yararlanmak isteyen tarafların, bu taleplerini en geç 90 gün öncesinde karşı tarafa bildirmek ve bu 90 günlük bildirim yükümlülüğüne hem çalışan ve hem de şirket uymak zorunda olduğu, ancak, bu bildirimin yapılmasından sonra şirketin, ilgili yasal düzenlemede öngörülen usul ve esaslar dahilinde Devlet Personel Başkanlığına çalışanın 406 sayılı Kanun Ek madde 29/1 fıkrası gereği kamu kurum ve kuruluşlarına nakil işlemlerinin başlatılması için bildirimde bulunacağı, bildirim ile birlikte iş sözleşmenin sona ereceği ve çalışanın şirketle ilişiğinin kesileceği" belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesi, 406 sayılı Yasanın Ek 29. maddesinde açıkça düzenlenen ve sözleşmede de her iki tarafa verilen

nakil yetkisine dayanmaktadır. Bu fesih nedeninin yukarda açıklandığı gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri kapsamında yargısal denetime tabi tutma olanağı bulunmamaktadır. Esasen davalı işverenin nakil yetkisini kullandığı mahkemenin de kabulündedir. Ancak mahkeme, yasa ve sözleşmedeki bildirim için öngörülen süreye uyulmaması nedeni ile feshin geçerli nedene dayanmadığını kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki davalının bildirim süresine uymaması ve 90 günlük süre bitmeden iş sözleşmesinin feshedilmesi, işverenin yasal nakil ve iş sözleşmesini sona erdirme yetkisini ortadan kaldırmaz. Zira yasada ve sözleşmede bu sürelere tarafların uyması zorunluluğu getirilmesine rağmen, uymamanın yaptırımı açıkça öngörülmüş değildir.

Mahkemece davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDİRILMAS1NA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 154,60 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 22.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36431
Karar No **:** 2009/18306
Karar Tarihi **:** 29.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Yaptığı işin nitelikleri gereği sürekli insanlarla yüz yüze olan işçinin, traş olmaması, kimlik takmaması, kıyafetlerine dikkat etmemesi, haklı feshi gerektirecek ağırlıkta kabul edilmese bile, işyerinde olumsuzluk yarattığından, iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı sözleşmesinin haklı ve geçerli neden olmaksızın işverence feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliği, işe iade ve yasal haklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı davacının taşeron firma işçisi olduğunu, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının hatırlatılmasına rağmen yapmamakta ısrar ettiği görevlerin neler olduğu ya da kendisine hatırlatma yapıldığına ilişkin dosyada delil bulunmadığı, yargılama sırasında getirilen kılık kıyafet düzenine uymaması savunmasının fesih nedeninin değiştirilmesi anlamına geldiği, feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı, davacının yaptığı işin asıl iş olduğu halde alt işverene verildiğinden ve sözleşme ilk kurulduğu tarihten itibaren davacı U.A.Ş.'nin işini yaptığından davalının işçisi olduğu gerekçesiyle işe iadeye karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesini ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar. (Dairemizin 28.04.2008 gün ve 2007/34009 Esas, 2008/10347 Karar sayılı ilamı).

Dosya içeriğine göre, davacıya 13.03.2007 tarihinde işverence yapılan toplantıya gelmemesi nedeniyle uyarı, 15.03.2007 tarihinde traş olmadığı, kimlik takmadığı için kınama, 05.04.2007 tarihinde traş olmadığı ve sivil kıyafetle geldiğinden ücret kesimi, 14.08.2008 tarihinde de yine sakal traşı olmaması ve sivil kıyafetle işe gelmesi yüzünden kınama cezası uygulanmış, işverence sözleşmesi 4857 sayılı Yasanın 25/II-h maddesine dayanılarak sona erdirilmiştir. Yaptığı işin nitelikleri gereği sürekli insanlarla yüz yüze olan davacının söz konusu davranışlarının, haklı feshi gerektirecek ağırlıkta kabul edilmese bile işyerinde olumsuzluk yarattığı açıktır. İş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır. Öte yandan benzer dosyalarda Dairemizce alt işveren ile davalının ilişkisinin muvazaaya dayandığı ve ilgilinin davalının işçisi olduğu kabul edilmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 TL. Yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 29.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36286
Karar No **:** 2009/18338
Karar Tarihi **:** 29.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Toplu iş sözleşmesinde geçerli feshe ilişkin bir düzenleme yoksa ve işverence geçerli nedenlerin varlığı kanıtlanırsa, Disiplin Kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi, tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın işverence sona erdirildiğini, fesih işleminin Disiplin Kurulu kararı olmadan toplu iş sözleşmesine aykırı olarak gerçekleştirildiğini iddia ederek, feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı sözleşmenin davacının başından beri verimli çalışmaması, sık rapor alması, birden fazla eylemi nedeniyle hakkında disiplin soruşturması yapılması nedeniyle feshedildiğini, en son görev yeri değişikliği ile iş sözleşmesinin devam ettirilmeye çalışıldığını, davacının görev yazısını tebellüğ etmekten kaçındığını, kardeşlerinin belediyeye gelerek olay çıkardığını, saldırı nedeniyle dava dahi açıldığını, alınan savunmasının da yetersiz görüldüğünü, feshin geçerli nedene dayandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece fesihte 17. maddeye dayanıldığı, TİS 24/B gereği yüz kızartıcı suç işleyenler hariç Disiplin Kurulu kararı olmadan hiçbir işçi işten çıkarılamaz hükmüne rağmen davacının disiplin kurulu kararı olmadan başkan oluru ile işten çıkarılması nedeniyle şekil koşulu yerine getirilmediği gerekçesiyle işe iadeye karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının sözleşmesi verimsiz çalışması, daha önceki disiplin cezaları ve olumsuz davranışları ile en son görev yerinin değiştirilmek istenmesi üzerine ailesi tarafından olay çıkarılması neden gösterilerek 4857 sayılı Yasanın 17. maddesine göre sona erdirilmiş, ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiştir.

Mahkeme, Disiplin Kurulundan geçirilmeden feshin gerçekleştirildiği gerekçesiyle davacının işe iade davasını kabul etmiştir. Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Dairemizin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir. Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa Disiplin Kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshe ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır.

Somut olayda, davacının devamlı olarak çeşitli rahatsızlıklardan rapor aldığı, işyerindeki olumsuz davranışları ve çalışma arkadaşları ile uyumsuzluğu nedeniyle görev yerinin defalarca değiştirildiği, buna rağmen bu tutumunu sürdürdüğü, bu suretle işyerindeki çalışma düzenini olumsuz etkilediği anlaşıldığından geçerli fesih nedenleri mevcuttur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde, karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 29.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/17950
Karar No **:** 2009/19553
Karar Tarihi **:** 06.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : İşletme gerekleri ile fesihte, feshe neden olan özellikle kurucu işveren kararında, bu kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı incelenemez.

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davalı işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin "5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik uyarınca bu hizmetin dışarıdan alınmasına karar verildiği" gerekçesi ile feshedildiğini, öncelikle davalı şirketin güvenlik hizmetlerini dışarıdan almasının, işveren bünyesindeki bir kısım hizmetlerin davalı dışındaki bir firmaya devri anlamına gelmekte olup İş Kanunu'nun 6. maddesinde devreden veya devralan işverenlerin, iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini, davacının güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere yasada aranan tüm vasıflara sahip olduğunu, bu hizmetin dışarıdan alınacak olmasının fesih için haklı gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini, feshin son çare olması gerektiği ilkesi somut olayda gözetilmediğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının ifa ettiği güvenlik görevinin, yardımcı iş olarak tabir edilen ve doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerden olduğunu, yardımcı işin özel bir firmaya yaptırılmasına karar verilmesinin işletmesel bir karar olup işverenin bu işletmesel kararının yargı denetiminin dışında olduğunu davadaki hukuki durumun dava dilekçesinde belirtildiği gibi, İş Kanunu'nun 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini, davacının iş akdinin feshedildiği dönemde davalı şirket nezdinde davacının görevlendirilebileceği uygun bir iş olmadığı gibi aksine işçi çıkarıldığını, bu nedenle söz konusu ilkenin şirketçe göz ardı edildiğine dair iddianın yersiz ve mesnetsiz olduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin, 4857 Sayılı İş Yasası'nın 2/6. Maddesinde tanımlanan yardımcı iş niteliğindeki güvenlik işini, aldığı işletmesel karar sonucunda ve akdedilen "18.07.2008 tarihli Güvenlik Hizmet Sözleşmesi" gereğince Düzce ilinde faaliyet gösteren Ç. Limitet Şirketine yüklediği, sözleşme gereği davalı şirketin ihtiyacı olan ve İl Özel Güvenlik Komisyonu tarafından uygun görülen hizmet alımı kapsamında dört adet özel güvenlik personeli ile güvenlik hizmetinin yerine getirileceği hususunda anlaşmaya varıldığı, davalı şirket tarafından, alınan işletmesel karar sonucu kadro fazlalığı meydana geldiği ve görevlendirileceği uygun bir iş olmadığı gerekçesiyle davacı ile birlikte davalı şirkete ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan 7 özel güvenlik görevlisinin iş sözleşmelerinin feshedildiği ve fesihten sonra yeni işyerine yeni işçi alınmadığı kabul edilmekle birlikte, davalı işverenin, 5188 sayılı Yasa gereği özel güvenlik hizmetini özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlamasının yasal bir zorunluluk olmayıp ve ancak asal bir tercih olduğu, her ne kadar davalı işverenin aldığı işletmesel kararın amaç ve yerindelik denetimi yapılamaz ise de yasanın yürürlüğe girdiği 24.06.2004 tarihinden yaklaşık dört yıl sonra yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen güvenlik hizmetlerinin 4857 sayılı Yasanın 2/6 maddesi kapsamında başka bir firmadan temin etmek girişimi ve tercihinin, Medeni Kanun'un 2.

maddesinde tanımını bulan iyi niyet kuralları ile Anayasa'nın 49. maddesinde "Devletin, çalışanların çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almaya zorunlu olduğuna" ilişkin düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde; işletmesel kararın sadece işverenin ve ortakların menfaati yanında işçilerin de menfaatini gözetmesi, başka bir deyişle sadece kar amaçlı olmayıp işletmenin de işçiler dahil işyerinin de tüm unsurlarını koruyan meşru bir karar olması gerekirken, tam aksine yalnızca davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetilmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işverene verilerek davacı işçinin tasfiyesine yönelik keyfi alınmış bir işletmesel karar olduğu, Medeni Kanun'un 2. maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmasının mümkün olmadığı, davacı işçinin akdinin feshedildiği dönemde şirket nezdinde görevlendirilebileceği uygun bir iş olmadığını ileri sürmüşse de, işçi çıkarımına gerekçe olan ekonomik kriz nedeniyle bölüm kapatma yerine işçi çıkarmayı yeğlediklerini açıkça beyan etmeleri karşısında, feshin son çare olma ilkesi çerçevesinde işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulama başvurulması, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemleri tercih etmedikleri ve üstelik davalı şirket tarafından gönderilen işçi listesinde Mayıs 2008 tarihinde süreli olarak işe alındıkları anlaşılan dokuz işçinin iş sözleşmesinin Eylül 2008 tarihinde süre bitimi nedeni ile feshedilecekken 2002 yılından beri davalı şirkette çalışan davacı işçinin biraz evvel belirtilen alternatif uygulamalara gidilip başka bölümlerde veya süreli olarak çalıştırılan işçilerden boşalması muhtemel kadrolarda çalıştırılarak adil ve menfaatleri dengeleyici bir çözüm arayışına gidilmediği ve dolayısı ile davalı işverence feshe son çare olma ilkesinin gözetilmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı

denetimi dışında tutulması, şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı). 4857 sayılı İş Kanunu 18/3 maddesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırımcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlaması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme,

işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır. Özellikle bölüm kapatılması veya alt işveren uygulaması sonunda kapatılan veya alt işverene verilen işte çalışan işçilerin başka bölümde değerlendirilmesi için değerlendirilecek yerde işçi istihdamına olanak bulunmalıdır. Bu anlamda istihdam fazlası işçilerin diğer bölümlerde başka işçilerin yerine ikamesi düşülemez. Bir başka anlatımla bu işçilerin diğer bölümlerde değerlendirilmesi için işverenden diğer bölümde çalışan işçilerin iş sözleşmesini feshetmesi beklenmemeli ve işverenden bu şekilde bir işletmesel karar alması istenmemelidir.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin yardımcı iş niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işveren uygulaması ile temin etme işletmesel kararı aldığı ve uyguladığı, güvenlik hizmetinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği anlaşılmaktadır. İşverenin yardımcı hizmet niteliğindeki güvenlik hizmetini alt işverene vermesi bu hizmetlerde çalışan işçilerin işten çıkartılması kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Bu karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda davalı işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığının somut olarak denetlenmesi gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin yeni işçi almadığı gibi fesihten önce ve fesihten sonra diğer bölümlerden işçi çıkardığı tespit edilmiştir. Bu nedenle davalı işverenin tutarlı davrandığı kabul edilmelidir.

Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde hüküm kurulurken, fesihte işverenin keyfi davrandığından ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığından hareket edilmiştir. İşverenin keyfi davranmasına gerekçe olarak, "5188 sayılı Yasa gereği özel güvenlik hizmetinin özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alınmak suretiyle sağlamasının yasal bir zorunluluk olmadığı ve davalı işverenin maddi menfaatlerini korumaya yönelik, egemen olan az para çok iş yaptırma kaygısı içinde çalışma barışı ve işçi menfaati gözetmeksizin özel güvenlik hizmetini daha az giderle temin gayesiyle alt işverene vererek davacı işçinin tasfiyesini amaçladığı" gösterilmiştir. Oysa bu gerekçeler yukarda açıklandığı gibi yerindelik denetimini içermekte olup, işverenin aldığı kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığının incelenmesidir. İşletme gerekleri ile fesihte, feshe neden olan özellikle kurucu işveren kararında, bu kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı incelenemez. İş uyuşmazlığına bakan yargıcın bu yönde bir denetimi bulunmamaktadır. Bu şekilde bir denetimin uyuşmazlığın çözümünde yeri yoktur. Kararın yararlı ya da amaca uygun olmaması veya hatalı bir karara dayanması işverenin keyfi karar aldığı sonucunu da doğurmaz.

Diğer taraftan, feshin kaçınılmazlığı yönünden, işverenin işyerinde esnek çalışma veya kısa çalışma gibi uygulamalara başvurmadığı, fazla mesailerin kaldırılması gibi önlemleri tercih etmediği gibi, Mayıs 2008 tarihinde süreli olarak işe alınan dokuz işçinin iş sözleşmesinin Eylül 2008 tarihinde süre bitimi nedeni ile feshedilmesi yerine 2002 yılından beri davalı şirkette çalışan davacı işçinin alternatif uygulamalara gidilip başka bölümlerde veya süreli olarak çalıştırılan işçilerden boşalması muhtemel kadrolarda çalıştırılarak adil ve menfaatleri dengeleyici bir çözüm arayışına gidilmediği gerekçesine dayanılmıştır. Ancak yukarda açıklandığı gibi güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeni ile bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı açıktır. Diğer bölümlere işçi alınmadığı gibi yeni işçi de alınmamıştır. Davalı işverenin bu durum karşısında güvenlik hizmetinde çalışan işçileri başka bölümde değerlendirme olanağı da bulunmamaktadır. İşverenden diğer bölümlerde süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve bu işçiler yerine güvenlik hizmetinde çalışan işçilerin değerlendirilmesi düşünülemez. Bu şekildeki bir değerlendirme istihdam fazlası olan işçi yerine, diğer bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini gerektiren bir değerlendirme olur ki bu doğru gerekçe değildir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- **DAVANIN REDDİNE,**

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 06.07.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

398

Esas No **:** 2009/289
Karar No **:** 2009/20632
Karar Tarihi **:** 13.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşletme içi sebeple yapılan fesihte işveren, aldığı tedbirleri ve bu tedbirlerin sözleşmesi feshedilen işçinin işini nasıl etkilediğini ortaya koymak zorundadır. İşçi ile aynı konumda olan ancak işgücüne ihtiyaç duyulan diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi ve yeni işçi alınması, işgücüne ihtiyaç duyulmayan işçinin iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılmaz.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davalıya ait işyerinde teknisyen olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalı şirketin almış olduğu yeni siparişlerin gereksinimi olan iş gücü niteliğinin uzun zamandır değişmiş olması nedeni ile 2008 iş gücü planında bir grup personelin atıl kalacağının tespitinin yapıldığını, başka projelerde değerlendirmeler için iç rotasyon çalışmalarına başvurulduğunu, kendi isteği ile ayrılanlara öncelik verdiği ve emekliliği gelenlerin seçildiğini, buna rağmen alınan tedbirlerin yeterli olmadığını, davacının iş sözleşmesinin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, emsal dosyalarda verilen kararlara itibar edilerek, bir kısım personelin iş akitlerinin feshedildiği, ancak feshedilenlerin yerine yeni personelin alındığı, yeni personel alınması nedeniyle fesihte gösterilen gerekçe ile uyuşmadığı, yine emekliliğe hak kazanan ve emekli olduğu halde çalışan personel bulunduğu, objektif ve genel kriterlere uyulmadığı, işverenin feshin son çare ilkesine uymadığı, objektif ve genel uygulama yapmadığı, gösterilen gerekçelerin yerinde olmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır. İşverenin, dayandığı

fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğun denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

Kanun'un 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı Yasa'nın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece, işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunmasının tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulması gerekir.

Dosya içeriğine göre, davalı kurum Yönetim Kurulu Kararı ile 15.01.2008 tarihinde 17 ve 15.05.2008 tarihinde 13 işçinin iş sözleşmelerinin yeni alınan siparişlerin

gereksinim olan iş gücü niteliğini değiştirmesi ve mevcut personel içinde bu nitelikleri taşımayan işçiler bulunması nedeni ile feshedilmesine karar verildiği, bu karara varılırken önce gönüllü, daha sonra emekliliği gelenlerin tercih edildiğinin savunulduğu anlaşılmaktadır.

Davalının bu işletmesel kararı işletme için nedenlerden biri olup, burada davalı işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmakta ve davacı gibi bazı diğer işçilerin yeni siparişler için gereksinim olan iş gücü niteliğine sahip olmadıklarını belirtmektedir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkanının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda davacı dışında emekliliğe hak kazanmış, ancak yeni siparişler için iş gücü gereksinimi olan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi veya yeni siparişler için bu gereksinime uygun ve nitelikleri taşıyan yeni işçi alınması, iş gücü gereksinimine ihtiyaç duyulmayan işçinin iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılmaz.

Mahkemece varılan sonuç yukarıda belirtilen olguları karşılayamamakta ve eksik incelemeye dayanmaktadır. Bu nedenle, özellikle SSK kayıtları, işverenin üretimle ilgili aldığı siparişler, çalışan işçilerin şahsi sicil dosyaları, eğitim durumu ve görev tanımları getirtilerek ve işyerinde keşif yapılarak, makine mühendisliği, endüstri mühendisliği ve insan kaynakları konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınarak, davalı işverenin yeni siparişlere göre farklı iş gücüne ihtiyacı olup olmadığı, davacının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, aynı bölümde emekliliğe hak kazanan, ancak iş sözleşmesi feshedilmeyen işçinin davacıdan farklı niteliğe sahip bulunup bulunmadığı, davacının eğitim ve görev tanımına göre farklı bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı, işe alınan var ise davacı ile aynı niteliklere sahip olup olmadığı, davalı işverenin önce gönüllü sonra emekliliği gelenlerin çıkarıldığı savunmasının denetlenmesi için de kaç işçinin gönüllü ayrıldığı, bundan sonra çıkarılanların ve iş gücüne ihtiyaç duyulmayan işçilerden emekliliği gelenlerin çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmalı, değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/27271
Karar No **:** 2009/27272
Karar Tarihi **:** 20.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşyeri dışından kaynaklanan ekonomik kriz nedeni ile toplu işçi çıkarma kararı alınması, bağlı bir işletmesel işveren kararı olup, belirtilen sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünün ne olduğu ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiği açıklığa kavuşturulmalı ve işyerinde istihdam azaltılmasını gerektirip gerektirmediği, sonra işverenin bu kararla çelişen uygulamalar yapıp yapmadığı, tutarlı davranıp davranmadığı belirlenmelidir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, duruşmalı olarak süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini, feshe son çare olarak bakılmadığını belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, iş akdinin feshinde geçerli neden olarak kabul edilen hallerden birisinin de işletmeye, işyerine ve işe ilişkin nedenler olduğunu, dünyada yaşanan ekonomik krizin etkilerinin özellikle otomotiv sektöründe etkisini gösterdiğini, kriz nedeniyle otomobil üreticilerinin siparişlerini önemli oranda azalttıklarını, iş akdinin geçerli bir nedenle feshedildiğini, diğer yöntemlerin denendiğini, işletmeye yeni işçi alınmadığını, işletmede mesai saatlerinin düşürülmüş olduğunu, mevcut fazla mesailerin işçilerin devamsızlıklarının tamamlanması ve makine ve ekipmanın tamiri için yapıldığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece seri olarak davalı Y. şirketi hakkında açılan davada usul ekonomisi açısından bir dosyada keşif sonrası alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, işyerinde bütün hatlarda üretimin devam ettiği, davacının iş akdinin feshedildiği tarihten önce işyerine beş yeni işçi alımının yapıldığının belirlendiği, davalı şirketin satışlarında azalma olduğu, fakat zararın olmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı, işyerinin ve işin gereğinden kaynaklanan bir feshin bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren

fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır. İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğun denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

Kanun'un 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar, işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı nedenleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün nedenler, işletme dışı nedenlerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik nedenler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı nedenler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce de denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa

ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiği yargısal denetim sonucu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı Yasa'nın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece, işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu iş sözleşmesi ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunmasının tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulması gerekir.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin dünyada yaşanan küresel ekonomik krizden etkilendiğini belirterek, Toplu İşçi Çıkarma kapsamında Türkiye İş Kurumu ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne 15.09.2008 tarihli yazı ile işyerinde 17 Ekim-17 Kasım 2008 tarihleri arası 40 işçi çıkarılacağını, 17.10.2008 tarihli yazı ile de işyerinde 20 Kasım-20 Aralık 2008 tarihleri arası 100 işçi çıkarılacağını bildirdiği, aldığı bu işletmesel kararı uygulayarak Kasım 2008 ayı ve takip eden süreçte davacı dahil birçok işçinin iş sözleşmesini bu nedenlerle feshettiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece daha önce yaşanan fesihler nedeni ile keşfe götürülen ve rapor alınan öğretim üyesi ve makine yüksek mühendisi-avukat ile mali müşavir olan aynı bilirkişiler, bu kez tek dosyada yapılan keşfe götürülmüş ve bu bilirkişilerden rapor alınmıştır. Hükme esas rapor 2008 yılı ortalarında ve daha önce yaşanan fesihlerde sunulan rapor ile aynı tespit ve gerekçeleri içermektedir. Bilirkişiler "işyerinde bütün ünitelerde üretimin devam ettiğini, 2008 yılı Kasım ayından önce Ekim ayında işyerine 5 yeni işçi alımının yapılmış olduğu, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde sosyal seçim kriterlerine uyulmadığının belirlendiği, satışlarda azalma olduğu, ancak zararının olmadığı, feshin son çare ilkesine uyulmadığı" tespitlerinde bulunmuşlardır. Ancak bu tespitler, yukarıda belirtilen kriterleri kapsamadığı gibi, yargısal denetim yapılması için gerekli yeterliliği ve açıklığı içermemektedir.

Her şeyden önce 2008 yılı sonlarında ve 2009 yılı başlarında sadece ülkemizde değil, dünyada küresel olarak bir ekonomik krizin yaşandığı ve özellikle otomotiv sektörü gibi diğer tüm sektörlerin bundan etkilendiği bilinen bir gerçekliktir. Otomotiv sektöründe faaliyet yürüten davalı işveren de bundan etkilendiğini, Temmuz-Aralık 2008 ayları arasında %46, Ocak-Şubat 2009 tarihleri arası ise %80 oranında siparişlerin düştüğünü, öncelikle tasarruf tedbirleri uyguladığını, yetmeyince fazla mesailerin kaldırıldığını, vardiya sayısının 3'den 2'ye indirildiğini, yıllık izinlerin kullandırıldığını, ücretsiz izin uygulaması yapıldığını ve ücret zammının ertelendiğini, 13.01.2009 tarihinde kısa çalışma ödeneği için başvurulduğunu, işten çıkarmada da öncelikle evli eşlerden birinin tercih edildiğini, bilirkişilerin bu olguları değerlendirmediğini savunmuş ve buna ilişkin kayıtlar sunmuştur. Gerçekten de bilirkişi raporu bu olguları karşılamaktan uzak ve denetim yapılmasına elverişli değildir.

Öncelikle işyeri dışından kaynaklanan ekonomik kriz nedeni ile toplu işçi çıkarma kararı alınması, bağlı bir işletmesel işveren kararıdır. İşyerinde bu ekonomik nedenlerle sipariş azalması yaşandığı da sabittir. O halde, belirtilen sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünün ne olduğu ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiği açıklığa kavuşturulmalı ve işyerinde istihdam azaltılmasını gerektirip gerektirmediği, sonra işverenin bu kararla çelişen uygulamalar yapıp yapmadığı, tutarlı davranıp davranmadığı belirlenmelidir. Bu kapsamda 140 işçi çıkarma kararı alan işverenin, fesihten önce işyerine 5 işçi alması, tutarsız davrandığını göstermez. Önemli olan, bu alınan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin yerine alınıp alınmadığının belirlenmesidir. Daha sonra ise krizin geçici olup olmadığı, fesih dışında tedbirlerle bu krizin geçirilip geçirilmeyeceği, davalı işverenin bu kapsamda savunduğu gibi fazla mesaileri kaldırıp kaldırmadığı, vardiya sayısını indirip indirmediği, yıllık izinleri kullandırıp kullandırmadığı, ücretsiz izin uygulaması yapıp yapmadığı, ücret zammını erteleyip ertelemediği, kısa çalışma ödeneği için başvurup başvurmadığı incelenmelidir. En son olarak da, davalı işveren işten çıkarılacakları belirlerken, öncelikle evli olan işçiler arasında eşlerden birini seçtiğini savunduğundan, bu kritere uyup uymadığının denetlenmesi gerekir. Yargısal denetim imkanı için işyerinde ekonomist, endüstri mühendisi ve hukukçunun olduğu bir bilirkişi marifeti ile keşif yapılmalı, dosyaya sunulan tüm kayıtlar dikkate alınmalı ve yukarıda belirtilen ilke ve olguları karşılayacak şekilde rapor hazırlanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu ile karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/18870
Karar No **:** 2009/21761
Karar Tarihi **:** 20.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşveren, yeniden yapılanma tedbirlerini ciddi ve kalıcı biçimde uyguladığını tutarlılık denetimi kapsamında ispatlayamadığında, yaptığı feshi geçerli nedene dayandıramaz.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalı Şirketin Merkez ve taşra teşkilatı organizasyonunu yeniden yapılandırılmasına ve yeni norm kadro sayısının belirlenmesi nedeni ile norm kadro üzerinde çalışan sayısının azaltılmasına karar verildiğini, personel yapısında eğitim düzeyi, yabancı dil bilgisi, yeni teknolojinin gerektirdiği yetkinliklere uyum sağlamak üzere değişiklik yapılması gerekliliğinin ortaya çıktığını, sektörde gelişmelere ve şirketin etkilerine göre sabit telefon abonesindeki durağanlık ve artış trendinde düşüş yaşandığını, tam rekabet ortamına girilmesi nedeni ile her türlü mali kaynak ve ekonomik sorunların, telekomünikasyon sektöründe hızlı bir şekilde gelişen zorunlulukların ve bazı önemli hizmetlerde reel gelirin düşüş göstermesinin bunu gerekli kıldığını, davacının iş sözleşmesinin ekonomik ve sosyal gerekçeler dikkate alınarak ve son çare ilkesinden hareketle işletme, işyeri ve diğer illerdeki işyerlerinde yeni norm kadro sayısı kapsamındaki iş gücü fazlası ve iş pozisyonları için aranan nitelik ve yeterlilikler dolayısı ile değerlendirme imkanı bulunamaması ve alternatif iş olanağı sunulamaması sonucu ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek feshedildiğini, feshin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, yeniden organizasyonu ve norm kadro uyarlamasına aykırı bir durum olmadığı, feshin keyfi olduğunun kanıtlanmadığı, davalı işverenin emekliliği gelenleri işten çıkardığı, uygulamanın genel ve objektif olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da

denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar veremeyecektir

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması, şüphesiz bu kararlarının hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen

işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre, davalı şirket 2005 yılında özelleştirme sonucu %55 hissesi satılarak, özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış ve işyerinde çalışanlar ile iş sözleşmesi imzalanmıştır. İşyerinde Toplu İş Sözleşmesi kapsamında çalışan işçiler yanında, TİP 1 sözleşmesi adı altında kapsam dışı, ancak nakle tabi olmayan ve iş sözleşmesi imzalanan işçiler, TİP 2 sözleşmesi adı altında nakle tabi olan ve iş sözleşmesi imzalanan işçiler olmak üzere 3 ayrı usulde personel istihdam edilmiştir. Hisse devir tarihinden sonra 5 yıl içinde tarafların istemesi halinde 406 sayılı Yasanın Ek. 29. maddesi uyarınca nakle tabi tutulan ve TİP 2 sözleşmesi imzalanan personel sayısı 7801 işçidir. Nisan 2008 tarihi itibari ile işyerinde çalışan sayısı ise 36778 işçidir. Bunun dışında emsal davalardaki tespite göre, davalı işverenin alt işveren uygulaması ile 257 Mühendis, 807 teknisyen, 291 idari hizmetler ve 3541 işçi olmak üzere toplam 4896 alt işveren işçisini istihdam ettiği, 2007 yılında 1100 personel, 2008 yılında da Nisan 2008 tarihinden Kasım 2008 tarihine kadar 7 aylık süreçte 741'i Mühendis, 1435 'i tekniker olmak üzere toplam 2534 kişiyi yeni işe aldığı, halen işyerinde emekliliği gelmiş 992 işçinin çalışmasına devam ettiği, davalı işverenin iş planında 2007 yılı için 45796 kişi, 2008 yılı için 43382 kişi istihdam edilmesi gerektiğini planladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca davalının özelleştirme ihalesi sırasında verdiği teklifte 48.000 kişi istihdam edeceğine dair taahhütte bulunduğu iddiası, yazıya cevap verilmediği için açıklığa kavuşmuş değildir.

Davacı, davalı işyerinde idari hizmetlerde şef olarak nakil yetkisi vermeyen iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Kısaca davacının TİP 2 iş sözleşmesi ile çalışmadığı, 406 sayılı Yasanın Ek 29. maddesi kapsamı dışında kaldığı uyuşmazlık dışıdır.

Davalı işveren, fesih nedeni olarak birçok nedene dayanmaktadır. Bu nedenlerden norm kadro uygulaması, emekliliği gelenleri çıkarma, teknolojik yenilenme gibi nedenler kurucu işletmesel karardır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. İşletmesel kararın amacı, yargı denetimi dışındadır. Başka bir anlatımla amaca uygunluk ve yerindelik denetimi yapılamaz. Ancak işveren yeniden yapılanma tedbirini ciddi ve kalıcı biçimde uyguladığını, tutarlılık denetimi kapsamında ispatlamalıdır. Bunun dışında işletmesel karar; ispat yükü

işçide olmak üzere, işverenin ekonomik ve işletmesel nedenler dışında bir saikle fesihte bulunduğu, bu hakları kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde, keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir. Yargı denetimi sırasında işveren işletmesel kararın amacını açıklayarak, feshin neden gerekli olduğunu ispatlamak zorunda olacağı için işçi tarafından kötü niyet olarak ileri sürülen olgular çoğu kez tutarlılık denetiminin konusu olacaktır. Ölçülülük denetimi de işletmesel kararın amacı ve bu amacın gerçekten gerekli olup olmadığı yargı denetimi dışında kaldığı için, feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. Gereklilik denetimi de, işveren tarafından gerçekleştirilen yeniden yapılanma önlemlerinin yasa ve sözleşmelere uygun olup olmadığına indirgenmelidir.

Davalı işverenin dayandığı ekonomik nedenler olan telefon abonesindeki durağanlık ve artış trendinde düşüş ile reel gelirdeki azalma nedenleri ise bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta norm kadro uygulaması kararının yeni işçi alımı, alt işveren uygulaması ve nakle tabi olan personelin istihdamına devam edilmesi nedeni ile yerinde olmadığı, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalar yaptığı görülmektedir.

Emekliliğe hak kazanma nedeni ise, halen işyerinde aynı şekilde çalışan işçiler bulunması nedeni ile objektif ve genel uygulama yapılmaması, bu konuda belirleyici ve bağlayıcı bir karar alınmaması nedeni ile geçersizdir.

Kurucu nitelikte olan diğer bir fesih nedeni olan personel yapısında eğitim düzeyi ve yabancı dil bilgisinin yeni teknolojinin gerektirdiği yetkinliklere uyum sağlamak üzere değişiklik yapılması gerekliliğinin ortaya çıkarılması nedenine gelince; Davalı işveren bu konuda somut veriler sunmadığı gibi, aynı eğitim düzeyinde işçi çalıştırmaya devam etmiş, davacı işçinin eğitim düzeyinin yaptığı görevde yetersiz olduğunu kanıtlayamamış, aksine şahsi dosyalarına göre işçilere görev tanımına göre eğitim vermiştir. Belirtilen fesih nedeni açıklanan nedenlerden dolayı yerinde değildir.

Davalı işverenin diğer bir fesih nedeni olarak gösterdiği ve bağlı işveren kararı olan ekonomik nedenlerin ise alınan bilirkişi raporunda doğru olmadığı belirlenmiş, aksine davalı işverenin abone sayısının ve karlılığının arttığı tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, davalı işverenin aldığı işletmesel karar sonucu davacının istihdam fazlası olduğunu, bu kararı tutarlı şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmazlığını ve feshe son çare olarak başvurulduğunu kanıtlayamadığı, fesih nedenleri ile çelişen uygulamalara girdiği sabittir. Davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmadığından davanın kabulü gerekir. Yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 60,00 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 20.07.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/30991
Karar No **:** 2009/22608
Karar Tarihi **:** 14.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Yeraltında çalışan 50 ve daha yukarı yaşını dolduran ve yaşlılık aylığını almaya hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin geçerli nedene dayanabilmesi için, yerüstünde çalışan aynı durumdaki işçilere de benzer uygulamanın yapılması gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, Yönetim Kurulunca kurumun yeniden yapılandırılması, maliyetlerin azaltılması, işgücü verimliliğinin arttırılmasının sağlanması için, yer altında çalışan 50 yaş ve üzeri, SGK 'dan yaşlılık aylığı almaya hak kazanın işçilerin, yasa ve TİS hükümlerine göre hizmet sözleşmelerinin feshine karar verildiğini, iş sözleşmesinin anılan karar doğrultusunda geçerli nedenlerle feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece fesih nedeninin işçinin verimi ve yetersizliğine yönelik olduğu, bu durumda fesihten önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2.maddesi gereğince fesihten önce işçiden savunmasının alınması gerektiği, davalı işverence işçiden savunmasının alınmadığı, bir yandan işçi çıkartılırken diğer yandan bunun çok çok üstünde işçi alımı yapılarak fesih gerekçeleri ile çelişkili durum oluşturulamayacağı, işçinin sırf yaşının verimsiz olduğunu göstermeyeceği, verimsizliğinin objektif kriterlere göre somut olarak ortaya konmadığı, aksine ilgili yönetmeliğe göre düzenli olarak aldırılan sağlık kurulu raporlarında da davacının işini yapamayacağına ilişkin olumsuz durumun tespit edilmediği, emekliliğe hak kazanma ve yaş şartının feshi gerektireceğine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı, feshin son çare olduğu ve yukarıda anlatılan tüm gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde davacının belirsiz süreli iş akdinin işverence feshinin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararı sonucu olarak

gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı (kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshini doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına

kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), Lean-management'in veya grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı, doktrin ve Alman yargı içtihatlarında işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen şuurlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir

(06.10.2008 gün ve 2008/30274-2008/25209, 11.09.2008 gün ve 2008/25324-2008/23401 sayılı kararlar).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Dosya içeriğine göre, davalı kurumda yeraltı işçisi olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin "Yönetim kurulunun 30.10.2008 tarih ve 286 sayılı kararı ve 04.11.2008 tarih ve 36 sayılı kararı gereğince, Kurumumuzun yeraltı işyerlerinin ağır ve tehlikeli işler kategorisinde yer aldığı, yaşlı iş gücü ile üretimin artırılmasının mümkün olmayacağı, verimliliğin arttırılması, maliyetin düşürülmesi, işgücünün gençleştirilmesi, Kurum zararlarının azaltılması amaçlarına yönelik olarak yeraltı işyerimizde 50 ve daha yukarı yaşını dolduran ve 506 sayılı SGK ya göre yaşlılık aylığı almaya hak kazananların hizmet akitlerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. ve 29.maddeleri ile 22.Dönem TİS in 66.ve 67.maddelerine istinaden ihbar önellerine riayet etmek suretiyle kıdem tazminatınız ile varsa yıllık ücretli izinlerimize ait ücretleriniz ihbar müddeti sonunda ödenmek suretiyle hizmet sözleşmeniz feshedilecektir. Bu kapsamda 50 yaşını doldurduğunuz ve yaşlılık aylığı almaya hak kazandığınız" gerekçesi ile sona feshedildiği anlaşılmaktadır. Belirtilen fesih nedenine göre işverenin işçinin yetersizliği veya verimsizliğine dayanmadığı, ağır ve tehlikeli işler kategorisinde yer alan işte üretimin arttırılmasına ve maliyetlerin düşürülmesi, kurum zararlarının azaltılması amaçlarına yönelik olarak feshe başvurduğu görülmektedir. Buna göre işveren işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanmış olup, fesihten önce işçiden savunmasının alınması gerekmemektedir.

Davalı işveren, 30.10.2008 tarih ve 286 sayılı Yönetim Kurulu kararı doğrultusunda yer altında çalışan işçilerden 50 ve daha yukarı yaşını dolduran ve emekliliğe hak kazanan tüm işçileri işten çıkardıklarını ileri sürmüştür. Fesih tarihinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 33.maddesinde TTK işyeri hekimleri veya ilgili SGK nun sözleşmeli/anlaşmalı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarınca çalışmakta olduğu işini yapamaz kesin raporu verilen işçilerden; yaşlılık aylığı almaya hak kazananların iş

sözleşmelerinin feshedilebileceği öngörülmüştür. Belirtilen bu düzenleme işveren yönünden bağlayıcı olup, davacının çalışmakta olduğu işini yapamaz durumda olup olmadığı uygulamanın geçerliliği bakımından önem arz etmektedir. Öte yandan, işyerinde yerüstünde çalışıp da 50 yaşını dolduran ve emekliliğe hak kazanan işçiler bakımından aynı uygulamada bulunup bulunmadığının da üzerinde durulması gerekir. Davalı işveren, yerüstü işyerlerinde çalışıp da emekliliği hak eden işçilerin işten çıkarıldıklarını, bu uygulamanın 2000 yılından beri devam ettiğini belirtmiş ise de, bu işçiler bakımından 50 yaş sınırının aranıp aranmadığı dosyadan anlaşılamamaktadır. Yerüstünde 50 yaşını dolduran ve emekliliğe hak kazanıp da çalışmaya devam edenlerin bulunması halinde davacı durumundaki kişilerin "feshin son çare olması ilkesi" gereği yer üstünde değerlendirilme imkânının bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Mahkemece belirtilen yönlerden yapılacak araştırma dosya içeriği ile birlikte yeniden değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.09.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41688
Karar No **:** 2009/22728
Karar Tarihi **:** 14.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcısı veya işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma, işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, 05.02.2008 günü işe geldiğinde sözleşmesinin feshedildiğinin bildirildiğini, feshin geçerli nedene dayanmadığını, açık ve kesin neden bildirilmediği gibi savunmasının da alınmadığını bildirerek, feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, sözleşmenin tarafların karşılıklı iradesi ile sona erdirildiğini, haklarının ödendiğini, davacının çalışma şekli, hal ve tavırlarının şirket çalışma düzenine

uymadığının genel müdür tarafından konuşma sırasında davacıya bildirilmesi üzerine davacının da ayrılmak istediğini ifade ettiğini, mağdur olmaması için bu ortak kararın işveren feshi olarak gösterildiğini, haklarını alan davacının ibraname imzaladığını, ayrıca davacının işveren vekili olduğunu, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını savunmuştur. Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle işe iadeye karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi işçinin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şey den önce, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününü yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününü yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütününü sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütününü sevk ve idare edenlerin 18'nci madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Bu işyeri işletmeye bağlı bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak işletmeye bağlı bir işyerinde, bu işyerinin tümünü sevk ve idare eden, ayrıca işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Dairemizin uygulaması da bu yöndedir. (26.05.2008 gün ve 2007/35929 Esas, 2008/12484 Karar sayılı ilamımız).

Somut olayda davacı işyerinde ürün yönetim müdürü olarak çalışmaktadır. Dosya arasında işyerine ait organizasyon şeması ve imza sirkülerinden başka davacının işveren vekili olup olmadığı konusunda bir delil bulunmamaktadır. Davalı savunması mahkemece gerektiği ölçüde araştırılarak bir değerlendirmeye tabi tutulup sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41685
Karar No **:** 2009/24344
Karar Tarihi **:** 28.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşyerinin bir bölümünün kapatılması şeklinde alınan işletmesel karar sonucu istihdam fazlalığı meydana geldiğinde, kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı denetlenmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş akdinin haklı ve gerekli yönetsel karara bağlı organizasyon değişikliği ve çalıştığı bölümün kapatılması nedeni ile feshin son çare olması ilkesine bağlı olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri

içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin davacının çalıştığı ve tanıtımın yaptığı ilaçların bağlı olduğu T. Grup Pazarlama ve Satış Müdürlüğü bölümünün bazı ilaçların kaldırılması, bazılarının da tanıtımının diğer bölümlere aktarılması nedeni ile

kapatılmasına karar verildiği, bu bölümde 122 işçinin istihdam edildiği, 83 işçinin başka bölümlere nakledildiği, davacı gibi 39 işçinin ise başka bir bölümde değerlendirme olanağı kalmadığı gerekçesi ile iş sözleşmelerinin feshedildiği uyuşmazlık dışıdır. Bölüm kapatılması kurucu bir işveren kararıdır. Bu kapatılma sonucu istihdam fazlalığı meydana geleceği açıktır. Bu durumda kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı denetlenmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, fesih tarihinden hemen sonra birçok işçinin istifa etmesi nedeni ile yerlerine yeni işçi alındığı gibi davalı işverenin internet ortamında ilaç tanıtımı işinde çalıştırmak üzere eleman alımı için ilan verdiği, Dairemizin 2008/34025 Esasında incelenen emsal dosyada anlaşılmaktadır. Davalı işverenin tutarlı davranmadığı ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığı sabittir. Davanın kabulü yerine, yazılı gerekçe ile dosya üzerinde alınan hukukçu bilirkişi raporuna itibar edilerek davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 46,40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 28.09.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41732
Karar No **:** 2009/24352
Karar Tarihi **:** 28.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin verilen uyarı ve ihtarlardan sonra olumsuz tutum ve davranışlarına devam etmediği durumda, yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin işçinin davranışından kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli nedenle ve kanunda belirtilen şekil şartlarına uyularak feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi

yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal edilecek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkesine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanun'un 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın

kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi, işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesini haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25'nci maddesinin II' nci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir.

Bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmelini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir. İşçinin az verimli çalışması kendi isteğinden kaynaklanabileceği gibi yetersizliğinden de kaynaklanabilir. İş görme edimini yerine getirmek istememek ile yerine getirememek arasında sınırı çizmek çoğu kere zordur. İlk hal, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında, işçinin davranışına dayanan süreli fesih nedeni iken, ikinci hal işçinin yetersizliğinden kaynaklanan süreli fesih nedenidir. Bununla birlikte, işçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi hâlinde, işçiye ihtar edilmesi ve ihtarda işçiye iş sözleşmesinin feshedileceği tehdidinde bulunulması, olumlu etki yaratabilir. Bu sebeple, her iki halde de işçiye ihtarın yapılması zorunlu olmalıdır. Zira, ihtar, iş görme edimini hiç yerine getirmek istemeyen veya eksik yerine getirmek isteyen işçi karşısında olumlu etki doğurabilecek iken; iş görme açısından fiziki yeterliliğe hiç ya da eksik sahip olan işçi karşısında her hangi bir olumlu etkide bulunmayacaktır. Bu suretle, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde belirtilen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni ile gerekçede söz edilen ve işçinin davranışı nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı veren işin yetersiz olarak yerine getirmesi arasında bir ayrım yapma olanağına sahip olunur. Böylece, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebinin varlığından bahisle ihtara gerek olmadığına inanarak iş sözleşmesini fesheden işveren, gerçekte işçinin davranışına dayanan bir fesih sebebinin varlığının tespiti sonucunda, ihtar yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan geçersiz feshin sonuçları (işe iade) ile karşılaşmak tehlikesinden kurtulur.

Sözleşme ilişkisi kapsamında işçi, yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelen birçok davranışı için ihtar edilmiş ise, fesih sebebi açısından en son davranışı önem arz eder. İhtar işçiyi ciddi bir şekilde uyarmalı, açıkça ortaya konan kusurlu davranışını tekrarlamamasını talep etmeli, tekrarı halinde, iş ilişkisinin mevcudiyeti ve içeriği açısından aleyhe bir takım sonuçların doğacağını tehdidinde bulunmalıdır.

İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi

geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtara konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II'nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasa'nın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır. İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II-d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/37481 Esas, 2008/12505 Karar sayılı ilamı).

İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez.

Dosya içeriğine göre, davacı işçinin iş sözleşmesinin yazılı uyarı ve ihtarlara rağmen çalışma ortamında sürekli olumsuz eleştirilerde bulunduğu, gerek yöneticilerinin gerekse ekip arkadaşlarının motivasyonunu olumsuz etkilemek suretiyle huzursuz eden davranışlar sergilediği gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacıya fesihten önce yönetimi altındaki araçla 8/8 oranındaki kusur ile maddi hasarlı kazaya sebep olmaktan dolayı 14.09.2004 tarihinde yazılı ihtar; ekip arkadaşlarını olumsuz etkilediğinden söz edilerek 04.06.2007 tarihli yazılı ihtar; hekimler üzerinde işveren yönünden olumsuz izlenim bırakması nedeniyle 05.05.2008 tarihli yazılı uyarı verilmiştir. Davacının verilen uyarı ve ihtarlardan sonra olumsuz tutum ve davranışlarına devam ettiği ileri sürülmüş ise de, en son verilen uyarı cezasından itibaren fesih tarihine kadar feshi gerektirecek herhangi bir davranışta bulunduğu davalı işverence kanıtlanmamıştır. Bu durumda feshin geçerli nedene

dayandığı kabul edilemez. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1-) Yerel Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2-) İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3-) Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 5 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4-) Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6-) Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 575,00 TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7-) Davacı tarafından yapılan 60,00 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8-) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 28.09.2009 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41791
Karar No **:** 2009/24389
Karar Tarihi **:** 28.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşverenin belirli bir süre aldığı işletmesel kararı uygulamaması ve diğer işçileri nakle tabi tutması, keyfi davrandığı anlamına gelmeyeceği gibi, istihdam fazlalığında emekliliğe hak kazananların seçilmesi objektif bir kriterdir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, şirketin özelleştirme kapsamına alındığını ve tekelinde olan tütün alım satım ve dağıtımı işinin tekel olmaktan çıktığını, yasa ile yapılan destekleme alımlarının kaldırıldığını, özel sektör ile rekabeti karşılayacak şekilde fabrikada gerekli modernizasyonun sağlanamadığını, pazar payındaki bu düşüş sebebiyle yeniden yapılanma kararı alındığını, Yönetim Kurulunun 18.06.2007 gün ve 141 sayılı kararı uyarınca personel azaltılması yönünde karar alındığını ve anılan karar uyarınca emekliliği hak etmiş işçilerin sözleşmesinin feshedilmesine karar verildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı işverenin tüm işletmelerinde üretimin azaldığı, Adana işyerinde de üretim düşüşü ve personel azalması kabul edilmekle birlikte, işverenin 2005 yılında aldığı karar ile emekliliği gelenlerin işten çıkarılması kararını 2007 yılı Haziran ayına kadar durdurduğu, İstanbul, Samsun ve Tokat fabrika işyerlerinde her ne kadar yeni işçi alımı yok ise de emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedilmediği, diğer işyerlerinden bu fabrikalara nakil yapıldığı, 23 yıldır çalışan usta seviyesine gelmiş davacının bu yere naklinin düşünülmediği, işverenin fesih işleminde eşit davranmadığı, feshin bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar emsaller gerekçe gösterilerek, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı(tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Diğer taraftan emeklilik olgusu, işçinin yeterliliği ile ilgili bir kavramdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali, geçerli bir fesih nedeni olarak belirtilmiştir. Ayrıca Dairemiz uygulamasına göre, işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması geçerli neden kabul edilmektedir.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin tüm işletmelerinde üretimin azaldığı, Adana işyerinde de üretim düşüşü bulunduğu ve bu nedenle istihdam fazlalığının oluştuğu anlaşılmaktadır. Esasen bu olgu mahkemenin de kabulündedir. Ancak

mahkemece işverenin 2005 yılında aldığı emekliliği gelenleri çıkarma işlemini belirli bir süre askıya alması ve bazı işçileri diğer işyerlerine nakletmesini dikkate alarak, davalı işverenin fesihte eşit işlem borcuna aykırı davrandığı, feshe son çare olarak bakmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar vermiş ve davalının keyfi davrandığını gerekçe yapmıştır. Ancak gerek dosya içeriğinden ve gerekse Dairemizden geçen emsal (2009/21082 Esas), davalı işverenin özelleştirme kapsamında olduğu, bazı fabrikaları ve bölümleri kapattığı, emekliliği gelenler ile yeni işçileri işten çıkardığı, diğer işçileri ise daha uygun iş yerlerine naklettiği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin belirli bir süre aldığı işletmesel kararı uygulamaması ve diğer işçileri nakle tabi tutması keyfi davrandığı anlamına gelmez. İstidam fazlalığı kanıtlanmıştır. İstihdam fazlalığında emekliliğe hak kazananların seçilmesi objektif bir kriterdir. Yeni işçi alımı bulunmamaktadır. Davalı işveren işletmesel kararı tutarlı şekilde uygulamıştır. Bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının iş sözleşmesinin işyerinin ve işin gereklerine dayanan nedenle feshedildiği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 36,40 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 28.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/1917
Karar No **:** 2009/29704
Karar Tarihi **:** 02.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Grup şirketlerinden bir şirketin diğer şirketle birleşmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, istihdam fazlalığı ortaya çıksa dahi, işçinin birleşen şirket dışında aynı faaliyette bulunan diğer şirketlerde değerlendirme olanağının olup olmadığının araştırılması gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davalı şirketle birleşen C. Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi'ne ait Mersin işyerinde Mersin Bölge Müdürü olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, C. Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi'nin 02.08.2007 tarihi itibari ile davalı T. Cam San. A. Şirketi ile birleşerek tüzel kişiliğinin sona erdiğini, yapılan organizasyon çalışmaları sonucunda ana şirket Ş. şirketine bağlı grup şirketlerinin kendi lojistik ihtiyaçlarını kendilerinin karşılayacaklarının bildirildiğini, tüzel kişiliği sona eren C. şirket lojistik kadrolarında çalışanların başka işler ve işyerlerinde çalıştırabilme olanaklarının araştırıldığını, davacı için unvan ve özlük hakları ile kendisinin istihdam edileceği boş ve yeni bir kadro bulunamadığını ve emeklilik hakkını da kazandığı dikkate alınarak iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin geçerli işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dosya üzerinde hukukçu bilirkişiden rapor alınarak ve savunmaya değer verilerek, davacının iş sözleşmesinin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'nın 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/20517 Esas, 2008/12483 Karar sayılı ilamı). Öncelikle gerekçesiz karar verilmesi anılan düzenlemelere aykırıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri

içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir.

Diğer taraftan emeklilik olgusu, işçinin yeterliliği ile ilgili bir kavramdır. Salt emekliliğe hak kazanmak fesih için geçerli neden teşkil etmez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali, geçerli bir fesih nedeni olarak belirtilmiştir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06.10.2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11.09.2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar sayılı ilamlarımız).

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Bunun dışında aynı gruba bağlı şirketlerin ana şirket (Holding) etrafında birleştikleri, aynı gruba bağlı ana şirket dışında, ana şirketin asıl faaliyet alanına dahil asıl veya yardımcı işler dahil, değişik faaliyet alanlarında birden fazla şirket kurulduğu, özellikle ana şirket personel yönetmeliğinin tüm şirketlere uygulandığı, şirketler arasında bu yönetmelik kapsamında işçi nakilleri gerçekleştiği de bilinmektedir. Ana şirket veya Holdinge bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliğe ve bu nedenle çalışanlarının çalıştığı şirket içinde değerlendirilmesi gerektiği, diğer bağlı şirketlerde istihdam için araştırma yapma zorunluluğu olmadığı genel bir olgu olmakla birlikte, yönetim şekli, aralarındaki organik bağ ve yaşanan işçi nakilleri nedeni ile istisnai olarak dikkate alınmalı ve diğer şirketlerde istihdam olanağı olup olmadığı araştırılmalıdır.

Dosya içeriğine göre davalı şirket ile birleşen ve bu şekilde tüzel kişiliği sona eren C. Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi, davalı şirket gibi Ş. A. Şirketi ana şirketine bağlı grup şirketidir. Ana şirket Ş. A. Şirketine bağlı 51 şirket bulunmaktadır. Sigorta sicil kaydına göre davacı, davalı şirket dışında, birleşen ve tüzel kişiliği sona eren şirket yanında diğer şirketlerde de çalıştırılmıştır. Dava dışı ana şirket Ş. A. Şirket Personel Yönetmeliğinin tüm şirketler için de uygulandığı ve davacının bu yönetmelik kapsamında diğer şirketlere nakledildiği, bir nevi grup şirketleri arasında hizmet akdi devri yaşandığı, davacının en son çalıştığı ve davalı şirket ile birleşen C. Lojistik Hizmetleri ve Ticaret A. Şirketi'nin de aynı grup tarafından yardımcı iş niteliğinde olan

lojistik faaliyet alanı için kurulduğu, ancak bundan sonra her şirketin bu hizmeti kendi içinde karşılayacak olması nedeni ile davalı şirket ile birleştirildiği ve tüzel kişiliğine son verildiği, birleşmeden yaklaşık 4 ay sonra da davacının iş sözleşmesinin bu neden gösterilerek feshedildiği anlaşılmaktadır. Hükme esas bilirkişi raporunda, devrin 4 ay önce gerçekleştiği, fesih için makul sürenin aştığı belirtilmekle birlikte, holding bünyesinde birden fazla şirket olsa da her şirketin ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğu, davalı şirketin diğer şirketlerde istihdam için araştırma yapma zorunluluğu olmadığı, feshin son çare olması ilkesinin yalnız davalı şirket bünyesinde aranması gerektiği, davacının emeklilik hakkını kazanması ve emekliliğin işletme gerekleri ile fesihte bir kriter olması nedeni ile feshin geçerli nedene dayandığı" şeklinde tespitlere yer verilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, yukarıda açıklandığı gibi davalı şirket ana şirketin bağlı olduğu personel yönetmeliği kapsamında kalmakta, personel bu yönetmeliğe göre işe alınmakta, diğer şirketlere nakledilmekte ve işten çıkarılmaktadır. Nitekim davacı da bu kapsamda aynı grup şirketlerinde farklı şirketlerde çalışmıştır. Birleşen şirketin tüm şirketlerin lojistik hizmetlerini temin etmek için kurulduğu, fesihten 4 ay önce lojistik hizmetin diğer grup şirketlerinin artık kendi içinde karşılamaları yönünde karar alınması nedeni ile bu şirketin davalı şirket ile birleştirildiği, tüzel kişiliğine son verildiği ve çalışanlarının da diğer şirketlere nakledildiği sabittir. Grup şirketlerinden bir şirketin diğer şirketle birleşmesi ve tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, istihdam fazlalılığı meydana geleceği açıktır. Ancak açıklandığı gibi davacının birleşen şirket dışında diğer şirketlerde değerlendirme olanağının olup olmadığının somut olarak araştırılması gerekir. Zira ana şirket yönetmeliği bunu gerektirdiği gibi grup şirketleri kendi bünyesinde lojistik faaliyetine devam etmektedir. Kısaca lojistik faaliyetinde bulunan şirket tüzel kişiliğini sona erdirse bile, lojistik faaliyeti devam etmektedir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/39824
Karar No **:** 2009/29938
Karar Tarihi **:** 02.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Genel ekonomik krizden şirketlerin etkilenip etkilenmediği, mali tabloların incelenmesi ile açıklığa kavuşturulup, feshin kaçınılmaı olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinde varsa tensikat kuralına uyulup uyulmadığı belirlenerek karar verilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, şirketin otomotiv sektöründe yoğun olarak hissedilen ekonomik krizden fazlası ile etkilenmiş olduğunu, davacının iş akdinin tüm dünyayı etkisi altına alan ve giderek ağırlaşan ekonomik kriz nedeniyle feshedilmiş olduğunu, yeni işçi alınmadığını, son çare olarak feshe başvurulduğunu, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının iş akdinin feshinden sonra işyerinde işlerin yoğunlaştığı, "feshin son çare olması" ilkesine uyulmadığı, ayrıca davacının çalıştığı bölümde davacıdan daha az kıdeme sahip işçilerin bulunması nedeniyle "ilk giren son çıkar" ilkesinin de uygulanmadığı, bu nedenle işyerinden çıkarılma gerekçesinin, davalı tarafın iddia ettiği gibi ekonomik krizden kaynaklanmadığı, işletme riskinin işçi çıkarma yolu ile giderilmediği, alınan işletmesel kararın tutarlı olarak uygulanmadığı, ölçülülük- son çare ilkesine uyulmadığı, haklı ve geçerli bir neden olmaksızın davacının iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 6294-32601 sayılı kararı). 4857 sayılı İş Kanunu 18/3 maddesi sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırımcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlaması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir (06.10.2008 gün ve 30274-25209; 11.09.2008 gün ve 25324- 23401 sayılı kararlar).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir

bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

Ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretim de düşüşler nedeni ile işçi çıkarılması kararı bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Ekonomideki durgunluk ve kriz dönemlerinde, ekonomik daralmaya bağlı olarak işten çıkarmanın gerçekleşmesi halinde, öncelikle genel ekonomik kriz var ise tüm sektörler baz alınarak, işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde kriz var ise, sadece faaliyet alanı için sektörel denetim, daha sonra ise işletmenin iç denetiminin yapılması gerekir.

İşletmenin faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik göstergeler geçerli nedenin açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz eder. Bu göstergelerden biri; ilgili sektörde iktisadi faaliyet kollarına göre Gayri Safı Yurtiçi Hasıla(GSYIH)' nın zaman içinde nasıl değiştiğidir. Buna göre işten çıkarmanın gerçekleştiği sektörün GSYİH' ya katkısı diğer faaliyet kollarına oranla son dönemlerde azalmışsa, sektörel bir olumsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir. İkinci bir gösterge ise, sektörel bazda ekonomik faaliyetler hakkında bilgi veren Sanayi Üretim Endeksi'dir. İşten çıkarmanın olduğu sektörün yer aldığı alt endeksin zaman içinde gelişimi incelenerek ilgili sektörün zor durumda olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir başka gösterge de; işten çıkarmanın olduğu sektörde son dönemde istihdam edilenlerin sayısında önemli bir değişiklik olup olmadığını gösteren "istihdam edilenlerin iktisadi faaliyet konularına göre dağılımı" dır. İlgili sektörde son dönemde istihdamda bir azalma ya da diğer iş

kollarına göre daha az bir artış gerçekleşmişse sektörel bir olumsuzluktan söz edilebilecektir.

Ekonomide yaşanan değişimler bölgesel bazda da farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bazı bölgelerin zaman içinde ülke geneline oranla daha hızlı büyüyüp ekonomik büyümeye katkıları artarken, bazı bölgelerin GSYİH' ya katkısı zaman içinde daha düşük olabilir. Bu nedenle, işten çıkarmanın gerçekleştiği sektör kadar coğrafi bölgenin de önemi vardır. Bu konuda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanan Karşılaştırmalı Bölgesel Gösterge Yayınlarından yararlanılarak; işten çıkarmanın gerçekleştiği şirketin faaliyet gösterdiği bölgenin ekonomik kalkınmasına ve iş durumuna bakarak daha sağlıklı bir karara varılabilir. Aynı zamanda her bir bölgenin GSYİH' ya katkısı dolayısıyla bölgesel kalkınma ve ekonomik canlılık yine TÜİK tarafından hazırlanan raporlardan tespit edilebilir.

Genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli neden olmaz. Bunun için yukarıda belirtilen makroekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olması ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekir.

Genel ve sektörel şartlar olumlu seyretse de, işletmenin kötü yönetimi veya diğer özel sebeplerden dolayı zarar görmesi de istihdamı olumsuz etkileyebilir.

Ekonomik krizin yansıması ile şirketin mali durumundaki değişim, bilançosuna bakılarak anlaşılabilir. Şirketlerin çoğunluğunda dönem sonunda mali tablolar (bilanço, gelirgider tablosu) hazırlanır. Bu mali tabloların karşılaştırılmasından hareketle, şirketin ekonomik krizden ne kadar etkilendiği tespit edilebilir. Bunun için, kriz öncesi döneme ait muhasebe verileriyle kriz dönemi esnasındaki muhasebe verileri karşılaştırılmalı, değişimin ne kadar büyüklükte olduğu ve sebebinin krizle ilişkili olup olmadığı belirlenmelidir.

Tüm bu durumlarda yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, hesap uzmanı, gelirler kontrolörleri veya üniversitelerde sadece maliye bölümü vergi alanındaki öğretim üyeleri ile işletme bölümü finansman ve muhasebe öğretim üyelerinden en az biri aracılığı ile ilgili kurumlardan kayıtlar getirildikten sonra işyerinde keşif yapılarak ve şirket mali ve ticari kayıtları, personel giriş ve çıkış kayıtları, sermayesi ve öz varlıkları, borçları-alacakları, satış ve üretim değerleri, kısaca mali bilançosu ve defterleri incelenerek bir sonuca varılabilir.

Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin genel ve sektörel ekonomik kriz sonucu yaşanan sipariş iptalleri, satış ve üretim miktarlarındaki düşüş nedeniyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı şirket Direktörler Kurulunca 04.11.2008 tarihinde ekonomik kriz nedeniyle üretimin düşürülmesine, azalan üretime bağlı olarak, blok duruşlar ve vardiya iptalleri yapılmasına, duruş günlerinde ve vardiya iptallerinde personelin bakiye yıllık izinlerinin kullandırılmasına, yıllık izinleri kalmayan personelin ücretsiz izinli sayılması için yetkili bulunan … Sendikası ile görüşmeler yapılmasına, maliyetleri düşürecek her türlü tasarruf tedbirleri alınmasına, alınan tüm tedbirlere rağmen istihdam sayısının iş miktarına göre fazla kalması halinde öncelikle belirli süreli hizmet sözleşmelerinin yenilenmemesine, daha sonra gönüllü olarak ayrılmak isteyenlerin çıkarılmasına, emekliliği gelen personel ile askerlini yapmamış olanların

belirlenerek bu personellerin iş sözleşmelerinin feshine, bu sıralamaya rağmen istihdamın iş miktarından fazla kalmaya devam etmesi halinde, ilgili dırektörlerce belirlenecek sayıdaki personelin iş sözleşmelerinin feshine karar verilmiştir. Davalı işveren ile işyerinde yetkili sendika arasında düzenlenen 02.12.2008 tarihli tutanakta ekonomik kriz nedeniyle alınan tüm önlemlere rağmen krizin halen devam etmesi ve ne zaman sona erecek olmasının da bilinmemesi nedeniyle çalışanların iş hacmine uygun hale getirilmesine ve bu kapsamda 168 işçinin işten çıkarılmasına karar verilmiştir. Aynı tutanakta öncelikle emekliliğe hak kazanmış olanlar ve askerliğini yapmamış olanların çıkarılacağı belirtilmiştir.

Mahkemece işyerinde keşif yapılarak alınan bilirkişi kurulu raporunda davalı şirketin satış miktarını artırdığı, daha düşük kar elde etmekle bir önceki yıla göre karlılığını sürdürdüğü, şirketin mali yapısında önemli değişiklik olmadığı, planladığı üretim miktarını büyük oranda sağladığı, ilk giren son çıkar ilkesine uyulmadığı, kısa çalışma ödeneği ile ilgili başvurusunun sonuçlarının tam olarak elde edilmeden fesih yoluna gidildiği belirtilmiştir. Aynı raporda Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık 2008 aylarında otomotiv sektöründeki krizin şirketin satışlarını olumsuz yönde etkilediği, satış maliyetinde ve kârda azalma meydana geldiği, üretim planının tutmadığı, 2008 yılı Kasım ayında 4 gün, Aralık ayında 12 gün olmak üzere toplam 16 gün üretimin durduğu, 11 gün vardiya durmalarının yaşandığı tespit edilmiştir. Görüldüğü gibi rapor kendi içinde çelişkilidir. Öte yandan, işyerinde "ilk giren son çıkar" kuralına uyulmadığı belirtilmişse de, bu kuralın dayanağı düzenlemenin ne olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle yapılacak iş; öncelikle yukarıda açıklanan bilgiler ilgili yerlerden sorularak yine yukarıda nitelikleri belirtilen uzman kişilerin de aralarında bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulundan davalı şirketin ekonomik krizden etkilenip etkilenmediği, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, toplu iş sözleşmesinde varsa tenkisat kuralına uyulup uyulmadığı, davalı şirket Direktörler Kurulu kararında ve sendika ile yapılan tutanakta belirtilen kriterlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığını, fesihten sonra davacının yapabileceği işler için veya davacı ile aynı nitelikte yeni işçi alınıp alınmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/37501
Karar No **:** 2009/29995
Karar Tarihi **:** 02.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde belirlenen kriterler objektif olmalıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin geçersizliğine karar verilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, ülkede ve sektörde yaşanan ekonomik kriz nedeniyle sipariş, üretim ve satışta azalma meydana geldiğini, maliyet girdilerinin arttığını, üretim kapasitesinin düşürülmesi sonucu daha önce iki vardiya ile üretim yapılmakta iken, tek vardiya ile üretim yapılmaya başlandığını, bu nedenle şirketin işçilik ve sabit gider maliyetlerinin büyük ölçüde arttığını, şirketin zarar ettiğini, son çare olarak feshe başvurulduğunu, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılarak feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel kararlardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşçi, fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı). 4857 sayılı İş Kanunu 18/3 maddesi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırımcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlaması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira, bu nedenlerin ispat edilmesi halinde, yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir (06.10.2008 gün ve 30274-25209; 11.09.2008 gün ve 25324-23401 sayılı kararlar).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir. İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkanına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı Yasa'nın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

Ekonomik krizden dolayı iş hacminde daralma, satışlarda ve üretimde düşüşler nedeni ile işçi çıkarılması kararı, bağlı işveren kararıdır. Bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen ekonomik nedenler araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Ekonomideki durgunluk ve kriz dönemlerinde, ekonomik daralmaya bağlı olarak işten çıkarmanın gerçekleşmesi halinde, öncelikle genel ekonomik kriz var ise tüm sektörler baz alınarak, işletmenin faaliyet gösterdiği sektörde kriz var ise sadece faaliyet alanı için sektörel denetim, daha sonra ise işletmenin iç denetiminin yapılması gerekir.

İşletmenin faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik göstergeler geçerli nedenin açıklığa kavuşturulması bakımından önem arz eder. Bu göstergelerden biri; ilgili sektörde iktisadi faaliyet kollarına göre Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYİH)'nın zaman içinde nasıl değiştiğidir. Buna göre işten çıkarmanın gerçekleştiği sektörün GSYİH'ya katkısı diğer faaliyet kollarına oranla son dönemlerde azalmışsa, sektörel bir olumsuzluğun varlığı kabul edilebilecektir. İkinci bir gösterge ise, sektörel bazda ekonomik faaliyetler hakkında bilgi veren Sanayi Üretim Endeksi'dir. İşten çıkarmanın olduğu sektörün yer aldığı alt endeksin zaman içinde gelişimi incelenerek ilgili sektörün zor durumda olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir başka gösterge de; işten çıkarmanın olduğu sektörde son dönemde istihdam edilenlerin sayısında önemli bir değişiklik olup olmadığını gösteren "istihdam edilenlerin iktisadi faaliyet konularına göre dağılımı"dır. İlgili sektörde son dönemde istihdamda bir azalma ya da diğer iş kollarına göre daha az bir artış gerçekleşmişse, sektörel bir olumsuzluktan söz edilebilecektir.

Ekonomide yaşanan değişimler bölgesel bazda da farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bazı bölgelerin zaman içinde ülke geneline oranla daha hızlı büyüyüp ekonomik büyümeye katkıları artarken, bazı bölgelerin GSYİH'ya katkısı zaman içinde daha düşük olabilir. Bu nedenle, işten çıkarmanın gerçekleştiği sektör kadar coğrafi bölgenin de önemi vardır. Bu konuda Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanan Karşılaştırmalı Bölgesel Gösterge Yayınlarından yararlanılarak; işten çıkarmanın gerçekleştiği şirketin faaliyet gösterdiği bölgenin ekonomik kalkınmasına ve iş durumuna bakarak daha sağlıklı bir karara varılabilir. Aynı zamanda her bir bölgenin GSYİH'ya katkısı dolayısıyla bölgesel kalkınma ve ekonomik canlılık yine TÜİK tarafından hazırlanan raporlardan tespit edilebilir.

Genel veya sektörel kriz tek başına fesih için geçerli neden olmaz. Bunun için yukarıda belirtilen makroekonomik ve sektörel faktörlerin işletmeyi de olumsuz etkilemiş olması ve buna bağlı olarak istihdam fazlalığının doğmuş olması gerekir.

Genel ve sektörel şartlar olumlu seyretse de, işletmenin kötü yönetimi veya diğer özel sebeplerden dolayı zarar görmesi de istihdamı olumsuz etkileyebilir.

Ekonomik krizin yansıması ile şirketin mali durumundaki değişim, bilançosuna bakılarak anlaşılabilir. Şirketlerin çoğunluğunda dönem sonunda mali tablolar (bilanço, gelir-gider tablosu) hazırlanır. Bu mali tabloların karşılaştırılmasından hareketle, şirketin ekonomik krizden ne kadar etkilendiği tespit edilebilir. Bunun için, kriz öncesi döneme ait muhasebe verileriyle kriz dönemi esnasındaki muhasebe verileri karşılaştırılmalı, değişimin ne kadar büyüklükte olduğu ve sebebinin krizle ilişkili olup olmadığı belirlenmelidir.

Tüm bu durumlarda yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, hesap uzmanı, gelirler kontrolörleri veya üniversitelerde sadece maliye bölümü vergi alanındaki öğretim üyeleri ile işletme bölümü finansman ve muhasebe öğretim üyelerinden en az biri aracılığı ile ilgili kurumlardan kayıtlar getirildikten sonra işyerinde keşif yapılarak ve şirket mali ve ticari kayıtları, personel giriş ve çıkış kayıtları, sermayesi ve öz varlıkları, borçları-alacakları, satış ve üretim değerleri, kısaca mali bilançosu ve defterleri incelenerek bir sonuca varılabilir.

İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen "mutlak ayırım yasağı" dışında, işvereni bağlayan herhangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu konuda işçi ve işverenin birtakım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin -diğer şartlar da gerçekleşmişse-geçersizliğine karar verilir. Öte yandan, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmamasına rağmen, işveren fesihte gözönünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlıdır. Dairemiz uygulamasına göre performans düşüklüğü, belli bir yaşı doldurma ve emekliliğe hak kazanma, işçinin kıdemi gibi seçim kriterleri objektif olarak kabul edilmektedir. İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde işten çıkarılacak işçinin seçiminde performans durumu gözönünde bulundurulmuşsa, performans düşüklüğünün ne şekilde belirlendiği

konusunda salt performansa bağlı olarak yapılan fesihlerdeki gibi katı davranılmaması yerinde olur. Başka bir anlatımla, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde seçim kriteri yapılan performansın nasıl belirlendiği konusunda işverenin takdir yetkisine öncelik veren esnek bir uygulama yapılmalıdır. Yeter ki, takdir hakkı kötüye kullanılmamış olsun. Bu gibi durumlarda fesih tarihi itibariyle performansı daha düşük işçinin çalıştırılmaya devam edip edilmediği belirleyici olabilir.

Dosya içeriğine göre, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından ülkede ve sektörde yaşanan ekonomik kriz nedeniyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren, işten çıkarılan işçilerin seçiminde son performans durumu, üstlerine saygı, arkadaşları ile geçimi, genel hal-davranış, disiplin durumu, iş kalitesi, hata durumu, hastalık nedeniyle işe gelememe, istirahat gün sayısı (2008 yılı 10 gün ve üzeri) ve disipline riayeti gibi kriterlerin dikkate alındığını belirtmiş, tüm işçilerin performans ve disiplin durumları ile ilgili belge sunulmuştur. Anılan belgede davacının performans durumunun düşük olduğu belirtilmiştir.

Mahkemece alınan ve hükme esas alınan bilirkişi raporunda özetle; davalı şirketin bütün satışlarında azalma olduğu, zararlarının ise sürekli olduğu ve 2008 son dönemde arttığı tespit edilmekle birlikte, işyerinde bütün hatlarda üretimin devam ettiği ve davacı işçinin performans düşüklüğünün ispatlanamadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı belirtilerek feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmıştır. İşyerinde bölüm kapatıldığı iddia edilmediğine göre, bütün hatlarda üretimin devam etmesi doğal karşılanmalıdır. Aynı rapora göre fesih tarihi itibariyle işyerinde üretim ve satış adedinde azalma meydana geldiği anlaşılmaktadır. Sözü edilen rapor yukarıda açıklanan ilkeleri ve olguları karşılamamaktadır. Zira davalı işverenin faaliyet alanı gösterdiği sektörde kriz olup olmadığı, davalı işverenin bu krizden etkilenip etkilenmediği, etkilenmiş ise istihdam azaltılmasını gerektirip gerektirmediği araştırılmadığı gibi, işverenin aldığı işletmesel kararı tutarlı olarak uygulayıp uygulamadığı, özellikle yeni personel alımı yapılıp yapılmadığı, alınan personelin iş sözleşmeleri feshedilen işçiler yerine alınıp alınmadığı, aynı özellikleri taşıyıp taşımadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, fesih dışındaki önlemlerle daralmanın giderilip giderilmeyeceği, işten çıkarılan işçilerin seçiminde gözönünde bulundurulduğu belirtilen performansın araştırılması bakımından işyerinde performansı davacı işçiden daha düşük olan işçi bulunup bulunmadığı, bu durumdaki işçinin çalıştırılmaya devam edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu nedenle, işyerinde yukarıda belirtilen nitelikleri taşıyan bilirkişilerin de aralarında bulunduğu bilirkişi heyeti ile keşif yapılarak ve açıklanan denetimleri sağlayacak rapora göre karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporu ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/42155
Karar No **:** 2009/32424
Karar Tarihi **:** 01.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Yardımcı iş niteliğindeki işin alt işverene verilmesi, bir nevi yeniden yapılanma olup, kural olarak fesih için geçerli neden teşkil eder. Bu durumda, işçinin diğer bölümlerde değerlendirilme imkânının olup olmadığına göre sonuca gidilmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından sendikal örgütlenmeyi engellemek amacıyla haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, güvenlik hizmetlerinin dışarıdan satın alınmasına karar verilmesi nedeniyle güvenlik görevlisi olarak çalışan ve başka bir bölümde değerlendirme imkânı bulunmayan davacının iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesine aykırı olarak yazılı bildirimde bulunulmaksızın feshedildiği, feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Öncelikle dosyada mevcut yazılı fesih bildiriminde davacının fesih bildirimini almaktan imtina ettiğine dair şerh düşüldüğü ve iki kişi tarafından imzalandığı anlaşılmaktadır. Sözü edilen bildirimin davacıya tebliğ edilip edilmediği araştırılmadan feshin yazılı yapılmadığının kabulü doğru olmamıştır.

Dosya içeriğine göre, davalı işveren güvenlik hizmetlerinin dışarıdan satın alma yoluna gidildiğini, bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürmüştür. Dosyada bulunan güvenlik hizmetleri sözleşmesine göre davalı şirketin güvenlik hizmetlerini dava dışı bir firma ile yaptığı sözleşmeyle temin ettiği anlaşılmaktadır. Yardımcı iş niteliğindeki işin alt işverene verilmesi bir nevi yeniden yapılanma olup, kural olarak fesih için geçerli neden teşkil eder. Bu durumda, davacının diğer bölümlerde değerlendirilme imkânının olup olmadığına göre sonuca gidilmesi gerekir. Davacının mevcut durumu ya da kısa bir eğitimle yapabileceği iş olup olmadığı, bu tür işe fesihten

kısa bir süre önce ve sonra yeni işçi alınıp alınmadığı araştırıldıktan sonra feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir.

Öte yandan, işverence yapılan feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu da taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Somut olayda dava konusu işyerinde sendikanın örgütlendiği aşamada davacının iş sözleşmesi feshedilmiş ise de, tanık anlatımlarına göre işyerinde halen sendikalı işçi çalıştığının anlaşılması karşısında işverenin sendikal nedenle hareket edip etmediğinin belirlenmesi bakımından yukarıda belirtilen hususlarda araştırma yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/8399
Karar No **:** 2009/32595
Karar Tarihi **:** 01.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli fesih imkanını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın işverence feshedildiğini, uyumlu bir çalışan olduğunu, işyerinde somut olarak ortaya konulmuş performans kriterleri bulunmadığını belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, feshin geçerli nedene dayandığını, işçinin 2003-2004-2005-2006 yıllarında zayıf sicil notu aldığını, sicil amiri değişikliğine gidildiğini, tayin olduğu 2294 nolu … Tarım Kredi Kooperatifindeki çalışmaları sonrasında 2007 yılı sicil notunun da zayıf olduğunu, yetersiz ve verimsiz bir personel olması nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının performans yetersizliğinin hangi kriterlere göre belirlendiğinin kanıtlanamadığı, davalı tanıkları yetersiz olduğunu belirtmekle birlikte bunların davacıya zayıf sicil notu veren amirleri konumunda olduğu, davacı tanıklarının da bir eksikliğin bulunmadığını beyan eden kooperatif yönetim kurulu üyeleri olduğu gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiştir. Hüküm davalı vekilince temyize getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hallerdir.

Yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular. (Dairemizin 15.12.2008 gün ve 2008/8488 Esas, 2008/33641 Karar sayılı ilamı).

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır, işçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir.

İşçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmasının iş sözleşmesinin geçerli fesih nedenini oluşturabilmesi için, iş sözleşmesi feshedilen işçi ile aynı veya benzer işi gören işçinin verimi arasında bir karşılaştırma yapılır. Bu konuda işveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırmakla yükümlüdür. Ancak bu karşılaştırma yapılırken, her insanın farklı yapı ve farklı çalışma kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Kuşkusuz işçinin verim düşüklüğünün yaşlanma gibi bünyedeki doğal bir gelişime dayanması hâlinde işveren, işçinin verim ve performans düşüklüğüne katlanmalıdır. İş sözleşmesinin geçerli feshi, ancak, işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile bütünüyle artık uymadığının kabul edilebildiği an mümkün olabilecektir. Ancak, verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. İşte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülmüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir. Keza, işçinin çalıştığı işte çalışabilme için istenen profil, devamlı olarak gelişen ve yenilenen bir mesleki bilgiye sahip olunmasını gerektiriyorsa, işçiye bu profile uygun bilgiyi edinebilmesi için fırsat verilmelidir.

İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih nedeninin oluşabilmesi için sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışma metodunun değiştirilmesi nedeniyle, işçinin, yeni mesleki eğitim alması imkânı sağlanmasına rağmen, borçlanılan iş ediminin ifası için gerekli olan mesleki bilgiyi kısa sürede kazanabilecek durumda olmaması halinde de, mesleki açıdan uygunluğun olmadığı kabul edilir.

Dosya içeriğine göre, yetkisiz memur olarak 15 yılın üzerinde davalı nezdinde çalışan davacının sözleşmesi 2006 yılında zayıf sicil notu alması sonunda son savunması alındığı halde 2007 yılında da durumunda düzelme görülmemesi, zayıf sicil notu alması, yetersiz ve verimsiz bir personel olması nedeniyle mesaisinden yararlanılamadığından 4857 sayılı Yasanın 18. maddesi gereği ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek sona erdirilmiştir. İşverenin değişik işyerlerinde çalışmış olan işçinin geçmiş yıllara ilişkin zayıf sicil notu alması nedeniyle uyarıldığı, savunmasının alındığı, verimli olamadığını savunmasında da kabul ettiği, uyarılara rağmen durumunda düzelme gözlenmediği, başka kooperatife tayin edilmesinin de olumlu sonuç vermediği, davacı ile birlikte çalışmış olan davalı tanık anlatımlarından da davacının kendisinden beklenen mesleki verimliliği gösteremediği, iş edimini usulüne uygun şekilde ifa edemediği sabittir. Sözleşmenin feshi geçerli nedene dayanmaktadır, işe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde iadeye karar verilmesi hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1-) Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2-) **DAVANIN REDDİNE,**
3-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4-) Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 69,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5-)Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6-) Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 01.12.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/11766
Karar No **:** 2009/35109
Karar Tarihi **:** 14.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Grup şirketlerinde birlikte istihdam şeklindeki çalışma biçiminde işçilerin aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet vermeleri halinde, tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin, geçerli neden olmadan, davalı işveren tarafından feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin usulüne uygun olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, "Davalı iş yerinden gelen cevaba göre davacının iş akdinin feshedildiği 31.10.2008 tarihi öncesi işyerinde davacı ile birlikte 29 işçinin çalıştığı anlaşılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde "30 veya daha fazla işçi çalıştıran iş yerlerinde belirtilmekte olup işe iade davalarının iş yerinde en az 30 işçinin çalışması halinde açılabileceği ve görülebileceği anlaşılmakla ve davacının da işten

çıkarıldığı tarih öncesi iş yerinde 29 işçinin çalıştığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asil işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamımız).

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak

tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bordro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İş K mad. 4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışından kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 İşçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. (Dairemizin 21.07.2008 gün ve 2008/25552 Esas, 2008/20932 Karar sayılı ilamımız).

Mahkemece, değinilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmişse de, yapılan inceleme hüküm kurulması için yeterli değildir. Dosya içeriğinde, aylık prim ve hizmet belgesinin bulunmasına karşın, dönem bordrolarının ve davalı ile asıl işveren arasındaki sözleşmenin celp edilmediği anlaşılmaktadır. Mahkemece, bahsi geçen belgeler getirtilip davalı ile asıl işveren arasındaki sözleşmenin işçilik teminine ilişkin olup olmadığı, davalı işyerinde sigortasız ya da başka işyerlerine kayıtlı işçilerin çalışıp çalışmadığı, davalının başkaca işyerleri bulunup bulunmadığı hususları taraf tanıkları da dinlenmek suretiyle, çalışan işçi sayısı tespit edildikten sonra sonuca gidilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/247
Karar No **:** 2009/37746
Karar Tarihi **:** 28.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/18

ÖZÜ : ***Asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğuna karar verilirse, feshin geçerli sebebe dayandırılması için aranan 30 işçi sayısı, alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışan işçiler dikkate alınarak belirlenmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, dava dışı Ç. A.Ş.'ye müteahhitlik hizmeti verdiklerini, davacının iş akdinin feshedildiği tarihte şirkette çalışan işçi sayısının 30'un altında olduğunu, bu nedenle gerekli dava şartının gerçekleşmediğini, davacının Temmuz 2008 başında müracaat ederek işten ayrılmak istediğini, kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesini istediğini bildirdiğini, hak kaybına uğramaması için kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davalı işverenin işçi sayısının 30 işçiden az olması nedeniyle davacının iş güvencesine tabi olmadığı, her ne kadar davacı vekili tarafından davacının Ç. A.Ş. işyerinde asıl işlerde çalıştırıldığı muvazaalı olarak davacının davalı şirket elemanı olarak gösterildiği iddia edilmişse de, Ç. A.Ş aleyhine açılmış bir davanın bulunmadığı, kaldı ki muvazaanın varlığı tespit edildiği takdirde de davalı aleyhine açılmış olan işe iade davasının reddedilmesi gerektiği gerekçesi ile davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/2 Maddesi'ne göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı kanunun 18/4 Maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (Dairemizin 24.03.2008 gün ve 2007/27699-2008/6006 sayılı kararı).

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dâhil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçişi iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bordro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İş K. Md. 4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışından kalaca-

ğından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 işçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. (Dairemizin 21.07.2008 gün ve 2008/25552-2008/0932 sayılı kararı).

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davalıya ait işyerinde fesih tarihi itibariyle 30'dan az işçi çalıştığı sabittir. Ancak davacı işçi davalı şirketin dava dışı Ç. A.Ş'ye ait asli işleri yaptığı, dava dışı Ç. A.Ş 'nin asıl faaliyet konusunun muhtelif firmalar tarafından yerine getirildiği, işçi sayısının buna göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Operatör unvanı ile çalışan davacının dava dışı Ç. A.Ş'ye ait teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen asıl işlerinde çalıştırılması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7. Maddesi'ne aykırı olacaktır. Bu durumda davacı başlangıçtan itibaren dava dışı Ç. A.Ş.'nin işçisi sayılmalıdır. Davacının dava dışı Ç. A.Ş'nin işçisi sayılması halinde belirtilen muvazaalı ilişkinin işverenin kim olduğu konusunda davacıyı yanılgıya düşürmesi nedeniyle temsilde hata olduğu kabul edilerek davasını adı geçen dava dışı şirkete yöneltilmesi için davacıya süre verilmeli; 30 işçi sayısı adı geçen şirketin aynı iş kolunda çalışan işçileri ile kanuna aykırı olarak kurulan veya muvazaaya dayanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında çalışan işçiler dikkate alınarak belirlenmelidir. Gerekirse makine mühendisi, mali müşavir ve hukukçudan oluşan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile işyerinde keşif yapılarak belirtilen yönlerden inceleme yapılarak hâsıl olacak sona göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27584
Karar No **:** 2008/5327
Tarihi **:** 18.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/19

450

ÖZÜ : ***İşçiye işe girdiğinde, objektif olarak belirlenen ölçütlere göre performans değerlendirilmesine tabi tutulacağına dair bir tebliğ yapılmadığı gibi, yıl sonundaki değerlendirme işçiye tebliğ edilmemiş ve performansının düşük olduğu ihtar edilmemiştir. Davacının ne şekilde performansının düşük olduğu, daha sonraki süreçte kendisinden ne beklendiği, beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinin neler olacağı açıklanmadığından, yapılan feshin geçerli nedenlere dayanmadığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, yapılan performans değerlendirilmesi sonucu davacının performansının düşük olduğunun tespit edildiği, tanıkların bunu doğruladığı, savunmasının istendiği, ancak verilmediği, davacının ağır iş yapamayacağına dair raporunun bulunmadığı, daha fazla verim alınması için işyeri değişikliği yaptığı, ancak performans düşüklüğünün devam ettiği, feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki usule göre yapıldığı ve geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'nci maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir.

İş Kanunu'nun gerekçesinde hangi hallerin işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih hakkı bahşedeceği örnek kabilinden sayılmış olup bunlar; ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir. Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması halinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkanını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır. (Von Hoyningen - Huesslene, G./Linck, R., § 1 KSchG Rdnr. 176 sh.165; Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C ./Laber, J, Kündigungsrecht, Teil 3 Rz. 4, sh.606). İşçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekir. İş sözleşmesinin işçinin fiziki ve mesleki yetersizliği nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, onun iş edimini yerine getirmesi için sahip olması zorunlu olan mesleki ve fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve onun iş ediminin usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekir. İşçinin yetersizliğine dayanan fesihlerde, iş edimi işçinin yeteneği gibi kendisinde objektif olarak bulunan hal ve hususiyetlerden dolayı sözleşmeye uygun olarak yerine getirilemezken, işçinin davranışından kaynaklanan fesihte, sözleşmenin ifasında işçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı nedeniyle iş edimi yerine getirilememektedir. Başka bir anlatımla, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin kabulü için, işçinin verim düşüklüğünün işçinin icra ettiği iş için gerekli olan fiziki veya fikri özellikleri haiz olmamasından kaynaklanmalıdır. Buna karşılık, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özelikleri haiz ve mesleki bilgilerle donanımlı; yani mesleki yetenek ve uygunluk açısından aranan niteliklere sahip olan bir işçinin, daha önce kendisine ihtar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebidir.

İşçinin performans ve verim düşüklüğünün hastalığından ileri gelmesi halinde ise, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih sebebi değil; hastalığa bağlı işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi söz konusu olur. Hastalığa bağlı verim düşüklüğü, iş sözleşmesinin feshi anında, işçinin verim düşüklüğünün gelecekte de devam edeceğine dair bir tahmini haklı kılmalıdır. Hastalığa bağlı performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli feshedilebilmesinin diğer bir şartı, bu durumun işyerinde önemli olumsuzluklara ve aksaklıklara sebep olması, işverenin işletme ile ilgili menfaatlerinin önemli ölçüde ihlal edilmiş olması gerekir.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.

İş Kanunu'nun 19.maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Buna göre salt işçinin savunmasının alınmaması tek başına süreli feshin geçersizliği sonucunu doğurur. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır.

Dosya içeriğine göre, 2004 yılında işe giren davacı işçi, 2005 yılı sonlarında ve 2006 yılı ortalarında performans değerlendirilmesine tabi tutulmuştur. Davacı işçiye işe girdiğinde, objektif olarak belirlenen ölçütlere göre performans değerlendirilmesine tabi tutulacağına dair bir tebliğ yapılmadığı gibi, 2005 yılı sonundaki değerlendirme davacıya tebliğ edilmemiş ve performansının düşük olduğu ihtar edilmemiştir. Davacının ne şekilde performansının düşük olduğu, daha sonraki süreçte kendisinden ne beklendiği, beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinin neler olacağı açıklanmamıştır. Somut bu maddi olgulara göre davalı işverenin gerçekleştirdiği fesih, geçerli nedene dayanmamaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu .... YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre .... YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 18.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/30777
Karar No **:** 2008/9219
Karar Tarihi **:** 21.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/19

ÖZÜ : ***İşçiden kaynaklanan geçerli bir sebeple fesih yapılırken, işçinin savunmasının alınması gerekir. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar.***

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacının tutanaklara göre işyerinde olumsuz davranışları bulunduğu, en son şirket e-mail adresini özel işlerinde kullandığı, davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25' inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshettiği, ancak davacı işçinin savunmasını almadığı, feshin salt bu nedenle geçersiz nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 38,20 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 21.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1868
Karar No **:** 2008/23538
Karar Tarihi **:** 15.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/19

ÖZÜ : ***Savunma alınmadan işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi, fesih işlemini geçersiz kılar.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan, savunması alınmadan ve sendikal nedenle davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, delilere göre davacıya sendikal nedenle baskı yapılmadığı, davacının işyerinde çalışmasında performansının düşük olduğu, yaptığı görevde gerekli dikkat ve özeni göstermediği, hakkında görevi ile ilgili şikâyetler bulunduğu, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolaylısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini kıdem ve ihbar tazminatını ödeyerek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshettiği, ancak davacı işçinin savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren fesih işleminde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2 maddesine aykırı davranmıştır. Savunma alınmadan davranışlarından kaynaklanan nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi, fesih işlemini geçersiz kılar. Davacının sendikal neden iddiası ise, somut olarak kanıtlanmadığından yerinde değildir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 65,00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 15.09.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/2909
Karar No **:** 2008/24572
Karar Tarihi **:** 24.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/19

ÖZÜ : ***Fesih bildiriminde fesih sebebi açık ve kesin olarak belirtilmediği gibi, işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler ileri sürülmesine rağmen, savunmasının alınmaması, yapılan feshi geçersiz kılar.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının hakkında gelen şikâyetlerin değerlendirildiğini, müşterilerle ve iş arkadaşları ile çalışmasının uyumsuz olduğunu, iş kaybına ve çalışma ortamında huzurun bozulmasına neden olduğunu, yönetim kurulu kararı ile hakları ödenerek iş sözleşmesinin feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, davacının iş arkadaşları ve müşterilerle uyumlu çalışmadığı, feshin haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesi uyarınca aynı yasanın 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yazılı fesih bildiriminin de, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde içermesi zorunludur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uymamak feshi geçersiz kılar. Yazılı fesih bildiriminde, fesih açık ve kesin sebebinin gösterilmemesi, İş Kanunu'nun 20'nci maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur.

İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirme iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır.

Sadece fesih bildiriminin değil fesih sebeplerinin de yazılı olması ve işverence fesih bildirimi ile gerekçelerini kapsayacak şekilde altının imzalanması gerekir. İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe dayanamaz.

Diğer taraftan, 4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade

edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir.

İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz, işçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca kıdem ve ihbar tazminatı ödeyerek feshettiği, feshin haklı nedene dayanmadığı, haklı fesih bildirimi yapılmadığı, fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmediği gibi, davranışlarından kaynaklanan nedenler ileri sürmesine rağmen savunmasını almadığı, feshin salt bu nedenlerle geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 60,00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 24.09.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1888
Karar No **:** 2008/25058
Karar Tarihi **:** 25.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/19

ÖZÜ : ***Zorunlu nedenlerle de olsa iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17. Maddesi uyarınca feshi halinde, şekil koşullarının yerine getirilmesi gerekir. Yazılı bir fesihte bulunulmadan ve performans düşüklüğüne dayanılmasına rağmen, fesihten önce savunma istenmemiş olduğundan, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin davacının talebi üzerine anlaşma ile sona erdiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece bir ayağından özürlü olan davacının sağlık sorunları nedeni ile birkaç defa ameliyat olduğunu, sağlık sorunları ve yoğun çalışmayı gerektiren işin özelliği sebebiyle işini yürütemez hale geldiğini, bunda işverenin herhangi bir kabahatinin bulunmadığını, davacının başka bir bölümde çalışmayı talep ettiğini, ancak sağlık durumu, yaşı, vasıfsız bir işçi olması ve işyerinin beş yıldızlı bir otel oluşu dikkate alındığında davacıya daha rahat bir pozisyon bulma olanağının artık kalmadığı, işverence iş sözleşmesinin zorunlu olarak feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Yargıtay'ın bir kararında, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri açıklanmış ve bu işlemin adı ikale olarak belirtilmiştir (Yargıtay 15. HD. 02.10.1995 gün, 1995/2259 E, 1995/5181 K.).

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez (Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007 s. 99).

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için, işçinin iş sözleşmesini anlaşma ile sona erdirilmesini istemesinde somut olay bakımından makul bir yararı bulunmamaktadır. Mahkemece iş sözleşmesi davalı işverence feshedildiği kabul edilmesine rağmen feshin davacının yaşı, vasıfsız olması, sağlık durumu ve işin özelliği nedeni ile zorunlu nedene dayandığı belirtilmiştir. Ancak, zorunlu nedenlerle de olsa iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshi halinde aynı Kanunun 19.maddesinde belirtilen şekli koşulların yerine getirilmesi gerekir. Davacının iş sözleşmesi yazılı bir fesih bildiriminde bulunulmadan ve performans düşüklüğüne dayanılmasına rağmen fesihten önce savunması istenmeden feshedilmiş olduğundan feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **İŞVERENCE YAPILAN FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 5 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 30,00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 25.09.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/6322
Karar No **:** 2008/33544
Karar Tarihi **:** 05.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/19

ÖZÜ : ***Geçerli nedenle yapılan fesihte, fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi zorunluluğu, şekli şartın mutlak emredici olduğunu göstermektedir.***

İşyerinde iş sözleşmesi ile Avukat olarak çalışan bir işçinin başka bir şirkette işverenin bilgi ve talimatı dahilinde ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışması söz konusu olabilir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğini ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen E. A. Ş. nin hakim ortağı D.B. ile T.C. arasındaki gizli anlaşmanın ortaya çıkmasından sonra B. ve M. Grubunun medya sektöründe faaliyet gösteren 63 adet şirketinin yönetim ve denetimlerinin TMSF'ye devredildiğinin, davacının TMSF ile ihtilaflı durumda olan T.C. ve C.M. Grubu vekili olarak dava ve takip işlerinde çalışmış olması ayrıca T.C.'nin kişisel vekaleti ile leh ve aleyhine açılmış bulunan davalarda vekil olarak dava ve takip işlerinde T.C.'ini temsil etmesi nedeniyle iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17 ve 18. maddeleri uyarınca feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı şirkette iş sözleşmesine tabi, avukat olarak çalışan davacının sözleşmesi davalı işverence İş Kanunu'nun 17 ve 18. maddeleri uyarınca tazminatları ödenmek suretiyle feshedilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca aynı Yasanın 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Sözü edilen hükümdeki

"zorundadır" ifadesi feshin yazılı yapılmasına ilişkin şekli şartın mutlak emredici olduğunu göstermektedir.

Somut olayda, davacı işçi iş sözleşmesinin feshinin davalı işverence 03.04.2007 tarihinde sözlü olarak yapılmasından iki gün sonra ihbar ve kıdem tazminatının ödendiği sırada yazılı fesih bildirimi imzalatıldığını açıklamıştır. Dosyada mevcut 05.04.2007 tarihli fesih bildirimi davacı tarafından feshin 03.04.2007 tarihinde sözlü olarak yapıldığına yönelik şerh konulmak suretiyle imzalanmıştır. Dinlenen davacı tanıkları da iş sözleşmesinin 03.04.2007 tarihinde sözlü olarak feshedildiğini açıklamışlardır. Keza gerek ibranamede gerekse tazminat hesap formunda iş sözleşmesinin 04.04.2007 tarihinde sona erdiğinin belirtilmiş olması da yazılı tebligatın sonradan yapıldığını göstermektedir. Buna göre iş sözleşmesinin feshi İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen yazılılık koşuluna aykırı olarak yapılmıştır. Fesihten iki gün sonra davacıya yazılı fesih bildiriminin tebliğ edilmiş olması söz konusu emredici düzenlemeye uygun işlem yapıldığı anlamına gelmez. Gerçekten fesih bildiriminin yazılı olup olmadığı fesih tarihi dikkate alınarak belirlenmelidir. Davacıya iş sözleşmesinin feshedildiği 03.04.2007 tarihinde yazılı bir tebligat yapılmadığı açıktır.

Öte yandan, davalı işveren iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen haklı nedene dayanarak derhal fesih yolunu tercih etmemiş; fesih bildiriminde açıkça İş Kanunu'nun 17 ve 13. maddelerinden söz ederek ihbar ve kıdem tazminatı ödemek suretiyle, bildirimli fesih yoluyla iş sözleşmesini sonlandırmıştır. İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin bildirimli fesih halinde 4857 İş Kanunu'nun 19. maddesinin emredici hükmü uyarınca fesihten önce işçiden savunmasının alınması gerekir. Somut olayda davacıdan fesihten önce savunmasının alındığı iddia ve ispat edilmiş değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2l/son maddesinde yer alan "Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir." kuralı ile aynı Kanunun 18, 19 ve 20. maddelerine göre iş güvencesine ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkin olup, söz konusu hükümler kapsamında işe iade davası açma hakkını ortadan kaldıran işlemlere değer verilemez. Başka bir anlatımla, işe iade davasından önceden feragat mümkün değildir. Öte yandan, ibraname borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan bir hukuki işlemdir. İşçinin işçilik alacakları konusunda ibraname imzalamış olması, işe iade davası açmasına engel değildir. Kaldı ki, somut olayda davacı işçi dava haklarının saklı olduğu ihtirazi kaydı ile ibranameyi imzalamış bulunmaktadır.

Davalı işverenin feshi sadece şekli yönden değil, esas bakımından da geçerli bir nedene dayanmamaktadır. Sözü edilen vekâletnamelerin sadece davacıya değil, davalı şirketin tüm avukatlarına verildiği C. Grubuna yapılan hizmetler için davalı işverence davacıya ek bir ücret dahi ödendiği anlaşılmaktadır. Bu durum, dava dışı T.C. ve şirketlerine ait vekâlet alınmasının davacının isteğiyle gerçekleşmediğini; aksine davalı şirketin bilgi ve talimatı ile yapıldığını göstermektedir. El koyma tarihine kadar davalı şirketçe bilinen ve istenen bu durumun iş sözleşmesine aykırılığı TMSF tarafından şirkete el konulduğu 01.04.2007 tarihinden sonra başlamıştır. Davalı şirketin bilgisi ve talimatı ile alındığı anlaşılan T.C. ve şirketlerine ait vekâletnamelerin TMSF tarafından şirkete el konulmadan önce fesih nedeni yapılması mümkün değildir. Davacının

01.04.2007-03.04.2007 tarihleri arasında işverenin güvenini kötüye kullanma anlamına gelebilecek bir eylemin varlığı ileri sürülmüş değildir. Bu durumda feshin son çare olması kapsamında davacıya TMSF ile ihtilaflı olan adı geçen şahıs ve şirketlerine ait vekâletten çekilmesi için uygun bir süre verilmeli, davacının vekâletten çekilme konusunda direnmesi halinde feshe başvurulması gerekirdi. El koyma tarihinden iki gün gibi kısa bir süre içinde ihtar verilmeden iş sözleşmesinin feshi objektif iyi niyet kurallarına uygun düşmemektedir.

Üzerinde durulması gereken önemli bir husus da davacı ile davalı şirket arasında bir vekâlet sözleşmesi değil, iş sözleşmesinin bulunduğudur. Bu nedenle, konunun iş sözleşmesi bağlamında tartışılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut olayda, iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin işverenin bilgi ve talimatı ile başka bir şirkette çalışması söz konusudur. Bu çalışma ödünç iş ilişkisi bağlamında gerçekleşebileceği gibi, iki grup arasında çıkar birliği gereği de yapılmış olabilir. Davalı ile C.Grubu arasında gizli anlaşma olduğunun tespit edilmesi üzerine TMSF şirketlere el koymuştur. Davalı işverenin el koymadan sonra fesih tarihine kadar davacıya C.Grubunun vekâletinden çekilmesi yönünde ikinci bir talimatı bulunmamaktadır. Bu nedenle fesih tarihi itibariyle davacının iş sözleşmesine aykırı ve kasti bir eyleminin varlığından söz edilemez. Olay vekâlet sözleşmesi bağlamında ele alındığında da bir avukatın aynı anda iki tarafın vekili olma gibi bir olgu söz konusu değildir. Gerçekten fesih tarihi itibari ile davalı şirket ile T.C. veya şirketleri arasında açılmış ve devam eden bir dava bulunduğu iddia edilmemiştir. Ortada bir dava ve menfaatleri çakışan iki taraf bulunmadığına göre Avukatlık Kanununa ve Avukatlık mesleği ilkelerine aykırı bir durumdan da söz edilemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine yönelik mahkemece verilen karar isabetli olduğundan, davalının temyiz itirazlarının reddi ile kararın bu ilave gerekçe ile **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 05.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı, medya sektöründe faaliyet gösteren davalı kuruluşta avukat olarak, 05.10.2005-03.04.2007 tarihleri arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta iken, 01.04.2007 tarihinde yönetimin TMSF'ye devredilmesi üzerine, iş sözleşmesinin gerekçesiz ve sözlü olarak haksız feshedildiğini ileri sürerek, 4857 sayılı Yasanın 20/3. maddesi gereğince geçersiz sebeple yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesinin ve boşta geçen süreye ait 4 aylık ücret ve diğer haklarının tahsiline, işe iade istemi kabul edilmediğinde, 8 aylık brüt ücret tutarı işe başlatmama tazminatının belirlenmesine karar verilmesini talep etmektedir.

Davalı taraf cevap dilekçesinde özetle; "Davacının iş akdinin yazılı ve gerekçeli olarak 05.04.2007 tarihinde feshedildiğini ve davacının 06.04.2007'de sulh ve ibraname belgesini imzaladığını, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesine uygun şekilde fesih gerekçesinin açıkça belirtildiğini, işyeri çalışma ve süresine ait hareket formunda davacının 05.04.2007 günü saat 18:27'ye kadar çalıştığının görüldüğünü, davacının iş akdinin feshinin, geçerli nedene dayandığını, 4857 sayılı Yasanın 18. maddesindeki; "İşyeri ve işin gerekleri kavramı her işyeri için özel olarak incelenmeli, her işyeri ve her

işin kendine özgü yapısı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır." hükmünden hareketle davacının iş sözleşmesi, iyi niyetle davranılarak, hak edilen yasal hakları verilmek suretiyle, 4857 sayılı Yasanın 17. ve 18. maddeleri gereğince feshedildiğini, feshin bu sebeple geçerli olduğunu, aksi halde baro tarafından cezai ve disiplin kurallarına aykırılıktan müeyyideler uygulanması gerekeceği" şeklinde karşıt iddialarda bulunarak, davanın reddi gerektiğini ileri sürmüştür.

Davacının iş akdinin işverence feshine neden olan olaylara gelince; TMSF'nin 30.03.2007 tarih ve 2007/138 Fon Kurulu sayılı kararı ile M.Grubu şirketlerinin yönetim ve denetimi TMSF tarafından devralınmış, bağlı şirketler için yeni bir yönetim kurulu ve denetim kurulu atanmıştır. Bu durum TMSF'nin resmi internet sitesinde 01.04.2007 tarihinde kamuoyuna duyurulmuştur. M.Grubu şirketlerinin eski sahibi olan T.C., şirketlerin yeniden kendi yönetimine verilmesi ve TMSF kararının iptali için, önce Danıştay'da açtığı davanın görevsizlik ile sonuçlanması üzerine İstanbul İdare Mahkemesi'nde davalar açmış olup, işbu davalar derdesttir.

İşbu davalar nedeni ile TMSF ile T.C. ve C.Grubu arasındaki ihtilaf, resmi bir nitelik kazanmıştır. Davacı, 17.01.2007 tarihinde T.C.nin özel vekaletini almakla, TMSF'nin karşısında yer aldığından Avukatlık Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince aynı anda her iki tarafın vekili olamayacağından iş akdi feshedilmiştir.

Davacının iş akdi fesih yazısında; "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile ihtilaflı durumunda bulunan T.C. ve C.M.Grubu vekili olarak dava takip işlerinde çalışmış olmanız; ayrıca T.C.nin kişisel vekaleti ile leh ve aleyhine açılmış davalarda vekil olarak dava takip işlemlerinde T.C'yi temsil etmeniz; M.Grubuna dahil firmaların temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi devralan TMSF ile müvekkiliniz T.C. arasında yasal husumet olmasından ötürü işin, işletmenin gereklerine dayalı olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17, 18. maddeleri gereğince ve Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca aralarında husumet bulunan taraflardan her ikisinin vekil olarak temsil edebilmenizin mümkün olmaması nedenleri ile vekaletiniz iptal edilmiş 05.04.2007 tarihi itibariyle iş sözleşmenize son verilmek zorunda kalınmıştır..." şeklinde düzenlenmiş olup, iş akdinin hangi gerekçelerle feshedildiği açıkça izah edilip, "bu belge davacıya işyerinde 05.04.2007 tarihinde tebliğ edilmiş ise de, davacı tebellüğden imtina ederek, evrak üzerine feshin sözlü olarak 03.04.2007 tarihinde yapıldığına ilişkin el yazısı ile şerh düşülmüştür." denilmektedir.

Davalının ayrıntılı cevap dilekçesine karşılık davacı cevaben; "feshin 03.04.2007 tarihinde ve yasaya aykırı sözlü olarak yapıldığını ısrarla belirterek sebebinin gösterilmediğini, 4-5 Nisan 2007 tarihlerinde işyerine şahsi eşyalarını almak için geldiğini, oyalandığını, 6 Nisan 2007 tarihinde yazılı fesih bildiriminin tebliğ edildiğini, ihtirazi kayıtla imzaladığını, feshin geçerli nedene dayanmadığını, geçerli nedenin varlığının ispatının işverene ait olduğunu, şirkette çalışan diğer 11 avukatın iş sözleşmesinin feshedilmeyip kendisinin sözleşmesinin feshedildiğini, TMSF'nin şirketi devralmayıp yeni yönetim kurulu atadığını, mal varlıklarının devrolmadığını, kendisinin TMSF'nin değil, M.Grubunun vekili olduğunu, hem TMSF'nin hem T.C.nin vekilliğini üstlendiği iddiasının haksız ve dayanaktan yoksun olduğunu, feshin son çare olması ilkesine aykırı davranıldığını" iddia ederek, davasının kabulünü tekraren talep etmiştir.

Mahkemece taraf iddiaları kararda kısaca açıklanıp ve yazılı cevap dilekçelerine atıf yapılarak, toplanan deliller ve belgeler ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilip; "iş akdine davalı tarafça haksız ve sebepsiz olarak son verildiği, davacı iddiası ispatlandığından, davacının işe iadesine" denilerek davacının talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Bu karar, davalı tarafça temyiz edildiğinden Yüksek Dairece yapılan inceleme sonucunda, aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurulmaksızın, re'sen gerekçelendirilerek onanmıştır.

Davacının iddiasının: "iş akdinin sözlü olarak feshedildiği ve gerekçenin bildirilmediği, savunmasının da alınmadığı, bu hususun 20/3. madde ilkelerine aykırı olduğu", davalı tarafın iddialarının ise; "feshin yazılı yapıldığı, gerekçesinin de açıkça belirtildiği, davacıya tebliğ edildiği, böylece feshin geçerli olduğunun ileri sürüldüğü görülmüştür.

Davacı, yönetici avukat sıfatıyla çalışmakta olup C.G.Şirketlerine yaptığı özel hizmetlerin karşılığı olarak kendisine muntazam ek ödemelerde bulunulmuştur (Ücretin dışında). Buna dair dosyada Av. M. U. imzalı belgeler bulunmaktadır. Davacı dışındaki diğer avukatlara ise, bu ek ödemeden yapılmamıştır. M.G.Şirketlerinin 01.04.2007'de TMSF'ye geçmesi ile C.G.'nun itiraz etmesi nedeniyle C.G. ile TMSF arasında idari yargıda davalar açılmış, her iki taraf hasım ve menfaatleri zıtlaşan konuma gelmiş bulunmaktadırlar.

C. Grubundaki şirket ve şahsı vekaleti nedeniyle davacı, Avukatlık Kanunu'nun 35 ve 36. madde hükümleri ile TBB Meslek Kurallarının 3. maddesi gereğince vekilliğinde engeller oluşmuştur. Diğer bir anlatımla menfaatlerin çatışması halinde avukatın her iki tarafı temsil etmesi mümkün bulunmamaktadır. Buna dair Yargıtay İçtihatlarının davalı tarafça dosyaya sunulmuş olduğu görülmektedir. C.Grubu ile M.G. şirketlerinin TMSF'ye devredilmesi ile oluşan hukuki ilişkinin ve davacının C. Grubu vekili olması karşısında, arada oluşan hukuki ilişki ile davacının vekâlet ilişkisinin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları, hatta davacı ile yapılan 04.10.2005 tarihli iş sözleşmesinin 11 ve 12. maddelerinin, mahkemece birlikte değerlendirilmeyip, karar yerinde tartışılmadığı, tarafların ileri sürdüğü fikirlerden hangi fikre üstünlük tanınarak sonuca varıldığı, hükümden anlaşılmamaktadır.

Oysa bir mahkemece hüküm kurulurken, tarafların ileri sürdüğü iddialar ve deliller tartışılıp uyuşan ve uyuşmayan konular belirlenmek suretiyle, ilgili yasa maddelerinin ışığında mahkemece sonuca varılması ve hangi gerekçelere dayanıldığına mutlaka kararda yer verilmesi gerekmekte iken, bu hususlar yerine getirilmeden ve deliller tartışılmadan, kestirmeden hüküm tesis edilmiştir. Hüküm bu haliyle yasal gerekçeden yoksun olup, bu noksanlık Anayasa'nın 141. maddesine aykırı bulunmakta ve bu husus, başlı başına bir bozma nedeni teşkil etmektedir.

Yüksek Dairenin hükmü onama gerekçesi; "Somut olayın gelişimi davacının aynen iddia ettiği gibi 03.04.2007 tarihinde iş sözleşmesinin davalı işverence sözlü olarak feshedildiğinin kabulü" olgusu üzerine yerleştirilmiştir. 4857 sayılı Yasanın 19.

maddesi gereğince yazılı yapılmadığı için fesih geçersiz sayılarak, mahkemenin davacının işe iade edilme kararı, Yüksek Daire çoğunluğunca isabetli bulunmuştur.

Diğer yandan, onama kararında esasa ilişkin olmak üzere de; "Davacının vekalet ilişkisine C.G. Şirketlerinin 01.04.2007 tarihinde TMSF'ye devredilmesi neticesinde 2 gün gibi kısa bir süre içinde ihtar verilmeden iş sözleşmesinin feshini objektif iyi niyet kurallarına uygun düşmediği, taraflar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi değil, iş sözleşmesi olduğundan işverenin bilgisi dahilinde bir başka şirkette çalışmasının da söz konusu olabileceği, bir nevi ödünç iş ilişkisinin bulunduğu, iki grup arasında çıkar birliğinin varlığından söz edilerek bir avukatın aynı anda iki tarafın vekili olması gibi bir olgunun söz konusu olmadığı" hususları belirtilmektedir.

Yüksek Dairenin bu çoğunluk görüşüne aşağıda anlatılan nedenlerle katılamamaktayım.

Davacının iş sözleşmesi, iddia ettiği gibi 03.04.2007 tarihinde sözlü olarak feshedilmemiştir. Buna ilişkin olarak iddiası da ispatlanmış değildir. Dosyada feshe ilişkin davacının şerh koyarak imzaladığı 05.04.2007 tarihli yazılı fesihname mevcuttur. Şirket yönetim kurulu üyesi ile genel müdür yardımcısı tarafından olmak üzere, iki yetkili imza yer almaktadır. Feshin geçerli olması için, burada olduğu gibi, şeklinin yanı sıra feshe yetkili organca yerine getirilmiş olması ve de sebebinin açıkça belirtilmiş olması gerekir.

Somut olayda, davacı sözlü feshin varlığından söz etmekte ise de, feshin kim veya hangi organ tarafından yapıldığı, bir isim verilerek ispat edilmemiştir. Ayrıca fesih nedeninin bildirilmediği hususu da soyut iddiadan öte gidememiştir. Buna karşılık işveren, yazılı delille feshi ispatlamaktadır. Davacının sözlü feshe ilişkin ispat vasıtaları tanık beyanı olup bizzat görgü ve bilgiye dayalı tanıklar olmadığı gibi, yeminli ifadesi bulunan tanıklardan M.U. beyanında; "davacının bir üstü seviyede, işyerinde müşavir avukat olarak çalıştığını, sözlü fesih yapıldığını telefonla öğrendiğini, daha sonraki yüz yüze görüşmelerinde de bu ifadelerin tekrarlandığını, kendisinin de bir gün önce (02.03.2007) iş yerinden istifa ettiğini" beyan etmektedir.

Diğer yandan dosyada mevcut davacı imzalı sulh ve ibraname yazılı belgede; "davalı işyerinde 05.10.2005-04.04.2007 arasında çalıştığını, tüm haklarını aldığını" ifade eden 06.04.2007 tarihli belge mevcuttur.

Yine davacıya ait işyeri dosyasında, davacının çalışma sürelerine ilişkin olmak üzere günlük rapor formatı isimli belgede; çalışma sürelerinin 03.04.2007'de 08:55-18:53, 04.04.2007'de; 09:35-18:54, 05.04.2007'de; 09:58-18:27 iş saatlerinde çalıştığı görülmektedir. Böylece bu kritik üç günde davacının, ortalama 8 saat üzerinde mesai yaptığı anlaşılmaktadır. İşyerinde bu kadar uzun süre kalınması, günlük mesainin tam yapıldığı anlamına geleceğinden, iddia ettiği gibi sözlü de olsa iş akdinin feshinden sonra işyerinde tam 3 gün süreli çalışılmasının varlığı ile feshin 03.04.2007'de değil, 05.04.2007'de gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır. İşveren bu belgelere paralel olarak, davacının işten çıkışının sigorta hesap fişinden de anlaşılacağı üzere, 05.04.2007 tarihli olarak SSK'ya prim yatırmak suretiyle göstermiştir.

Ayrıca feshin, aynı tarafça yapılması halinde sözlü veya yazılı yapılmak kaydıyla 2 kez yapılmasında da tarafımca çok büyük isabetsizlik yoktur. Davacının ısrarla 03.04.2007 tarihini fesih olarak göstermesi, şekle tabi bu tip davalardaki boşluklardan yararlanmak amacından esinlendiği olasıdır. 03.04.2007'de gelişen olayın, olsa olsa davacının yazılı fesih hazırlığını muttali olmuş bulunmasından kaynaklandığı düşüncesindeyim. Çünkü tanık olarak dinlenen Av.M.U. 01.04.2007'de şirketlerin TMSF'ye devri hadisesinden sonra, hassas ve ilkeli davranarak, kendiliğinden 02.04.2007'de istifasını vermiştir. Bir başka avukat H.K.'nın da, başka bir sebepten istifa ettiği tarafların kabulündedir.

Anlatılan bu nedenlerle kanımca sözlü fesih olgusunun ispatlanamadığı, buna karşın, davalının iddiası olan yazılı feshin ise ispatlanmış olduğu görülmektedir.

01.04.2007'de TMSF'nin C.Şirket Gruplarına el koyması ve yönetimi devralmasıyla, bunun sonucunda aralarında idari yargıda dava sürecinin başlatılması ile, artık iki menfaat çatışması bulunan tarafın oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir.

Davacı, iş sözleşmesinin kurulduğu tarihten bu yana M. Y. Holding A. Ş.'nın avukatı ve avukatlar grubunun yönetici 2. başkanı olarak görev yapmakta iken, kendisi gibi şirkette çalışan 4 avukat ile birlikte, dosyada mevcut 19.01.2007 tarih ve OT-743 nolu Beşiktaş 5. Noterliğince tasdikli vekaletname ile; "T.C.nin şahsını temsile, hak ve menfaatlerini korumaya..." yetkili kişisel avukatı olduğu görülmektedir. Böylece holding şirketleri avukatlığından öte T.C.'nin de özel vekili durumuna geçmiş bulunmaktadır. Gelişen bu durum neticesinde; davacının, "hem TMSF yönetimini temsilen vekil, hem de karşı davalısı olan T.C.'nin şahsi vekilliğini bir arada bulundurmasında hukuken engel yoktur" tezini savunamayız.

Bunu engelleyen unsurlar, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35 ve 36. maddeleri ile avukatlık meslek kuralları ve hatta davacının iş sözleşmesi hükümleridir.

Kısaca bir vekil, menfaatleri zıtlaşan iki tarafı aynı anda temsil edemez, işini yüklenemez. Doğal olarak sır saklama keyfiyetine uyamaz. Bu, davacının şahsını sıkıntıya soktuğu gibi baro yönetimince cezai müeyyideye maruz bırakılacağı bir durum yaratılmaktadır.

Davalı şirketin fesih yazısı incelendiğinde, kendisiyle iş sözleşmesinin yerine getirilmesi bakımından herhangi bir savsama, kötü niyet veya eksikliğin bulunduğu iddia edilmemiş, sadece yönetim değişikliği nedeniyle 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın gerekleri ifade edilerek 4857 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddeleri gereğince feshedildiği görülmektedir. Feshin zamanlaması da, C.G. Şirketlerinin 01.04.2007"de TMSF'ye devredilip, karşı taraf teşkilinden sonrasına aittir.

Burada göz önünde bulundurulması gereken unsurlar; TMSF nin kamusal işlemi olan yasal bir kuruluş olduğu ve uygulamalarının keyfi değil, yasalara dayanması gerektiği, davacı T.C.'nin şahsi vekâletini almasından sonra bulunduğu konuma göre yasal tarafının değiştiğinden ötürü, basiretli bir yönetimin gereği olarak re'sen hareket edilip vekâletten uzaklaştırılması, sonrasında da iş sözleşmesinin feshine gidilmesi son derece isabetli ve gerekliliktir. Bu yasal bir zorunluluktur.

İşverence burada yapılan eylem, Avukatlık Yasası'nın emredici hükümlerinin re'sen uygulanmasından ibarettir. Hizmetlerinin karşılığı olan alacaklar da kendisine ödenmiştir. Yüksek Dairenin gerekçesinde yer alan vekâlet akdi bulunduğundan değil, tam tersi iş sözleşmesinin (hizmet akdi) varlığının kabulünden hareketle, davacının işçilik hakları İş Yasası hükümlerine göre ödenmiş ve gerekli belgelere imza atması sağlanmıştır. Zaten olayda vekâlet akdi değil hizmet akdinin bulunduğu tarafların kabulündedir. Ödünç iş ilişkisinin kurulduğunun olayda yeri yoktur.

Tüm bu anlatılanlar ve dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler hep birlikte değerlendirildiğinde; davacının hizmet sözleşmesinin işverence 05.04.2007'de yazılı olarak ve geçerli nedenle feshedildiği tarafımca kabul edildiğinden, mahkemece davacının isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken gerekçesiz olarak davanın kabulüne karar verilmiş olması ve Yüksek Daire çoğunluğunca da re'sen belirlenen gerekçelerle kabul kararı onanmış bulunmakla, bozma yerine onama hükmü veren Yüksek Daire çoğunluk görüşüne katılamamaktayım.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36528
Karar No **:** 2009/15179
Karar Tarihi **:** 01.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/19

ÖZÜ ***: Geçerli nedenle fesihlerde işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Ayrıca fesih beyanının yasal geçerlilik şartına uygun aslının da muhataba (işçiye) ulaşması zorunludur.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalı işyerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin, davalı tarafça, haksız ve geçersiz şekilde feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, davacı lehine, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili Partinin 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan Milletvekili Genel Seçimlerinde yasanın hazine yardımına hak kazanılması için ön gördüğü oy oranını alamadığını, Parti gelirinin olmaması ve ileride ekonomik zorluğu düşülecek olması ihtimali karşısında işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin 31.10.2007 tarihinde feshedildiği, bu tarihte feshin yapıldığının davacıya bildirildiği, davacının işverenlikte bu tarihten sonra çalışması ve iş sözleşmesinin devam etmesinin bu sonucu değiştirmeyeceği, işveren haksız dahi olsa fesih bildirimden itibaren, 1 aylık sürede dava açılamamış ise işverenin gösterdiği fesih nedeninin geçerli olup olmadığının irdelenemeyeceği, dava harcının 27.03.2008 tarihinde ödendiği ve 20. maddedeki 1 aylık hak düşümü süresi geçirilerek dava açıldığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (15.09.2008 gün ve 2008/1860 Esas, 2008/23531 Karar sayılı ilamımız).

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca aynı yasanın 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yazılı fesih bildiriminin de, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde içermesi zorunludur.

Yazılı şekil, ayrıca açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonu haizdir. Yazılı şekil, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Madde uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorundadır. Buna karşılık, aynı Kanun'un 25'inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır. "Geçerli bir sebep" yazılı fesih bildirimi ile belirtme zorunluluğu, "iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için zorunludur. (Dairemizin 23.06.2008 gün ve 2007/41025 Esas, 2008/17104 Karar sayılı ilamı).

İş Kanunu'nun 22'nci maddesine dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde de aynı esaslar geçerli olup; fesih bildiriminin yazılı olması ve fesih sebeplerinin yazılı

gösterilmesi geçerlilik koşuludur. İş Kanunu'nun 22'nci maddesi açısından dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, işverenin değişiklik teklifini de yazılı yapmasıdır. Değişiklik teklifinin yazılı yapılması da geçerli bir icabın varlığından söz edebilmek için şarttır.

Fesih beyanı, İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde ön görüldüğü şekilde yazılı olarak kaleme alınmakla geçerli fesih için gerekli olan bütün şartlar yerine getirilmiş olmaz. Söz konusu beyanın, bu haliyle, yani yasal geçerlilik şartına uygun aslının da muhataba (işçiye) ulaşması zorunludur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına uymamak feshi geçersiz kılar. Yazılı fesih bildiriminde, fesih açık ve kesin sebebinin gösterilmemesi, İş Kanunu'nun 20'nci maddesi anlamında feshin geçersizliği sonucunu doğurur. (Dairemizin 15.09.2008 gün ve 2008/1011 Esas, 2008/23499 Karar sayılı ilamı).

İşverenin fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Kullanılan ifade o kadar açık ve seçik olmalı ki, işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirme iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeteri kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır.

Şarta bağlı fesih de kural olarak geçerli değildir. Zira, yenilik doğurucu bir beyan olan fesih bildirimi, tek taraflı olarak karşı tarafın hukuk alanına müdahale anlamına gelmekte ve sürekli borç ilişkisinin gelecekteki kaderini belirlemektedir. Bu sebeple, fesih bildiriminden, iş ilişkisinin ne zaman sona ereceği yeteri kadar açıklıkla anlaşılması gerekir. Şarta bağlı feshin ayrık hali, işçinin iradi davranışına bağlı olan durumlarda, örneğin değişiklik feshinde kendini gösterir. Görev değişikliğini kabul etmeme, verilen uyarı üzerine aynı eylemi tekrar ettiği takdirde feshedileceği şartının bildirilmesi durumlarında, şarta bağlı fesih geçerli olacaktır. Şarta bağlı olarak geçerli bir şekilde iş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda bildirim süresi, şartın gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacaktır.

Sadece fesih bildiriminin değil fesih sebeplerinin de yazılı olması ve işverence fesih bildirimi ile gerekçelerini kapsayacak şekilde altının imzalanması gerekir. İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe dayanamaz.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta, davacı işçiye yapılan bir yazılı fesih bildirimi bulunmadığı, çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin panoda ilan suretiyle duyurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı işçiye yapılmış olan usulüne uygun bir fesih bildiriminden ve bunun sonucu olarak, bir aylık hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemez. Fesih bildirimi davacıya bizzat yapılmalıdır. Mahkemece, davanın esasına girilerek uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken yazılı gerekçe ile red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41707
Karar No **:** 2009/24348
Karar Tarihi **:** 28.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/19

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeple feshedildiği durumda, işçinin savunmasının alınmaması feshi geçersiz kılar.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili vermiş olduğu cevap dilekçesi ile davacının Aralık 2000 tarihinde müvekkili şirkette satış temsilcisi olarak çalışmaya başladığını Mayıs 2005 tarihine kadar söz konusu görevine Ayakkabı bölümünde satış temsilcisi olarak devam ettiğini, davacının çalıştığı bölümdeki görevini gereği şekilde yerine getirmediğini, çalışma ilke ve prensiplerine aykırı görev ifası nedeni ile müvekkili şirketin maddi zararlara uğramasına sebep olduğunu davacıya karşı dava açma haklarını saklı tutmak kaydıyla haksız ve hukuka aykırı davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının görevin gereği gibi yapmadığı ve şirketi zarara soktuğu, kendisine verilen ihtarnameye rağmen düzeltmediği, bu nedenle davalı şirketin davacının iş akdini haklı nedenlerle feshettiği ayrıca davalı işverenin feshin son çare olma ilkesine uyarak başka bir görev önerdiği, davacının da bunu kabul etmemesi üzerine iş akdinin feshedilmiş olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı

bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolaylısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.(Dairemizin 15.09.2008 gün ve 2008/1868 Esas, 2008/23538 Karar sayılı ilamı).

Dosya içeriğine göre davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından verimsizliğinden kaynaklanan nedenlerle tazminatları ödenmek suretiyle feshettiği, ancak davacı işçinin savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 49,30 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 28.09.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24556
Karar No **:** 2008/182
Karar Tarihi **:** 18.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : İşverenin fesih bildiriminin tebliğinden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tebliğ tarihi sayılmalıdır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, bu feshin yapıldığı tarihten itibaren işler ve idari itiraz yolu veya rapor alınması bu süreyi durdurmaz.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, şirketin TMSF tarafından yönetildiğini ve tasfiye sürecinin devam ettiğini, bu nedenle atıl olan personelin çıkarıldığını, davacının iş sözleşmesinin işletme ve işyeri gerekleri nedeni ile feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını, ayrıca davacının işvereni ibra ederek dava açmayacağını kabul ettiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin haksız ve sebepsiz feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özellikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'nun 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Hatta bu yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Zira böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. Yerel mahkeme kararı belirtilen hükümlere uyulmadığından karar bu yönü ile de hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak tanzimcilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceğini, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacağını belirtmek gerekir.

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinin 08.05.2006 tarihinde davacı işçiye bildirildiği, davanın ise 14.06.2006 tarihinde açıldığı, bildirim tarihine göre davanın bir aylık dava açma süresi geçtikten sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Dava hak düşürücü süre içinde açılmamıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü isabetsizdir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 20,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 18.02.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42394
Karar No **:** 2008/208
Tarihi **:** 18.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi, önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikayet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak tanzimcilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmaz.

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinin 15.01.2005 tarihinde eylemli olarak davacı işçiye bildirildiği, davanın ise 02.10.2006 tarihinde açıldığı, bildirim tarihine göre bir aylık dava açma süresinin geçtiği anlaşılmaktadır. Dava, hak düşürücü süre içinde açılmamıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 26,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 18.02.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/26232
Karar No **:** 2008/5313
Tarihi **:** 18.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***İş sözleşmesi devam ederken alınan ibraname ve işe iade isteminden feragat geçerli değildir. Bunlara dayalı karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi (ikale) de iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmeye yönelik bir davranış olduğundan geçersiz sayılmalıdır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, duruşmalı olarak süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, savunmaya değer verilerek, iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdiği ve işveren tarafından alınan tenkisat kararının davacı tarafından benimsendiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Yargıtay'ın bir kararında, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi

dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri açıklanmış ve bu işlemin adı ikale olarak belirtilmiştir (Yargıtay 15. HD. 02.10.1995 gün, 1995/2259 E, 1995/5181 K.).

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafında bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez (Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007 s. 99).

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından, işverenin feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması düşündürücüdür.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar-kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Dosya içeriğine göre, davalı işveren "küresel bir operasyon sonucu .... grubu tarafından satın alınması ve organizasyon yapısının değiştirilmesi nedeni ile kararlar alındığı ve mali tabloların olumsuz olduğu, şirketin zarara uğradığı, departmanların küçültülmesine karar verildiği, yasal tenkisata gidilmesi gerektiği gerekçesi ile fesih kararı almıştır. Ancak bu kararı alırken, davacıya kıdem ve ihbar tazminatı dışında beş aylık ücreti tutarında ekstra ödeme teklif etmiş ve davacının bu teklifi kabul ettiğini belirterek karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesini imzalatmıştır. Anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesi 13.02.2007 tarihinde imzalanmış, ancak iş sözleşmesinin 15.03.2007 tarihinde sona ereceği, davacı işçinin bu süre sonuna kadar ücretli izinli olacağı belirtilmiştir. Ne var ki bu sözleşme ekli ibraname ve feragatnameye bağlanmıştır. Ekli ibranamede ve feragatnamede de kıdem ve ihbar tazminatı ile ilave beş aylık ödemenin, 15.03.2007 tarihinde yapılacağı açıklanmıştır. İbraname ve feragatnamenin alındığı 13.02.2007 tarihinde iş sözleşmesi sona ermemiştir. İş sözleşmesi devam etmektedir. İş sözleşmesi devam ederken alınan ibraname ve özellikle iş güvencesi sağlayan işe iade isteminden feragat geçerli değildir. Geçerli olmayan bir ibraname ve feragatnameye dayalı karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, kısaca ikale de geçersiz sayılmalıdır. Davalı işverenin iş sözleşmesi devam ederken karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi belgesini 32 gün ücretli izin vererek imzalatması, tazminat ve fazla ödemeleri ise süre sonunda ödemeyi öngörmesi, işe iade davasının süresinde açılmasını bertaraf etmeye yönelik bir davranıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son maddesi uyarınca taraflar arasındaki iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi sözleşmesi, kısaca ikale geçerli değildir, iş sözleşmesi davalı işveren tarafından feshedilmiştir.

Davalı işveren fesihte, işletme ve işyeri gereklerine dayanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. Davalı işverenin bu fesih nedeni ile ilgili kanıtları üzerinde durulmalı, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/7977
Karar No **:** 2008/6091
Karar Tarihi **:** 24.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle işletmesel karar aranmalı, istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği araştırılmalıdır. İşverenin bu kararı tutarlı uygulayıp, keyfi davranmadığı ve feshin kaçınılmaz olduğu anlaşıldığında, yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davacının işe iade isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesinde, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşverenin, mevcut olan işçi sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, "gizli, örtülü" işletmesel karar olarak nitelendirmektedir. Bu tür durumlarda, işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikame edilmektedir.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçersiz kılmaz. İş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da

denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkân sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebeplerin doğrudan doğruya etkisinin olduğu durumlarda, fesih, ileri sürülen işletme dışı sebep fiilen mevcut olduğunda ve işçinin çalışmaya devam etme olanağını ortadan kaldırdığında İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında geçerli bir sebebe dayanır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir. Mahkeme, işletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği; ediyorsa ne kadarına etki ettiğini tespit eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendisini bağlar. Dolayısıyla, işveren, işe iade davasında, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır. İşveren, işletme dışı sebeplerle işyerinde işçi sayısının azaltılması arasındaki bağlantıları ortaya koymalıdır. Yeniden yapılanma kararı (kurucu işveren kararı) işletme gereklerine dayanan fesihle sonuçlanırsa, işletme dışı sebepler, işçilerin işletmedeki işyerlerini kaybetmelerinin doğrudan değil; dolaylı sebebi olmuş olur. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin doğrudan sebebini, yapısal karar ve tedbirler teşkil edecektir.

İşletme içi sebeplerden, işverenin, işletme yönetiminin esasını teşkil eden işletme politikasını gerçekleştirmek için, teknik, organizasyon ve ekonomik sahada aldığı bütün işletmesel tedbirler anlaşılmalıdır. Bu tedbirler aracılığıyla işveren, işletmenin organizasyon yapısı ve üretimle ilgili düzenleme yapma hakkını (yönetsel karar alma hakkını) kullanmaktadır. Rasyonalizasyon tedbirleri (örneğin, safi hasıla yaratmayan faaliyetlerin elimine edilmesi için sürekli iyileştirme süreci), üretimin durdurulması veya üretimde değişiklik yapmak, masrafların kısılması, yeni çalışma, imalat ve üretim metotlarının uygulamaya sokulması veya değiştirilmesi, yeni bir

pazarlama sisteminin uygulamaya sokulması; yarım gün çalışmayı tam gün çalışmaya dönüştürme, işlerin, işyerinin tam gün çalışılan yerlerinde mi yoksa kısmi süreli çalışılan yerlerde mi yapılacağının karara bağlanması, vardiya usulü çalışma sistemine geçme, çalışma sürelerinin azaltılması, çalışma sürecinde reorganizasyona giderek, çalışma yoğunluğunun arttırılması, işyerinin verimsiz çalışması veya kazançta düşme, işyeri sahalarının veya bölümlerinin birleştirilmesi, üretimin bir kısmının yurt dışına kaydırılması, belirli faaliyetlerin başka firmalara (outsourcing) veya alt işverene aktarılması, işletmenin üretim kapasitesini düşürmek, işletme veya işyerini kapatmak ya da işletmenin bir bölümünü veya servisini kapatmak, kazanç maksimizasyonu (kazancı azami hadde çıkartma), grup çalışma sisteminin uygulamaya sokulması gibi organizasyona yönelik değişiklikler, işverenin işçi mevcudunu süresiz azaltma kararı işletme içi sebep olarak nitelendirilen işletmesel kararlara örnek olarak verilebilir. İşletme içi sebeplerden kaynaklanan fesihlerde, işverenin, hangi tedbirleri aldığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. İşveren, işletme içi tedbirlerin, amaca uygunluğunu ve gerekliliğini gerekçelendirmek zorunda değildir. İşletme içi sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde, mahkemeler tarafından dikkate alınacak olan husus, işletmesel kararın fiilen uygulamaya geçirilip geçirilmediği ve feshi ihbar süresinin geçmesiyle birlikte, işçinin işyerinde çalışma imkânının ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Bu bağlamda işveren, organizasyona yönelik veya teknik hangi tedbiri aldığını ve bu tedbirin uygulanmasıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl olumsuz yönde etki ettiğini açıkça ortaya koymalıdır.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması, şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum

araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfî davranıp davranmadığı (keyfîlik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır.

İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

İnceleme konusu olayda, davalı şirket Yönetim Kurulu 28.09.2006 tarihli kararında, ekonomik ve yapısal nedenlerle şirket organizasyonunda değişiklik yapılması ve 60 kişiye kadar beyaz yakalı çalışan, 100 kişiye kadar da mavi yakalı çalışanın işten çıkarılması için Genel Müdüre yetki verilmesine karar verilmesi üzerine, Bölge Çalışma Müdürlüğüne gerekli bildirim yapıldıktan ve sendika ile 03.10.2006 tarihli bir protokol imzaladıktan sonra 160 kadar işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir.

Davalı şirket Yönetim Kurulu daha sonra şirketin içinde bulunduğu olumsuz ekonomik koşullara bağlı olarak yapılan insan kaynakları reorganizasyonu çerçevesinde 185 kadar işçinin işten çıkarılması için Genel Müdüre yetki verilmesine karar vermiş, ardından 07.03.2007, 18.07.2007 tarihlerinde verilen kararlarla personel azaltılmasına devam edilmesi, yeni bir düzenleme ve organizasyon yapılması ve yetkili bayilerin sayısının önemli ölçüde azaltılması, şirketin üretiminin durdurulması ve bundan sonra şirketin ticari araç pazarlama, satış ve satış sonrası faaliyetlerini yeniden yapılanma döneminin sonuna kadar yapmaya devam etmesi hususlarının Genel Kurula sunulması kabul edilmiştir. Nihayet davalı şirket Genel Kurulu da 28.08.2007 tarihli toplantıda Yönetim Kurulunun üretim faaliyetinin durdurulmasına ilişkin önerisini onaylamış ve şirketin faaliyetinin ticari araç pazarlama ve satışı ile satış sonrası hizmet işleri ile sınırlı tutulmasını kararlaştırmıştır. Mahkemece yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporuna göre fabrikada üretim faaliyetinin tamamen durdurulduğu anlaşılmaktadır.

Şubat 2007 ve sonrasındaki fesih bildirimlerinde işyerindeki ekonomik koşullara bağlı olarak üretimin azaltılması ve düşürülen üretim programına göre de kadroların ve personel ihtiyacının iş hacmine uygun hale getirtilmesi zorunluluğundan söz edilmiştir. Ağustos-Eylül 2007 tarihindeki fesih bildirimlerinde ise üretim faaliyetinin tamamen durdurulması feshe gerekçe yapılmıştır. Somut olayda fesih tarihi itibariyle üretim faaliyeti tamamen durdurulmuş olmasa da azaltmaya ilişkin bir işletmesel karar bulunduğu ve buna bağlı olarak işlem yapıldığı açıktır. Üretim faaliyetinin önce azaltılması ve daha sonra tamamen ve kesin olarak durdurulmasına yönelik işletmesel kararların yerindeliği yargı tarafından denetlenemez. Sözü edilen işletmesel kararların kötü niyetle alındığı da iddia ve ispat edilmiş değildir.

Öte yandan, üretim faaliyetinin azaltılmasına bağlı olarak işten çıkarılacak işçinin seçiminde işvereni bağlayan bir sosyal seçim ölçütü somut olayda bulunmamaktadır. Sendika ile 03.10.2006 tarihinde yapılan protokol 30.10.2006–30.11.2006 tarihleri arasında işten çıkarılan 150 işçinin seçimi ile ilgili tenkisat kuralını öngörmektedir. Daha sonraki işçi çıkarmalarında benzer bir protokol hükmü veya Toplu İş Sözleşmesi hükmünün varlığı ileri sürülmemiştir.

Ekim-Kasım 2006 tarihlerinde işten çıkarılan işçilerin fesih bildirimlerinde, üretimin azaltılması yönünde bir işletmesel karardan söz edilmediği, ayrıca işten çıkarılan işçilerin seçiminde sendika ile yapılan protokol hükümlerine de uyulmadığı, anılan tarihlerde yapılan fesihlerin geçersizliğine ilişkin yerel mahkeme kararlarının Dairemizce onandığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Somut olayda ise, işverence üretimin azaltılmasına, giderek üretim faaliyetinin tamamen ve kesin olarak kapatılmasına karar verildiği gibi, işten çıkarılan işçinin seçiminde işvereni bağlayan bir tenkisat kuralı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, daha önce Dairemizce onanmış olan işe iade kararlarının bu davalar bakımından emsal kabul edilmesi doğru olmamıştır.

Davacı işçinin önce üretimin azaltıldığı kısa bir süre sonra da tamamen durdurulduğu bölümde çalıştığı göz önünde bulundurulduğunda; daha çok bayiler aracılığı ile yürütülen satış ve pazarlama bölümünde değerlendirilmesinin olanaksız olduğu açıktır. Kaldı ki, satış ve pazarlama eğitim, bilgi ve deneyim isteyen bir iştir. Öte yandan, aynı holdinge bağlı da olsalar her şirket ayrı bir işveren olarak kabul edilmelidir. İşçinin başka bir işverene ait işyerinde değerlendirilme yükümlülüğü işverene yükletilemez. Bu nedenle somut olayda feshin son çare olması ilkesinin uygulanma olanağı da bulunmamaktadır.

Mevcut olgulara göre işverence yapılan fesih geçerli nedene dayandığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin 25.12.2007 gün ve 164–1096 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 24.03.2008 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerekirken aksi düşünce ile bozma yönünde oluşan çoğunluk kararına katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/29931
Karar No **:** 2008/7460
Karar Tarihi **:** 04.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : İşe iade davasının asıl ve alt işverene birlikte açıldığı ve işçinin alt işveren işçisi olduğu durumda, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir.

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalılar arasında alt-asıl işveren ilişkisi bulunduğunu, aynı işyerinde çalıştığını, davacının iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini iddia eden davacı vekili, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden davalının sorumluluğuna karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının kendi işçileri olmadığı, davalı şirkete husumet yöneltilemeyeceği itirazında bulunmuştur.

Mahkemece, belgelere göre davacının Ö. Şti işçisi olduğu değerlendirilerek, davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.

Somut uyuşmazlıkta, davalı ile dava dışı Ö. Şti arasında temizlik işlerinin yapılması için bir sözleşme bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece gerekli belgelerin getirtilmesiyle söz konusu iki şirket arasında asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin olup olmadığı araştırılarak, eğer asıl işverenlik ilişkisi bulunduğu kanaatine varılırsa, diğer şirketin dava harçları da yatırılarak davaya dâhil edilmesi için davacıya önel verilerek yargılamaya devam edilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33478
Karar No **:** 2008/10625
Karar Tarihi **:** 28.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***İşçi, işverenin fesih bildirimini tebellüğden kaçınmışsa, tutanakların düzenleyiciler tarafından doğrulanması halinde, tutanak tarihi tebliğ tarihi sayılır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR :Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, res'en dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacaktır.

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinin 12.01.2007 tarihinde davacıya işçiye bildirildiği, davanın ise 14.02.2007 tarihinde açıldığı, bildirim tarihine göre davanın bir aylık dava açma süresi geçtikten sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Dava hak düşürücü süre içinde açılmamıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı, 30,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak oybirliği ile 28.04.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1925
Karar No **:** 2008/20004
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***Fesih bildiriminde iş sözleşmesinin ihbar süresinin sonundan itibaren feshedileceği belirtilmesine rağmen, bildirilen ihbar öneli sona ermesine rağmen davacı çalışmasına devam etmişse, yapılan fesih bildiriminin hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda örtülü bir anlaşmanın söz konusu olduğu kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davanın hak düşürücü süre içinde açılmadığını, davacının işletme şefi unvanı ile işletmenin her türlü faaliyetlerinden yetkili ve sorumlu yönetici olarak çalışması nedeni ile işveren vekili olduğunu, iş sözleşmesinin işyeri gerekleri nedeniyle geçerli olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece fesih bildiriminin 04.05.2007 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, bu tarihe göre davanın bir aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir

ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacaktır.

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren 04.05.2007 tarihli fesih bildiriminde iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17.maddesi uyarınca 4 haftalık ihbar süresinin sonundan itibaren feshedildiğini belirtmiştir. Bildirilen ihbar öneli sona ermesine rağmen davacı çalışmasına devam etmiş ve iş sözleşmesi 14.06.2007 tarihinde bu defa yazılı bir fesih bildirimi olmadan feshedilmiştir. Verilen ihbar önelinin bitmesinden sonra çalışmaya devam eden ve böylece iş sözleşmesinin sona ereceği tarihi bilmeyen davacı işçinin daha önce yapılan fesih bildirimi tarihi itibariyle dava açma süresini geçirdiği düşünülemez. Somut olayda önel süresinin uzatıldığı konusunda tarafların açık iradelerini yansıtan bir anlaşma bulunmamaktadır. Bu durumda 04.05.2007 tarihinde yapılan fesih bildiriminin hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda örtülü bir anlaşmanın söz konusu olduğu kabul edilmelidir. İş sözleşmesi 14.06.2007 tarihinde yazılı bir fesih bildirimi olmadan feshedilmiş olup, belirtilen tarih itibariyle dava açma süresi geçmiş değildir. Davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1-) … İş Mahkemesinin 02.10.2007 gün ve 605-610 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2-) İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3-) Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4-) Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-) Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olar tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7-) Davacı tarafından yapılan yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8-) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 14.07.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1901
Karar No **:** 2008/25071
Karar Tarihi **:** 25.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınmalıdır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina ettiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih

halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacaktır.

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinin 23.07.2007 tarihinde davacı işçiye bildirildiği, davanın ise 24.08.2007 tarihinde açıldığı, bildirim tarihine göre davanın bir aylık dava açma süresi geçtikten sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Dava hak düşürücü süre içinde açılmamıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 25.09.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11083
Karar No **:** 2009/137
Karar Tarihi **:** 19.01.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***Uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi, hukuki ilişkinin niteliği gereği ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra bir anlaşma ile mümkün olacağından, iş sözleşmesine konulan özel hakem şartı geçersizdir.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmelini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin geçersiz nedenle feshedildiğini belirterek işe iade talebinde bulunmuştur.

Davalı vekili, davacı işçi ile yapılan iş sözleşmesinde, feshe itiraz, işe iade ve bağlı alacaklar konusunda özel hakeme gidileceği konusunda tahkim şartı kabul edildiğini bu nedenle görevsizlik savunusunda bulunmuştur.

Mahkemece, dava uyuşmazlığın özel hakemde görülmesi gereği düşüncesiyle görev yönünden reddolunmuştur.

Uyuşmazlık tahkim şartının geçerliliği ve görev yönünde toplanmaktadır.

Normatif dayanağı 4857 sayılı Kanunun 20. maddesidir. İsçi ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri 5521 sayılı Kanunun birinci maddesi gereğince İş Mahkemeleridir, Doğal yargıcı iş yargıcıdır. İşe iade davalarında 4857 sayılı Kanunun 20. maddesi gereğince ayrık hüküm getirilmiştir. "Taraflar arasında uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür" tümcesi yeni bir yargı yeri getirmektedir. Başka bir anlatımla Yasa Koyucu "özel hakem" kurumunu feshe bağlı bir sonuç olarak görmüştür. Hükmün sözünden de bu anlaşılmaktadır.

İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu, iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Ancak fesihle bağımlılık ortadan kalkar

Gerek metodoloji gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma - sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yargılama sürecine zorlanması söz konusu olur. Yasanın amacı dışında bir sonuç doğar. Hükmün bu fıkrasının önceki düzenlemesindeki "Toplu İş Sözleşmesinde hüküm varsa veya..." tümcesinin Anayasa Mahkemesinin 19.10.2005, 2003/66 E 2005/72 Sayılı Kararı ile iptal edilerek işçinin iradesine üstünlük tanınması, yukarıdaki gerekçeyi doğrulamaktadır.

Somut olayda taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesine özel hakem şartı konulmuştur. Fesihten önce yapılan özel hakem sözleşmesi geçersizdir. Davanın esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/44630

492

Karar No **:** 2009/537
Karar Tarihi **:** 20.01.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20
ÖZÜ ***: İş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir.***

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence haklı neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacı ile yapılan iş sözleşmesinde özel hakem kaydına yer verildiğini, bu nedenle mahkemenin görevsiz olduğunu savunmuştur.

Mahkemece tarafların uyuşmazlığın özel hakemce çözülmesi konusunda anlaştıkları gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık tahkim şartının geçerliliği ve görev yönünde toplanmaktadır. İşçi ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri 5521 sayılı Kanunun 7. maddesi gereğince İş Mahkemeleridir. Doğal yargıcı iş yargıcıdır.

Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hukuklar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır, irade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir.

Somut olayda davacı ile özel hakem koşulunu içeren 30.11.2005 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesi imzalanmıştır. Fesih 30.05.2008 tarihinde yapılmıştır. Açıklanan gerekçelere göre taraflar arasında imzalanan özel hakem sözleşmesi geçersizdir. Davanın

esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9747
Karar No **:** 2009/891
Karar Tarihi **:** 02.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***Fesihten önce sözleşmelere konulan veya ayrıca düzenlenen tahkim şartı içeren hükümler geçersizdir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, tıbbi satış temsilcisi olan davacı ile imzalanan sözleşmede tahkim şartına yer verilerek, uyuşmazlığın özel hakeme götürüleceğinin kararlaştırıldığını, İş Mahkemesinin görevli olmadığını, davanın süresinde açılmadığını, ayrıca davacının işvereninin J. Ltd. Şirketi olduğunu, davalı şirketin bordro işvereni olup alt işveren statüsünde olduğunu, davacının iş sözleşmesinin fesih yazısındaki nedenler olan "Dahili Hastalıklar Biriminin aktif promosyonda olan ürünü Pariet satış teşkilatında organizasyon değişikliği yapma gereği hasıl olması, yasal düzenlemeden kaynaklanan bu değişiklik sonucu fazla sayıda personel ihtiyacına gerek kalmaması, bu personel arasında performans kriterlerinin dikkate alınması suret ile asıl işverenin istemi ile feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesine davalı tarafından haksız ve sebepsiz olarak son verildiği, davacının davasını kanıtladığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'nun 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/20517 Esas, 2008/12483 Karar sayılı ilamı). Mahkemece bu hükümlere aykırı olarak karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2. maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız).

Diğer taraftan Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği, fesihten önce sözleşmelere konulan veya ayrıca düzenlenen tahkim şartı içeren hükümler geçersizdir (Yargıtay 9. HD. 26.05.2008 gün ve 10997-12660 sayılı ilamı).

Dosya içeriğine göre, davacının davalıya ait işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı, iş sözleşmesinin kurulduğu sırada sözleşmede özel hakem şartına yer verildiği, fesihten önce düzenlenmesi nedeni ile geçersiz olduğu, İş Mahkemesinin görevli olduğu, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshedildiği, ancak ispat yükü kendisinde olan davalının bu nedenleri somut olarak kanıtlayamadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, sonuç itibari ile doğru olan kararın bu gerekçelerle **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 02.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9749
Karar No **:** 2009/893
Karar Tarihi **:** 02.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***Eylemli fesihte dava açma süresi, eylemle feshin yapıldığı tarihte başlar. Fesih bildirimine karşı itiraz yolu öngören sözleşme veya personel yönetmeliği dava açma süresini kesmez.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, re'sen dikkate alınması gerekir, işveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacaktır.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi Disiplin Kurulu kararı ile 21.03.2007 tarihinde feshedilmiş ve davacıya 26.03.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı bu fesih bildirimine karşı, 26.03.2007 tarihinde Toplu İş Sözleşmesinde belirtilen kural gereği Yüksek Disiplin Kurulu'nda itirazda bulunmuştur. Yüksek Disiplin Kurulu bu itirazı reddetmiş ve disiplin kurulunu kararını onamıştır. Yüksek Disiplin Kurulu'na itiraz fesih bildirimini ortadan kaldırmaz. 26.03.2007 tarihli bildirime göre dava bir aylık süre geçtikten sonra 23.05.2007 tarihinde açılmıştır. Dava hak düşürücü süre içinde açılmadığından, davanın bu gerekçe ile reddi gerektiğinden, sonuç itibari ile doğru olan kararın belirtilen gerekçe ile **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 02.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/24160
Karar No **:** 2009/9522
Karar Tarihi **:** 06.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : İşveren fesih bildiriminde bulunmuş ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, işçi fesih tarihini kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, bu tarihin fesih tarihi olarak esas alınması uygun olacaktır.

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren, davanın yasal hak düşürücü süre içinde açılmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, resen dikkate alınması gerekir.

İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi, işvereni şikâyet ederek, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa, artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyicilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (15.09.2008 gün ve 2008/1860 Esas, 2008/23531 Karar sayılı ilamımız).

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

Somut uyuşmazlıkta davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinin 05.06.2007 tarihinde davacı işçiye bildirildiği, davanın ise 15.08.2007 tarihinde açıldığı, bildirim tarihine göre davanın bir aylık dava açma süresi geçtikten sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Dava hak düşürücü süre içinde açılmamıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4.Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 50,80 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 06.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/32502
Karar No **:** 2009/17792
Karar Tarihi **:** 23.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, süt parası ve vergi iadesi alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Kıdem tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120 maddesi hükmü uyarınca kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlüktedir. Anılan 14. maddenin 11. fıkrası hükmüne göre kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinde öngörülmüştür. O halde faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. Bu noktada, iş

sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde 1475 sayılı Yasanın 14/3. maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır.

Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksidin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.

İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağının açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.

Kıdem tazminatı ödenmekle fer'i hak olan faiz hakkı da son bulur. Ancak kıdem tazminatının kısmen ödenmiş olması durumunda son taksit ödeninceye kadar faiz hakkı saklı tutulabilir. Davanın açılması da ihtirazi kayıt anlamındadır.

Kıdem tazminatına uygulanması gereken faizi düzenleyen ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T.C. Merkez Bankası'na uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı filen uygulanmış olmadıkça ücret dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Dava dilekçesinde belli bir faiz oranı ya da başka bir faiz türü gösterilmişse, HUMK.'nun 74. maddesi uyarınca istekle bağlılık kuralından hareket edilerek bu faiz oranını aşmayacak şekilde faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçi, bu konuda iradesinin fesada uğratıldığını ileri sürüp kanıtlamadığı sürece faiz hakkından vazgeçmiş sayılır. Taksitlerin zamanında ödenmesi durumunda ayrıca faize hak kazanılamaz. Bu konuda daha sonraki taksitlerin ödemesi sırasında ihtirazı kayıt ileri sürülmesinin sonuca bir etkisi yoktur. Ancak taksitlerden bir ya da bazılarının gününde ödenmemesi durumunda hak kazanılan kıdem tazminatının tamamı için faize karar verilmelidir. İşçinin taksitli ödemeyi öngören ödeme planını kabulü, ancak taksitlerin gününde ödenmesi halinde işveren yararına sonuç doğurur. Taksitler gününde ödenmediğinde

işçinin taksitli ödeme anlaşmasıyla bağlı olduğundan söz edilemez. İşçi, işverence anlaşmaya uyulacağı varsayımı ile taksitli ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır. İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi de bunu gerektirir. Böyle olunca kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini öngören anlaşmanın işverence ihlali halinde işçi, kıdem tazminatının tamamı için fesih tarihinden itibaren faize hak kazanır. Daha önce yapılan ödemeler de Borçlar Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca öncelikle faize ve masraflara sayılmalıdır.

Kıdem tazminatı gecikme faizi niteliği itibarıyla bir faiz olmakla faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Dairemiz kararları bu yönde kökleşmiştir. (Yargıtay 9.HD. 27.06.2005 gün 2005/ 19196 E, 2005/22752 K). Faiz alacağı başlı başına icra takibi ya da davaya konu olmuş olsa dahi, faiz niteliğini kaybetmediğinden ayrıca faize hak kazanılamaz.

Somut olayda davacı işçi kıdem tazminatı için işlemiş faiz isteğinde de bulunmuş, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi tarafından Merkez Bankasının internet sitesinden alındığı bildirilen faiz oranına göre hesaplama yapılmıştır. Belirtilen faiz oranının fiilen uygulanıp uygulanmadığı ilgili bankalardan sorulmalı ve sonucuna göre işlemiş faiz isteği yönünden bir karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/39065
Karar No **:** 2009/22708
Karar Tarihi **:** 14.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : ***İşçinin görevi gereği yaptığı kontrolün işyeri güvenliğini tehlikeye soktuğu sabit olduğundan, işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, ise iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın işverence feshedildiğini, olay günü sabah müşteri yokken mesai başında silahı teslim aldığı sırada talimatlara uygun şekilde namlusunu yere çevirerek kontrolünü yaparken beklenmeyen

bir şekilde silahın ateş aldığını belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı savunmasında davacının talimatlara aykırı olarak silahın boş olup olmadığını kontrol etmeden aldığını, emniyetin açık olduğuna dikkat etmeksizin silahın ateşlenmesine ve merminin yere saplanmasına neden olduğunu, bankada güvenlik görevlisi olmanın riskli ve objektif olarak özen gerektiren bir iş sayılması gerektiğini, zarar doğmasa bile sözleşmenin devamının işverenden beklenemeyeceğini, feshin geçerli nedene dayandığını ifade ederek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece davacının silahı teslim alırken patlaması olayının 27.09.2007 tarihinde gerçekleştiği, aradan 49 günlük süre geçtikten sonra 15.11.2007 tarihi itibariyle savunmasının istendiği, fesih bildiriminde belirtilen risk durumunun ne tür olumsuzluklara yol açacağının davalı tarafça kanıtlanamadığı, 49 günlük çalışmanın işveren açısından risk oluşturmadığı, savunmasının olaydan hemen sonra alınmasına gerek duyulmadığı, davacının çalışmasının risk oluşturmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı değerlendirilerek işe iadeye karar verilmiştir. Hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, güvenlik görevlisi işlemleri prosedürünün 4.33 maddesinde "silah mesai saati başında teslim alındığında dolu olup olmadığı kontrol edilir, mesai sonunda teslim edilirken şarjör çıkartılır. Görev için teslim alınan silah boş olduğu kontrol edildikten sonra şarjörü takılır. Bu işlem yapılırken namlu emniyetli bir yöne çevrilir ve silah emniyet konumunda bulundurulur" düzenlemesi yer almaktadır. Davacı savunmasında mesai başında silahın dolu olup olmadığını kontrol ederken, beklenmedik şekilde mücbir bir sebepten ötürü silahın ateş aldığını, kontrol ederken her türlü güvenlik önlemini aldığından hiç kimse ya da eşyaya isabet etmediğini beyan etmiştir. Yargılama sırasındaki ifadesinde ise, olay günü tayini çıkması nedeniyle şubeyi devredeceği için dalgınlıkla silahı aldıktan sonra şarjörü silahtan çıkarmadan boş mu dolu mu olduğunu kontrol etmek için kurma kolunu çekip bıraktığını, sonra şarjörü çıkarıp emniyet kolunu indirdiğinde silahın ateş aldığını, normalde silahı aldıktan sonra önce şarjörü çıkararak silahın boş dolu olduğunu kontrol ettikten sonra şarjörü takıp silahı taşıdığını söylemiştir. Davacının prosedüre aykırı olarak şarjörü takılı olmaksızın kontrol etmesi gereken silahı şarjörü takılı şekilde kontrol ettiği ve ateşlenmesine neden olduğu, bu şekilde işyeri güvenliğini tehlikeye soktuğu açıktır. Bu durum işe iadeyi engelleyen somut bir olgudur. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Öte yandan işveren fesihte haklı nedene değil geçerli nedene dayanmıştır. Fesih için yasanın aradığı makul süre de aşılmamıştır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle;
1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 36,40 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 14.09.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/25252
Karar No **:** 2009/32635
Karar Tarihi **:** 01.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : İşverenin feshin son çare olması ilkesine uymadığı, işçiye değişik görevler önerilip hal çaresi aranmadığı durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin, geçerli neden olmadan, davalı işveren tarafından feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, tek noktadan, İstanbul merkezden sipariş verme sistemine geçildiğini, yeni bilgisayar sistemlerinin de uygulanması sonucu ticari ilişkiler müdürlerinin görevlerinin %50 oranında azaldığını, sadece davacının iş sözleşmesinin feshedilerek diğer yöneticilerin değişik görevlere yerleştirildiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece," Davacının iş akdi ecza depolarının merkezi alıma geçmesi nedeniyle Bölge Ticari İlişkiler Müdürlerinin yapılanmasında değişikliğe gidilmesi nedeniyle fesih edilmiş ise de davacının 14 yıldır başarılı olarak çalıştığı ve şirkette yükseldiği, yüksek performansından dolayı ödüllendirildiği, aleyhinde soruşturma açılmadığı görülmüştür. Davacı pozisyonunda bulunan diğer çalışanlara değişik görevler

verilmiştir. Başka görev teklif edilmemesinin nedenlerinden birisi de davacının aylık ücretinin fazlalığıdır.

Çalışma hayatında fesih son çare olmalıdır. Davacının aylık ücreti dikkate alınarak muadil görev bulunmaması nedeni ile iş akdinin feshi sonucu tamamen işsiz kalması, ona teklif edilecek daha az gelirli işlerden daha kötüdür. Birinci halde tamamen işsizlik halini doğurmaktadır. Davacı, şirkete uzun yıllar emek vermiş ve yüksek performans ile çalışmıştır. Davalı şirket zarar eden değil, sektörün en iyilerindendir. Bu nedenle davacı açısından değişik görevler önerilip hal çaresi arandıktan sonra en son fesih yoluna gidilmesi gerekirken geçersiz nedenle iş akdi feshedildiği" gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Yerel mahkemece, değinilen gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmişse de, yapılan araştırma hüküm kurulması için yeterli değildir. Dosya içeriğinden, davacı dışındaki işçilerden 5 inin başka görevlere yerleştirildiği anlaşılmaktadır. Buna karşın, davacının, neden bir başka göreve atanmadığı konusunda, objektif kriterlere uyulup uyulmadığı yönünde dosya içinde bilgi bulunmamaktadır. Mahkemece, davalı işyerinde keşif yapılarak, belirtilen hususları ortaya koyacak şekilde, konusunda uzman üçlü bilirkişi heyetinden rapor alınarak, oluşacak kanaate göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/42251
Karar No **:** 2009/33714
Karar Tarihi **:** 07.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/20

ÖZÜ : İşe iade davasında işçi, feshin başka bir nedene dayandığını iddia etmiş ise, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür.

DAVA : Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, işverenin davacının iş akdini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi gereği işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebebe dayanılarak feshettiğini, işyerinde yaşanan ekonomik sıkıntıların sektörde yaşanan krizin, işyerini etkileyen objektif neden olduğunu, bu sebeple ortaya çıkan işgücü fazlalığını azaltma gereğinden dolayı davacının işine son verildiğini, ekonomik kriz neticesinde vardiyaların iki vardiyadan bir vardiyaya indirildiğini, yönetim kurulunun küçülme kararı aldığını, davacının başka bölümde çalışma olanağı kalmadığından ötürü feshe son çare olarak başvurulduğunu, yeni işçi alınmadığını, işyerinde yetki almış bir sendikanın mevcut olmadığını, davacının sendika ile ilgili iddiasını ispatlaması gerektiğini, yapılan fesihlerin işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iş akitleri feshedilen işçilerin hangi kıstaslar baz alınarak çıkarıldığının, çalışmaya devam edenlerin hangi farklılıklar nedeniyle devam ettiklerinin somut biçimde ortaya konulmadığı, işyerindeki teknolojik faaliyette durgunluğun söz konusu olmadığı, geniş anlamda ekonomik faaliyetin aynen devam ettiği, kısa çalışma, esnek çalışma, ücretsiz izin gibi uygulamalar denenmeden fesih yoluna gidildiği, objektiflik ilkesine aykırı davranıldığı, davalı işveren müessesenin yetki tespit yazısının iptali için dava açtığı aynı zamanda işkolunun tespiti başvurusunda bulunduğu işçilerin yarıdan fazlasının işten çıkarılmasına karar verildiği, itiraz davasının devam ettiği, işyerinde toplu sözleşme yapılmamış olmasına rağmen bir kısım sendikaya üye işçilerin üyelikten çekildiği ve bunların iş akitlerinin fesih edilmediği, işten çıkarmalarda sendikal faaliyetin etkin olduğu, iş akitlerinin sendikal nedenle fesih edildiğinin ispatlandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı) olduğunu uygun delillerle inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükümünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş

sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Sendika özgürlüğü olarak belirtilen sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma hakkı, normatif dayanağını Anayasa'nın 51 ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20 ve 31. maddelerinden almaktadır. Sendika özgürlüğü kavramı geniş bir kavram olup, işçinin sendika kurma özgürlüğünü kapsadığı gibi, sendikaya üye olma, üye olmama, üyelikten çekilme ve yasal sınırlar içinde sendikal faaliyetlere katılma özgürlüğünü de içerir. İşverenin fesih hakkını işçinin sendikal hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını engellemek amacı ile kullanması fesih hakkının kötüye kullanılmasının en önemli örneğidir. Sendikal faaliyetlerde öncülük yapma yanında, üyelikten sonraki süreçte, sendikanın yetki için başvurması, işverenin sendikanın yetki almaması için bir takım tedbirler alması, örneğin yeni işçi alması, sendika üyeliklerinden istifa edenlerin çıkarılmaması, sendikanın yetki almasının sonuçsuz bırakılması gibi olgular sendikal neden için örnek teşkil etmektedir.

Dosya içeriğine göre davalı işyerinde … İş Sendikası'nın 2007 yılı ortalarında örgütlenmeye başladığı, davacının da bu sendikaya üye olduğu, sendikanın 16.11.2007 tarihi itibari ile TİS yetkisi almak ve çoğunluk tespiti için Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurduğu, davalı işyerinde başvuru tarihi itibari ile 75 işçiden 45 işçinin sendika üyesi olduğu ve sendikanın çoğunluk tespiti kararı aldığı, davalı işverenin bu tespite ve işkoluna itiraz davası açtığı, yetki tespiti itiraz davasının devam ettiği ve sendikanın Toplu İş Sözleşmesi imzalanması için görüşmelere başlamadığı, takip eden süreçte davalı 2009 tarihinde ekonomik kriz ve ihracat ve satışlarda azalma nedeniyle öncelikle gece vardiyalarının kaldırılması, çalışanlara senelik izinlerin kullandırılması, mevcut çalışan sayısını, ihracat ve yurt içi satışlarda yaşanan daralma nedeniyle 30-35 kişiye düşürülmesi için karar aldığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29. maddesindeki toplu işçi çıkarma kuralına uyulmadan Mart 2009 ayı içinde ve takip eden ayda kimi işçiye önel vermeden, kimine önel vererek işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği, iş sözleşmeleri feshedilen sendika üyesi işçilerin K. 1, 2 ve 4. İş Mahkemelerine feshin sendikal nedene dayandığı iddiası ile dava açtıkları, K. 4. İş Mahkemesinde açılan davalarda, işyerinde sendikalı olup da halen çalışmasını devam eden işçilerin bulunduğu gibi … iş sendikasından gelen kayıtlara göre iş yerindeki 68 sendika üyesi işçiden halen 40 işçinin çalışmasına devam ettiği, davacının sendikal faaliyete öncülük ettiği hususunun da ispatlanamadığı, feshin sendikal nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta ve bilirkişi raporuna göre, davalıya ait işyerinde teknolojik faaliyette durgunluğun söz konusu olmadığı, geniş anlamda ekonomik faaliyetin aynen devam ettiği, işverenin aldığı işletmesel kararda belirtilen gece vardiyalarının kaldırılması, çalışanlara senelik izinlerin kullandırılması önlemlerini almadan ve sonuçlarını görmeden doğrudan fesih yoluna gittiği, geçerli fesih ve feshin kaçınılmazlığının kanıtlanmadığı anlaşıldığından, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi yerinde bulunmuştur.

Ancak davacı feshin başka bir nedene, kısaca sendikal nedene dayandığını ve işverenin keyfi olarak bu nedenle feshettiğini iddia etmiş ve işe başlatmama tazminatının

en az bir yılık ücret tutarında belirlenmesini istemiştir. Mahkemece bu istek davalı işverenin yetki tespitine itiraz davası açtığı, aynı zamanda işkolunun tespiti başvurusunda bulunduğu, işçilerin yarıdan fazlasının işten çıkarılmasına karar verildiği, itiraz davasının devam ettiği, işyerinde toplu sözleşme yapılmamış olmasına rağmen bir kısım sendikaya üye işçilerin üyelikten çekildiği ve bunların iş akitlerinin fesih edilmediği, işten çıkarmalarda sendikal faaliyetin etkin olduğu gerekçesi ile kabul edilmiştir. Mahkemenin bu tespiti aynı yer 4. İş Mahkemesinde açılan feshin geçersizliği davasında feshin sendikal nedene dayanmadığı gerekçesi ile çelişmiştir. Sendikanın yetki aldığı da göz önünde alınarak, üyelik ve yetki süreci irdelenerek, feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususunun kuşkuya yer vermeyecek ve çelişkiler ortadan kaldırılacak şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu nedenle Mart 2009 ayında ve takip eden süreçte kaç işçi çıkarıldığı, işten çıkarılanların sendika üyesi olup olmadıkları, kaç işçinin dava açtığı, tüm süreçte işten çıkarmalardan sonra işyerinde sendika üyesi işçi kalıp kalmadığı, üyelikten istifa edenler ile bunlardan çıkartılan olup olmadığı, sendika üyesi olmayan işçilerden çıkarılan bulunup bulunmadığı, sendikanın TİS yapma yetkisinin fiilen ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı araştırılmalı, yetki tespitine itiraz davası ve bu konuda diğer İş Mahkemelerine açılan dava dosyalan da incelenmeli, çelişkiler giderilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme sonucu feshin sendikal nedene dayandığının kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/14057
Karar No **:** 2008/6618
Karar Tarihi **:** 27.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşe iade kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunulmamış ise, fesih geçerli hale geleceğinden bu husus re'sen araştırılarak sonuca gidilmelidir.***

DAVA : Davacı, bakiye ücret, ihbar, kıdem tazminatı, yıllık izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacının işe iade kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunduğuna dair belgeler dosyada yer almamaktadır. İşverenin bu konuda itirazının olmaması ya da kıdem, ihbar tazminatını ödemiş olması bu hususun re'sen araştırılması gerektiği hususunu değiştiremez. Zira aksi takdirde fesih geçerli hale gelecek ve bu davanın konusu kalmayacaktır. Anılan durum açıklığa kavuşturulmadan sonuca gidilmesi isabetsizdir.

3- İş güvencesi kapsamında olan davacının işe iade davası kabul edilerek kesinleşmiş ve davacı yararına işe başlatmama tazminatına karar verilmiştir. Ayrıca kötü niyet tazminatına da hak kazanması olanağı yoktur. Bu nedenle kötü niyet tazminatı isteğinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

4- Kabule göre de; hizmet akdi davalı işverenin davacıyı başvurusuna rağmen işe başlatmadığı tarihte feshedilmiş sayılacağından, kıdem tazminatı faizine bu tarihten itibaren hükmedilmesi gerektiği halde, işverenin işe başlatmama tarihi belirlenmeden 30.01.2005 olan geçersiz fesih tarihine dört ay eklenerek bulunan 31.05.2005 den itibaren faiz yürütülmesi de yerinde değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/14428
Karar No **:** 2008/6672
Karar Tarihi **:** 28.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşçi, kanundaki iş güvencesi hükümlerinden yararlanabiliyorsa, TİS'nde yer alan iş güvencesi tazminatından yararlanamaz. Ancak, kanundaki hükümlerden yararlanamıyorsa, TİS'ndeki güvenceden, kanundaki tazminat ölçütleri dikkate alınarak yararlandırılmalıdır. Aksi halde, işçiler arasında eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşur.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatı ile Toplu İş Sözleşmesi'nin 32. maddesi tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Mahkemece davacının Toplu İş Sözleşmesi'nin 32.maddede yer alan tenkisatta sıralamaya uyulmamasından kaynaklanan tazminat isteğinin kabulüne karar verilmiştir. Toplu İş Sözleşmesinin 32.maddesinde yer alan iş güvencesi tazminatı niteliğinde olan tazminatın mahkemece yeterli araştırma yapılmadan kabulüne karar verilmesi hatalıdır. Öncelikle davacının akdin feshi tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarının bulunup bulunmadığı hususu araştırılmalı, davacı bu koşullara sahipse Toplu İş Sözleşmesi'nin 32.maddesine dayalı istemi reddedilmelidir.

Anılan yasa hükümlerinden yararlanması mümkün değilse, davacının istemi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesindeki tazminata ilişkin ölçütler de dikkate alınarak hüküm altına alınmalıdır. Aksi halde iş güvencesinden yararlanacak işçilere nazaran yararlanamayanlar daha üst bir mali güvenceye sahip olur ki, bu durum eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Eksik inceleme ile yazılı şekilde anılan isteğin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/828
Karar No **:** 2008/6866
Karar Tarihi **:** 31.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ ***: İşe iade kararı üzerine işveren açıkça işe başlatmama iradesini ortaya koymamış ise fesih tarihi, bir aylık işe başlatma süresinin sona erdiği tarihtir.***

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fark boşta geçen süre ücreti, fark ihbar tazminatı, izin ücreti, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil ücretlerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. İşveren açıkça işe başlatmama iradesini ortaya koymamış ise, fesih tarihi bir aylık işe başlatma süresinin sona erdiği tarihtir. Ancak, yasanın düzenlemesi gereği ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen 4 aylık süre; ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin ve kıdemli işçiliği teşvik prim alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir.

Somut olayda yukarıda açıklandığı üzere kıdem tazminatına, fesih tarihi olan işe başlatmama tarihi yerine geçersiz sayılan ilk fesih tarihine dört aylık sürenin eklenmesi ile bulunan tarihten itibaren faize karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9.HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/4328
Karar No **:** 2008/6932
Karar Tarihi **:** 31.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ ***: İşe iade edilen işçi, yasal süre içinde işe başvurmakla, davete rağmen işe başlamamış olsa dahi, boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazanır.***

DAVA **:** Davacı, fark kıdem tazminatı, fark ihbar tazminatı, boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı, izin ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi açmış olduğu bu davada, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları ile fark kıdem ve ihbar tazminatı talep etmiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre ve mahkemenin de kabul ettiği üzere; davacı işçi, işe iade davası sonucu yasal süre içinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş, davalı işveren tarafından süresi içinde işe davet edilmiş ancak işe başlamak için işyerine gitmemiştir. Bu durumda, davacı işçi yasal süresi içinde işe başvurmakla 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerekir. Bilirkişi raporunda bu yönde yapılmış olan hesaplama bir değerlendirmeye tabi tutularak anılan isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/29949
Karar No : 2008/7007
Karar Tarihi : 31.03.2008
İlgili Kanun : 4857/21

ÖZÜ : İş Kanunu'nda işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 8 aylık ücret tutarı olarak ve çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının belirlenmesine karar verilmiştir.

Hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı işverence feshin geçerli nedene dayandığı kanıtlanmadığından, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiş olması dosya içeriğine uygun olup, davalının bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

4857 Sayılı Yasanın 21. maddesinin birinci fıkrasında, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Hizmet süresi ve fesih nedenine göre … yıllık hizmeti olan davacı için anılan tazminatın üst sınırdan belirlenmesine karar verilmesi hatalıdır. Dosya içeriğine göre söz konusu tazminatın davacının 5 aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesi uygun görülmüştür.

Öte yandan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinde belirtildiği gibi, mahkeme çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşüne başvurabilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Somut uyuşmazlıkta davacının davranışlarından kaynaklanan haklı ya da geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi konusunda mahkemece bilirkişi raporu alınmıştır. Mahkeme hâkiminin genel hukuk bilgisi ile çözümlenmesi mümkün olan bu konuda bilirkişi dinlemesi yönüne gitmesi anılan usul kuralına aykırıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin 28.02.2007 gün ve 105–57 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin 5 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 150,00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak oybirliğiyle 31.03.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/16610
Karar No **:** 2008/10304
Karar Tarihi **:** 25.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : İşe başlatmama tazminatı, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliğini taşımadığından, bu ödemeden gelir vergisi kesilmez.

DAVA: Davacı, itirazın iptali, takibin devamı ve %40 icra inkâr tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, taraflar avukatları tarafından temyiz edilmiş davacı avukatınca duruşma talep edilmiş ise de; HUMK.'nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının temyizine gelince;
Davacı boşta geçen süre ve işe başlatmama tazminatı alacakları için icra takibi yaptığını, takibe itiraz edildiğini belirterek itirazın iptaline, takibin devamına karar verilmesini istemiştir.

Davalı ödemelerin tam yapıldığı için itirazın haklı olduğunu savunmuştur.

Mahkemece işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmesinin gerektiği kabul edilerek itirazın kısmen iptaline karar vermiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilip kesilemeyeceğine ilişkindir.

İşe başlatmama tazminatı, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliğini taşımadığı için anılan ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu 61 ve 94/1-1 maddesi uyarınca vergi

kesintisi yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/1-1 maddesinde vergiden müstesna tutulan işsizlik sebebiyle verilen tazminat niteliğinde olduğundan, anılan alacaktan gelir vergisi kesilmeyeceğinden mahkemece hükmedilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34003
Karar No **:** 2008/10341
Karar Tarihi **:** 28.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21
ÖZÜ* : *İşe başlatmama tazminatı gerekçesiz olarak üst sınırdan belirlenemez. İş güvencesi niteliğindeki bu tazminat belirlenirken işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınmalıdır.

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davalı işverenin geçerli feshi kanıtlayamadığı gibi davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayandığı, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2 maddesi uyarınca savunmasını almadığı, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmediği, feshin salt bu nedenlerle geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine karar verilirken, işe başlatılmama tazminatı gerekçesiz olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca üst sınırdan davacı işçinin 8 aylık ücret tutarında belirlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan

fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin davalıya ait işyerinde yaklaşık 12 yıl çalıştığı, iş sözleşmesinin çalışmasında yarar görülmemesi nedeni ile feshedildiği, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanılmasına rağmen, savunmasının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2 maddesi uyarınca alınmadığı, salt bu nedenle işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir.

Ancak davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının gerekçesiz davacının 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 5 aylık ücreti oranında belirlenmesi, dosya içeriğine uygun düşecektir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına.
6- Davacının yapmış olduğu 66,40 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak oybirliği ile 28.04.2008 gününde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42521
Karar No **:** 2008/12221
Karar Tarihi **:** 13.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : İşçinin işe iade sonrasında yeni görevlendirildiği işyerinde birkaç gün süreyle çalışmış olmasına rağmen, işverenin işçiyi eski işine iade etmemiş olması sebebiyle gerçek anlamda işe başlatmadan söz edilemez.

Ayrıca, ihbar öneli tanınarak yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı hallerde, iş sözleşmesi işçinin eski işine başlatılmadığı tarihte feshedilmiş sayılarak, ihbar tazminatı ödenmesi gerekir.

DAVA: Taraflar arasındaki, kıdem, ihbar tazminatlarıyla işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti isteklerinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatlarınca istenilmesi ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 13.05.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü yapılan tebligata rağmen taraflar adına kimse gelmediğinden incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Dava, kıdem, ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının ödetilmesi isteğine ilişkindir.

Davalı işveren davacının işe başlatıldığını, çalışma koşullarında esaslı değişikliğin olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının işe iade davası sonrasında eski işine verilmemiş olması sebebiyle davacının işe başlatılmış sayılamayacağı gerekçesiyle ihbar tazminatı dışında kalan isteklerin kabulüne karar verilmiştir. Davalı işverence 23.08.2005 tarihinde davacının iş sözleşmesinin feshinin ihbar önellerine uyulmak suretiyle yapıldığından söz edilerek ihbar tazminatı talebi reddedilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin iş sözleşmesi işverence 24.06.2005 tarihli bildirimle 23.08.2005 tarihinden itibaren feshedilmiş, davacının açmış olduğu işe iade davasında feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye dair karar verilmiştir.

Davacı işçi yasal süresi içinde işverene başvurmuş ve işverence 03.08.2006 tarihinde işe başlaması bildirilmiştir. Davacının belirtilen günde işbaşı yapmak üzere işyerine gittiği tartışmasızdır. Davacı işçi daha önce lojistik şefliğine bağlı yedek parça ve satın alma sorumlusu olarak çalıştığı halde, işe iade sonrasında atölyeler ve yardımcı tesisler müdürlüğüne bağlı bakım onarım departmanında depo sorumlusu olarak görevlendirilmiştir.

Mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işe iadesine karar verildiğine göre, işverence yapılması gereken 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi hükmüne uygun olarak eski işine başlatılmasıdır. Davacının işe başlama yönündeki yazısına cevaben işverence noterde düzenlenen 28.07.2006 tarihli işe davet yazısında da davacının eski işine başlatılacağı bildirilmiştir. Buna rağmen davacı işbaşı yapmak üzere

işyerine gittiğinde, farklı bir birimde ve daha ağır çalışma koşullarında iş görmesi istenmiştir. Mahkemece işyerinde keşif yapılmış ve iş güvenliği uzmanı bilirkişiden rapor alınmıştır. Davacı işçinin işe iade öncesi ve sonrası yapmış olduğu işler bakımından gerekli araştırmaya gidilmiş ve davacı işçiye işe iade sonrası verilen işin eski işine göre farklı çalışma koşullarını haiz olduğu tespit olunmuştur.

İşçinin işe başlama yönündeki iradesinin samimi olması gerektiği gibi, işverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde, işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

Yapılan bu açıklamalara göre davacı işçi işe iade sonrasında yeni görevlendirildiği işyerinde birkaç gün süreyle çalışmış olmasına rağmen, işverenin işçiyi eski işine iade etmemiş olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine uygun biçimde gerçek anlamda işe başlatmadan söz edilemez. Bu durumda davacı işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine, aynı zamanda kıdem tazminatı farkına hak kazandığına dair mahkeme kararı, açıklanan nedenlerle yerindedir. Bununla birlikte, davacı işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanındığı gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur. Davacı işçiye 24.06.2005 tarihinde yapılan bildirimle ihbar öneli tanınmak suretiyle bir fesih bildirimi yapılmış ise de, sözü edilen feshin geçerli bir nedene dayanmadığı işe iade yargılamasında tespit edilmiştir. Davacı işçinin iş sözleşmesi işverence işe çağrılmış olmasına rağmen eski işine başlatılmamış olması sebebiyle 03.08.2006 tarihinde feshedilmiş sayılmalıdır. Anılan feshe göre de davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerekir. Bu bakımdan geçersiz sayılan fesih öncesinde tanınmış olan ihbar önelinin sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Daha önce davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmiş olsaydı, 03.08.2006 tarihinde gerçekleşen fesih sebebiyle hak kazandığı tutardan indirilmesi gerekirdi. Ancak bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığında, işçi önel içinde işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu mümkün değildir.

Mahkemece davacının ihbar tazminatı isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.05.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42753
Karar No **:** 2008/20175
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşe iade davetinin fesihten önceki koşulları taşımadığı, davacının daha düşük ücretle işe davet edildiği, dosya içeriğinden ödendiği anlaşılamayan ihbar ve kıdem tazminatının geri ödenmesi şartını içerdiği, işverenin işe davette samimi olmadığı da anlaşıldığında, gerçek bir işe iade davetinden söz edilemez.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalıya ait işyerinde aylık net 2.000,00 YTL ücretle Halkla ilişkiler Koordinatörü olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, iş sözleşmesinin davacıya itimat edilerek istifası alınmadan, geçerli neden belirtilmeden ve yazılı olarak sona erdirilmediği için davanın ön koşullarının oluştuğunu, davacı ve vekiline dava açıldıktan sonra işe başlaması için ihtarnamenin tebliğ edildiğini, ancak davacının işe başlamadığı gibi, mazeret de sunmadığını askıda olan iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile feshedildiğini, davanın konusuz kaldığını, bu nedenle reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, dava açıldıktan sonra davacının işe davet edildiği, davete rağmen işe başlamadığı, davacının iş ilişkisinin devamı ve işe iade isteğinde samimi olmadığı gerekçesi ile davanın reddine, yargılama gideri ve vekâlet ücretinden davacının sorumluluğuna karar verilmiştir.

İş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin kullanabileceği tek taraflı haklardan oluşan bir iş hukuku kurumudur. Bu anlamda sadece işverenin fesih hakkını sınırlayan, feshi zorlaştıran, belirli sürelerde veya belirli sebeplerle feshi yasaklayan ve geçersiz bir feshi baştan itibaren hükümsüz kılan pozitif bir iş güvencesi önlemidir. İş güvencesi önlemlerinin amacı ise iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin, işinin korunmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu 18. ve devamı maddeleri uyarınca, iş güvencesinin kapsamına giren işçinin iş sözleşmesini, süreli fesih bildirimiyle fesheden işveren, geçerli bir nedene dayanmak, iş sözleşmesini yazılı bildirimle feshetmek ve fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmek, davranışlarına dayanan geçerli nedenle fesihten önce ise savunmasını almak zorundadır. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen nedenin geçerli olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Mahkeme, geçerli neden gösterilmediğini veya gösterilen nedenin geçerli olmadığını tespit ettiği takdirde feshin geçersizliğine karar verecektir.

Getirilen bu düzenlemeyi irdelemek gerekirse, yasa önce feshin geçerli nedene dayanması kuralını koymakta, daha sonra yapılan feshin geçersizliğini ileri sürmesi için işçiye bir aylık hak düşümü süresi tanımaktadır. Söz konusu düzenleme ile yasa, bir iptal kabiliyeti (nispi butlan) halini düzenlemektedir. Hukuki işlemin geçersizliği yaptırımlarından biri olan iptal kabiliyetinde, hukuki işlem, yani fesih, başlangıçtan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuç doğurur. Ancak, iptal hakkı sahibi olan işçi isterse hukuki işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir. İptal nedenlerinin var olması hukuki işlemi kendiliğinden geçersiz kılmaz, geçersizlik ancak hak sahibinin irade açıklamasıyla gerçekleşir. İptal hakkı ilgilinin irade beyanıyla veya dava yoluyla kullanılır. İş Kanunu iptal hakkının dava yoluyla kullanılacağını öngördüğünden, fesih, hâkimin vereceği hükme kadar bozucu şarta bağlı askı durumundadır.

İşçi, yasanın hak düşümü suresi olarak düzenlediği bir aylık askı süresi içinde dava yoluyla iptal hakkını kullanmadığı takdirde askıda geçerlilik hali sona erer ve fesih kesin olarak geçerlilik kazanır. İş sözleşmesini fesheden işverenin, dava açıldıktan sonra işçiyi işe davet etmesi, hâkimin vereceği hükmü etkilemez. İşçinin hâkimin vereceği yargısal karar güvencesinden yararlandırılması gerekir.

İşçi hak düşümü süresi içinde dava açtığı ve mahkeme feshin geçersiz olduğuna karar verdiği takdirde fesih işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Mahkemenin verdiği hüküm, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir karardır. Böylece, fesih işlemi önce geçerli olmakta, ancak Hâkimin vereceği kararla baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından yazılı bir fesih bildirimi yapılmadan feshedilmiştir. Davacı bir aylık süre içinde feshin geçersizliği isteminde bulunmuştur. Artık fesih hâkimin vereceği hükme kadar bozucu şarta bağlı askıdadır. Dava açıldığını öğrenen davalı işveren, vekili aracılığı ile hem davacı asile hem de davacı vekiline ihtarname göndererek, "ihtiyaç olduğu halde ayrıldığı, dava açtığını öğrendiklerini, davayı kabul ettiklerini, tebliğden itibaren 5 gün içinde gerçek maaşı 1.250,00 YTL üzerinden aynı işe başlamasını, ödenen tazminatın boşta geçen süre ücretinden mahsup edilerek iade edilmesini, aksi halde devamsızlık nedeni ile iş sözleşmesinin feshedileceğini" belirtmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 92.maddesi uyarınca "kabul", yargılamayı sona erdiren bir usul işlemi olup, kesin hükmün tüm hukuki sonuçlarını doğurur. Geçerli bir kabulün varlığından söz edilebilmesi için, kabule ilişkin beyanın kesin ve koşul içermeyen açıklıkta olması gerekir.

Davalı işveren vekili, gönderdiği ihtarnamede davayı kabul ettiğine göre, kesin hükmün sonuçları kararda gösterilmeli, kısaca istem gibi hüküm kurulmalıdır. Bu durumda da davanın kabulü gerekir. Diğer taraftan, işe davetin fesihten önceki koşulları taşımadığı, davacının daha düşük ücretle işe davet edildiği, ayrıca dosya içeriğinden ödendiği anlaşılamayan ihbar ve kıdem tazminatının geri ödenmesi şartını içerdiği, işverenin işe davette samimi olmadığı da anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

Diğer taraftan davanın açılmasında neden olduğu halde yargılama gideri ve vekâlet ücretinden davalının sorumluluğuna karar verilmemesi de usule aykırıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 14.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/2950
Karar No **:** 2008/22064
Karar Tarihi **:** 25.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce imzalanan Toplu İş Sözleşmesine konulan iş güvencesinden, koşulları mevcutsa işçi yararlanabilir. Ancak, fahiş miktardaki iş güvencesi tazminatında indirim yapılmalı, İş Kanunu'ndaki alt ve üst sınır dikkate alınarak yeniden belirlenmelidir.***

DAVA : Davacı vekili dairemizin 04.10.2007 gün ve 2007/734-2965 sayılı bozma kararının maddi hataya dayandığını ileri sürerek, maddi hatanın giderilmesi isteğinde bulunmuştur.

Dairemiz kararında maddi hata yapıldığına dair dilekçede özetle, davacı temyizinin de olduğu ancak görülmediği belirtilmiştir.

Dosya ve eklerinin yeniden incelenmesinde; 07.12.2006 günlü mahkeme kararının 15.12.2006 tarihinde davacı tarafından temyiz edildiği ancak dairemizce söz konusu temyizin sehven nazara alınmadığı ve mahkeme kararının sadece davalı temyizi yönünden incelenerek bozulmasına karar verildiği görülmüştür.

Mahkemece davacının maddi hata dilekçesine rağmen dosyanın dairemize gönderilmediği, bozmaya uyulmasına karar verilerek yeniden hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

Dairemizin anılan 04.10.2007 günlü bozma kararının maddi hataya dayandığı görülmekle ortadan kaldırılmasına karar verilmiş olmakla, Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü;

KARAR : 1-Dairemizin 04.10.2007 gün ve 2007/734-2965 sayılı bozma kararı maddi hataya dayandığından ortadan kaldırılmasına, ortadan kaldırılan bozma ilamına uyulmasının usuli kazanılmış hak oluşturmadığının kabulüne,

2-Dosyanın yeniden yapılan incelemesinde,

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

B- Davacı tarafından davalı işverene ibraz edildiği anlaşılan 22.04.2004 tarihli dilekçesi ile bir kısım alacakların talep edildiği gözetilerek bu alacaklar yönünden işverenin temerrüde düştüğü kabul edilerek temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken dava tarihinden faize hükmedilmesi hatalıdır.

C- Davacının mevsimlik işçi olduğu kabul edilerek yıllık izin ücretinin reddedilmesi yerinde değildir. Mevsimlik iş niteliği itibariyle yılın belirli zamanlarında söz konusu olabilecek işler olup davacının çalışmalarının mevsimlik olarak kabul etme imkanı bulunmamaktadır. Bu sebeple yıllık izin ücretinin kabulü gerekirken reddedilmesi dosya içeriğine uygun değildir.

D- Toplu iş Sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce imzalanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinden davacı yararlanamaz. Ancak davacı Toplu İş sözleşmesinde belirlenen iş güvencesinden koşulları mevcutsa yararlanabilir. Bu nedenle davacının Toplu İş Sözleşmesindeki iş güvencesi tazminatına ilişkin isteğinin kabulü yerindedir. Ancak iş güvencesi tazminatı cezai şart olup fahiş bulunmaktadır. Borçlar Kanunu 161/sona göre indirim yapılarak tazminat miktarı belirlenirken, 4857 sayılı Yasanın 21. maddesindeki alt ve üst sınır, davacının hizmet süresi yönünden göz önünde bulundurulmalıdır. Bu husus nazara alındığında mahkemece yapılan indirim az olduğundan yasa hükmüne paralel bir indirim yapılmak üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 25.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
520

Esas No **:** 2008/9-550
Karar No **:** 2008/545
Karar Tarihi **:** 17.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : İşçi, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır.
Mahkeme kaleminde usulüne uygun olarak yapılan tebligat geçerlidir.

DAVA: Taraflar arasındaki "işçi alacağı ve tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (… Üçüncü İş Mahkemesi)'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 15.02.2007 gün ve 2006/416 E. 2007/60 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 16.07.2007 gün ve 2007/19558 E. 23778 K. sayılı ilamı ile; ("...Dosya içeriğine göre davacının işe iade davasının kabulüne dair yerel mahkeme kararı Yargıtay'ca 05.12.2005 tarihinde onanmıştır.

Davacı 23.02.2006'da icra takibinde bulunmuştur. İşe iade istemi için 24.07.2006 tarihinde başvuruda bulunmuştur. Yasanın aradığı 10 günlük süre geçmiş bulunmaktadır. İsteklerin reddi gerekirken kabulü bozmayı gerektirmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Dava, işçi alacağı farkı ve tazminat isteğine ilişkindir.

Davacı, davalı işverene ait iş yerinde işe başlatılmasına ilişkin olarak lehine karar verildiğini, süresinde işe başlatılması için davalı işverene başvurmasına rağmen işe başlatılmayarak, iş akdinin feshedildiğini ileri sürerek, işçi alacağı farkı ile tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının iş akdinin feshedildiğini ve alacağının kalmadığını bildirerek, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin "davacının süresinde işe iadesi için davalı işverene başvurduğu, işe başlatılmayarak iş akdinin feshedildiği, ek alacak ve tazminat isteminin haklı olduğu" gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne dair verdiği karar, yukarıda açıklanan nedenlerle Özel Daire'ce bozulmuştur.

İş Kanunu'nun 21/5. maddesi "...İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu

olur..." hükmünü içermektedir. Maddenin içeriğinde açıkça görüldüğü üzere, işe başlatma süresi yönünden, işe başlatmaya ilişkin olarak alınan mahkeme kararının tebliğ zorunluluğu bulunmaktadır.

İlamların tebliğinin ne şekilde yapılacağı Tebligat Yasası'nda düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra hükümlerin kalemde tebliğini yasaklayan bir düzenleme de yoktur. Aksine, Yazı İşleri Yönetmeliği'nin; ilamların tebliği ve tevdii hakkındaki 52. maddesinde "...Kalem Şefi veya Muavini ilamları taraflara tebliğ eder. İlam, vekille temsil edilen davalarda taraflardan birinin vekilinin müracaatı üzerine vekile, aksi takdirde asile, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 392. maddesindeki esaslara uygun şekilde makbuz mukabili verilir. Bu makbuzun tarih ve sayısı da esas defterinin mahsus sütununa kaydolunur..." hükmünü içermektedir.

Somut olayda, davacı, … Birinci İş Mahkemesi'nce 13.09.2005 tarih 1222 T-991 sayılı ilam ile işe iade kararı almış, bu karar 05.12.2005 tarihinde kesinleşmiştir. Anılan ilam davacıya kalemde 21.07.2006 günü tebliğ edilmiş olup, davacı işe iadesi için davalı işverene 26.07.2006 günü tebliğ edilen ihtarname ile süresinde başvurmuş, ancak işe başlatılmamıştır. Yukarıda açıklanan nedenlere göre, yerel mahkemenin bu nedenle direnmesi uygundur.

Ne var ki, esasa ilişkin temyiz itirazları Özel Daire'ce incelenmediğinden bu konuda inceleme yapılmak üzere Özel Daire'ye gönderilmelidir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, dosyanın işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için Dokuzuncu Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 17.09.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/31193
Karar No **:** 2008/26516
Karar Tarihi **:** 13.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşçinin kıdemine ve özellikle fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının alt sınır olan işçinin 4 aylık ücreti tutarında değil 7 aylık ücreti tutarında belirlenmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilirken, fesihte sendikal neden bulunmadığı kabul edilmiştir.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin işçilik alacaklarını dava yolu ile talep etmesi ve uğradığı baskı nedeni ile şikâyet hakkını kullanması üzerine sendikal nedenle feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının Belediye Başkanı ve yetkilileri hakkında "işten çıkarma tehdidi ve görevi kötüye kullanma" iddiası ile Cumhuriyet Başsavcılığına yaptığı şikâyet sonucu, İçişleri Bakanlığı kararı ile işleme konmama kararı verildiğini, şikayete konu iddiaların mesnetsiz olduğunu, işçi ve işveren ilişkisinin bozulduğunu, çalışma huzuru kalmadığını, işveren temsilcisi hakkında şeref ve haysiyeti kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması nedeni ile iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. b maddesi uyarınca feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının işçilik alacakları ile ilgili dava açması ve dava açması nedeni ile uğradığı baskı üzerine şikayette bulunmasının anayasal bir hak olduğu, bu şikayet nedeni ile feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.b maddesi kapsamında asılsız ihbar ve isnat kabul edilmemesi gerektiği, verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmediği, davacının davranışı ile ilgili savunmasının alınmadığı, feshin geçerli ve haklı nedene dayanmadığı, davacının da sendikal nedeni kanıtlayamadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine karar verilirken, işe başlatılmama tazminatı, davacı işçinin 4 aylık ücreti tutarında belirlenmiştir.

Karar işe başlatmama tazminatı yönünden davacı vekili tarafından, cevap nedenleri ile de davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta, davalıya ait işyerinde yaklaşık 8 yıl çalışan davacı işçinin işçilik alacakları ile ilgili dava açması, açtığı davadan vazgeçmemesi ve uğradığı baskı nedeni ile işveren temsilcilerini şikâyet etmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği, işverence gerçekleştirilen feshin geçerli ve haklı nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Keza fesih nedenine ve sendikal nedenin somut olarak kanıtlanmamasına göre işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.

maddesi uyarınca belirlenmesi de isabetlidir. Ancak davacı işçinin kıdemine ve özellikle fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının alt sınır olan 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 7 aylık ücreti oranında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 7 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu, 59,30 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 13.10.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/32734
Karar No **:** 2008/32394
Karar Tarihi **:** 27.11.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşçinin işe iade başvurusu üzerine, işverenin bu isteği kabul ettiğini 1 ay içinde bildirmesi gerekmekle birlikte, işçinin bu süre aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir.***

DAVA : Davacı, itirazın iptali ve icra inkâr tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm allına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatına esas alınan ücret konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır,

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/ 2-g bendinde bu süreyi aşan mazeretsiz devamsızlık hallerinde işverenin haklı fesih imkânı doğmaktadır. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Fesih tarihindeki ücrete göre işe başlatmama tazminatı ödenmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir, Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı taktirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Sözü edilen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ila ortaya çıkabilecek olan arızi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. Maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak, işe başlatmama tazminatı niteliği itibariyle faiz olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda, işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içinde davacı işçi tarafından işe başlatılması için 18.01.2006 tarihinde başvuruda bulunulmasına rağmen davalı işveren tarafından işe başlatılmamıştır. Bu durumda fesih tarihi bir aylık işe başlatma süresinin sonudur. İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. Davalı işveren tarafından bildirilen yazıya göre, fesih tarihinde emsal işçinin alacağı ücretin net 550 YTL, brüt 767,63 YTL olduğu belirtilmiştir. Mahkemece alınan 05.12.2006 tarihli bilirkişi raporunda, işe başlatmama tazminatı brüt 542,57 YTL üzerinden hesaplama yapılmış; 18.05.2007 tarihli ek raporda ise davalının bildirdiği emsal işçi ücreti olan brüt 767,63 YTL esas alınarak hesaplama yapılmıştır. Mahkemece, işe başlatmama tazminatı bakımından emsal işçi ücreti esas alınarak hesaplama yapılan 18.05.2007 tarihli ek rapordaki miktarın esas alınması gerekirken, aylık ücretin brüt 542,57 YTL esas alındığı 05.12.2006 tarihli bilirkişi raporundaki miktar esas alınarak hüküm kurulmuş olması hatalıdır.

3) İşçilik alacaklarıyla ilgili olarak yapılmış olan icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında yargılama ve icra inkâr tazminatına karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır,

Genel haciz yoluyla ilamsız icra takiplerinde borçlunun itirazı üzerine takip durur ve alacaklının takibin devamını sağlamaya yarayan imkânlarından biri İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesinde öngörülen itirazın iptali davasıdır.

İtirazın iptali davası, takip alacaklısı tarafından itiraz etmiş olan takip borçlusuna karşı açılır. İcra takibinde yer alan ve borçlu tarafından itiraza uğrayan kısım davanın konusunu oluşturur. Borcun tamamına ya da bir kısmına itiraz hallerinde olduğu gibi imzaya itiraz ile faize itiraz edilmesi durumunda da itirazın iptali davası açılabilir.

İcra iflas Kanunu'nun 68 ve 68 (a) maddelerinde sözü edilen belgelerden birine sahip olmayan alacaklı, itirazın giderilmesini sağlayabilmek için yalnız itirazın iptali yoluna başvurabilir,

Borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş ya da itiraz geçerli değilse alacaklının itirazın iptali davası açmasında hukuki yarar yoktur.

İtirazın iptali davası süreye tabidir. Alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde davayı açabilir.

İcra takibi konusu alacak (davası) İş Mahkemesinin görevine girmekte ise, itirazın iptali davası da İş Mahkemesinde açılır (Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul Kasım 2004, s. 223). Buna göre davada 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca sözlü yargılama usulü uygulanır.

İtirazın iptali davasında, işçilik alacaklarıyla ilgili olarak tahsil hükmü kurulması mümkün olmaz. Yargılama sonunda icra takibine itirazın kısmen ya da tamamen iptali ile takibin devamına ya da davanın reddine dair karar verilmelidir.

İtirazın iptali davasında dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması mümkün olup, arttırılan kısım yönünden tahsil davası olarak hüküm kurulmalıdır. Davaya konu miktarın ıslah yoluyla arttırılması itirazın iptali davasının niteliğini değiştirmez ve tamamını tahsil davasına dönüştürmez.

İtirazın iptali davasında borçlunun haksızlığına karar verilmesi halinde ve alacaklının talep etmiş olması şartıyla, borç miktarının Yasada gösterilen orandan az olmamak kaydıyla icra inkâr tazminatına hükmedilir. İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 28. maddelerinin işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkâr tazminatına hükmolunmaz.

Borçlu belirli bir alacak için yapılan icra takibinde borcun bir kısmına itiraz etmek istediğinde, itiraz ettiği kısmı açıkça göstermek zorundadır. Borçlu buna uymaz

ve borcun tamamına itiraz ederse, itirazın iptali davası sonucunda borçlu olduğu miktar bakımından icra inkâr tazminatı ödemekle yükümlüdür.

Alacağın likit olması şartıyla, itirazın iptali davası sonunda borçlunun itirazının kısmen kabulü halinde dahi, kabul edilen kısım bakımından icra inkâr tazminatına hükmedilmelidir.

İcra inkâr tazminatı, asıl alacak bakımından söze konu olur. İşlemiş faiz isteği yönünden icra inkâr tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir.

İcra takibinde işlemiş faiz için de takip tarihinden itibaren faiz talep edilmiş olması durumunda, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesi, faize faiz yürütülmesi anlamına gelir ki, Borçlar Kanunu'nun 104/son ve 3095 sayılı yasanın 3, maddesi uyarınca faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Bu halde, asıl alacak bakımından takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmek suretiyle, faize faiz yürütülmeyecek şekilde hüküm kurulmalıdır.

Somut olayda hakkın özü tartışmalıdır. Bu nedenle alacağın likid olduğundan söz edilemez. Davacı lehine icra inkâr tazminatına hükmedilmiş olması doğru değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/45501
Karar No **:** 2008/32931
Karar Tarihi **:** 02.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşe başlama talebi şahsa bağlı olmadığından, işçinin avukatı aracılığıyla süresi içinde yapmış olduğu başvurunun geçerli olduğu ve işçinin işe başlatılmaması sebebiyle bir aylık işe başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılması gerektiği kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının temyizine gelince:

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret, ihbar ve kıdem tazminatı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı işçi daha önce açmış olduğu davada, işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığını ileri sürerek, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe başlatılmaya dair karar verilmesini talep etmiş, mahkemece yapılan yargılama sonunda talep doğrultusunda karar verilmiştir. Söz konusu karar 25.12.2006 tarihinde Dairemizce onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Kesinleşen karar, işe iade davasında davacının vermiş olduğu vekâletname çerçevesinde davayı takip eden avukata 04.04.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Davacı vekili, 05.04.2007 tarihinde işverene hitaben telgraf göndermiş ve isimleri belirtilen davacı işçilerin işe iadesini talep etmiştir. Söz konusu telgrafın davalı işverene ulaştığı uyuşmazlık konusu değildir. Davalı işveren işe iadeyi talep eden bir kısım işçilere gönderdiği ihtarnamede, işe başlama talebinin kesinleşen mahkeme kararı ile birlikte şahsen yapılması gerektiği açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için başvurması gerekir. Başvurunun şekline dair anılan hükümde bir açıklama yer almamış olsa da yazılı başvurunun geçerlilik şartı olmayıp, ispat şartı olduğu kabul edilmelidir.

İşe iade başvurusunun işçinin avukatı tarafından yapılması imkân dahilindedir. İşe iade davasında davayı vekâletname uyarınca takip etmiş olan avukat tarafından yapılan başvuru, kesinleşen işe iade kararının yerine getirilmesi anlamında değerlendirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen işe başlama talebinin, şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan söz edilemez. Başvuru, işe başlama yönünde bir irade açıklaması olup, aynı anda işçinin işe iade edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İşçinin şahsen ya da yetkili avukatı tarafından yapılan başvuru üzerine işverence işçinin bir aylık süre içinde işe başlatılması mümkündür. İşverence işçinin işe davet edilmesi halinde, bizzat iş görme edimini yerine getirmek üzere işçinin belirlenen günde hazır olması gerekir. Görüldüğü üzere bizzat işçi tarafından yerine getirilmesi gereken iş görme ediminin başkasına devri mümkün olmaz.

Öte yandan işçinin işe iade başvurusunun ekinde, feshin geçersizliğinin tespitine dair kesinleşen kararın sunulması bir zorunluluk değildir. Başvuru anında kararın kesinleşmiş olması yeterli olup, kesinleşme olgusu işverence bilinmese dahi, işe başlatma süresi içinde belirlenebilecek bir durumdur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, işçinin işe başvuru anında başka bir işverene ait işyerinde çalışmakta olması, başvurunun samimi olmadığını göstermek için yeterli değildir. İşçinin işe başlamak için usulüne uygun olarak yapacağı başvurunun ardından

işverence işe davet edilmesi halinde, çalışmakta olduğu işyerinden ayrılması ve eski işine başlaması imkan dahilindedir.

Yapılan bu açıklamalara göre, davacı işçinin avukatı aracılığıyla süresi içinde yapmış olduğu başvurunun geçerli olduğu ve işçinin işe başlatılmaması sebebiyle bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 05.05.2007 tarihinde iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre davacı işçi, işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücret ve diğer haklara hak kazandığından isteklerin kabulü cihetine gidilmelidir. İhbar ve kıdem tazminatı ise fesih tarihi olan 05.05.2007 tarihine göre belirlenerek hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı ve 12 arkadaşının, davalı işveren aleyhine açtıkları işe iade davalarının lehe sonuçlanan ve Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesince de onanan bu ilam, 04.04.2007 tarihinde davacı ve arkadaşları tarafından tebellüğ edildiğinden, bu tarihte davacı yönünden kesinleşmiş bulunmaktadır. 05.04.2007 tarihinde işçilerin ortak vekillerince Ankara Kızılay postanesinden Bursa'ya çekilen telgraf havalesi ile 4857 sayılı İş Yasası'nın 21 inci maddesinde belirtilen 10 günlük yasal sürede işe başlatılma başvurusunda bulunulmuş olup yazışmaların vekil marifetiyle yapılması istenmiştir.

İşe iade talep başvurusunun ihtarnamesini alan işveren, cevaben; Yargıtay onama ilamının kendilerine (şirkete) 01.05.2007 tarihinde tebliğ edildiğinden, telgrafa konu başvuruların, yasal süreden önce yapılmış işe iade başvurusu olduğunu, kesinleşme şerhi verilmiş mahkeme ilamı ile şahsen yapılması halinde değerlendirilebileceğinden bahisle kabul edilmediği hususunu bildiren Bursa 11 inci Noterliğinin 05.05.2007 tarihli ihtarnameler işçilerin adına ayrı ayrı keşide edilmiştir.

İhtarname metninden, işçilerin şahıslarına duyuruda bulunulduğu gibi başvuru yönteminin de ayrıntılı olarak anlatıldığı anlaşılmaktadır. Davalı şirketin çekince koyan yazısını tebellüğ eden davacılar vekilince yeniden Ankara Küçükesat Postanesi'nden ikinci bir telgraf havalesi ile 13 işçinin olumsuzlukla sonuçlanan 05.04.2007 tarihli işe başlatma başvurusundan söz edilerek, işverenin noter tasdikli 02.05.2007 tarihli yazılı çağrısına uyularak, 04.05.2007 de işçilerin, işyerinin kapısına gelmelerine karşılık, yine işe başlatılmamaları nedeniyle kıdem ihbar tazminatları ile boşta geçen süreye ait ücret ve tazminatların 7 gün içinde ödenmesi talep edilmiştir.

Şirketçe Bursa 11 inci Noterliğinin 16.05.2007 keşide tarihli ihtaratı ile 13 işçinin isimleri ve adreslerinden bahisle Ankara'daki vekillerinin Kavaklıdere'deki büro adresine gönderilen ihtaratta; mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren 10 günlük sürede işçilerin 4857 sayılı Yasanın 21 inci maddesine göre süresinde başvuruda bulunmadıklarını, 04.05.2007 tarihinde sadece 10 işçinin işyerine geldiklerini, ancak yanlarında kesinleşme şerhi verilmiş mahkeme ilamı ile bireysel başvuru dilekçelerinin bulunmadığını, prosedürün hatırlatılıp yerine getirilmesi istenmiş ise de, uyulmadığından

işe başlatmaya dair sonuç elde edilemediğine ilişkin, keyfiyetin davacılara bildirildiği görülmüştür.

Tüm bu gelişmelerden işçilerin işverene henüz Yargıtay onama ilamı tebliğ ettirilmeden kendilerinin tebellüğ ettikleri tarihi esas alarak 10 günlük yasal sürede vekilleri marifetiyle işe başlatılma başvurusunda bulundukları, ancak işverenin noter kanallı ihtarı üzerine yanlarında kesinleşme şerhli mahkeme ilamı ve kişisel dilekçeleri bulunmadığından ve bir kısmının da hiç gelmediklerinden işverence usulüne uygun başvuruda bulunulmadığı gerekçesi ile işe başlatılmadıkları anlaşılmaktadır. Böylece başvuru için gerekli olan 10 günlük yasal sürenin başlangıcı, Yargıtay'a ait onama ilamının taraflarca farklı tarihlerde tebellüğ edilmesinden ötürü tartışmalıdır. İşveren, bu sürenin 01.05.2007 tarihinde başladığını ve işçilerin erken başvuruda bulunduklarını ileri sürmektedir. Bu sürenin 05.04.2007 tarihinden başlatılması gerektiği görüşündeyim.

Davacı, bu gelişmelerden sonra, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi ve işverence işe başlatılmaması üzerine, boşta geçen süreye ait ücret ve işe başlatmama tazminatı ile ihbar ve kıdem tazminatlarının işverenden faizi ile tahsiline dair 18.05.2007 tarihli eldeki işbu davayı açmış bulunmaktadır. Davalı, davacının işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren yasal 10 günlük sürede bizzat işe iade başvurusu yapmadığını ve başvuru isteğinin vekili marifetiyle telgrafla gönderildiğini, oysa şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kullandırılamayacağından bahisle cevaben davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, istemin kısmen kabulüne karar verilerek, iş sözleşmesi işverence feshedildiğinden, kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesine hükmedilmiş ise de, işe başlatma başvurusunun, bizzat işçilerce usulüne uygun bir şekilde yapılmadığından geçersiz sayılarak, buna bağlı boşta geçen süreye ait ücret ve işe başlatmama tazminatlarının reddine karar verilmiştir.

Mahkeme kararının Yüksek Özel Dairece temyiz incelemesinde daire çoğunluğunca kısmen kabule dair hükmün değerlendirilmesinde, mahkemece red gerekçesi olarak gösterilen işçinin işe başlatma başvurusunun bizzat yapılmasının gerekmeyeceği vekil vasıtası ile başvurunun yapılabileceğinden, boşta geçen süreye ait ücret ile işe başlatmama tazminatının reddine dair hüküm hatalı bulunarak bozulmuştur.

Yerel Mahkeme ile Yüksek Daire arasındaki uyuşmazlık konusu; işe iade davaları işçi lehine sonuçlandırıldığında, 4857 sayılı Yasanın 21 inci maddesinde ifade edilen işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren 10 günlük yasal sürede başvurunun şahsen mi yoksa vekil vasıtası ile yapılıp yapılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Eldeki davada, işe başlatma başvurusu, vekil vasıtasıyla yapılmış ise de, öncelikle vekâletnamede, bu başvuruyu kapsayan yetkinin bulunmadığı görülmemektedir.

Hukukumuzda bazı haklar şahsa sıkı sıkıya bağlı olup bu haklar kişiden başka vekil, temsilci, kayyum, hatta veli vasıtasıyla dahi kullandırılamaz (evlenme, boşanma, mirasın reddi, evlatlığa izin, İş-Kur'a başvuru gibi).

Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) 13 üncü Çalışma İstatistikçileri Konferansında kabul edilen sonuç bildirisinde, işsizliğin uluslararası standart tanımı, üç unsurdan oluşturulmaktadır;

1- İşsiz olma (olayımızda davacının iş akdi işverence feshedildiğinden, davacı işsiz kalmıştır.)

2- Halen çalışmaya elverişli bulunma (Davacı bizzat işyerine gelmediğinden, fiziksel görünümü tespit edilememiştir)

3- İş talep etme (Ancak kişisel başvuru ile mümkündür.)

Bu sayılan unsurlar, uluslararası çalışma hukukunda norm ve standart birliğini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Bundan amaçlanan fayda, çalışmaya istekli ve elverişli bulunmadır. Bu da ancak işyerine bizzat gelerek, işverene, eski işine talip olma istek ve samimiyetini göstermekten ibarettir. Diğer yandan ilgili yasa maddesinde anlatıldığı üzere, bu tarihten itibaren, işverenin, bir ay içinde işçiyi işe başlatma yükümlülüğü başlamaktadır.

İşyerindeki iş barışının korunması, üretimin durmaması ve en önemlisi istihdamın korunması ve işçinin mali durumunun daha fazla sarsılmaması için, iyi niyetli işverenler çoğunlukla ilamın infazının gereği olarak işçiyi hemen ve derhal eski işine başlatmak davranışında bulunabilir. Bu nedenle işçinin o an iş yerinde hazır bulunması son derece menfaatine olacaktır. Ayrıca yasal prosedürün işleyişinin kontrolü için, ilamın, işçinin uhdesinde ve istemini anlatan dilekçesi (şahsi dosyasına eklenmek üzere) ile işyerinde hazır olması gerekmektedir. Yine dosyalardan edinilen tecrübelere göre, işçi işe başlatılırken, eski işine veya benzer işe değil daha zor koşullardaki vasıfsız işlere başlatılması halinde, işçi tarafından durumun kısa sürede tevsik edilerek izlenip, gerekirse işçinin aynı yasanın 22 nci maddesi gereğince haklı feshinin gerçekleşmesini haklı kılar ve bunun neticesinde de işçilik haklarını elde etmesi yolundaki yeni dava silsilesine başlangıç teşkil eder

İş ve iş güvenliği yasalarında ve dayanağı olan İLO sözleşme esaslarında, olumsuz ekonomik koşullarda işçinin, bir an önce kalıcı iş güvencesine kavuşturulması amaçlanmaktadır. Bu nedenlerle iş sözleşmesinin taraflarının aktif süjesi işçi olup, işe başlama başvurusunda çok önemli bir neden bulunmadıkça (mücbir sebep) bizzat işyerine icabet edip, isbat-ı vücut etmeli ve işe hazır ve istekli olduğunu işverene göstermelidir.

Somut olayımızda ise, davacı, işyerinin bulunduğu Bursa ilinde fiilen bulunmalarına rağmen, vekilleri marifetiyle telgraf ve noter teatisi ile işe başlatma başvurusunda bulunmuşlardır.

Bu itibarla, Mahkemenin, bu başvurunun bizzat ve dolayısıyla süresinde ve usulüne uygun olarak yapılmadığının kabulü ve buna dayalı isteklerin reddine dair hükmünü isabetli bulmaktayım. Bunun aksi yöndeki, hükmü hukuka aykırı bulan dairenin çoğunluk görüşüne katılamamaktayım.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ
532

Esas No **:** 2007/30406
Karar No **:** 2008/34836
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşe başlatmama tazminatı hakkında hüküm kurulurken, işçinin süresi içinde müracaatının yanında, işverenin de süresi içinde işe başlatıp başlatmadığının tespit edilmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem ve işe başlatmama tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, kesinleşen işe iade davasından sonra süresinde müracaat ettiği halde işe başlatılmamak suretiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek, ihbar ve kıdem tazminatı ile işe başlatmama tazminatının hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacıya işe başlaması için bildirilen tarihte davacının işe başlamadığını, iş sözleşmesinin bu nedenle haklı olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren davacının 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmadığı, bu nedenle 14.07.2003 tarihinde gerçekleştirilen feshin geçerli hale geldiği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile ihbar ve kıdem tazminatı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka

bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/ 2-g bendinde bu süreyi aşan mazeretsiz devamsızlık hallerinde işverenin haklı fesih imkânı doğmaktadır. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplamada dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

İşe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir. İşe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda davacının işe iadesine ilişkin verilen 13.10.2003 gün ve 2003/1623-1550 sayılı karar Dairemizin 04.12.2003 gün ve 19440-19128 sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir. Davacı kesinleşen kararın 13.01.2004 günü kendisine tebliğ edildiğini belirterek aynı gün işe başlatılmak için yazılı olarak işverene başvurmuştur. Sözü edilen yazı 16.01.2004 tarihinde davalı işverene tebliğ edilmiştir. Davalı işveren, 22.01.2004 tarihli ihtarnamesi ile davacıya … adresine başvurması gerektiğini bildirmiş, ardından 11.03.2004 tarihli tutanakta 22.01.2004 tarihli işe davet yazısı üzerine davacının şirkete başvurduğu, ancak kendisine 12.03.2004 tarihinde işe başlayacağının bildirildiği belirtilmiştir. Gerek davacı tarafından davalı işverene gönderilen yazı içeriğinden gerekse işverence düzenlenen belgelerden davacının süresi içinde davalı işverene başvurduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının süresi içinde başvurmadığının kabulü doğru olmamıştır. Davacının süresinde müracaatına rağmen işverence süresi içinde işe başlatılıp başlatılmadığı araştırılarak sonucuna göre işe başlatmama tazminatı hakkında hüküm kurulması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde anılan isteğin reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/32428
Karar No **:** 2008/35247
Karar Tarihi **:** 23.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşe iade kararının tebliğinden sonra işçilerin işyerine gitmeleri, işe başlama başvurusu yapmak amacını taşımakta, aynı gün işyerinden içeri alınmayışları ise başvurunun engellenmesi olarak kabul edilmelidir. İşe iade yönündeki tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olduğu düşünülemeyeceği gibi, işyerinin bulunduğu yer dışındaki başka noterden yapılmış olması da kötü niyeti gerektirmeyecektir.***

DAVA: Davacı, itirazın iptali ile %40 icra inkâr tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi, tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5.fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih, geçerli bir fesih sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1 fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

Somut olayda, kesinleşen işe iade kararının 07.01.2005 tarihinde davacı vekiline tebliği üzerine, davacı ve benzer durumdaki arkadaşları 10.01.2005 tarihinde topluca işyerine gitmiştir. Tüm dosya içeriği, tanık anlatımları ve özellikle ceza davası sırasında alınan beyanlara göre, işçilerin işyerine gitmeleri, işe başlatma başvurusu yapmak amacı taşımaktadır. Aynı gün işyerinden içeri alınmayışları başvurunun engellenmesi olarak kabul edilir.

Kaldı ki, 10 günlük süre içinde 13.01.2005 tarihinde davacı vekili tarafından işverene yapılmış işe iade yönünde başvuru da bulunmaktadır.

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirilmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumluluğu düşünülemeyeceği gibi, işyerinin bulunduğu yer dışındaki başka noterden yapılmış olması da kötü niyeti gerektirmeyecektir. Yasanın amacı, işçinin en kısa yoldan işe başlatılmasını sağlamaktır. İşverence daha sonra işe davet yapılarak, işçiye külfet getiren, hazırlanması zaman alıcı bazı belgelerin istenmesi yasanın amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu durumda davacının süresinde işe iade başvurusunda bulunduğu, işverence işe başlatılmadığı kabul edilmelidir. Böylece işçi işe başlatılmamanın sonucu olarak kesinleşen kararla belirlenmiş işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretini istemeye hak kazanmıştır. Davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2008 gününde oy birliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/38730
Karar No **:** 2009/7345
Karar Tarihi **:** 18.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Fesih tarihindeki ücrete göre işe başlatmama tazminatı ödenmeli ve niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. İşçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olan bu alacaklar için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır.

DAVA: Davacı, tazminat ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İşe iade davası sonunda ödenmesi gereken boşta kalan süreye ilişkin ücret ve işe başlatmama tazminatında uygulanacak faiz ve faiz başlangıç tarihi konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de, işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin

daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşullan oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay Dokuzuncu HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E., 2008/27243 K.).

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde, bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre, işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Fesih tarihindeki ücrete göre işe başlatmama tazminatı ödenmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için, kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak, işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Sözü edilen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde

çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arızi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda, davacının işe iade başvurusu davalıya 23.08.2006 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı 26.09.2006 tarihli yazı ile işe başlatmayacağını açıklamıştır.

Bu halde işe başlatmama tazminatına davacının işe başvuru tarihine göre bir aylık süre sonu olan 23.09.2006 tarihinden itibaren faiz uygulanmalıdır. Boşta geçen süre ücretinde ise, 23.08.2006 tarihinden faize karar verilmelidir.

Faiz türü yönünden de yukarıda açıklandığı üzere boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağına 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü, işe başlatmama tazminatına ise, yasal faiz uygulanmalıdır.

Mahkemece, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve işe başlatmama tazminatına uygulanan faizin başlama tarihi ile işe başlatmama tazminatına uygulanan faiz türü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/30663
Karar No **:** 2009/8956
Karar Tarihi **:** 31.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : İş Kanunu'nda, ücretin gününde ödenmemesi halinde uygulanması gereken en yüksek mevduat faizi, gazeteciler bakımından uygulanmaz.

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret, yıllık izin ve yüzde beş fazla ödeme alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı gazetecinin iş sözleşmesinin feshi, işe iade sonrasında işverence işe başlatılmaması, suretiyle 13.04.2006 tarihinde gerçekleşmiştir. İşe başlatma tazminatının işe başlatmama tarihindeki ücrete göre belirlenmesi gerekir. Yine boşta geçen en çok 4 aya kadar süre ücret ve diğer hakları feshi izleyen en çok 4 aylık sürede ödenmesi gereken haklar olarak belirlenmelidir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 20.11.2008 gün 2007/30092 E, 2008/31546 K.). Dosya içinde başkaca veri bulunmadığı için bilirkişi tarafından geçersiz sayılan fesih öncesinde ödenen ücretlere göre hesaplamaya gidilmişse de, davacı vekili anılan rapora karşı itirazda bulunmuş ve işyerinde işçilere uygulanan ücret artışlarının belirlenmesini talep etmiştir. Davacı tarafın anılan itirazı üzerinde durulmalı ve işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücretler yönünden gerekli araştırmaya gidilmelidir. Gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınmalıdır. Bu konuda eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3- Feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin yasal süresi içinde başvurusu üzerine hak kazanılan en çok 4 aya kadar ücret, niteliği itibarıyla aylık ücret gibi değerlendirilmelidir. Dairemizin uygulamasına göre işçi en çok 4 aya kadar bu dönemde adeta çalışıyormuş gibi değerlendirme yapılmalıdır, Sigorta primine tabi olan ve hizmet süresine eklenen sözü edilen süre ücretleri 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 14. maddesinde sözü edilen aylık ücret gibi değerlendirilmelidir. O halde boşta geçen süreye ait ücretlerin gününde ödenmemesi halinde de, anılan yasada öngörülen günlük yüzde beş fazla ödeme kuralı geçerli olur. Mahkemece bu yönde hesaplama yaptırılmalı ve indirim hususu da düşünülerek bir karar verilmelidir.

4- Ücret için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülmüş ise de, davacı gazeteci olup 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da anılan faize yer verilmemiştir Böyle olunca hüküm altına alınan 4 aya kadar boşta geçen süre ücreti yönünden yasal faiz yerine bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi de hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/20635
Karar No **:** 2009/12263
Karar Tarihi **:** 30.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ ***: İşe iade davasında, kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar olan süre, hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, ikramiye, ücret alacağı, 4 aylık işe başlatmama tazminatı, diğer sosyal haklar farklarının ve faizinin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret, ihbar ve kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. Fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4 en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu 21/5. maddesine göre geçerli bir fesih sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının talebi mümkün olmaz. Ancak geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin 1 aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. Maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya 1 aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplamada dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Bahsi geçen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur (Yargıtay 9. HD. 20.11.2008 gün 2007/30092 E, 2008/31546 K).

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 aya kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz (Yargıtay 9. HD. 18.11.2008 gün 2008/32727 E, 2008/31214 K).

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibariyle tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda, davalı kesinleşen işe iade davasından sonra davacının işe başlatılmayarak kararda belirlenen tazminat ve ücret alacaklarını kısmen ödediğini, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacaklarında da fark ödeme yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

1- Karara esas alınan bilirkişi raporunda yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda geçersiz sayılan 04.07.2005 fesih tarihini 4 aylık sürenin eklenmesiyle 04.11.2005 tarihine göre davacının çalışma süresi belirlenmelidir. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti bu süreye göre hesaplanmalıdır. 04.11.2005 tarihi yerine işe başlatılmadığı tarihin esas alınarak çalışma süresinin belirlenmesi hatalıdır.

2- Bilirkişi raporunun alınmasından sonra davalı, banka ekstresini sunarak kıdem tazminatı olarak 1.816,74 YTL daha ödeme yapıldığını beyan etmiş, davacı da ıslah dilekçesinde bu miktarın ödendiğini kabul etmiştir. Mahkemece bu ödemenin de belirlenen kıdem tazminatı miktarından mahsubu gerekirken dikkate alınmadan karar verilmiş olunması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3- İşe iade kararında belirlenen çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret alacağı da hatalı olup, geçersiz fesih izleyen dönem ücretine göre hesaplama yapılmalıdır. Bu yönden de kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/20151
Karar No **:** 2009/19581
Karar Tarihi **:** 06.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretine karar verilmesi, feshin geçersizliğine bağlı ikincil bir sonuç olup, tazminat ve ücretin talepten az belirlenmesi nedeniyle, davalı yararına vekalet ücreti ve davanın kısmen kabulüne karar verilemez.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının alt sınırdan davacı işçinin 4 aylık ücret tutarında belirlenmesine işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi nedeni ile davalı yararına vekâlet ücretine karar verilmiştir.

Hüküm tefhimden itibaren süresi içinde davalı vekili, kısa kararın vekalet ücretini içermemesi nedeni ile tebliğ tarihinden itibaren süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili sendika üyesi olan davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca davacı işçinin 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, şirketin işyerinde üretim kapasitesinin son yıllarda ciddi bir azalma gösterdiğini, bu nedenle objektif ölçüler içerisinde işçi indirimine gidildiğini, ayrıca davacının iki tanık huzurunda dava hakkından feragat ettiğini, davacının iş akdinin feshi sırasında tüm yasal haklarını nakden tahsil ettiğini, ayrıca iş akdi feshedilen davacı yerine başka bir işçi de alınmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin davacı ile birlikte bir kısım işçilerin iş akdini topluca feshettikten kısa bir süre sonra işyerine, çıkarılan işçilerin vasıflarında yeni işçiler aldığı, bu nedenle işletmesel kararda tutarlı davranmadığı, ayrıca feshin son çare olması gerektiği, davalı işverenin davacının çalıştığı işyeri dışında Muğla ili ve Denizli ilinde maden işyerinin bulunduğu, davacıya bu işyerinde çalışması için teklifte bulunulduğuna dair dosya arasında davalı tarafça sunulmuş bir delil bulunmadığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son maddesi gereğince iş akdi devam ederken işe iade davasından feragate ilişkin sözleşmenin geçersiz olduğu, geçerli olmayan bir ibraname ve feragatnameye dayalı karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin de mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının alt sınırdan davacı işçinin 4 aylık ücret tutarında belirlenmesine, işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi nedeni ile davalı yararına vekâlet ücretine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden ise fesih nedenlerinin geçerli olduğunu, özellikle işletme gerekleri ile fesihte işletmesel karar aldığını, bu karar ile istihdam fazlalığı meydana geldiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız).

Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği feshin geçersizliği istemi tespit niteliğinde olduğundan, vekâlet ücretinin Avukatlık ücret tarifesine göre, davanın kabulü halinde davacı, reddi halinde davalı yararına maktu olarak takdir edilmesi gerekir. Feshin geçersizliği ile birlikte, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret ve diğer hakların belirlenmesine de karar verilmekte ise de, bunların miktar olarak değil, yasal sınırlar içinde ay olarak tespiti ile yetinilmesi gerekir. Zira işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi, feshin geçersizliğine bağlı ikincil bir sonuçtur. Asıl istek feshin geçersizliği ve işe iadedir. Bu nedenle işe başlatmama tazminatının veya boşta geçen süre ücretinin talepten az belirlenmesi nedeni ile davalı yararına vekâlet ücretine ve yargılama giderine karar verilmemesi gerekir (Yargıtay 9. HD. 10.11.2008 gün ve 2008/5822 Esas, 2008/30578 Karar sayılı ilamı). Ayrıca asıl istek olan feshin geçersizliğinin tespiti halinde, davanın kabulü şeklinde hüküm kurulmalıdır. İşe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi, davanın kısmen kabulü anlamına gelmez.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından ekonomik nedenler gösterilerek işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenle feshedilmiştir. Davalı işveren belirttiği nedenden dolayı davacının istihdam fazlası olduğunu, aldığı kararı tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlayamadığından, mahkemece bu nedenle feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi yerindedir.

Ancak mahkemece feshin geçersizliğinin tespit edilmesine rağmen, davanın kabulü yerine, işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlemesi nedeni ile davanın kısmen kabulüne ve bu doğrultuda davalı yararına vekâlet ücretine karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 43,80 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak, 06.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/21710
Karar No **:** 2009/22886
Karar Tarihi **:** 15.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***Geçersiz fesihte, işe iade yargılaması sırasında ölen işçinin mirasçılarına 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkemece, davacının yargılama sırasında ölmesi sebebiyle konusuz kalan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı E., F. ve davalı avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.
KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının temyizine gelince;
Davacı işçi feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesi isteğinde bulunmuş, davalı işveren feshin geçerli nedene dayandığını savunmuştur.

Yargılama sırasında davacı işçi ölmüş, mirasçıları davaya devam etmişlerdir.

Mahkemece, yapılan yargılama sonunda feshin geçerli bir nedene dayanmadığı yönünde karar vermiş ancak, davacı işçi ölmüş olmakla işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri yönünden davanın konusuz kaldığından söz edilerek karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut olay yönünde uyulan bozma ilamına uygun yapılan araştırmaya göre davacı işçi yönünden fesih için geçerli bir nedenin bulunmadığı belirlenmiş olup, somut olayın özelliği dikkate alındığında mahkemenin bu yöndeki kararı dosya içeriğine de uygundur.

Öte yandan, iş sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona (Bk. m.347/1) erdiği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır.

İşçinin ölümü halinde kıdem tazminatının mirasçılara geçtiği (İş. Kan. 14) de bir gerçektir. O halde dava konusu haklar irdelenmelidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesine göre Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar miras bırakanın alacaklarını doğrudan doğruya kazanırlar.

Davacı işçinin iş sözleşmesi 01.12.2006 tarihinde iş yerinde yeniden yapılanma ve alt işveren uygulamasına gidilmesi nedeniyle feshedilmiştir. Dava 13.12.2006 tarihinde açılmıştır. Davacı yargılama sırasında ölmüştür.

Davacı davayı açmayla işe iade iradesini belirtmiştir. Amaç işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı haklardan yararlanmaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen dört aya kadar ki boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar, işverenin işe başlatma veya başlatmamaya bağlı bir sonuç değildir.

Ölüm olgusu bir hukuki ilişkide aleyhe olarak yorumlanmamalıdır. İşçi ölmeseydi ne tür davranışına üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa hukuki sonuç bağlanmalıdır. Öte yandan bir Yasa yorumlanırken Yasanın konuluş amacı dikkate alınmalıdır. Yasadaki işe iade hükümleri işçinin işe iadesini amaçlamıştır. Ölüm olaylarına nasıl bir sonuç bağlayacağı yasada belirtmediğine göre bu boşluğu doldurmak yargıcın görevidir. (TMK m.I/II) Yargıç burada Kanun Koyucu olarak davranmalıdır.

Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadar ki boşta geçen süre ücretine yasal 4 aylık sınırlama dikkate alınarak hükmetmelidir. Böyle bir sonuç genel olarak Yasanın amacına da uygundur. Aksi halde işverenin haksız davranışı işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalmaktadır. Bu durumda adalet duygusunu incitir.

Geçerli nedene dayanmayan feshin tespiti ile yetinilmesi, ölen işçinin mirasçıları yönünden hiçbir imkan sağlamayacaktır. Oysa konu, sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirmektedir. 4 aya kadar ücret ve diğer haklar yönünden Sosyal Güvenlik Kurumuna prim yatırılması ve ölen işçinin mirasçılarının buna göre sosyal güvenlik haklarından yararlanması gerekir.

İşe iade yargılaması sırasında işçinin ölümü daha önce Dairemiz önüne uyuşmazlık olarak gelmiş ve işçinin ölümü sebebiyle işe başlama yönünde başvuruda bulunulmasının imkansız olduğu gerekçesiyle boşta geçen süreye ait ücret isteklerinin reddine karar verilmiştir. (Yargıtay 9.D. 06.11.2006 gün 2006/20109 E. 2006/29326 K.) Konu, temyize konu olayda Dairemizce bir kez daha etraflıca değerlendirilmiş ve yukarıda belirtilen gerekçelerle işe iade yargılaması sırasında ölen işçi yönünden 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara dair isteğinin kabulüne karar vermek gerekmiştir.

Böyle olunca işçinin ölümü feshi izleyen 4 ay geçtikten sonra gerçekleşmiş olmakla, ölen işçinin mirasçılarına 4 aylık süre için boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir. Mahkemece davanın kısmen kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup, 4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERLİ NEDENE DAYANMADIĞININ TESPİTİNE,**
3- Davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olmakla işe iade ve işe başlatmama tazminatı istekleri konusuz kalmakla bu yönlerden **KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,**
4- Boşta geçen süreye ait 4 aylık süre için ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacı ölen işçinin **MİRASÇILARINA VERİLMESİNE,**
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 60,00 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 15.09.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı işçi, işten çıkarılma nedeninin geçerli olmadığını ileri sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesini talep etmiştir.

Yargılama sırasında davacı işçi ölmüş olduğundan mirasçıları davaya katılarak davayı sonuçlandırmışlar, Mahkemece, işçinin işten çıkarılma nedeninin geçerli bir nedene dayanmadığına ancak, davacının ölmesi nedeniyle işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret talepleri yönünden bir karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

İş Sözleşmesi, çalışma gücünü karşı tarafın emrine, o şahsa bağımlı şekilde ve bir bedel karşılığında vermeyi kabul eden bir sözleşmedir.

İş sözleşmeleri, işçinin kişiliği ve nitelikleri nazara alınarak işverenle yapılan sözleşmelerdir. Bu nedenle işçinin ölümü ile sözleşme sona erer. (BK. 347/1) Bu durumda iş görme borcu mirasçılarına geçmediği gibi, görülmekte olan dava yönünden kesinleşmiş maddi bir alacak da oluşturmadığından mirasçıları herhangi bir hak talep edemezler.

Mirasçıları ilgilendiren davalar ölüm sonucunda mirasçılara geçen alacaklara ilişkin davalardır.

İşe başlamayı isteme hakkı ise kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu hak kişinin ölümü ile son bulur. Ölenin mirasçıları tarafından istenemez. Zira sağlığında kullanılmayan haklar mirasçıları tarafından kullanılamaz. Bu itibarla dava devam ederken işçinin ölümü halinde mirasçılar 4 aylık ücret talebinde bulunamazlar.

Zira İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının açık hükmü boşta geçen süreyle ilgili ücrete hak kazanabilmenin şartı, kesinleşen işe iade hükmünün tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işçinin işe başlamak için işverene başvurması gerekir. İşçinin

ölümüyle anılan başvuru imkansız hale geldiğinden boşta geçen süreyle ilgili ücret hakkında karar verilemez.

Diğer bir deyişle mirasçılar işçinin yerine işe başlamak için başvuramazlar. Diğer taraftan işçi iş sözleşmesinin feshinden de sonra bir aylık dava açma süresinde ölmesi halinde de mirasçılar ölen işçi yerine işe iade davası açamazlar.

Dava konusu olayımızda da dava görülürken, davacı işçi ölmüş olması nedeniyle işverene başvurması imkansız hale geldiğinden, yukarıda açıklanan nedenler ve dairemizin şimdiye kadar ki uygulamaları da nazara alındığında alınan mahkeme kararının onanması görüşünde olduğundan, çoğunluğun kararın bozulması görüşüne katılmıyorum.

KARŞI OY

Feshin geçersizliği davalarında üç aşama mevcuttur. Birincisi; mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi, ikincisi; karar kesinleştikten sonra işçinin on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvurması, üçüncüsü; işverenin işçiyi işe başlatma iradesini işçiye ulaştırmasıdır. (B. Kar. İş güvencesi ve Uygulaması, s. 809)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinden, işçi kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverene yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlan ile sorumlu olur. Buna göre işçinin işe başlatmama tazminatı ile çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanması için kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Aksi halde, işverence yapılmış olan fesih geçerli hale gelir.

Yüksek Daire'nin son yıllarda kararlılık kazanmış görüş ve uygulamalarına göre, işçinin kesinleşen mahkeme kararından sonra işverene işe başlamak için başvurması tek başına yeterli görülmemektedir. İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. (Dairemizin 14.10.2008 gün ve 2007/29383-2008/27243 sayılı kararı)

Somut olayda davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. İşe başlatılma talebi insani bir hak olup mirasçılar tarafından kullanılması mümkün değildir. Yasal düzenleme ve Dairemizin yukarıda açıklanmaya çalışılan uygulamaları göz önüne alındığında yargılama sırasında vefat eden işçinin, dava açmakla işe iade iradesini belirttiği amacın işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı haklardan yararlanmak olduğu gerekçesiyle, davaya devam eden mirasçılar yararına 4 aya kadar boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi yönünden Yerel Mahkeme kararının bozulmasına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/6157
Karar No **:** 2009/23311
Karar Tarihi **:** 17.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***Tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamamasından işveren sorumlu değildir. İşçinin adres değiştirmesi ve bunu işverene bildirmemesi işe başlama konusunda samimi olmadığını gösterir ve boşta geçen sürelere ilişkin alacak talebinde bulunamaz.***

DAVA : Davacı, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:
KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalının temyizine gelince:
Davacı işçi iş sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle işe iade davası açtığını, kararın kesinleştiğini ve süresi içerisinde işverene başvurduğunu, davalı işveren tarafından süresi içerisinde işe davet edilmediğini belirterek işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacı işçiyi süresi içerisinde işe davet etmesine rağmen işe başlamadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği 21.03.2007 tarihinden işe davet edildiği 08.06.2007 tarihine kadar boşta geçen süre ücretini talep edebileceği belirtilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm taraflar avukatlarınca temyiz edilmiştir.

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1 fıkrasına göre de işveren işe iade için

başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır, işçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K.).

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirilmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Fesih tarihindeki ücrete göre işe başlatmama tazminatı ödenmelidir. İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı taktirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Sözü edilen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arızi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı pirim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda işçinin işe başlatılması için işverene başvurusunu içeren ihtarname 16.05.2007 de tebliğ edilmiş, davalı ise işçiyi 08.06.2007 tarihli ihtarnamesi ile işe davet etmiştir. Davet yazısı davacı işçinin ihtarnamesinde gösterdiği adresinden taşınması sebebiyle yeni adresine 29.06.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı işçi İş Kanunun 21/1 maddesine göre işverenin kendisine müracaattan itibaren 1 aylık süre içerisinde kendisini işe başlatmadığını ileri sürmektedir. Davalı işveren 08.06.2007 tarihinde davacı işçiyi ihtarname ile işe davet etmiştir. Davetin davacı işçinin eline geç ulaşması işçinin adres değiştirmesi ve bunu işverene bildirmemesinden kaynaklanmaktadır. Davacı işçi işe başlama konusunda samimi değildir. Zira 14.12.2007 tarihli bilirkişi raporuna karşı beyan dilekçesinde Bozhüyük de iş bulduğundan adresini değiştirdiğini belirtmiştir. Davacı işçi işe davete rağmen işe başlamadığından boşta geçen sürelere ilişkin alacak talebinde bulunamaz. Davacı işçi lehine boşta geçen süreye ilişkin alacağa hükmedilmesi hatalıdır. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/24026
Karar No **:** 2009/25788
Karar Tarihi **:** 06.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşe başlatmama tazminatından kesilen gelir vergisinin ilgili kanunda yapılan değişiklik ile vergi yükümlüsü olan işçiye iadesi öngörüldüğünden, işçinin bu miktarı vergi dairesinden talep etme hakkı vardır. Vergi sorumlusu olan işverenin kesmiş olduğu miktarın işçiye ödenmesi yönünde verilen mahkeme kararı mükerrer ödemeye neden olacağından, hatalı olup bozulmalıdır.***

DAVA: Davacı, itirazın iptali ile icra inkâr tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş, davalı E. T.A.Ş. avukatınca duruşma talep edilmiş ise de; HUMK'nun 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalının temyizine gelince:

Davacı işçi işe başlatmama tazminatının eksik ödendiğini ileri sürerek icra takibi yapmış, davalı işveren borca itiraz etmiştir. Davacı işçi itirazın iptali ile icra inkar tazminatı isteğiyle bu davayı açmıştır. Mahkemece itirazın iptali isteğinin kabulüne karar verilmiş, icra inkâr tazminatı isteği reddedilmiştir.

Hükmü süresi içinde taraflar avukatları temyiz etmiştir.

Somut olayda uyuşmazlık, işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilip kesilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davalı işveren vergi sorumlusu olup, davacı vergi yükümlüsü adına anılan tazminattan gelir vergisini keserek ilgili vergi dairesine yatırmıştır. Davalı işveren uygulaması Maliye Bakanlığı'nın 28.06.2005 gün ve GİB. 042/4207-44/27873 sayılı ve 03.08.2007 gün ve B.7.1.GİB.0.03.43/4305-182/069750 sayılı Özelgelerine uygun olup, sözü edilen yazılarda işe başlatmama tazminatının gelir vergisine tabi olduğu vurgulanmıştır. Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 15.02.2007 gün ve 2006/3799 E., 2007/414 K. sayılı kararı ve Dairemizin 25.04.2008 gün ve 2007/16610 E., 2008/10304 K. sayılı kararları işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmeyeceği yönünde olsa da, soruna işveren açısından bakıldığında, davalı işveren Maliye Bakanlığı Özelgelerine uymak durumundadır. Bu nedenle davalı işverenin kötüniyetli olduğundan söz edilemez.

Öte yandan 16.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Yasa ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında gösterilmiştir. Aynı Yasa ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 77. maddede ise, "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminatları, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı

gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır" şeklinde kurala yer verilerek daha önce kesilen gelir vergisi ile ilgili iade esasları belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, daha önce kesilen gelir vergisi tutarları vergi yükümlüsüne iade edilecektir.

Somut olayda vergi yükümlüsü davacı işçi olup, davacının fazla ödenen vergiyi ilgili vergi dairesinden talep etme hakkı vardır. Yasa, vergi sorumlusu olan davalı işverene iadeye dair bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu durumda davalı işveren tarafından vergi tutarı kadar miktar biri vergi dairesine, diğeri işçiye olmak üzere iki kez ödenmiş olacaktır. Yine mahkemece verilen karar kesinleştiği takdirde davacı işçi, işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tutarı kadar bir miktarı biri işverenden, diğeri ilgili vergi dairesinden olmak üzere iki kez talep edebilir durumda olacaktır. Davacı işçi vergi iadesi tutarını ilgili vergi dairesinden talep edebileceğine göre mahkemece bu şekilde mükerrer yararlanmaya dair hüküm kurulması hatalıdır. Davanın reddine karar verilmeli, ancak dava devam ederken yürürlüğe giren bir yasa hükmüne göre sonuca gidilmiş olmakla red sebebiyle kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına vekâlet ücretine hükmedilmemelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11135
Karar No **:** 2009/29540
Karar Tarihi **:** 28.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşverenin daveti üzerine işyerine gidip işe başlamayan işçi, boşta geçen 4 aylık ücret alacağına hak kazanamaz.***

DAVA: Davacı, boşta geçen 4 aylık ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe başlamak üzere işverene müracaat ettiğini ve işe iade talebinin kabul edildiğini ancak işverenin iyi niyetli olmadığı ve olumsuz tutum içinde bulunacağı inancıyla işe iade talebinden vazgeçtiğini ileri sürerek, 4 aylık boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı davacının işe başlayacağı düşüncesiyle 4 aylık SSK primlerinin dahi peşinen yatırıldığını, işverenin samimi davetine rağmen 1 yıldır başka işyerinde çalışıyor olması nedeniyle işe başlamadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece boşta geçen süre ücretine hak kazanmak için yasal süre içerisinde başvurmanın yeterli olduğu kabul edilerek istek kabul edilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı süresi içerisinde gönderdiği ihtarname ile işe başlamak istediğini işverene bildirmiştir.

Davalı işveren de isteği kabul ederek işe başlayabileceğini davacıya ihtarname ile bildirmiştir. Bu kez davacı işverene gönderdiği ikinci ihtarname ile 'gördüğü lüzum üzerine işe iade talebinden vazgeçtiğini belirtmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

Somut olayda işverenin daveti üzerine davacı bizzat işyerine gidip işe başlamamıştır. Davalının da kötü niyetle işe davet ettiği yönünde delil sunulmamıştır. İşe müracaat ettiği tarihte halen başka bir işyerinde çalışan davacının dosyadaki deliller itibariyle işe başlama konusunda çalışma iradesi taşımadığı, samimi olmadığı anlaşılmakla isteğin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/18144
Karar No **:** 2009/34204
Karar Tarihi **:** 10.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi değilse, işçi davete rağmen işe başlamadığından, boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağı ve işe başlatmama tazminatı talebinde bulunamaz.

DAVA: Davacı, itirazın iptali ve takibin devamına karar verilmesini, alacağın likit olması ve davalının temerrüdü nedeniyle %40 oranında icra inkar tazminatının da davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır

Hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK.nun 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1 fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/ 29383 E, 2008/27243 K).

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz, işverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir, işçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Fesih tarihindeki ücrete göre işe başlatmama tazminatı ödenmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı taktirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Sözü edilen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arızi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı pirim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz

türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda davacının daha önce çalıştığı T. işyerinin kapandığı, davalı tarafın bu işyeri dışında İstanbul da başka işyerlerinin de bulunduğu sabittir. Davacı işçi süresi içerisinde işe başlatılmak için işverene başvurmuştur. Davalı işveren 10 günlük süre içerisinde yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı iş belirtilerek İstanbul'da ona en uygun olan işe davet edildiği açıkça belirtilmektedir. Mahkemece davalı işverenin davetinde teklif ettiği iş koşullarının mahiyeti konusunda bir açıklık getirmediği, bu nedenle iyi niyetli olmadığı yönündeki değerlendirmesi hatalıdır. Davalı tarafça yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı işe göre kendisine en uygun olan işe davet edilmiştir. Davacı işçi işe başlama konusunda samimi değildir. Davacı işçi işe davete rağmen işe başlamadığından boşta geçen sürelere ilişkin ücret alacağı ve işe başlatmama tazminatı talebinde bulunamaz.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No **:** 2009/9-526
Karar No **:** 2009/583
Karar Tarihi **:** 23.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi, işçinin işe başlamak için başvurması ve işverenin işe başlatmaması halinde, fesih öncesi kullandırılan ihbar önelinin bir değeri olmaz. Ayrıca işe başlatmama tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir.***

KARAR : Taraflar arasındaki "İşçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; … 6. İş Mahkemesi'nce davacının kısmen kabulüne dair verilen 13.06.2007 gün ve 2006/922 E., 2007/314 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 04.02.2009 gün ve 2007/36071 E., 2009/1496 K. sayılı ilamı ile; (... 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin iş sözleşmesi 31.12.2005 tarihinde feshedilmiş ve süresi içinde feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye dair dava açılmıştır. Kesinleşen işe iade kararı üzerine davacı işçi usulüne uygun olarak işe başlama yönünde talepte bulunmuş, işverence süresi içinde işe başlatılmamıştır.

Davacı işçi açmış olduğu bu davada ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle fesih gerçekleştirildiği gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir.

Kararı bu yönden davacı taraf temyiz etmiştir.

İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz. İşçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullandırılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nin 4. Fıkrası hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir.

Kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin işe başlatılmış olması halinde iş ilişkisi feshedilmemiş gibi değerlendirileceğinden daha önce ödenen ihbar tazminatı konusuz kalmış olur ve işçinin bir alacağından mahsubu gerekir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nin 4. Fıkrası'nda sözü edilen mahsup veya iade yükümü de feshin geçersiz sayılmasına bağlı olarak ortadan kalkmasının bir sonucudur.

İşçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde de önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak değerlendirilmektedir. Dairemizin bu yönde kararları istikrar kazanmıştır (Yargıtay 9.H.D. 14.10.2008 gün 2008/29383 E., 2008/27243 K). Bu durumda yine işçiye geçersiz sayılan fesih sebebiyle ödenen ihbar tazminatı konusuz kalmış olur. O halde işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatı tutarı, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmelidir.

Geçersiz sayılan fesih öncesinde usulüne uygun bildirim yapılarak işçiye ihbar öneli kullandırılmış olması halinde ihbar tazminatının ödenmediği açıktır, bundan başka işçi ihbar öneli içinde işverene olan iş görme edimini yerine getirmiş ve bunun karşılığı olarak ücrete hak kazanmıştır. İhbar öneli içinde işçi ve işveren karşılıklı edimlerini yerine getirmiş olmakla sözü edilen ihbar önelinin daha sonra doğmuş olan bir işçilik alacağından mahsup edilmesi ya da alacağı ortadan kaldırması düşünülemez. Aynı şekilde geçersiz sayılan fesih öncesinde yapılan bildirime göre kullandırılan ihbar öneli içinde iş arama izinlerinin verilmemiş olması, işçiye 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 27. Maddesi hükmüne göre zamlı ücret ödeme hakkını tanımaz.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nin 4. Fıkrası'nda "işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelere ait ücret tutarı ayrıca ödenir" hükmüne yer verilmiş olup, anılan kurala göre de geçersiz sayılan fesih öncesinde verilen bildirim önelinin geçerliliğini koruduğu sonucuna varılması doğru olmaz. Düzenleme, açık biçimde "bildirim süresi verilmemiş" olma halini ele almış olup, böyle bir durumda işçinin işe başlatılmadığı tarihe göre ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği tartışmasızdır. Anılan maddede de bu husus

düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde "bildirim süresi verilmişse" işe başlatmama tarihine göre ihbar tazminatı ödeme yükümünün olmadığı düzenlenmiş değildir. İlgili hükmün karşıt anlamından yola çıkılarak, geçersiz sayılan fesihler öncesinde bildirim süresi verildiği hallerde sözü edilen ihbar önelinin geçerliliğini koruduğu şeklinde bir yorum İş Hukuku'nun kurallarına uygun düşmemektedir. Gerçekten fesih geçersiz sayılarak ortadan kalktığına göre, daha önce tanınmış olan ihbar öneli de bir anlam ifade etmez.

Öte yandan, işe başlatılmayan işçi yönünden 4 aya kadar boşta geçen sürenin hizmet süresine ekleneceği tartışmasızdır. Mahkemece varılan sonucun doğru olduğu kabul edildiği taktirde, boşta geçen süreye ait en çok 4 aylık sürenin ilavesiyle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17. Maddesi'nde belirlenen ihbar önellerinden bir üst dilime geçilmesi halinde de sorun ortaya çıkar. Geçersiz sayılan fesih öncesinde işçinin hizmet süresine göre 6 haftalık bir ihbar öneli tanındığı bir örnekte, işe başlatmama tarihinde gerçekleşen feshe göre 4 aylık boşta geçen süreninde eklenmesiyle 8 haftalık ihbar tazminatı yükümü ortaya çıkabilir. Bu durumda ihbar önelinin bölünmezliği ilkesi de gözetildiğinde, geçersiz sayılan fesih öncesinde tanınan ihbar önelinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Somut olayda işe iade davası sonunda feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye karar verilmiş ve işçi yasal süresi içinde başvurmuş olmakla 31.12.2005 tarihinde gerçekleşen fesih tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmıştır. Davacının iş sözleşmesi işe iade davası sonunda başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş olup anılan tarihe göre davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmelidir. Geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullandırılmış olması sebebiyle ihbar tazminatı istediğinin reddi hatalı olmuştur. İhbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nın 429. Maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.12.2009 gününde, oy çokluğu ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ
560

Esas No **:** 2009/34598
Karar No **:** 2009/37902
Karar Tarihi **:** 28.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/21

ÖZÜ : ***Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır.***

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar, işe başlatmama tazminatlarıyla boşta geçen süreye ait ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2. Davacı işçinin hak kazandığı dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının hesabı yönünden taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının dört aylık boşta geçen süreye ait ücretleri ve diğer haklarının çıkış tarihindeki ücrete göre hesaplandığı bildirilmiştir. Davalı vekilinin vermiş olduğu itiraz dilekçesinde dört aylık boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar yönünden hesaplamaların hatalı olduğunu savunmuştur. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. (Yargıtay 9. HD. 20.11.2008 gün, 2007/30092 E., 2008/31546 K.) Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işçinin işe iade yönünde başvurusu halinde, işçinin feshi izleyen dört aya kadar boşta geçen süre içinde çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer hakları belirlenmelidir.

Somut olayda, işe iade yargılaması sırasında boşta geçen 4 aylık süre içinde işyerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Bu durumda geçersiz sayılan feshi izleyen en çok 4 aylık döneme ait ücret ve diğer hakları her iki toplu iş sözleşmesi kapsamına giren süreler bakımından ayrı ayrı toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplanmalıdır. Davalı vekilinin bu yönde rapora itirazları üzerinde durulmalı, sözü edilen 1. Dönem toplu iş sözleşmesi getirtilmeli ve gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınarak bir karar verilmelidir. Konuyla ilgili olarak eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 28.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27683
Karar No **:** 2008/5996
Karar Tarihi **:** 24.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***İşyerinde uzun süre çalışan ve kasti olmayan bir davranışından dolayı uyarı cezası verildikten sonra, aynı eylemi nedeniyle işinin değiştirilmesi üzerine, bu işi kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshi, işverence başka geçerli neden de gösterilmemiş ise geçerli nedene dayanmaz.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, işyerinde meydana gelen bir hırsızlık olayından sonra yönetim hakkı çerçevesinde çeşitli görev değişikliğine gidildiğini, davacının hırsızlıkla suçlanmadığını, organize bir şekilde ve uzun süreli olarak fabrikadan mal çıkartıldığının ve bu durumun denetimle görevli davacı tarafından fark edilmediğinin belirlenmesi üzerine davacıya yazılı uyarı cezasının verildiğini, bu cezaya itiraz edilmediğini, bilahare ambarda görevlendirilmesinin yaptığı iş ve sosyal hakları yönünden alt görev olarak nitelendirilemeyeceği, yeni görevlendirmeyi kabul etmediği için iş sözleşmesinin tazminatlı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece işyerinde meydana gelen hırsızlık olayından sonra işverenin kapı sayım görevini yürüten işçileri buradan alarak ambar yükleme-boşaltma işine vermesi yönetim hakkının ve taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinin 8/d.maddesine uygun olduğu, davacının sosyal ve mali haklarında herhangi bir değişikliğe gidilmediği, bu olay öncesinde muhasebe şefine bağlı olarak görev yapan davacının görev değişikliğinden sonra ambar şefine bağlı olarak çalışacak şekilde görevlendirilmesinin alt görev olarak nitelendirilemeyeceği ve bu görevin davacı işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir." Bu maddeye dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde; değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin de yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur.

İşverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürürümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir. İş koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İş koşullarındaki değişiklikler geçerli nedene dayandığı takdirde, ayrıca iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa veya işçi aleyhine bir durum oluşmuyor ise, işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması gerekmez. İşveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakları kullanırken, keyfi davranmamalı, işyeri değişikliği ile ilgili işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ve geçerli nedene dayanan değişiklikler çalışma koşullarının esaslı değişikliği olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir.

İşyerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkânı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında alternatif tedbirler arasında iş şartlarında ve sözleşme değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise ve bu kapsamda bir çalışma yerinde çalıştırabilecekse değişiklik feshine başvurulmaması gerekir.

Somut olayda, işyerinde 08.05.2006 tarihinde meydana gelen hırsızlık olayından davacı işçi suçlanmamış ise de, kapı sayım görevlisi olarak olayda görevini dikkat ve özenle ifa etmediği gerekçesi ile 16.05.2006 tarihli yazı ile uyarı cezası verilmiş, ardından bu kez 17.07.2006 tarihli yazı ile aynı olaya bağlantılı olarak, fabrika bünyesindeki görev ve organizasyonda değişiklik yapılmasına karar verildiğinden söz edilmek suretiyle kapı sayım memurluğundan ambar işçiliği pozisyonuna atandığı bildirilmiştir. Davacının verilen bu görevi kabul etmediğini yazılı olarak açıklaması üzerine iş sözleşmesi verilen görevi kabul etmediği ve başkaca uygun bir pozisyon bulunmadığı gerekçesi ile feshedilmiştir.

Mahkemece dinlenen davacı tanıkları kapı sayım memurunun giriş ve çıkış yapan araçlardaki mal kontrolünü yaptığını, ambar işçisinin ise yükleme ve boşaltma

işini yapması nedeni ile daha ağır bir iş olduğunu açıklamışlardır. Davalı tanıkları da ambar işinde beden olarak daha fazla yorulma meydana geldiğini belirtmişlerdir. Mevcut olgulara göre davalı işverence çalışma şartlarında yapılan söz konusu değişiklik esaslı mahiyettedir. Böyle olunca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22 maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği önem kazanmaktadır.

Davacı 1993 yılından iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar davalı işyerinde kapı sayım memuru olarak çalışmış olup, işyeri şahsi dosyasında 06.11.1993 tarihinde 2 gün işten uzaklaştırma, 16.05.2006 tarihinde ise uyarı ile cezalandırılmıştır. Yaklaşık 13 yıllık çalışması boyunca çok fazla dikkat isteyen görevinde sadece iki defa hata yaptığı anlaşılan davacının son olaydan doğrudan sorumlu tutulmadığı da göz önünde bulundurulduğunda görevinde yeterli olmadığı söylenemez.

Ayrıca davacının son olayda kasti bir davranışı da iddia ve ispat edilmiş değildir. Keza sözü edilen eylemden dolayı uyarı cezası verildikten sonra bu defa çalışma şartlarını esaslı tarzda değiştirmek gibi aynı eyleme ikinci ve ağır bir yaptırım uygulamak doğru değildir. Bu durumda çalışma şartlarında esaslı değişiklik için geçerli bir nedenin varlığından söz edilemez. Fesih için başka bir geçerli neden de gösterilmediğine göre davalı işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle;
l- … İş Mahkemesinin 25.04.2007 gün ve 397–183 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 5 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 38,00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 24.03.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ
564

Esas No **:** 2007/17219
Karar No **:** 2008/10433
Karar Tarihi **:** 28.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ ***:*** ***Temizlik işçisine verilen ek iş nedeniyle, iş şartlarında ağırlaşma meydana gelmesi halinde, değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi, haksız feshin sonuçlarını doğurur.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalı işyerinde temizlik işçisi olarak çalıştığını, işveren vekilinin kendisinden aynı zamanda çay termoslarını işçilere dağıtması işini de istediğini, görevi olmadığını söylemesi üzerine de sinkaflı küfür edilerek iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı amiri tarafından verilen işi yapmaması ve hakaret içeren sözler sarf etmesi nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu 25/2-h maddesi uyarınca akdin haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, işverenin yönetim ve iş bölümü yapma hakkı bulunduğu davacının görevini yapmamakta ısrar etmesi ve işverene karşı sadakat borcunu yerine getirmemesi nedeniyle feshin haklı nedene dayandığı gerekçesiyle isteklerin reddine karar vermiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, işverence gerçekleştirilen feshin haklı olup olmadığı noktasındadır.

Davalı işyerinde temizlik işçisi olarak çalıştığı anlaşılan davacıya ek (ilave) iş olarak dolu çay termoslarının işçilere dağıtması görevi de verilmiştir. Başka bir ifadeyle davacıya verilen sürekli ek iş nedeniyle iş şartlarında ağırlaşma meydana gelmiştir. Eksik elemanların işinin davacıya yaptırılmak istenmesi haksızlık olup fesih nedeni yapılamaz. Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu 22. madde uyarınca işveren çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek sureliyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olmak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Anılan maddedeki şartlara uygun olarak yapılmayan fesih işlemi haksız olup davacının ihbar ve kıdem tazminatı

isteklerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41015
Karar No **:** 2008/17093
Karar Tarihi **:** 23.06.2008
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***Çalışma koşullarında yapılmak istenen değişiklik, onu kabul etmeyen işçiyi bağlamaz. İşçinin önerilen işte çalışmayacağını belirtmesine rağmen, işverenin önceki işte çalıştırmayacağını açıklaması, iş sözleşmesinin davalı işverence eylemli olarak feshedildiği anlamında yorumlanmalıdır. İşçinin daha sonra verdiği istifa dilekçesi feshin davalı işverence yapıldığı gerçeğini değiştiremez.***

DAVA VE KARAR : Davacı işçi, davalıya ait işyerinde yönetici pozisyonunda çalışmakta iken, 28.02.2006 tarihinde doğum, süt izni, ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin kullandığını, 01.03.2007 tarihinde işe başladığını, daha önce çalıştığı pozisyonun dolu olması sebebiyle iş değişikliği teklifinde bulunulduğunu, ancak yöneticilik kadrosu haricindeki görevleri reddettiğini, işverenin yöneticilik dışındaki bir pozisyonda görevlendirdiğini, alt bir görev olması nedeni ile kabul etmediğini bildirmesi üzerine istifa etmesi için baskıya maruz kaldığını, bu baskılara dayanamayarak iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca feshetmek zorunda kaldığını, ancak bu istifanın zorunlu bir istifa olduğunu belirterek işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı işçi tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı işçinin yönetici pozisyonunda çalışmakta iken doğum nedeni ile yasal izinlerini kullandığı sırada yerine yönetici atanan davacıya, izin bitiminde 15.03.2007 tarihli yazı ile Terminal Yönetimi Biriminde Takım Üyeliği görevinde çalışmasının teklif edildiği ve İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca 6 işgünü içinde yazılı cevap verilmesinin istendiği anlaşılmaktadır. Davacı sözü edilen görevlendirme yazısına karşı 22.03.2007 tarihli dilekçe ile verilen görevi kabul etmediğini, yöneticilik görevinin tevdi edilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, bu kez 30.03.2007 tarihli yazı ile, kullanılan izinlerin uzun olması nedeni ile yapılan

reorganizasyon çalışmaları kapsamında yerine yönetici atandığını, yönetici olarak çalışacağı boş bir kadro oluşuncaya kadar takım üyeliği görevine geçici olarak 02.04.2007 tarihi itibariyle nakledildiğini bildirmiştir. Davacı yönetici sıfatı taşıdığını ve önerilen işi kabul etmediğine ilişkin kaydı düşerek anılan yazıyı aldıktan sonra 02.04.2007 tarihli dilekçesi ile izin bitimi döneceğinin belli olmasına rağmen Mart 2006 tarihinde belirlenen enflasyon zammı ile 2007 yılında yapılan zamdan yararlandırılmadığını, önerilen görevi kabul etmediğini belirttiği halde atanmasının aralarında mevcut çalışma barışını bozduğunu belirterek, bu durumda yönetici unvanının korunarak, ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, 02.04.2007 tarihli cevap yazısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği için iş sözleşmesini feshetmeyeceklerini, önerilen görevde çalışmak istenmiyorsa iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca bildirimsiz ve fakat tazminatlı ya da aynı Kanunun 17. maddesi gereğince istifa yolu ile sona erdirebileceğini davacı işçiye ihtaren bildirmiştir. Davacıya aynı gün davalı şirket yetkilisi tarafından elektronik posta ile istifa dilekçesi örneği gönderilmiş, davacı bildirilen örneğe uygun olarak iş sözleşmesini feshettiğini açıklamıştır.

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC Sayılı Direktifi'nin 9. maddesinde kanunla veya anlaşmayla tanınan ve işveren tarafından ücreti ödenen doğum izni veya ailevi sebeplerden dolayı alınan izin dönemlerinde hakların iktisabını veya muhafazasını askıya alma ayırımcılık olarak değerlendirilmiştir. Aynı Direktifin 14/1-c. maddesinde işten çıkarmalar ve ücret de dahil istihdam ve çalışma koşulları bakımından kamu veya özel sektörde cinsiyete dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiş; "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15. maddesinde ise "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" kuralına yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesine göre iş ilişkisinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Aynı Kanun'un 3. fıkrasında ise "işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz" kuralı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamalarının esas olduğu, çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre ekleneceği, isteği halinde kadın işçiye belirtilen izinlerin bitiminden sonra ayrıca 6 aylık ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir.

Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan işgücü açığının yeni bir işçiyi izin süresine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kullanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir.

Davalı işverenin söz konusu uygulaması çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine de aykırıdır. İş Kanunu'nun 22. maddesinin ilk fıkrasında "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" kuralına yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemenin amacı belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.

Davalı işveren, başlangıçta 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine dayanarak çalışma koşullarını değiştirmek istemiş ve davacıdan 6 işgünü içinde cevap vermesini istemiştir. Davacı belirtilen süre içinde çalışma koşullarındaki değişikliği kabul etmediğini yazılı olarak açıklamıştır. Bu durumda, işverenden beklenen İş Kanunu'nun sözü edilen hükmü uyarınca değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetmektir. Ne var ki, davalı işveren iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshetmek için aynı Kanunun 18. maddesinde belirtilen geçerli bir neden bulunmadığını belirterek iş sözleşmesini feshetmeyeceğini açıkladığı halde yaptığı değişiklikten vazgeçmemiş, davacının isterse İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca iş sözleşmesini tazminatlı olarak feshedebileceğini bildirmiştir. Davalı işverenin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshetmek için geçerli bir neden bulunmadığını açıklaması, çalışma koşullarında yaptığı değişikliğin geçerli nedene dayanmadığını ve fesih için başka bir geçerli nedenin de bulunmadığını göstermektedir. Davalı işveren değişiklik teklifinde belirttiği reorganizasyon çalışmasını da kanıtlamamıştır.

Çalışma koşullarında yapılmak istenen değişiklik, onu kabul etmeyen işçiyi bağlamaz. Davacı işçi, önerilen işte çalışmayacağını belirtmesine rağmen davalının önceki işte çalıştırmayacağını açıklaması iş sözleşmesinin davalı işverence eylemli olarak feshedildiği anlamında yorumlanmalıdır. Davacının daha sonra verdiği istifa dilekçesi feshin davalı işverence yapıldığı gerçeğini değiştiremez.

Kaldı ki, davalı işverenin çalışma koşullarında değişiklikte ısrar ederek; elektronik posta ile istifa metnini gönderip, davacıdan iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24.

maddesi gereğince feshetmesini istemesi, onu ihbar tazminatından ve en önemlisi de iş güvencesi hükümlerinden mahrum etmeye yönelik haksız bir davranıştır. Davalı işverenin iş ilişkisinin devam etmesini amaçlamadığı anlaşılmaktadır. Böyle bir baskı altında verilen istifa dilekçesinin serbest irade ürünü olduğu kabul edilemez. Davacı da istifa dilekçesini baskı altında verdiğini ileri sürmüştür. Dosya içeriği söz konusu iddiayı doğrular niteliktedir.

Mevcut maddi ve hukuki olgulara göre iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin 08.08.2007 gün ve 405-133 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 6 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/24548
Karar No **:** 2008/19209
Karar Tarihi **:** 07.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde, işverenin işyerini değiştirebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamasına rağmen, TİS'nde belirli bir tarihe kadar işverene nakil yetkisinin tanınması durumunda, işveren tarafından***

amaca uygun şekilde nakil yapılıp yapılmadığı belgeleriyle incelenmeli, buna göre işçinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı değerlendirilmelidir.

DAVA : Davacı, kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, işyerinin Gebze'ye taşınacağının işyeri yöneticileri tarafından söylendiğini, durumun sosyal çevresi ve yaşamını oraya taşımasıyla kendisine büyük zorluk yaratacak olması nedeniyle sözleşmesini haklı olarak feshettiğini belirterek, kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Davalı, iş sözleşmesinde ve TİS Geçici 1. maddede nakil yetkisinin işverene tanındığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece işyerinin Gebze'ye taşınması nedeniyle iş koşullarında esaslı değişiklik olduğu, davacının da haklı nedenle sözleşmesini sona erdirdiği kabul edilerek, kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş Hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklikle işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş Hukuku, işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir; iş ilişkilerini düzenleyen her yeni hukuk kuralı, kural olarak eskisine göre işçilere daha fazla hak sağlayan bir niteliğe sahiptir ya da sahip olmalıdır (Mollamahmutoğlu, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Aramağan, Ankara 2000, s. 563). Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçları arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

Öğretide, genel olarak iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma koşulları" olarak adlandırılmıştır (Taşkent, Savaş: işverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981 s. 12).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri

uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" düzenlemesi, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşulları kapsamındaki hak ve borçlardan ilk akla gelenleridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine, izin sürelerin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara; belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik pirimi ödenmesinden belli konumda olan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar geniş anlamda çalışma koşulları kavramı içinde yerini alır (Şen, Murat: iş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005 s. 24,25).

Kanunların içinde ve üstünde bir yere sahip olan Anayasa'da çalışma koşullarına ilişkin bir takım genel düzenlemeler vardır. Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkili olan hususlardır. Bu açıdan çalışma koşulları belirlenirken temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar göz önünde bulundurulmalıdır (Süzek, Sarper: İş Hukuku, 2. bası İstanbul 2005,s. 44).

Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49. maddedeki çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddedeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51. maddedeki sendika kurma hakkı, 53. maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54. maddedeki grev ve lokavt hakları iş ilişkisine etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkar.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 Sayılı İş Kanunu olmaktadır. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği m 39, günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği m 41 ve 63, hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında ve işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı yasanın 6. maddesinde öngörülmüştür.

Borçlar Hukukunda olduğu gibi İş Hukukunda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestisidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberinde getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır, işçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir. İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde işyerinde uygulana gelen bir takım fiili davranışlar işyeri uygulamaları adı altında çalışma koşullarının belirlenmesinde etkin olmaktadır (Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2005 2.Bası s. 59).

İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçinin bir başka işyerinde görevlendirilmesi, kural olarak, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılamaz. Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması halinde ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, işverence kabul edilebilir sınırlar dâhilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler.

Buradaki temel sorun normların çatışması halinde ortaya çıkar. Özellikle, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasının hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır.

Bunun dışında mutlak emredici hükümlerin bulunmadığı hallerde çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma durumunda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın, çalışma koşulunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürürümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşularının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.

Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir.

İşçi çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur.

İşçinin değişikliği kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Bir başka anlatımla işveren işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.

İşçinin değişikliği kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar bu değişiklikten vazgeçmesi mümkündür.

Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir.

İşçiye yapılan değişiklik önerisi altı işgünlük sürenin geçmesinden yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. Bu sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesi, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul edilir. İşveren iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilir. İşçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelir.

İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam edilirse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilip beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.,Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh.565.). Demek ki, değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır (Rebmann, K./Sâcker, F.J./Rixercker, R./Hensler, M.: Münchener Kommentar, zum Bürgerlichern Gesetzbuch, Bd. IV, Schuldrecht-Besonderer Teü II, München 2005, §2 KSchG Rdnr. 85 sh.11138; KR/Rost,F. §2 KSchG Rdnr. 98, sh.329.). Denetim, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir (Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nâgele, S./Pfeifer, G., HaKo, 1 Teil, 1 G Rz. 148, §2 KSchG Rz.39, sh.459.). Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir

tedbirin mevcut olmaması gerekir (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh.565.). İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh.565; Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nâgele, S./Pfeifer, G., HaKo, §2 KSchG Rz.39, sh.459.). Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır(Ascheid, R.: Erfurter Kommentar, §2 KSchG Rdnr. 48, sh.2200.).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden, aynı yasanın 24/II- f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Somut olayda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde, işverenin işyerini değiştirebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. TİS Geçici 1. maddesinde ise 30.05.2005 tarihine kadar işverene nakil yetkisi tanınmıştır. Dosya içeriğinden işyerinin taşınmasına ilişkin ne tür bir karar alındığı, taşınma işleminin kapsamı, işyerinin hangi tarihte taşındığı, davacı işçinin konumu duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılamamaktadır. Mahkemece bu hususlar araştırılarak, belgeleriyle işveren tarafından amaca uygun şekilde nakil yapılıp yapılmadığı incelenmeli, buna göre davacı işçinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı değerlendirilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/23508
Karar No **:** 2008/26064
Karar Tarihi **:** 18.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***Sağır, dilsiz ve işgücü kaybı raporuna sahip işçinin, kendisine verilen getir-götür işini kabul etmemesi, özrü nedeniyle haklı bulunarak işçi tarafından verilen istifa dilekçesine geçerlilik tanınamaz. İş sözleşmesinin işverence feshedildiği kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş Hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş Hukuku, işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir; iş ilişkilerini düzenleyen her yeni hukuk kuralı, kural olarak eskisine göre işçilere daha fazla hak sağlayan bir niteliğe sahiptir ya da sahip olmalıdır. (Mollamahmutoğlu, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Aramağan, Ankara 2000, s. 563). Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçları arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

Öğretide, genel olarak iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma koşulları" olarak adlandırılmıştır (Taşkent, Savaş: işverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981 s. 12).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" düzenlemesi, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşulları kapsamındaki hak ve borçlardan ilk akla gelenleridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine, izin sürelerin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara; belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik pirimi ödenmesinden belli konumda olan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar geniş anlamda çalışma koşulları kavramı içinde yerini alır. (Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005 s. 24,25).

Kanunların içinde ve üstünde bir yere sahip olan Anayasa'da çalışma koşullarına ilişkin birtakım genel düzenlemeler vardır. Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkili olan hususlardır. Bu açıdan çalışma koşulları belirlenirken temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar göz önünde bulundurulmalıdır (Süzek, Sarper: İş Hukuku, 2. bası İstanbul 2005,s. 44).

Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49. maddedeki çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddedeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51. maddedeki sendika kurma hakkı, 53. maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54. Maddedeki grev ve lokavt hakları iş ilişkisine etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkar.

Anayasal temeli olan yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu olmaktadır. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği (m 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği (m 41 ve 63), hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında ve işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. . Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.

Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gibi kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkilidir.

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı yasanın 6. maddesinde öngörülmüştür.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş

sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz. (Yargıtay 9. HD. 21.02.2006 gün 2005/38473 E, 2006/4428). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur.

Borçlar Hukukunda olduğu gibi İş Hukukunda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestisidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberinde getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır, işçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir. İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde işyerinde uygulana gelen bir takım fiili davranışlar işyeri uygulamaları adı altında çalışma koşullarının belirlenmesinde etkin olmaktadır. (Mollamahmutoğlu, Hamdi: iş Hukuku, Ankara 2005 2.Bası s. 59).

İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.

Çalışma koşullarının değiştirilmesi, işçiye hiç iş verilmemesi ya da daha az iş verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Ancak işçiden iş görmesi istenmemekle birlikte, ücret ve diğer ayni ve sosyal haklarının aynen devam ettirilmesi de çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilir. Gerçekten, işçinin çalıştığı sürece kendisini geliştirme imkânına sahip olduğu kabul edilmelidir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle, sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçinin bir başka işyerinde görev verilmesi, kural olarak, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılamaz. Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, işverence kabul edilebilir sınırlar dâhilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler.

Buradaki temel sorun normların çatışması halinde ortaya çıkar. Özellikle, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasının hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır.

Bunun dışında mutlak emredici hükümlerin bulunmadığı hallerde çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma durumunda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın, çalışma koşulunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Örneğin yasada, haftalık 45 saati aşan çalışmaların %50 zamlı olarak ödeneceği kuralına rağmen, işverenin bu yönde hiç ödeme yapmamış olması, çalışma koşullarının fazla çalışmanın ödenmeyeceği yönünde ortaya çıkmasını gerektirmez. Aynı şekilde işverenin % 50 zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapmış olması da, işçi aleyhine olmakla bağlayıcılık taşımaz. Buna karşın, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da süreklilik gösteren işyeri uygulaması geçerli olup, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı olarak ödenmesi yönünde çalışma koşulu ortaya çıkmış olur.

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürürümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

Aynı şekilde işyerinin devri de işverenin yönetim hakkının son aşamasıdır. İşyeri devri çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı araştırılmalıdır. (Yargıtay 9.HD. 27.10.2005 gün 2005/5396 E, 2005/34825 K).

İşçinin acil ve arızi durumlarda görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında, işçinin işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dâhilinde yerine getirmesi beklenir. Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 42. maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma işçinin kabulüne bağlı değildir ve yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınmaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşularının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.

Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir.

İşçi çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur. İşçinin değişikliği kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Bir başka anlatımla işveren işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.

İşçinin, değişikliği kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar, bu değişiklikten vazgeçmesi mümkündür.

Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte, işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin

bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir.

İşçiye yapılan değişiklik önerisi altı işgünlük sürenin geçmesinden yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. Bu sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesi, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul edilir. İşveren iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilir. İşçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelir.

İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam edilirse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur, iradi şartın tipik örneğini, fesih bildirimin sonuç doğurmasının değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde, işveren, fesih bildiriminin, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. (Wallner, F.X.: Die Anderungskündigung, München 2005, s. 97). Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar.

Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı işgününden az süre tanınamaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde, iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olacağının açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınmalı ve bozucu şarta bağlı bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde, fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma koşullarında çalışma şeklinde devam eder. Aksi halde fesih, bildirimin işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim önelinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer (Wallner, F.X.: Die Anderungskündigung, München 2005, s. 96).

Değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burada da aynen yapılmalıdır. Denetimin ağırlığı ve ölçüsü farklılık arz etmez. Yapılacak denetimde, söz konusu madde anlamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilip beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I.,Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh.565.). Demek ki, değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır (Rebmann, K./Sâcker, F.J./Rixercker, R./Hensler, M.: Münchener Kommentar, zum Bürgerlichern Gesetzbuch, Bd. IV, Schuldrecht-Besonderer Teil II, München 2005, §2 KSchG Rdnr. 85 sh.11138; KR/Rost,F. §2 KSchG Rdnr. 98, sh.329.). Denetim, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir (Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nâgele, S./Pfeifer, G., HaKo, 1 Teil, 1 C Rz. 148, §2 KSchG Rz.39, sh.459.). Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, L, Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh.565.). İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, L, Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh.565; Fiebig, S./Gallner, l./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nâgele, S./Pfeifer, G., HaKo, §2 KSchG Rz.39, sh.459.) Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır(Ascheid, R.: Erfurter Kommentar, §2 KSchG Rdnr. 48, sh.2200.).

İş sözleşmesinin içeriği birkaç unsur açısından değiştirilmesi teklif edilmişse, işçi tarafından kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi her bir unsur açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir. Değiştirilmesi teklif edilen birkaç unsurdan sadece birisinin kabulünün işçi açısından beklenemez olduğuna karar verilirse, değişiklik feshinin tamamının geçersizliğine hükmedilmelidir. Mahkeme, sözleşme değişikliğinin

kısmen geçerli kısmen geçersiz olduğuna karar veremez (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, L, Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 194, sh.565,).

İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır. Şüphesiz, işverenin önerdiği değişiklik teklifinin feshin tek alternatifi olduğu; başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifin kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi yapılmaz (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 195,sh.566.).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II- f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Somut olayda, sağır dilsiz olup %55 işgücü kaybı olduğuna ilişkin raporu olan davacının, hizmet akdinde dikim işçisi olduğu yazılıdır. Davacının başka bir işe verildiği, davalı tanığı G.'in beyanından anlaşılmaktadır. Davacı kendisine verilen getir götür işini söylenenleri anlayamayacağı gerekçesi ile kabul etmemiştir. Özrü gözetildiğinde bunda haklıdır. Daha sonra davacıya bir istifa dilekçesi imzalatıldığı görülmektedir. Davacının mevcut durumu nedeniyle, medeni hakları kullanma ehliyeti gözetildiğinde, anılan dilekçenin içeriğini bildiği kanıtlanmış değildir. 05.05.2005 günlü bu istifaya bu nedenle geçerlilik tanınma olanağı yoktur. Böyle olunca iş sözleşmesinin 4857 sayılı Yasanın 22. maddesi gereğince işverence fesih edildiği kabul edilerek kıdem ihbar tazminatı isteklerinin kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/13026
Karar No **:** 2008/33685
Karar Tarihi **:** 15.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***İşyerinde kaynakçı olarak çalışan işçinin rızası dışında kum eleme işine verilmesi, çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi mahiyetinde olup, işverence değişikliğin geçerli nedene dayandığı ya da fesih için başka geçerli bir neden bulunduğunun kanıtlanması gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, fesih bildiriminde belirtilen nedenle haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının işverence görevlendirildiği yerde görev alanı ile ilgili işler bulunduğu ve davacıya ihtiyaç bulunduğu, bu nedenle yapılan görevlendirilmenin İş Kanunu'nun 22. maddesi anlamında çalışma koşullarının aleyhe esaslı tarzda değişikliği olarak değerlendirilemeyeceği, feshin haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı, çalışma koşullarında yapılan değişikliğin davacı tarafından kabul edilmemesi üzerine, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş Hukuku'nun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş Hukuku, işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir; iş ilişkilerini düzenleyen her yeni hukuk kuralı, kural olarak eskisine göre işçilere daha fazla hak sağlayan bir niteliğe sahiptir ya da sahip olmalıdır (Mollamahmutoğlu, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 563). Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, İş Hukuku'nun temel amaçları arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

Öğretide, genel olarak iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma koşulları" olarak adlandırılmıştır (Taşkent, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s. 12).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir" düzenlemesi, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşulları kapsamındaki hak ve borçlardan ilk akla gelenleridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine, izin sürelerinin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara; belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik primi ödenmesinden belli konumda olan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar geniş anlamda çalışma koşulları kavramı içinde yerini alır (Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005, s. 24, 25).

Kanunların içinde ve üstünde bir yere sahip olan Anayasa'da çalışma koşullarına ilişkin birtakım genel düzenlemeler vardır. Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkili olan hususlardır. Bu açıdan çalışma koşulları belirlenirken, temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar gözönünde bulundurulmalıdır (Süzek, Sarper: İş Hukuku, 2. bası, İstanbul 2005, s. 44).

Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49. maddedeki çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddedeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51. maddedeki sendika kurma hakkı, 53. maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54. maddedeki grev ve lokavt hakları iş ilişkisine etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkar.

Anayasal temeli olan yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu olmaktadır. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği (m. 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği (m. 41 ve 63), hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken

ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında ve işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.

Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gibi kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkilidir.

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde öngörülmüştür.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre, toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz (Yargıtay 9. HD. 21.02.2006 gün 2005/38473 E., 2006/4428 K.). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur.

Borçlar Hukuku'nda olduğu gibi İş Hukuku'nda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestîsidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberinde getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu, işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir. İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde işyerinde uygulana gelen birtakım fiili davranışlar işyeri uygulamaları adı altında çalışma koşullarının belirlenmesinde etkin olmaktadır (Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2005, 2. Bası, s. 59).

İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.

Çalışma koşullarının değiştirilmesi, işçiye hiç iş verilmemesi ya da daha az iş verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Ancak işçiden iş görmesi istenmemekle birlikte, ücret ve diğer ayni ve sosyal haklarının aynen devam ettirilmesi de çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilir. Gerçekten, işçinin çalıştığı sürece kendisini geliştirme imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçiye bir başka işyerinde görev verilmesi, kural olarak, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılamaz.

Örneğin, işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması halinde ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, işverence kabul edilebilir sınırlar dahilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler.

Buradaki temel sorun normların çatışması halinde ortaya çıkar. Özellikle, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır.

Bunun dışında mutlak emredici hükümlerin bulunmadığı hallerde çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma durumunda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın, çalışma koşulunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Örneğin yasada haftalık 45 saati aşan çalışmaların %50 zamlı olarak ödeneceği kuralına rağmen, işverenin bu yönde hiç ödeme yapmamış olması, çalışma koşullarının fazla çalışmanın ödenmeyeceği yönünde ortaya çıkmasını gerektirmez. Aynı şekilde işverenin %50 zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapmış olması da, işçi aleyhine olmakla bağlayıcılık taşımaz. Buna karşın, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da süreklilik gösteren işyeri uygulaması geçerli olup, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı olarak ödenmesi yönünde çalışma koşulu ortaya çıkmış olur.

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin kârlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

Aynı şekilde işyerinin devri de işverenin yönetim hakkının son aşamasıdır. İşyeri devri çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı araştırılmalıdır (Yargıtay 9. HD. 27.10.2005 gün 2005/5396 E., 2005/34825 K.).

İşçinin acil ve arızi durumlarda görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin, işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında işçinin işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dahilinde yerine getirmesi beklenir. Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 42. maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma işçinin kabulüne bağlı değildir ve yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin, işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınmaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin, sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşularının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.

Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir.

İşçi, çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği, usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur. İşçinin değişikliği kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Bir başka anlatımla, işveren işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.

İşçinin değişikliği kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar bu değişiklikten vazgeçmesi mümkündür.

Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği, kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin, daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir.

İşçiye yapılan değişiklik önerisi, altı işgünlük sürenin geçmesinden yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. Bu sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesi, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul edilir. İşveren iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilir. İşçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine, işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelir.

İşçi, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur. İradi şartın tipik örneğini, fesih bildiriminin sonuç doğurmasının, değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde, işveren, fesih bildiriminin, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir

(VValIner, F.X.: Die Anderungskündigung, München 2005, s. 97). Feshin hüküm ve sonuçları, değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar.

Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı işgününden az süre tanınamaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde, iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olacağının açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda, feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı işgünü süre tanınmalı ve bozucu şarta bağlı bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde, fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma koşullarında çalışma şeklinde devam eder. Aksi halde fesih, bildirimin işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim önelinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer (VValIner, F.X.: Die Anderungskündigung, München 2005, s. 96).

Değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18. maddesinde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burada da aynen yapılmalıdır. Denetimin ağırlığı ve ölçüsü farklılık arz etmez. Yapılacak denetimde, söz konusu madde anlamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklif edilen sözleşme değişikliğinin, kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilip beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh. 565). Demek ki, değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır (Rebmann, K./Sâcker, FJ./Rixercker, R./Hensler, M.: Münchener Kommentar, zum Bürgerlichern Gesetzbuch, Bd. IV, Schuldrecht-Besonderer Teil II, München 2005, §2 KSchG Rdnr. 85 sh. 11138; KR/Rost, F. §2 KSchG Rdnr. 98, sh. 329). Denetim, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir (Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, X/Mestewerdt, W./Nagele, S./Pfeifer, G., HaKo, 1 Teil, 1 C Rz. 148, §2 KSchG Rz.39,

sh. 459). Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh. 565). İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193, sh. 565; Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nâgele, S./Pfeifer, G., HaKo, §2 KSchG Rz.39, sh. 459). Değişiklik teklifi, İş Hukuku'na ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır (Ascheid, R.: Erfurter Kommentar, §2 KSchG Rdnr. 48, sh. 2200).

İş sözleşmesinin içeriği, birkaç unsur açısından değiştirilmesi teklif edilmişse, işçi tarafından kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi her bir unsur açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir. Değiştirilmesi teklif edilen birkaç unsurdan sadece birisinin kabulünün işçi açısından beklenemez olduğuna karar verilirse, değişiklik feshinin tamamının geçersizliğine hükmedilmelidir. Mahkeme, sözleşme değişikliğinin kısmen geçerli kısmen geçersiz olduğuna karar veremez (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kün-digungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 194, sh. 565).

İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır. Şüphesiz, işverenin önerdiği değişiklik teklifinin feshin tek alternatifi olduğu; başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifi kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi yapılmaz (Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Kündigungsrecht, Grosskommentar zum gasamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 195, sh. 566).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle, işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı Yasa'nın 24/II-f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Dosya içeriğine göre, davalıya ait işyerinde kaynakçı olarak çalışan davacının rızası dışında kum eleme işine verildiği, davacının bu görevlendirmeyi kabul etmemesi üzerine, önce uyarıldığı, sonra yevmiye kesimi cezası verildiği, ardından iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Kaynakçı olduğu anlaşılan davacının, kum eleme işine verilmesi, çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi mahiyetindedir. Davalı işverence değişikliğin geçerli nedene dayandığı ya da fesih için başka geçerli bir neden bulunduğu

kanıtlanmamıştır. Böyle olunca feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Yerel mahkemenin **KARARININ BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 6 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 48,40 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 15.12.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9758
Karar No **:** 2009/901
Karar Tarihi **:** 02.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***Görev değişikliğini kabul etmediği için iş sözleşmesi feshedilen işçiye, bu değişiklik yazılı olarak bildirilmemişse, yapılan fesih geçersiz sayılır.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacının iş sözleşmesinin çalışma koşullarında değişikliği kabul etmemesi nedeni ile feshedildiği, ancak değişikliğin yazılı olarak işçiye bildirilmediği, feshin geçerli nedene dayandığının kanıtlanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine karar verilirken, işe başlatılmama tazminatı, davacı işçinin 8 aylık ücret tutarında belirlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının, işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (08.04.2008 gün ve 2007/27773 Esas, 2008/7819 Karar sayılı ilamımız).

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin davalıya ait işyerinde yaklaşık 11 yıldır çalıştığı, iş sözleşmesinin görev değişikliğini kabul etmemesi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca feshedildiği, ancak işverence gerçekleştirilen değişikliğin aynı madde uyarınca yazılı yapılmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre, mahkemece işe başlatmama tazminatının gerekçesiz davacının 8 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın, davacının 5 aylık ücreti oranında belirlenmesinin dosya içeriğine uygun düşecektir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 286,60 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 02.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/36366
Karar No **:** 2009/2936
Karar Tarihi **:** 18.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***İşçiye verilen ek görev nedeniyle, çalışma koşullarında mahiyet ve külfet bakımından esaslı değişiklik yapılmış olup, işçi 6 işgünlük süre içinde bu değişikliği yazılı olarak kabul etmediğinde, işverence iş sözleşmesinin feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatı talep hakkı doğar.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar ve kötü niyet tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş Hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş Hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçları arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma koşulları" olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" düzenlemesi, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K.).

Kanunların içinde ve üstünde bir yere sahip olan Anayasa'da çalışma koşullarına ilişkin bir takım genel düzenlemeler yer almaktadır. Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkilidir. Bu açıdan Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik hakları çalışma koşulları belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır(Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 23508 E, 2008/ 20604 K.).

Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49. maddedeki çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddedeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51. maddedeki sendika kurma hakkı, 53. maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54. maddedeki grev ve lokavt hakları iş ilişkisine etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkar.

Anayasal temeli olan yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu olmaktadır. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği(m 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği 41 ve 63, hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş

ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında ve işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.

Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gibi kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkilidir.

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı yasanın 6. maddesinde öngörülmüştür.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz (Yargıtay 9. HD. 21.02.2006 gün 2005/38473 E, 2006/4428, Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 23508 E, 2008/ 20604 K.). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur.

Borçlar Hukukunda olduğu gibi İş Hukukunda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestîsidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları, yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada, çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında, ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda, ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki şartlara uymak kaydıyla, işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için, sözleşme

hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir. İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde, işverence işyerinde uygulana gelen işyeri uygulamaları da çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir.

İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.

Çalışma koşullarının değiştirilmesi, işçiye hiç iş verilmemesi ya da daha az iş verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Ancak işçiden iş görmesi istenmemekle birlikte, ücret ve diğer ayni ve sosyal haklarının aynen devam ettirilmesi de çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilir. Gerçekten, işçinin çalıştığı sürece kendisini geliştirme imkânına sahip olduğu kabul edilmelidir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle, sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçinin bir başka işyerinde görev verilmesi, kural olarak, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılamaz.

Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması halinde ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, işverence kabul edilebilir şartlar dahilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında, yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler.

Buradaki temel sorun normların çatışması halinde ortaya çıkar. Özellikle, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri, yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır.

Bunun dışında mutlak emredici hükümlerin bulunmadığı hallerde, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma durumunda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın, çalışma koşulunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Örneğin yasada haftalık 45 saati aşan çalışmaların %50 zamlı olarak ödeneceği kuralına rağmen, işverenin bu yönde hiç ödeme yapmamış olması, çalışma koşullarının fazla çalışmanın ödenmeyeceği yönünde ortaya çıkmasını gerektirmez. Aynı şekilde işverenin % 50 zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapmış olması da, işçi aleyhine olmakla bağlayıcılık taşımaz. Buna karşın, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da süreklilik gösteren işyeri uygulaması geçerli olup, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı olarak ödenmesi yönünde çalışma koşulu ortaya çıkmış olur.

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

Aynı şekilde işyerinin devri de, işverenin yönetim hakkının son aşamasıdır. İşyeri devri, çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı araştırılmalıdır (Yargıtay 9.HD. 11.07.2008 gün 2007/ 23953 E, 2008/ 19878 K, Yargıtay 9.HD. 27.10.2005 gün 2005/5396 E, 2005/34825 K).

İşçinin acil ve arızi durumlarda görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin, işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında işçinin, işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dâhilinde yerine getirmesi beklenir. Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 42. maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma işçinin kabulüne bağlı değildir ve yasal şartlar gözetilerek, işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin, işçinin çalıştığı bölümde, objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınmaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin, sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşularının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.

Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir.

İşçi, çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur. İşçinin değişikliği kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Bir başka anlatımla işveren işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.

İşçinin değişikliği kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar bu değişiklikten vazgeçmesi mümkündür.

Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte, işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin, daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu, buna örnek olarak verilebilir.

İşçiye yapılan değişiklik önerisi altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. Bu sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesi, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul edilir. İşveren iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilir. İşçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelir.

İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam edilirse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur. İradi şartın tipik örneğini, fesih bildirimin sonuç doğurmasının değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde işveren, fesih bildiriminin, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. Feshin

hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar.

Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı işgününden az süre tanınamaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz olacağının açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınmalı ve bozucu şarta bağlı bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde, fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma koşullarında çalışma şeklinde devam eder. Aksi halde fesih, bildirimin işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim önelinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer.

Değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinden belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burada da aynen yapılmalıdır. Denetimin ağırlığı ve ölçüsü farklılık arz etmez. Yapılacak denetimde, söz konusu madde anlamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilip beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Demek ki, değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır(Yargıtay 9. HD. 07.07.2008 gün 2007/ 24548 E, 2008/ 19209 K.). Denetim, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır. Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır.

İş sözleşmesinin içeriği birkaç unsur açısından değiştirilmesi teklif edilmişse, işçi tarafından kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi her bir unsur açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir. Değiştirilmesi teklif edilen birkaç unsurdan sadece birisinin kabulünün, işçi açısından beklenemez olduğuna karar verilirse, değişiklik feshinin tamamının geçersizliğine hükmedilmelidir. Mahkeme, sözleşme değişikliğinin kısmen geçerli kısmen geçersiz olduğuna karar veremez.

İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır. Şüphesiz, işverenin önerdiği değişiklik teklifinin feshin tek alternatifi olduğu; başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifin kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi yapılmaz.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II- f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Somut olayda, davacı işçinin güvenlik elemanı olarak çalıştığı işyerinde, davalı tarafça 12.04.2005 tarihinde alınan karar gereğince, site güvenliğinin daha iyi sağlanması amacı ile genel kullanıma açık olan zemin kat ortak kullanım merdivenlerinin giriş kapılarının akşam kapatılıp, sabah açılması kararlaştırılmıştır. Böylece, daha önce bu konuda karar olmayıp, sonradan çıkartılan bu yönetim kurulu kararı ile davacı işçiye ek görev verilmiştir. Çalışılan işyerinin fiziki durumu, kapatılması istenen kepenklerin miktarı ile verilen ek görevin mahiyeti ve davacı işçiye yüklediği külfet dikkate alındığında işveren tarafından çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda davacı işçinin 6 işgünlük süre içinde bu değişikliği yazılı olarak kabul etmediği de dikkate alındığında, davalı işveren tarafından yapılan fesih haksızdır. Haksız feshin sonucu olarak davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/39440
Karar No **:** 2009/3451
Karar Tarihi **:** 24.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***TİS ile ücretlerin düşürülmesi ya da ücret eklerinin kaldırılması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olmayıp, taraflar TİS'ni bir öncekinden farklı şekilde bağıtlayabilir. Önceki dönemde sağlanan hakların kazanılmış hak olarak yorumlanması, TİS özerkliğine aykırılık oluşturur.***

DAVA : Taraflar arasındaki, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine, dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış olmakla, Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşe iade davası sonunda, davacı işçinin başvurusu üzerine, gerçek anlamda bir işe başlatma olup olmadığı ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süreye ait ücret ile ihbar ve kıdem tazminatı farklarına hak kazanılıp kazanılmayacağı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi, kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmalıdır. Aksi halde işverence yapılan fesih, geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de işveren, işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru, geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda, işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmesi gerekir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde, işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

Somut olayda, davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı işverence 31.10.2006 tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Süresi içinde işe iade davası açılmış ve feshin geçersizliğinin tespiti, işe iadeye dair karar verilmiştir. Söz konusu karar 25.06.2007 tarihinde Dairemizce onamak suretiyle kesinleşmiştir. Davacı işçi, süresi içinde işe iade için işverene başvurmuş ve işveren 23.08.2007 tarihinde işe başlamalarını bildirmiştir.

Davacı ve aynı anda işe iade davası açmış olan 31 arkadaşı, işe başlamak için gittikleri günde, işveren vekilinden hangi ücret ve haklarla işe başlatılacaklarını

sormuşlar, işveren vekilinin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmesi üzerine, aralarında tutanak düzenleyerek işyerini terk etmişlerdir.

Davacı vekili, geçersiz sayılan fesih döneminde ödenmekte olan ücret ve diğer haklar yerine daha düşük haklar sağlayan toplu iş sözleşmesinin uygulanmasının, kazanılmış hakların ihlali anlamına geldiğini ileri sürerek, işverenin işe başlatmamış sayılması gerektiğinden bahisle bu davayı açmıştır.

Davalı vekili ise, işe iade davasının devam ettiği bir aşamada, sendika ile imzalanan toplu iş sözleşmesi uyarınca ücretlerin ödenmesinin 2822 sayılı Yasa hükümlerine uygun olduğunu, usulüne uygun davete rağmen, işyerine geldiği halde işe başlamayan sendika üyesi olan davacı işçinin taleplerinin reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, çalışma koşullarında değişikliğinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine göre işçinin kabulüne bağlı olduğu, feshin geçersizliğine karar verilmiş olmakla iş sözleşmesi feshedilmemiş gibi devam ettiği, yeni toplu iş sözleşmesinin işyerinde çalışmakta olan işçiler bakımından iyileşme sağlamakla birlikte, davacı işçi bakımından aleyhe olduğu, işçinin bu uygulamayı kabul etmemekte haklı olduğu gerekçesiyle isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesinde, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olanların, toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı kurala bağlanmıştır. Aynı hükme göre, imza tarihinde üye olanlar, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten, imza tarihinden sonra üye olanlar ise, üyeliklerin taraf sendikası tarafından bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar.

Davacı işçinin, iş sözleşmesinin feshedildiği 31.10.2006 tarihinde, sendika üyesi olduğu taraflar arasında tartışmasızdır. Feshin geçersizliği ile işe iade yargılamasının devam ettiği dönemde 27.02.2007 tarihinde, davacının üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında toplu iş sözleşmesi imzalanmış ve anılan toplu iş sözleşmesinde işe iade davası açan işçiler bakımından herhangi bir kurala yer verilmemiştir. İşyerinde 01.10.2006-30.09.2009 tarihleri arasında yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin 5. maddesinde de, sendika üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı öngörülmüş olup, anılan hüküm 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesinin ilk fıkrasının tekrarı niteliğindedir. Sözü edilen kuralın "uygulama" yerine "yararlanmayı" içerdiğinden bahisle, işçi aleyhine olan hususlar bakımından toplu iş sözleşmesinin geçerli olmadığının kabulü doğru olmaz. Davacı işçi süresi içinde işe iade davası açmış ve feshin geçersizliğini tespit ettirmiş olmakla ve yasal süresi içinde işe dönmek için başvuruda bulunmakla, toplu iş sözleşmesinden yararlanma noktasında, iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi değerlendirmeye gidilmelidir. Gerçekten davacının sendika üyeliği devam ettiği sürece, tarafı bulunduğu sendika ile işveren arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi işçiyi bağlar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, her toplu iş sözleşmesi öncekinden bağımsız olup, ücret de dahil olmak üzere hakların irade serbestisi içinde belirlenmesi mümkündür. Toplu iş sözleşmesi ile işçi ücretlerinin düşürülmesi ya da ücretin eklerinin kısmen kaldırılması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen prosedürün uygulanmasını gerektirmez. Yine birbirinden bağımsız toplu iş sözleşmeleri ile ücretlerin farklı belirlenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 62. maddesinin ihlali anlamına da gelmez. Toplu iş uyuşmazlığının tarafları, değişen ekonomik durumu gözönünde tutarak, birbiri ardına yürürlüğe girecek olan toplu iş sözleşmelerini birbirinden farklı şekilde bağıtlayabilirler. Önceki toplu iş sözleşmesi döneminde sağlanan hakların kazanılmış hak olarak yorumlanması ve hiçbir şekilde geri alınamayacağının kabulü, toplu iş sözleşmesinin özerkliğine de aykırılık oluşturur.

Toplu iş sözleşmeleri yönünden düzen ilkesi, her yeni toplu iş sözleşmesinin iş ilişkilerini yeniden düzenleyebileceğini ve yeni toplu iş sözleşmesinde eskisine göre daha az işçi yararına hükümler getirilebileceğini öngörmektedir. Bu yönüyle düzen ilkesi, kural olarak toplu iş sözleşmesiyle kazanılmış hak oluşumuna engel olur. Birbiri ardına imzalanan toplu iş sözleşmelerinin farklı sendikaların yetki alması sonucu değişik sendikalar tarafından bağıtlanmış olması da düzen ilkesi anlamında sonuca etkili değildir.

Toplu iş sözleşmesi ile kazanılmış bir hakkın düzen ilkesi karşısında korunması için, daha sonra bağıtlanan toplu iş sözleşmesinde önceki toplu iş sözleşmesinden doğan hakların korunacağı yönünde bir kayda ihtiyaç vardır. Somut olayda, davacının üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde, bu yönde bir kurala yer verilmemiş ve işe iade davası devam eden işçiler bakımından ayrık bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Davacının işe davet edildiği dönemde işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 34. maddesinde, işçi ücretleri yönünden çeşitli guruplara göre ayarlamaya gidilmiştir. Bu durum işyerinde çalışmakta olan işçiler bakımından ilave bazı haklar anlamına gelmiş, ancak davacı işçi de dahil olmak üzere işe iade davası devam eden işçilerin ücretlerinden indirime gidilmiştir. Davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmemiş olsaydı dahi, toplu iş sözleşmesinin ücrete dair 34. maddesinin uygulanması gerekecekti. Davacının işe iade davası açmış olması da toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını ortadan kaldırmamaktadır.

İşe iade davası sonunda işçinin sözleşmenin feshedildiği şartlarla eski işine dönmesi asıl ise de, işe başlatma anına kadar, işçi ücretlerine gelen artışlar ilave edilerek işe başlatılması gerektiği gibi, yasalara uygun olarak gerçekleşen ücret indirimlerinin de işe başlatma anında dikkate alınması gerekir.

Somut olayda, davacı işçinin üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında bağıtlanan sözleşmenin, davacı yönünden işe başlatıldığı tarihten itibaren uygulanması gerekir. Davacının toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına karşı çıkarak, işe başlamayı reddetmesi ve işyerinden ayrılması, işe başlama yönünde gerçek bir iradenin ortaya konulmadığı anlamına gelmektedir. Davacı işçinin işe iade başvurusunda bulunmamış olması sebebiyle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesi uyarınca, işverence 31.10.2006 tarihinde yapılan fesih, geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Böyle olunca,

işe iade davasında tespit edilen işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine hak kazanılması söz konusu olmaz. Yine, 31.10.2006 tarihli fesih geçerli hale gelmekle, 4 aylık sürenin ilavesine ve ücret artışına bağlı olarak ihbar ve kıdem tazminatı talep edilmesi de mümkün değildir. Mahkemece davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde isteklerin kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27835
Karar No **:** 2009/11273
Karar Tarihi **:** 20.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***Feshin işveren tarafından gerçekleştirilmesine rağmen, bu durumu gizlemek ve feshin geçersizliğinin tespiti davasının açılmasını önlemek amacıyla işçiden istifa dilekçesi alındığının anlaşılması durumunda, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmelidir.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, talebin reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş sözleşmesinin haksız ve geçersiz nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacı lehine 8 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ile 4 aya kadar boşta geçen süre ücretine hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı, iş sözleşmesinin, davacı tarafından feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, feshin, davacı tarafından gerçekleştirildiği, davacının iradesinin fesada uğradığına ilişkin delil ibraz edilmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

İşverence, çalışma koşullarının uygulanmaması nedenine dayalı olarak, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı olarak feshedilip feshedilmediği hususu, taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. bendinde işçinin haklı fesih halleri düzenlenirken (f) bendinde son cümle olarak, "yahut çalışma şartları uygulanmazsa" şeklinde ifadeye yer verilerek çalışma koşullarının uygulanmaması, işçinin haklı fesih nedenleri arasında yerini almıştır.

Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelikler, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri, işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla, işyeri uygulamalarının çalışma yaşamına etkileri sonucu, her bir iş ilişkisinde çalışma koşulları meydana gelir. Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklarda, bu koşullar bazen emredici olarak düzenlenmiş olup, işçi aleyhine olarak değişikliğe gidilmesi işçinin rızası ile dahi mümkün değildir. Diğer hallerde çalışma koşullarında değişiklik yapılması 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde özel biçimde ele alınmıştır. Anılan hükme göre, işçi aleyhine yapılması düşünülen değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve 6 iş günü içinde işçinin yazılı kabulü ile uygulamaya konulması gerekir. Aksi halde değişiklik işçiyi bağlamayacaktır.

İş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla, işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin kullanabileceği, tek taraflı haklardan oluşan, işverenin keyfi olarak fesih hakkını kullanmasına karşı getirilen bir iş hukuku kurumudur. İş güvencesi kavramına, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetkisine bazı sınırlamalar tanıması biçiminde bir anlam kazandırılmıştır. Esas ve öz olarak, işverenin işçileri keyfi bir biçimde işten çıkarması, engellenmek istenmiştir. Şu halde iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten çıkarmaları önlemektir. Böyle bir amaca ise, işverenin işçiyi işten çıkartırken yasanın öngördüğü geçerli bir nedene dayanması koşulu ve bu nedenin yargıç tarafından denetimi ile ulaşılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Hakkın kötüye kullanılması, kişinin hakkını objektif iyi niyet kurallarına aykırı biçimde kullanması olarak tanımlanmaktadır.

Somut olayda, davacı tarafından tanzim olunan fesih bildiriminde, gerekçe olarak, soyut ve genel anlatımla, çalışma koşullarının bir süredir uygulanmamasının gösterildiği, buna karşın, bu koşulların neler olduğunun yargılama aşamasında gündeme gelmediği gibi taraf tanıklarının, feshin esas sebebinin performans düşüklüğü olduğunu beyan ettikleri görülmektedir. Öte yandan, dosya içinde mevcut işçi çıkış bildirim listesinde, davacı ve diğer çalışanların işten çıkış sebebinin, İş Kanunu'nun 17. maddesindeki bildirimli fesih olduğu belirtilmiş olup feshin, işveren tarafından gerçekleştirildiği, bu durumu gizlemek ve feshin geçersizliğinin tespiti davasının açılmasını önlemek amacı ile davacı işçiden istifa dilekçesi alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, davanın kabulü ile davacının işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerekirken, davacının gerçek iradesini yansıtmayan istifa dilekçesine değer verilerek, yazılı gerekçeyle red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 190,00 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak 20.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/42886
Karar No **:** 2009/24409
Karar Tarihi **:** 28.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***Uzun yıllardır çalıştığı bölüm ve yaptığı işin niteliği değiştirilen işçinin, bu değişikliği kabul etmemesi üzerine yapılan fesih haklı ve geçerli değildir.***

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini, fesihten 5 ay önce uzmanlık alanı dışında olan zımpara-bıyık bölümünde istemediği halde görevlendirildiğini, el becerisi ve vasıfsız bir elemanın yapabileceği, farklı işkolunda çalışmaya zorlandığını, adapte olmayı beklerken uyarı üzerine uyarı verildiğini, bezdirildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin tüm uyarılara rağmen verilen görevleri hatırlatıldığı halde ısrarla yapmamaktan dolayı haklı olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya ve keşif sonrası alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, işverenin zımpara-bıyık bölümündeki üretimin adet ve kalite kriterleri dikkate alınarak ve bu değerlerin işçi performans değerlendirilmesinde kullanıldığı, davacının 5 ay bu bölümde çalışmayı kabul etmemesine rağmen, fesih tarihine kadar (5 ay) çalıştığı, davacının bu bölümdeki 3 aylık performans düşüklüğünün eğitimsizliğinden ve işlerin zorluğundan değil, şahsi tutumundan kaynaklandığı, feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından 6 işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. Bu maddeye dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde, değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin de yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur. (Dairemizin 02.06.2008 gün ve 2007/39341 E., 2008/13324 K. sayılı İlamı)

Performans en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için, objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü, o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları, gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için, süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar, olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılmaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise, ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir. (08.04.2009 gün ve 2007/27829 Esas, 2008/7831 Karar sayılı ilamımız)

Diğer taraftan performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirilmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır.

Dosya içeriğine göre, yaklaşık 12 yıldır davalı işyerinde çalışan ve operatör yetkinliğine sahip davacı işçinin, fesihten 5 ay önce yıkama bölümünde iken zımpara-bıyık bölümüne nakledildiği, davacının yazılı yapılan görev değişikliğini kabul etmemesine rağmen burada çalışmaya zorlandığı ve günlük üretim ve kalite sonuçlarına göre 02.07-28.07.2007 tarihleri arasında %36.99, 30.07-25.08.2007 tarihleri arasında % 35.24 ve 27.08-29.09.2007 tarihleri arasında %38.24 randımanla çalıştığının belirtilerek ve savunması alınarak, iş sözleşmesinin görevleri hatırlatıldığı halde, ısrarla yapmama nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Operatör olan davacının fesihten 5 ay önce görev yerinin değiştirilerek daha önce çalışmadığı ve eğitimi verilemeyen zımpara-bıyık bölümüne nakledilmesi ve burada günlük üretime göre performansının değerlendirilmesi, iş şartlarında esaslı değişikliklerdir. Davacı bu değişikliği kabul etmemiştir. O halde bu değişiklik 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca davacı işçiyi bağlamaz. Davacının kabul etmemesine rağmen bu işte çalıştırılması, değişikliği geçerli kılmaz. Bu değişiklikten sonra, davacının buradaki çalışmasının günlük üretim ve kalite sonuçlarına göre diğer işçilere göre değerlendirilerek, verilen görevi eksik yaptığı, randımanın kısaca performansının düşük olduğunun belirtilmesi, davacının yetkinliği ve görev tanımı ile uyumlu olmadığından doğru değildir. Davacının görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar ettiği kabul edilemez. Somut uyuşmazlıkta haklı ve geçerli fesih nedeni gerçekleşmediğinden, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen, davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsiline gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 348,12 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 28.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/46109
Karar No **:** 2009/34662

Karar Tarihi **:** 14.12.2009
İlgili Kanun **:** 4857/22

ÖZÜ : ***Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur. İradi şartın tipik örneği fesih bildiriminin sonuç doğurmasının değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, işyerinde ekonomik kriz nedeniyle düzenleme yapıldığını, davacıya presçilik-B görevinin önerildiğini, önerilen bölümde eleman ihtiyacının arttığını, dışarıdan işçi almak yerine ihtiyacın fabrika içerisindeki kişilerden karşılanmak istendiğini, davacının da verilen yeni görevi hiçbir gerekçe göstermeden reddettiğini, oysa önerilen işin daha ağır ve davacının kapasitesinin çok üstünde olan bir iş olmadığını belirterek, davacının iş akdinin önerilen işin kabul edilmemesi nedeniyle feshedildiğini, hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatlarının ödendiğini belirterek açılan davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, ekonomik krizin otomotiv sektörünü etkilediği, bir kısım projelerin iptaline ve yeni planlamalara gidildiği, davacının hazırlama ve takip işçiliği-B görevinden alınarak, forklift operatörlük belgesi olmayan davacıya da, presçilik-B görevinin önerildiği, davalı işverenin iş değişikliği teklifinin 4857 sayılı İş Yasası'nın 22. maddesine göre geçerli nedenlere dayandığı, davacının teklif edilen işi daha önceden bilmesi nedeni ile eğitilmesine gerek olmadığı, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliğin ve buna bağlı olarak yapılan feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş Hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş Hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, İş Hukukunun temel amaçları arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma koşulları" olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K).

Kanunların içinde ve üstünde bir yere sahip olan Anayasa'da çalışma koşullarına ilişkin bir takım genel düzenlemeler yer almaktadır. Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkilidir. Bu açıdan Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik hakları çalışma koşulları belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 23508 E, 2008/ 20604 K).

Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49. maddedeki çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddedeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51. maddedeki sendika kurma hakkı, 53.

maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54. maddedeki grev ve lokavt hakları iş ilişkisine etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkar.

Anayasal temeli olan, yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin, işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu olmaktadır. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği (m 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği (m 41 ve 63), hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında ve işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi, aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.

Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gibi kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkilidir.

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı yasanın 6. maddesinde öngörülmüştür.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz (Yargıtay 9. HD. 21.2.2006 gün 2005/38473 E, 2006/4428, Yargıtay 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/ 23508 E, 2008/ 20604 K). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur.

Borçlar Hukukunda olduğu gibi, İş Hukukunda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestisidir. Taraflar, iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları, yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanununda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada, çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin

değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu, işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla, işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için, sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir, işveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde, işverence işyerinde uygulana gelen işyeri uygulamaları da, çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir.

İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.

Çalışma koşullarının değiştirilmesi, işçiye hiç iş verilmemesi ya da daha az iş verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir, işçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Ancak işçiden iş görmesi istenmemekle birlikte, ücret ve diğer ayni ve sosyal haklarının aynen devam ettirilmesi de, çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilir. Gerçekten, işçinin çalıştığı sürece kendisini geliştirme imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle, sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçinin bir başka işyerinde görev verilmesi, kural olarak, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılamaz. Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması halinde ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, işverence kabul edilebilir sınırlar dahilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler.

Buradaki temel sorun normların çatışması halinde ortaya çıkar. Özellikle, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasını hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri, yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır.

Bunun dışında mutlak emredici hükümlerin bulunmadığı hallerde çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma durumunda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın, çalışma koşulunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Örneğin yasada haftalık 45 saati aşan çalışmaların %50 zamlı olarak ödeneceği kuralına rağmen, işverenin bu yönde hiç ödeme yapmamış olması, çalışma koşullarının fazla çalışmanın ödenmeyeceği yönünde ortaya çıkmasını gerektirmez. Aynı şekilde işverenin % 50 zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapmış olması da, işçi aleyhine olmakla bağlayıcılık taşımaz. Buna karşın, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da süreklilik gösteren işyeri uygulaması geçerli olup, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı olarak ödenmesi yönünde çalışma koşulu ortaya çıkmış olur.

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

Aynı şekilde işyerinin devri de, işverenin yönetim hakkının son aşamasıdır, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı araştırılmalıdır (Yargıtay 9.HD. 11.07.2008 gün 2007/ 23953 E, 2008/ 19878 K., Yargıtay 9.HD. 27.10.2005 gün 2005/5396 E, 2005/34825 K).

İşçinin acil ve arızi durumlarda görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması olanaklıdır, işverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin, işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında işçinin işverenin göstereceği her türlü işi; iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dahilinde yerine getirmesi beklenir. Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 42. maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma işçinin kabulüne bağlı değildir ve yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin, işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre, verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen

sonuç alınmaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşularının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.

Çalışma koşullarında değişiklik konusunda, işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir.

İşçi çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur. İşçinin değişikliği kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Bir başka anlatımla işveren işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.

İşçinin, değişikliği kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar, bu değişiklikten vazgeçmesi mümkündür.

Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte, işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir, işyerinde müdür unvanı taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir.

İşçiye yapılan değişiklik önerisi altı işgünlük sürenin geçmesinden yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. Bu sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesi, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul edilir. İşveren iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilir. İşçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine, işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelir.

İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur. İradi şartın tipik örneğini, fesih bildiriminin sonuç doğurmasının, değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde, işveren, fesih bildiriminin, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar.

Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı işgününden az süre tanınamaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde, iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz olacağının açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim suresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda, feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınmalı ve bozucu şarta bağlı bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde, fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma koşullarında çalışma şeklinde devam eder. Aksi halde fesih, bildirimin işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim önelinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer.

Değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır, ilk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burada da aynen yapılmalıdır. Denetimin ağırlığı ve ölçüsü farklılık arz etmez. Yapılacak denetimde, söz konusu madde anlamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilip beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Demek ki, değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır (Yargıtay 9. HD. 07.07.2008 gün 2007/ 24548 E, 2008/ 19209K.). Denetim, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için

uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak, organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir, işveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır. Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır.

İş sözleşmesinin içeriği birkaç unsur açısından değiştirilmesi teklif edilmişse, işçi tarafından kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi her bir unsur açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir. Değiştirilmesi teklif edilen birkaç unsurdan sadece birisinin kabulünün işçi açısından beklenemez olduğuna karar verilirse, değişiklik feshinin tamamının geçersizliğine hükmedilmelidir. Mahkeme, sözleşme değişikliğinin kısmen geçerli kısmen geçersiz olduğuna karar veremez.

İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır. Şüphesiz, işverenin önerdiği değişiklik teklifinin feshin tek alternatifi olduğu; başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifin kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi yapılmaz.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II- f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Somut olayda davalıya ait işyerinde, Hazırlama ve Takip İşçiliği-B işçisi olarak çalışan davacı işçiye 27.04.2009 tarihli yazı ile "Kocaeli fabrikası takım kalıp ve pres grup alan müdürlüğünün eleman ihtiyacının artması ve hem sizin işinizi korumak hem de Kocaeli fabrikası takım kalıp ve pres grup alan müdürlüğünün kadrosunu tamamlamak amacıyla "Hazırlama ve Takip işçiliği -B" işçiliğinden alınarak, Presçilik-B görevinin önerildiği bildirilmiştir. Dosya içeriğine göre davacının yaptığı iş, çekici tipi araçla arkasındaki sehpaları boş olarak üretim hatlarına transferini ve dolu olan sehpaların ilgili birimlere, forkliftle taşınmasını sağlamaktır. Önerilen iş ise, boş olarak gelen sehpalara presten çıkmış parçaların istiflenmesidir. Önerilen işin mevcut işinden ağır olduğu ve çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına geldiği açıktır. Davacı işyerinde görev değişikliğini gerektirecek bir durumun ve ihtiyacın olmadığını, çalışma koşullarındaki değişikliğin iş sözleşmesinin feshine zemin hazırlamak amacına yönelik olduğunu ileri sürmüş, davalı ise ekonomik kriz sonucu, takım kalıp ve pres grup alan müdürlüğünde meydana gelen eleman ihtiyacının karşılanması nedeniyle, davacıya yeni bir görev önerildiğini belirtmiştir. Davacı sertifikası olmadığı halde uzun süre forklift operatörlüğü işinde çalışmış olup, bu husus işverenin bilgisi dahilindedir. Davacının forklift operatörlüğü görevini gerektiği gibi yerine getirmediği konusunda herhangi bir

iddia bulunmamaktadır. Kaldı ki, davacı operatörlük sertifikasının zor bir iş olmadığını belirtmiştir. Somut olayın özelliğine göre davacının operatörlük sertifikasının bulunmaması değişiklik için geçerli neden değildir. Öte yandan davalı işveren, değişikliğin bir başka sebebinin de ekonomik kriz ve yeniden yapılanma olduğunu açıklamıştır. Bilirkişi davacının eğitimi, operatörlük belgeleri, deneyimleri ve ekonomik krizin etkilileri itibariyle değişikliğin geçerli nedene dayandığını belirtmiş ise de, davacının mevcut pozisyonunun kaldırılıp kaldırılmadığı, pozisyon iptali söz konusu değilse boşluğun nasıl doldurulduğu, yeni işçi alınıp alınmadığı, davacıya önerilen iş nitelik gerektirmediğine göre, başka işçilerle eleman ihtiyacının giderilmesi olanağının bulunup bulunmadığı gibi olgular araştırılarak değişikliğin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/6460
Karar No **:** 2009/23305
Karar Tarihi **:** 17.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/24

ÖZÜ : ***Çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik, aynı zamanda koşulların uygulanmaması anlamına geldiğinden, işçi iş sözleşmesini tek taraflı haklı sebeple feshedebilir. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmasa da, kıdem tazminatı ödenmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, işsizlik tazminatı, izin ve fazla çalışma alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma alacağı, kötü niyet ve işsizlik tazminatı ile ücretli izin alacağı talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren iş sözleşmesinin davacının devamsızlığı nedeniyle, haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin davalı tarafça haklı olarak feshedildiği belirtilerek; kıdem, ihbar, kötü niyet ve işsizlik tazminatı taleplerinin reddine, fazla çalışma ve ücretli izin alacağı talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş Hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş Hukuku, işçi haklan yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçlan arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma koşulları" olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel

emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K).

Kanunların içinde ve üstünde bir yere sahip olan Anayasa'da çalışma koşullarına ilişkin bir takım genel düzenlemeler yer almaktadır. Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkilidir. Bu açıdan Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik hakları çalışma koşulları belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır.(Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 23508 E, 2008/ 20604 K).

Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49. maddedeki çalışma hakkı ve ödevi, 50. maddedeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51. maddedeki sendika kurma hakkı, 53. maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54. maddedeki grev ve lokavt hakları iş ilişkisine etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkar.

Anayasal temeli olan, yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu olmaktadır. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği (m 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği (m 41 ve 63), hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşullarının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında ve işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.

Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gibi kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkilidir.

Toplu iş sözleşmesi de, çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı yasanın 6. maddesinde öngörülmüştür.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz (Yargıtay 9. HD. 21.02.2006 gün 2005/38473 E, 2006/4428, Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 23508 E, 2008/ 20604 K.). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur.

Borçlar Hukukunda olduğu gibi İş Hukukunda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestisidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları, yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, .çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İş ilişkisinin taraflarının iş sözleşmesinde, gerektiğinde işverence çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemelere gitmeleri halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla, işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır, işçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir, işyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin, kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir. İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde, işverence işyerinde uygulana gelen işyeri uygulamaları da çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir.

İşyerindeki uygulamaların, tüm işçiler yönünden toplu bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.

Çalışma koşullarının değiştirilmesi, işçiye hiç iş verilmemesi ya da daha az iş verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir, işçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Ancak işçiden iş görmesi istenmemekle birlikte, ücret ve diğer ayni ve sosyal haklarının aynen devam ettirilmesi

de, çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilir. Gerçekten, işçinin çalıştığı sürece kendisini geliştirme imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle, sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçinin bir başka işyerinde görev yerilmesi, kural olarak, çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılamaz. Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması halinde ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, işverence kabul edilebilir sınırlar dahilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler.

Buradaki temel sorun normların çatışması halinde ortaya çıkar. Özellikle, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasını hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır.

Bunun dışında mutlak emredici hükümlerin bulunmadığı hallerde çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma durumunda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın, çalışma koşulunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Örneğin yasada haftalık 45 saati aşan çalışmaların %50 zamlı olarak ödeneceği kuralına rağmen, işverenin bu yönde hiç ödeme yapmamış olması, çalışma koşullarının fazla çalışmanın ödenmeyeceği yönünde ortaya çıkmasını gerektirmez. Aynı şekilde işverenin % 50 zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapmış olması da, işçi aleyhine olmakla bağlayıcılık taşımaz. Buna karşın, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da süreklilik gösteren işyeri uygulaması geçerli olup, işçiye fazla çalışma ücretlerinin % 100 zamlı olarak ödenmesi yönünde çalışma koşulu ortaya çıkmış olur.

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir, işveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler, işverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

Aynı şekilde işyerinin devri de, işverenin yönetim hakkının son aşamasıdır. İşyeri devri çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup

olmadığı araştırılmalıdır. (Yargıtay 9.HD. 11.07.2008 gün 2007/ 23953 E, 2008/ 19878 K., Yargıtay 9.HD. 27.10.2005 gün 2005/5396 E, 2005/34825 K).

İşçinin acil ve arızi durumlarda görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında işçinin, işverenin göstereceği her türlü işi; iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dâhilinde yerine getirmesi beklenir. Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 42. maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma işçinin kabulüne bağlı değildir ve yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre, verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınmaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşullarının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.

Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir.

İşçi, çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur. İşçinin değişikliği kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Bir başka anlatımla işveren işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.

İşçinin değişikliği kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar bu değişiklikten vazgeçmesi mümkündür.

Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışı, 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha

alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir.

İşçiye yapılan değişiklik önerisi altı işgünlük sürenin geçmesinden yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. Bu sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisi kabul etmesi, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul edilir. İşveren iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilir, işçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelir.

İşçi, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradi şart oluşturur. İradi şartın tipik örneğini, fesih bildirimin sonuç doğurmasının, değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde, işveren, fesih bildiriminin, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından reddi ve kabul edilmemesi durumunda doğar.

Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı işgününden az süre tanınamaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz olacağının açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda, feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınmalı ve bozucu şarta bağlı bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde, fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma koşullarında çalışma şeklinde devam eder. Aksi halde fesih, bildirimin işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim önelinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer.

Değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde fesih için aranan geçerli

nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim, burada da aynen yapılmalıdır. Denetimin ağırlığı ve ölçüsü farklılık arz etmez. Yapılacak denetimde, söz konusu madde anlamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilip beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Demek ki, değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır. (Yargıtay 9. H.D. 07.07.2008 gün 2007/ 24548 E, 2008/ 19209 K). Denetim, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, ultima-ratio olarak gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır. Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır.

İş sözleşmesinin içeriği birkaç unsur açısından değiştirilmesi teklif edilmişse, işçi tarafından kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi her bir unsur açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir. Değiştirilmesi teklif edilen birkaç unsurdan sadece birisinin kabulünün işçi açısından beklenemez olduğuna karar verilirse, değişiklik feshinin tamamının geçersizliğine hükmedilmelidir. Mahkeme, sözleşme değişikliğinin kısmen geçerli kısmen geçersiz olduğuna karar veremez.

İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır. Şüphesiz, işverenin önerdiği değişiklik teklifinin, feshin tek alternatifi olduğu; başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifin kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi yapılmaz.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II- f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Somut olayda, davacı işçinin davalı işverene ait tekstil fabrikasında şoför olarak çalışırken, işveren tarafından Mikro Line isminde ikinci bir işyeri daha açıldığı ve davalı işveren tarafından davacı işçiden burada çalışan işçileri de taşınması talep edilmiştir. Bu durum, davacı işçinin çalışma koşullarında değişiklik meydana getirmiştir. Davacı işçinin bu durum karşısında davalı işverenden ek ücret talep etmesine rağmen, işverenin bu durumu kabul etmemesi nedeniyle, işçinin işyerini terk ederek, iş sözleşmesini tek taraflı olarak haklı sebeple feshettiği anlaşılmaktadır. Bu fesih şekline göre kıdem tazminatı alacağına hükmedilmemesi hatalı olup bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

3- Öte yandan davacı işçinin çalıştığı üç tam yıl karşılığında yıllık ücretli izne hak kazandığı ve bu izinlerini kullandığı dosya içerisindeki davacı işçinin imzasını içeren yıllık ücretli izin defterinden anlaşılmaktadır. Dosya içerisindeki izin belgesi değerlendirmeye tabi tutulmadan ücretli izin alacağına hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde ilgiliye iadesine, 17.09.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/9789
Karar No **:** 2008/2644
Karar Tarihi **:** 27.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin feshinin haklı olup olmamasının tespitinde, iddia edilen olayı ihtimal derecesinde veya kısmen doğrulayan emareler var ise, yargıç artık bu olaylara dayanarak hüküm vermelidir.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve izin ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Dava haksız fesihten doğan tazminat ve bir kısım işçilik alacağına yöneliktir.

Mahkemece iş sözleşmesinin feshi haklı kabul edilerek, kıdem ve ihbar tazminatı istekleri red, işçilik alacakları hüküm altına alınmıştır.

Karar davacı vekilince temyiz olunmuştur.

Uyuşmazlık iş sözleşmesinin feshinin haklı olup olmaması noktasında toplanmaktadır.

Davacı, dava dilekçesinde davalı işveren vekilinin davacının yanına gelip masaya yumrukla vurarak, "seni işten çıkardım maaşını, tazminatlarını da vermiyorum, istediğin yere başvur" diyerek iş sözleşmesinin davalı tarafça feshedildiğini ileri sürmüştür.

Davalı vekili davacı eşinin telefonda kendisini tehdit ettiğini, işçinin işyerini terk ettiğini savunmuştur.

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence sona erdirildiğini Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne yazılı şikâyette bulunmuş, yapılan teftiş sonunda konunun yargıya yansıtılması nedeniyle sonuçlandırılmamıştır.

İşverence yazılı bir fesih belgesi bulunmamaktadır.

Dinlenen davalı tanıklarından … davacı bayan işçinin işverenin "eşini çağır yüzleşelim sana bir hakaret ettim mi...." sözleri üzerine ağladığını ifade etmiştir.

Davacı tanığı … ise davacının patronun tehditle işten çıkarıldığını söylediğini açıklamıştır. Diğer tanıkların feshe yönelik ifadeleri bulunmamaktadır.

Davacının ücretini almak istediğinde ibraname imzalamasının istendiği, imzalanmayınca da verilmediği savı hüküm altına alınan 36 günlük ücret alacağı ve diğer işçilik alacaklarından doğrulanmaktadır.

İspat kurallarının zorlanan sınırları hukukumuzda tartışılmaktadır.

Emare kavramı işte bu tür bir arayışın sonucu ortaya çıkmıştır.

Üstündağ'a göre, emarelere dayanan ispat, dolayısıyla ispat türü olduğunu, başka bir anlatımla ispat edilen civar (komşu) vakaların yasal öğelerinin gerçekleştiğini büyük bir olasılık dâhilinde gösterdiği durumlarda yargıç artık bu olaylara dayanarak hüküm verecektir (Üstündağ S: Medeni Yargılama Hukuku, B.6, CM, İstanbul 1997, sh 613).

Konuralp emareyi " bir iddianın doğrulanması konusunda kanaat edinmeye elverişli olan ve fakat temsili niteliği itibariyle iddia edilen vakayı ancak ihtimal derecesinde veya kısmen doğrulayabilen ispat aracı" olarak tanımlamıştır. Emarelerin de " akıl yürütme açısından tutarlı, ilgili olayların hiç değilse bir kısmını açıklayıcı ve

kısmen de olsa ikna edici güce sahip olmalıdır (Konuralp Haluk: Medeni Usul Hakkında İspat Kuralları Zorlanan Sınırları, 1999 sh. 30)

Somut olayda davacının işveren vekili S. S. sözleri üzerine ağladığı tartışmasızdır. Davalının davacı …'nin aylık ücretini ve fazla çalışma ücretini de ödemediği açıktır. Davacının elinden belge alınmak istenmesi davacının savunmasını doğrulayan emaredir. İşçilerin işveren yanında çalışırken tanık bulmada güçlüğü bazen karşılıklı konuşmayla iş sözleşmelerinin sona erdiği bilinmektedir.

Yukarıda sözü edilen gerekçe ışığında işverenin iş sözleşmesini haksız fesih ettiği anlaşılmaktadır.

Kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi gerekirken reddi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27565
Karar No **:** 2008/5286
Karar Tarihi **:** 17.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : Fesihten sonra gerçekleşen devamsızlık nedenine dayanılarak yapılan fesih geçersizdir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan 28.11.2006 tarihinde feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının 29.11.2006, 30.11.2006 ve 01.12.2006 tarihlerinde izinsiz ve mazeretsiz işe gelmemesi nedeni ile iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş ve kişisel ihtiyaçları için verilen paraları usulsüz harcadığından söz edilerek savunmasının istendiği, davacının savunmasını verdikten sonra sonucunu beklemeden üst üste iki gün işe gelmediği, daha sonra da hiç gelmediği, feshin haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25. maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte, işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.

Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali geçerli fesih nedeni olabilir (KR/Etzel, G., §1 KSchG Rdnr. 400 sh. 123). Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır (Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhâltnis, 8. Aufl., München 2002, Nr. 1168 sh. 468).

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir. İşçi görevini uyarıya rağmen hiç yerine getirmezse işveren haklı nedenle derhal, eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirirse süreli, geçerli fesih hakkını kullanabilecektir.

Kuşkusuz hiçbir kimse sürekli olarak hatasız çalışamaz. Bu sebeple, bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata

payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu nedenle, işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin ve işçinin hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edilmesi gerekir. Öte yandan, işçinin isteseydi yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağı da belirlenmelidir. Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse, fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır. Ancak, ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde, işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır. Başka bir anlatımla, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibariyle, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir (Berkovvsky, W., Die Personenund verhaltensbedingte Kündigung, 9 Rdnr. 15, sh. 217). Buna göre, işverene süresiz fesih hakkı verilen İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir.

Sözleşme ilişkisi kapsamında işçi, yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelen birçok davranışı için ihtar edilmiş ise, fesih sebebi açısından en son davranışı önem arz eder. İhtar, işçiyi ciddi bir şekilde uyarmalı, açıkça ortaya konan kusurlu davranışını tekrarlamamasını talep etmeli, tekrarı halinde, iş ilişkisinin mevcudiyeti ve içeriği açısından aleyhe birtakım sonuçların doğacağı tehdidinde bulunmalıdır.

İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtara konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır.

Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır (Rebmann, K./Sâcker, FJ./Rixercker, R./Hesse, D.: Münchener Kommentar, §1 KSchG Rdnr. 224 sh. 1023; Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, VV./Nâgele, S./Pfeifer, G.: Hako, §1 KSchG Teil D Rz.284 sh. 181. Ayrıca bkz. BAG, 16.01.1997, DStR 1997, sh. 1056; BAG, 31.03.1993, AP § 626 BGB, Nr. 32; BAG, 22.07.1982, §1 KSchG 1969, Nr. 5). İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkanı söz konusu değilse, ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, işçinin işe sık sık geç gelmesi geçerli feshe örnek olarak verilmiştir. Gerçekten de işçi, işe geç gelmek suretiyle iş sözleşmesinde kararlaştırılan edimler (iş görme-ücret) arasındaki dengeyi işveren aleyhine bozmaktadır. Burada geçerli neden açısından önemli olan husus, işçinin işe geç gelmeyi alışkanlık haline getirmiş olmasıdır. Geçerli nedene dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için ise, işçiye önceden ihtar edilmesi gerekir. İşçinin alışkanlık haline getirmesinden kasıt, işçinin gelecekte de işe geç gelmek suretiyle iş ilişkisinde iş görme edimi ile ilgili olarak aksaklık meydana getireceğini haklı olarak tahmin edilebilmesidir. Tahmin prensibine göre, işçinin gelecekte de işe geç geleceğinin kabul edilebilmesi için geç kalmanın sebebi ve sıklığı belirleyici olmaktadır. Ulaşımdan kaynaklanan riziko işçiye aittir. İşçinin işe geç gelmesi gibi, iş süresi bitmeden evvel izin almadan işyerinden ayrılması da, önceden ihtar yapılması koşuluyla geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmelidir.

İnceleme konusu olayda; dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi 28.11.2006 tarihinde davalı işverence feshedilmiştir. Davalı işveren, davacının 29.11.2006 günü ve sonrasında işe gelmediğini ileri sürerek iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile feshedildiğini ileri sürmüş ise de, fesihten sonra gerçekleşen devamsızlığa dayanılamaz. Gerçekten, davacı 30.11.2006 tarihinde noter ihtarnamesi ile işe iadesini istemiştir. Her ne kadar davacının verilen iş avansını usulsüz harcadığı ileri sürülmüş ise de, fesih bildiriminde bu nedene dayanılmamıştır. Buna göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmadığından, feshin geçersizliğine karar verilmesi talebinin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesi'nin 30.05.2007 gün ve 1099-263 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 100,00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 17.03.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/14312
Karar No **:** 2008/6730
Karar Tarihi **:** 28.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İşçinin görevini birçok kez savsakladığına dair şahsi sicil dosyasında herhangi bir belge yok ise, olay tarihindeki tutanak tanıklarının beyanı ile yapılan haklı nedenle feshin ölçülülük ilkesi gereği ağır bir sonuç olduğu kabul edilerek, ihbar ve kıdem tazminatlarına hükmedilmelidir.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı iş akdinin görevini savsakladığı ileri sürülerek haklı neden olmadan feshedildiğini belirterek, kıdem, ihbar tazminatı ve izin ücreti istemiştir.

Davalı, davacının birçok kez uyurken yakalandığını bu nedenle iş akdinin feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece vardiya amiri olan davacının uyurken yakalandığının tutanak tanıklarının ifadeleriyle sabit olduğu için feshin haklı nedene dayandığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık feshin haklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davalı tarafından dosyaya sunulan davacıya ait işyeri şahsi sicil dosyasında, davacının mesai saatlerinde uyuduğuna dair herhangi bir tutanak, uyarı ya da belgeye rastlanılamamıştır. Davalı birçok kez davacının bu nedenle uyarıldığı iddiasını kanıtlayamamıştır.

Tutanak tanıkları olay tarihinde davacının uyuduğunu ifadelerinde beyan etmişlerse de, davacının daha önce benzer eylemde bulunmadığı anlaşıldığından, çalışma süresi de dikkate alındığında davacının iş akdinin feshinin ölçülülük ilkesi gereği ağır bir

sonuç olduğu kabul edilmelidir. Mahkemece davacının kıdem-ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/15152
Karar No **:** 2008/10326
Karar Tarihi **:** 25.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***Çalışma mevsiminde işverence usulünce çağrılmasına rağmen geçerli bir mazereti olmaksızın işbaşı yapmayan mevsimlik işçinin iş sözleşmesinin feshi, haklı fesihtir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla çalışma ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalı işyerinde mevsimlik işçi olarak çalışmakta iken …'a devamlı işçi kadrosu ile geçmeyi işverene bildirdiği, işverenin kabul etmeyip iş akdini tazminatsız olarak feshettiği iddiası ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı, davacının 2002 yılı yaş çay kampanyasında 20.05.2002 tarihi itibari ile işbaşı yapması gerekirken işbaşı yapmadığını, kendisine gönderilen yazı ile 05.06.2002 tarihine kadar işbaşı yapması istenmesine rağmen iş başı yapmadığı için feshedildiğini; yeni mevsimin başında işbaşı yapması için davet edilmesine rağmen işbaşı yapmadığı için ihbar ve kıdem tazminatı hakkının olmadığını, isteklerin yerinde olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, kıdem ve ihbar tazminatı vermeden iş akdini feshetmesinin haksız olduğu gerekçesi ile isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı olup olmadığı, kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın normatif dayanakları 4857 sayılı Kanunun 25/II ve 1475 sayılı Kanunun 14. maddeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II-(g) bendinde, "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" halinde işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez. Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olmaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur.

İşçinin işe devamsızlığı her durumda işverene haklı fesih imkânı vermemektedir Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkânı bulunmamaktadır. İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir.

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkânı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkânı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h bendi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.

Maddede geçen "bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçıncı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlar söz konusu ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.

İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. Toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu takdirde söz konusu günlerde devamsızlık da iş sözleşmesinin feshine neden oluşturur (Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.l, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984, s. 208).

Somut olayda sözü edilen hükümlere göre, davacı mevsimlik işçi olarak çalışmakta iken 2002 yılı çalışma mevsiminde davalı işveren tarafından işe usulünce çağrılmasına rağmen geçerli bir mazereti olmaksızın işbaşı yapmamıştır. Öte yandan, önceki yıllarda iş akdinin davacı işçinin istemi üzerine askıya alınması ücretsiz izin mahiyetinde olup, bu da ancak iki tarafın kabulü ile mümkündür. Bu durumda davalı işveren tarafından yapılan fesih işlemi haklı olup, kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/31288
Karar No **:** 2008/10450
Karar Tarihi **:** 28.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İşçinin müşterilerden usulsüz para aldığına dair işverende oluşan şüphe, objektif vakıa ve emarelere dayanarak güven ilişkisini zedeliyor ve olumsuzluğa yol açıyorsa, bu durum haklı fesih nedeni olmamakla beraber geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilir.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı sözleşmesinin işverence haklı neden olmaksızın feshedildiğini belirterek, işe iadesine, boşta geçen süre ücretine ve diğer haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı tarafından, sözleşmenin müşteri ilişkileri yönetici yardımcısı olarak çalışan davacının kredi alan müşterilerden elden para alınması yüzünden haklı nedenle sona erdirildiği savunulmuştur.

Mahkemece, davacının işverenin güvenini kötüye kullanmak suretiyle menfaat temin ettiği yönünde ve işverenin meslek sırlarını ortaya koyarak doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar sergilediğine ilişkin davalıyı haklı kılacak bir bulgu elde edilemediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, … isimli bir kredi müşterisi tarafından şube yönetimine, davacının kendisinden kredi parası adı altında 40 YTL aldığına ilişkin bir şikayet dilekçesi verilmesi üzerine müfettiş incelemesi başlatılmış, inceleme sırasında davacının isnadı yalanlamasına rağmen başka müşterilerden de aynı şekilde para aldığı … tarafından kendisinden de 30 YTL aldığına dair benzer bir dilekçe verildiği şubede çalışan görevlilerin bir gün …'nın davacının olmadığı sırada şubeye gelerek bu parayı davacıya ulaştırmaya çalışması üzerine, durumu yönetime yansıttıkları, davacının kredi kullanıcısı müşterilerden yetkisi olmamasına rağmen elden para aldığının belirlendiği anlaşılmaktadır. … isimli kişi daha sonra şikayetinden vazgeçmiş, duruşmada bu kişi ve diğer davacı tanığı olarak dinlenen müşteriler, davacının usulsüz işlemi olmadığını yanlış anlama bulunduğunu ifade etmişlerdir. Şube çalışanı üç memur ise, ilgilinin davacıyı arayarak para vermeye çalıştığı hususunu doğrulamıştır.

İş ilişkisinde işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşçinin bir suç işlediğinden veya sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğundan şüphe ediliyor ve bu yüzden taraflar arasında iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin yıkılması veya ağır biçimde zedelenmesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmişse, şüphe feshinden söz edilmektedir. Şüphe, fesih anında mevcut belirli objektif vakıa ve emarelere dayanmalıdır. İşverenin sırf sübjektif değerlendirmesi yeterli olmayıp, yapılan incelemede işçinin şüphe edilen eylemi işlediğinin büyük bir ihtimal dâhilinde olduğu sonucunun ortaya çıkması gerekir.

Somut olayda, işverende, davacının kredi müşterilerinden yetkisi olmamasına rağmen kredi parası adı altında bir miktarın alındığı kuşkusu, şikayet dilekçeleri, işyerinde çalışan diğer çalışanların beyanları ile doğmuştur. İşveren davacı işçinin savunmasını almış, durumu açıklığa kavuşturmak üzere müfettiş incelemesi yapılmıştır. Bankanın güven kurumu olma niteliği yanında, ilgili teftiş raporunda belirlendiği üzere, davacı işçinin davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Bu durum haklı fesih nedeni olmamakla beraber, geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilerek, davanın açıklanan gerekçeyle reddedilmesi yoluna gidilmelidir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/ 3.maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak oybirliği ile 28.04.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/17448
Karar No **:** 2008/11049
Karar Tarihi **:** 02.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***Katıldığı fuarda aynı standı paylaştıkları firmanın iki flamasını alıp evine götüren işçinin iş sözleşmesinin feshi, bu davranışının iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği bir durum olmaması ve alınan eşyaların maddi değerlerinin de düşük olması nedeniyle geçerli nedene dayanır. Kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, ücret, izin ile genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı, davalı yanında iki dönem halinde çalıştığını, iş akdinin haklı neden olmadan feshedildiğini iddia ederek, kıdem ihbar tazminatı ve bazı işçilik alacakları talep etmiştir.

Davalı hırsızlık yaptığı için iş akdinin haklı nedenle feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının fuar alanında başka bir firmaya ait flamaları suç işleme kastı olmadan izinsiz aldığı, bir başka firmaya ait malzemeyi izinsiz almasının davalının kendi sektörü içinde zor durumda kalmasına neden olabileceğinden doğruluk ve güven kuralları ile bağdaşmayan davranışı nedeniyle feshin haklı olduğu gerekçesiyle kıdem-ihbar tazminatları reddedilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık feshin haklı olup olmadığı ve hizmet süresi noktalarında toplanmaktadır.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgeler incelendiğinde, davacının davalının katıldığı fuarda aynı standı paylaştığı firmaya ait iki adet flamayı malzemeleri toplarken alıp evine götürdüğü anlaşılmaktadır. Davacının bu eylemi hırsızlık kastı ile yapmadığı mahkemenin de kabulündedir. Bu davranışı nedeniyle fesihte ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir.

Bu ilkeye göre davranışı nedeniyle fesih, ancak sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Davacının hizmet süresi, aldığı eşyaların maddi değeri dikkate alındığında iş ilişkisinin sürdürülmesinin davalı açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği bir durum söz konusudur. Bu da ancak haklı fesih değil iş sözleşmesinin geçerli fesih nedenidir. Mahkemece davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli nedenle feshedildiği kabul edilerek kıdem-ihbar tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır.

3- Dosya içinde davacıya ait Ağustos 1993 ve Eylül 1994 tarihleri arasını kapsayan hesap pusulaları bulunmaktadır. Bu nedenle davacının davalı yanında iki dönem halinde çalıştığı kanıtlandığı halde, ilk dönem çalışmasının dikkate alınmadan hesaplanan bilirkişi raporuna değer verilerek hüküm kurulması da ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.05.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASI gerektiğinden sayın çoğunluğun aksi düşünce ile bozma yönünde oluşan kararına katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33545
Karar No **:** 2008/11277
Karar Tarihi **:** 05.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***Evleneceğini bildiği halde işçinin işyerini değiştiren işverenin, yönetim yetkisini kullanırken keyfi davranıp davranmadığı, dürüstlük kuralına uyup uymadığı mahkemece belirlenerek sonuca gidilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının hizmet sözleşmesindeki koşula rağmen yeni görevlendirildiği yerde süresinde işe başlamadığını, devamsızlık nedeniyle sözleşmenin usulüne uygun şekilde feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece hizmet sözleşmesinin 3. maddesine dayanılarak işverenin işçiyi ülkenin herhangi bir yerinde görevlendirebileceği, davacının görevlendirmeden sonra evlendiği, görevlendirildiği yere geçerli mazereti olmaksızın gitmediği, sözleşmenin kötü niyetle sona erdirildiğinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Dosya içeriğine göre, işveren hizmet sözleşmesine göre ve ihtiyaç nedeniyle olduğunu belirterek davacının çalışma bölgesini değiştirmiş, yeni yere mazeretsiz olarak gitmediğini belirterek sözleşmeyi feshetmiştir. Yargılama sırasında toplanan deliller ve tanık anlatımlarına göre, davacının evlenecek olduğunun işveren yetkililerince bilindiği anlaşılmaktadır. İşverenin yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamak, işyeri değişikliği ile ilgili kararı alırken dürüstlük kurallarına uymalıdır. Buna göre işyeri değişikliği yapılmasının nedeni somut olarak belirlenmeli, ilgili bölgede davacının hizmetine gerçekten ihtiyaç olup olmadığı objektif olarak saptanmalı, mahkemece gerekli araştırma yapılarak sonucuna göre bir karara varılmalıdır. Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/22436
Karar No **:** 2008/16458
Karar Tarihi **:** 19.06.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İş sözleşmesinin ahlak ve iyi niyet kurallarına dayanılarak feshedilmesinde, fesih nedeni olan eylem "ölçülülük ilkesi" uyarınca haklı fesih nedeni sayılmamakla beraber, geçerli fesih nedeni oluşturduğunda, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekir.

DAVA: Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ücreti, servis hizmeti ücreti ile hafta tatili ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Uyuşmazlık, hafta tatili gününde, davalı şirket ile ticari ilişkisi bulunan dava dışı bir şirketin bölge satış müdürü olan bir bayana telefonla gönderilen şiirsel nitelikteki iletilerin haklı fesih nedeni olup olmadığı konusundadır.

Davacının iş sözleşmesi, 24.02.2006 tarihli fesih bildirimi ile, "İş ilişkisinde olduğumuz tedarikçi firma çalışanını mesajla taciz etmek, firma ile ilişkilerimizi bozmak, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hareket etmek" nedenlerine dayanılarak davalı tarafından sona erdirilmiştir.

Taraf tanıklarının ve ileti gönderilen bayan tanığın açıklamalarına göre, davacı tarafından telefonla gönderilen iletilerin iltifat içeren şiirsel nitelikte olduğu, şikayetten sonra davacının özür dilediği anlaşılmaktadır.

Davalı, bu nedenle ticari ilişkisinin bozulduğunu kanıtlamadığı gibi, ileti gönderilen tanık dava sırasında da ticari ilişkinin devam ettiğini açıklamıştır.

Bu durumda, 4857 sayılı Yasanın 25/II-d Maddesindeki yazılı koşullar oluşmamıştır. Ayrıca maddenin başlığında belirtilen "Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri" kapsamında değerlendirilecek bir eylem de söz konusu değildir.

Ölçülülük ilkesi uyarınca anılan eylem geçerli neden oluşturabilirse de, haklı fesih nedeni sayılamaz.

Bu nedenle bilirkişi raporu değerlendirilerek davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/2570
Karar No **:** 2008/20438

640

Karar Tarihi **:** 15.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İşçinin eylemi ile uygulanan ceza arasında açık oransızlık söz konusu olduğunda, feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.***

DAVA: Taraflar arasındaki, kıdem, ihbar tazminatlarıyla ücret ve ikramiye farklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davacı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 15.07.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı adına Avukat … geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi uyarınca iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya itibar edilerek tazminat isteklerinin reddine karar verilmiştir.

Davacı, 13.12.2005 tarihinde gece vardiyasında çalıştığı sırada el arabasıyla çöp dökme işlemini gerçekleştirmiş, dönüşte tel örgü ile çevrili alana girdiği sırada güvenlik görevlisi tarafından yakalanmıştır. Davacı işçi savunmasında tel örgü ile çevrili alana merak ettiği için girdiğini açıklamıştır. Davalı işveren ise ihraç edilecek tekstil ürünlerinin bulunduğu bölüme davacı işçinin hırsızlık yapmak amacıyla girdiğini, olay sonrası yapılan kontrolde 3000 civarında tişörtün kayıp olduğunun belirlendiğini savunmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı işçinin hırsızlık yapmak amacıyla tel örgü ile çevrili alana girdiği kanıtlanabilmiş değildir. Olay sonrası tutulan tutanakta, davacının tel örgülü alanda bulunan kutuları karıştırdığı ya da ürünleri aldığı belirtilmemiştir. Davacının üzerinin ve dolabının arandığı, hırsızlık ürününe rastlanmadığı da dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Öte yandan işverenin 3000 civarında tişörtün kayıp olduğu yönündeki açıklaması afakî olup, kesin biçimde ürünlerde eksiklik olduğu kanıtlanabilmiş değildir. Stokta olması gereken ürün adedi ile mevcut ürün sayıları karşılaştırılmamıştır. İşyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışmış olan davalı tanığı da bir süredir tel örgünün alttan kaldırılmış olduğunu tespit ettiklerini belirtmiştir. Bu nedenle tel örgüyü aralayan davacı işçi değildir. İşveren ise uzun süre bu konuda önlem almamıştır. İşverence olay sonrasında tel örgü kaldırılmış ve duvar örülmek suretiyle tekstil ürünlerinin güvenliği sağlanmıştır.

Somut olayda, davacı işçinin tel örgünün altından geçerek ihraç ürünlerinin bulunduğu alana hırsızlık amacıyla girdiği kanıtlanabilmiş değildir. İş çıkışında güvenlik görevlileri tarafından arama yapıldığı ve tekstil ürünlerinin işyeri dışına çıkarılmasının mümkün olmadığı hususu da tanıklarca ifade edilmiştir. Olayın, toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca ihraç dışında kalan disiplin cezalarını gerektirdiği anlaşılmaktadır. Davacının eylemi ile uygulanan ceza arasında açık oransızlık söz konusu olup, feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27186
Karar No **:** 2008/23893
Karar Tarihi **:** 16.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İşçinin yıllık ücretli izin süresi içinde kalan devamsızlık tutanakları dışında, izin bitimi tarihinden sonra devamsızlığa ilişkin herhangi bir tutanak bulunmadığından, iş sözleşmesinin haklı neden olmadan feshedildiği kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı, davacı işçinin bir uyarı sonucu işyerinde herkesin dikkatini çekecek şekilde bağırıp işverene hakaret etmeye başladığı, daha sonra da "ben izne gidiyorum bir daha da gelmiyorum" diyerek işyerinden kesin olarak ayrıldığını, iş akdini kendilerinin feshetmediğini, isteklerin yerinde olmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece tartışmanın ardından davacı işçinin kendi kararı ile işyerinden ayrılmasını izleyen günlerde işe devam etmemesinin, haklı nedene, mazerete veya işverence verilen izne dayanmadığı, kıdem ve ihbar tazminatı alacağının olmadığı gerekçesi ile isteklerin reddine karar verilmiştir.

Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedilip edilmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın normatif dayanakları 4857 sayılı Kanunun 25/II ve 1475 sayılı Kanunun 14. maddeleridir. Sözü edilen hükümlere göre davalı işveren, iş akdinin kendisi tarafından haklı nedenle feshedildiğini veya işçinin iş akdini haksız olarak feshettiğini kanıtlamalıdır.

Taraflarca dosyaya sunulan deliller birlikte değerlendirildiğinde: Davacı işçinin şikâyeti üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Çalışma Müdürlüğü İş Müfettişi tarafından yapılan denetim esnasında tutulan tutanakta, işveren vekilinin davacı işçinin 16.06.2004 tarihinde yıllık ücreti izne gidiyorum diyerek işyerinden ayrıldığı, bir daha işyerine gelmediği, yıllık ücretli izin bitiminden sonra işe gelmemesi ile ilgili olarak sözlü olarak işe davet edildiği, uzlaşmanın sağlanamadığı, iş akdinin 30.06.2004 tarihi itibari ile mazeretsiz ve izinsiz gelmemesi nedeni ile bildirimsiz olarak feshedildiği belirtilmiştir.

Bu ifade ile davalı işvereninin davacının izne ayrıldığını kabul ettiği ortadadır. Öte yandan davalının savunması İş Müfettişinde verilen ifade ile çelişmektedir. Davalı tarafından dosyaya sunulan 17.06.2004 ve 18.06.2004 tarihli devamsızlığa ilişkin tutanaklar davacı işçinin izin süresi içinde kalmaktadır. İzin bitimi olan 30.06.2004 tarihinden sonra ise devamsızlığa ilişkin tutulmuş herhangi bir tutanak bulunmamaktadır. Bu durumda, olayın davacı işçinin izne ayrıldıktan sonra iş akdinin davalı işveren tarafından haklı neden olmadan feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Böyle olunca yukarıda sözü edilen kanun hükümleri uyarınca kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulü yönünde hüküm kurulmalıdır.

Yukarıda açıklanan gerekçe ile davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken reddi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27255
Karar No **:** 2008/24526
Karar Tarihi **:** 23.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İşverenin malına 30 günlük ücret tutarını aşacak şekilde zarar verilmesine ilişkin hükümde yer alan "ücret" dar anlamda ücret olup, günlük yevmiyenin 30 katı tutarı dikkate alınmalıdır. Ayrıca, işçi lehine yorum ilkesi uyarınca brüt ücretin esas alınması gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, ücret, bayram ve genel tatil, hafta tatili, fazla mesai alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İş sözleşmesinin, işçinin işverene zarar vermesi nedeniyle ve haklı olarak işverence feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (ı) bendinde, işverenin malı olan veya eli altında bulunan makine, tesisat, başka eşya ya da maddelere 30 günlük ücreti tutarını aşacak şekilde zarar vermesi halinde işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu hususu düzenlenmiştir.

İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması halinde, işverenin haklı fesih imkânı olmadığı gibi, işçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarı da bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşıp aşmadığına bakılmalıdır.

Zararın işçinin kasdi davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının herhangi farkı bulunmamaktadır. Örneğin işverene ait iş makinesi paletlerine kasten metal cisim sokmak suretiyle zarar veren işçinin ve trafik kazası sonucu işvereni zarara uğratan işçinin aynı şekilde iş sözleşmeleri haklı nedenle sona erdirilebilir.

İşçinin kusuru ve zararı, ayrı ayrı uzman kişilerce belirlenmelidir.

Bu noktada zarar tutarı ile karşılaştırılacak olan işçinin 30 günlük ücretinin brüt ya da net ücret olduğu noktasında 4857 sayılı İş Kanunu'nda herhangi bir açıklık olmasa da, bu durumda işçi lehine yorum ilkesi uyarınca brüt ücretin esas alınması gerekir.

30 gün, bir aydan farklı bir kavramdır. Bu noktada işçiye aylık olarak ödenen ücret yerine, günlük yevmiyesinin 30 katı tutarı dikkate alınmalıdır.

Maddede sözü edilen ücret dar anlamda ücrettir. İkramiye, prim, fazla çalışma ücreti ve benzeri ödemeler bu maddede yer alan 30 günlük ücret içerisinde

değerlendirilmemelidir. Ancak ücretin garanti ücret üzerine yapılan işe göre ilave ücret veya satış primi olarak belirlendiği hallerde gerçek ücreti bu ödemeler toplamı olarak değerlendirilmesi yerinde olur. Örneğin, uygulamada uluslar arası yük taşıyan tır şoförleri asgari ücret ve sefer primi karşılığı çalışmaktadır. Sefer primi olarak adlandırılan kısım da, dar anlamda ücrettir. Bu durumda maddenin uygulanması anlamında 30 günlük ücret, tır şoförleri yönünden her iki ödemenin toplamına göre belirlenecektir.

İşçinin hangi tarihteki ücretinin dikkate alınması gerektiği de ayrı bir sorunu oluşturabilir. Gerçekten zararın ortaya çıktığı tarih ile fesih tarihi arasında ücret değişmiş olabilir. Hatta zararın oluşumuna neden olan olay tarihi ile zararın belirlendiği tarih bile farklı olabilir. Bu durumda, fesih hakkının kullanıldığı tarihte işçinin almakta olduğu ücret esas alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Zararın 30 günlük ücreti aşması durumunda işverenin fesih hakkı doğar ve işçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olması, işverenin bu hakkını ortadan kaldırmaz. İşverence zarar tutarının işçiden talep edilmemiş oluşunun da, fesih hakkını olumsuz etkileyen bir yönü bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesi yönünden 1 yıllık hak düşürücü süre zarara neden olan olayın oluşumundan başlar. Ancak 6 işgünlük ikinci süre, zarar miktarının belirlenmesinin ardından bu durumun feshe yetkili makama iletilmesiyle işlemeye başlayacaktır. Zarar miktarının belirlenmesi bazen uzun zaman alabilir ve fesih hakkının kullanılması bakımından zarar miktarının belirlenmesi ve işçinin ücreti ile kıyaslanması zorunluluğu vardır.

Somut olayda, davacının … plakalı Transmikseri devirerek maddi hasara sebebiyet verdiği belirtildiğinden, aracın zarar görmesinde davacının kusuru olup olmadığı hususunda uzman bilirkişiden rapor alınmadan, kusurlu ise kusur oranı ve oluşan zararın 30 günlük ücretinden fazla olup olmadığı, tereddüde yer vermeyecek biçimde tespit ettirilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması hatalı olup, kusur ve zarar konuları açıklığa kavuşturulmalıdır. Davacı işçinin kusurlu olduğu ve buna göre zarar tutarının işçinin 30 günlük ücretini aştığı belirlendiğinde, işverence yapılan fesih 4857 s. İş Yasası'nın 25/2 (i) bendi uyarınca haklı olduğundan, ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir. Aksi durumda şimdiki gibi isteklerin kabulüne karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33301
Karar No **:** 2008/32887
Karar Tarihi **:** 01.12.2008

İlgili Kanun : 4857/25

ÖZÜ : ***İşyerinin normal uygulaması olan araç değiştirme talimatına, hakaret içeren ifade ile karşılık veren işçinin sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirildiği kabul edilmelidir.***

DAVA: Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla çalışma ve izin ücreti ile hafta ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasında işverence yapılan feshin haklılığı hususu uyuşmazlık konusudur. Davacı sözleşmesinin haklı nedene dayanmaksızın sona erdirildiğini iddia etmiş, davalı tarafından işyerinin normal uygulaması olan araç değiştirme talimatına hakaret içeren ifade ile karşılık veren ve yazılı savunmasını da sunmayan işçinin sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirildiği savunulmuştur.

İşyerinde yurt dışında çalışan şoförler ile merkez arasında kullanılan iletişim sistemi ile haberleşildiği, zaman zaman araç değiştirilmesi hususunda şoförlerin yönlendirildiği, davacı işçiye de aracını değiştirmesi hususunda işverence talimat verildiği sabittir. Dosya arasındaki belgelere göre, söz konusu talimatı alan davacı gönderdiği mesajla, "Ben araç maraç değiştirmiyorum, giden kendi aracıyla gider, mezbaha köpeği yok burada, pantolon değiştirmiyoruz, ama seninki seyyarsa bilmiyorum, ben kendi aracımı hiçbir yere bırakmıyorum, gitmiyorum, gelecek köpek nereye isterse oraya gitsin." şeklinde karşılık vermiştir.

4857 sayılı Yasanın 25/II-d maddesine göre, somut olayda, davacı tarafından işverene ağır hakarette bulunulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda işveren feshi haklı nedene dayanmakta olup, kıdem ve ihbar tazminatı alacağı isteklerinin reddedilmesi gereklidir. Söz konusu alacakların yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3- Kabule göre, reddedilen ücret ve yıllık izin ücreti alacakları nedeniyle davalı lehine ücreti vekâlete karar verilmemesi de ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/40694
Karar No **:** 2008/33770
Karar Tarihi **:** 16.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İşyeri dışında işlense dahi, Devlet aleyhine işlenen suç sebebiyle devamsızlık, haklı fesih sebebidir.***

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ve izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, suresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı, iş sözleşmesinin haksız olarak sona erdirildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı, 45 günlük tutukluluk süresini tamamladığından iş akdinin sona erdirildiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece diğer istekleri reddedilerek, kıdem tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı işyerinde çalışmakta iken Devlete karşı işlenen suç sebebiyle tutuklandığı ve yargılamasının devam ettiği anlaşılmaktadır.

Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre işyeri dışında işlense dahi Devlet aleyhine işlenen suç sebebiyle devamsızlık haklı fesih sebebidir. Ceza davasının sonuçlanmasının bekletici mesele sayılarak sonucuna göre karar verilmelidir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34671
Karar No **:** 2008/33986

Karar Tarihi **:** 17.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İş hukuku yargılamasında hizmet akdinin işverence haksız olarak feshedildiğinin ileri sürülmesi halinde, feshin haklı olarak yapıldığının ispat yükü işverene düşer.

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ücreti, hafta tatili ikramiye ve bayram tatili ücretlerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı hizmet akdinin işverence haklı bir neden olmaksızın davalı tarafından feshedildiğini, alacaklarla ilgili bir miktar tazminat ödemesi yapıldığını, ancak, ödemelerin gerçeği yansıtmayıp eksik ödendiğini belirterek, talepte bulunmuştur. Davalı işveren savunmada bulunmamıştır.

Mahkemece deliller toplanmış ve alacakların hesaplanması için dosyanın bilirkişiye tevdii ile ilgili ara kararı verilmiş olup, davacı tarafça verilen kesin süre içinde bilirkişi ücretinin yatırılmaması üzerine kesin süreden dolayı ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir.

İş hukuku yargılamasında hizmet akdinin işverence haksız olarak feshedildiğinin ileri sürülmesi halinde, feshin haklı olarak yapıldığının ispat yükü davalı işverene düşer. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı fazla mesai, hafta tatili, bayram ücreti ile ikramiye alacağının ödendiğinin kanıtlanması davalı işverene düşmektedir. Keza yıllık ücretli iznin kullandırıldığı ve karşılığı ücretinin ödendiğinin ispat yükü de işverene aittir. Somut olayda davalı işverenin belirtilen ispat külfetini tam olarak yerine getirip getirmediği değerlendirilmemiştir. Bu somut hukuksal olgulara göre davanın ispat edilmediğinden söz edilemez.

Diğer taraftan, mahkemece tazminat ve alacakların hesaplanması için re'sen dosyanın hesap bilirkişisine verilmesine karar verilmiştir. H.U.M.K nun 415. maddesi uyarınca " resen icraen emrolunan işlemin gerektirdiği gider iki taraftan birinin veya her ikisinin tediye etmesine karar verilir. Tayin edilen süre içinde bu gider yatırılmamış ise ileride icap edenlerden alınmak şartı ile Devlet Hazinesinden ödenmesine karar verilebilir." Mahkemece bu hüküm doğrultusunda işlem yapılabileceği gibi kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai, izin, hafta tatili, bayram ücreti ve ikramiye ücret miktarları dosyadaki verilere göre de belirlenebilir.

Bu hususlar dikkate alınarak, davacı haklı olduğu takdirde, alacak kalemleri tespit edilmek suretiyle bulunacak miktarlar hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/34191
Karar No : 2009/554
Tarihi : 21.01.2009
İlgili Kanun : 4857/25

ÖZÜ : Güvenlik görevi ifa eden işçinin görevini savsaması, işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürmesi haklı fesih nedenidir.

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:
KARAR : 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı güvenlik görevlisi olarak çalıştığı davalı işyerinden haksız olarak çıkarıldığını belirterek, kıdem, ihbar tazminatları ile fazla mesai ücreti isteminde bulunmuştur.

Davalı işverenlik, davacının görev yerini terk etmek suretiyle işyerini tehlikeye düşürdüğünü, feshin haklı olduğunu beyanla davanın reddini istemiştir.

21.07.2004 günü saat 05.00 sularında yapılan denetimde davacının nöbet yerinde bulunmadığı tespit edilmiştir. Davacı işyerine verdiği 22.07.2004 günlü savunma dilekçesinde nöbet yerinde bulunmadığını kabul etmiştir.

Güvenlik görevi ifa eden davacının görevini savsaması, işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürmesi haklı fesih nedenidir. Davacının bu eylemi 4857 sayılı Kanunun 25/2-h bendine aykırılık oluşturmaktadır.

İşverence yapılan fesih işlemi haklı olup davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.01.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11561
Karar No **:** 2009/3191
Karar Tarihi **:** 23.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***Ardı ardına raporlar alan işçinin iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshinin gerçekleşebilmesi için, sevk tarihi dikkate alınarak, işçinin devamsızlığının bildirim sürelerini altı hafta aşmış olması gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin uzun süren istirahatından dolayı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I.b maddesi uyarınca feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek, davacının hastaneye yatış tarihi olan 14.02.2006 tarihine göre bekleme süresinin ihbar öneline ilaveten 6 hafta eklendiğinde, 23.05.2006 tarihinde dolduğu, davacının iş sözleşmesinin 16.05.2006 tarihinde bekleme süresi dolmadan feshedildiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/f maddesi uyarınca fesih yetkisi elde edilemediği, feshin haksız olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının f bendinde, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresi içinde işe geçici devamsızlık" nedeni ile feshin geçerli bir neden oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bekleme süresinin sonunda işverenin devamsızlık nedeni ile 25/I.b maddesi uyarınca bildirimsiz fesih hakkı doğar. Bekleme süresi anılan madde uyarınca, ihbar öneline ilaveten 6 haftalık süredir. Bu sürenin başlangıcı işçinin

rahatsızlığı nedeni ile sevk aldığı, kısaca devamsızlığın sağlık nedeni ile başladığı tarihten itibaren başlar.

Dosya içeriğine göre, davacı işçi rahatsızlığı nedeni ile 31.01.2006 tarihinde işyerinden sevk alarak ayrılmıştır. İlk tedavi yapan Devlet Hastanesi operasyon yapılması için davacıyı ihtisas hastanesine göndermiş ve davacı 14.02.2006 tarihinde ameliyat olmuştur. Davacı bu tarihte önceki süresinin de raporlu sayılması sureti ile ardı ardına iş sözleşmesinin feshedildiği 16.05.2006 tarihine kadar rapor almıştır. Davacının sağlık nedeni ile devamsızlığı, sevk aldığı 31.01.2006 tarihine göre fesih tarihinde bekleme süresini aşmıştır. Bu durumda bekleme süresi dolmuş ve davalı işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I.b maddesi uyarınca haklı fesih hakkı doğmuştur. Mahkemece bekleme süresinin davacının ameliyat olduğu tarihten başlatılarak yazılı şekilde karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,
2. **DAVANIN REDDİNE**,
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 300,60 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak, 23.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27268
Karar No **:** 2009/6943
Karar Tarihi **:** 16.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İşçinin rapor süresi, kanundaki ihbar önellerini altı hafta aşmış ise, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi şartının doğduğu kabul edilmelidir.

KARAR : Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 16.03.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

MAHKEME KARARI

Davacı 24.01.2008 tarihli dilekçesiyle; davalı iş yerinde çalışmakta iken haksız olarak işten çıkarıldığını, işe iadesine karar verilmesini istemiş, davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının sözleşmesinin 4857 sayılı Kanunun 25-I/b mad gereğince sona

erdirildiğini, rapor süresi itibarı ile bu maddenin uygulama şartlarının doğduğunu, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren kayıtları dosyaya ibraz olunmuş, davacının rapor süresinin 4857 sayılı yasanın 17. Maddesindeki ihbar önellerini altı hafta aşmış olduğu görülmüş, bu itibarla sözleşmenin sona erdirilmesinin yasaya uygun olduğu kanaatine varıldığından, yerinde görülmeyen davanın reddini karar vermek gerekmiştir. 27.03.2008

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/40375
Karar No **:** 2009/7909
Karar Tarihi **:** 25.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İşçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları, işverene haklı nedenle fesih imkanı verir.

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: İş sözleşmesinin, işçinin doğruluk ve bağlılığa aykırı söz veya davranışları sebebiyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Somut olayda davacı İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından İş Kanunu 25/II maddesi gerekçe gösterilerek feshedildiğini, feshin haksız ve süresinden sonra olduğunu ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı ödetilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin Disiplin Kurulu kararı ile "şirkete bağlı sözleşmeli müşterilere ait üretimlerde sözleşme kurallarına uymayarak 3. kişiler aracılığı ile menfaat ve iş ilişkileri kurması, maddi çıkar sağlaması, şirkete ait alet ve araçları ve personeli amacı dışında kullanması" nedenleri ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece, feshin haklı ve geçerli nedenle feshi konusunda ispat yükünün davalı işverende olduğu, davalı işverenin bu konuda yeterli delil sunmadığı, iddiaların soyut olduğu, ayrıca isnat edilen iddialar üzerinden uzun süre geçtiği, işverenin daha önce bilgi sahibi olmasına rağmen işlem yapmadığı, davacının şirket müdürünün talimatı

ile hareket ettiği, verilen talimatlarda usulsüzlük olsa bile verilen emri yerine getirdiği, davacının çıkar sağlamadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinde, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanmış ve belirtilen durumlar ile benzerlerinin varlığında işverenin haklı fesih imkânının olduğu açıklanmıştır. Yine aynı maddenin II. bendinin (e) alt bendinde, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan işçi davranışlarının da işverene haklı fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere yasadaki haller sınırlı sayıda olmayıp, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır.

Dosya içeriğine göre, işyerinde davacı ile birlikte amiri konumundaki müdür ve birkaç işçi hakkında usulsüz işlemlerle menfaat temin ettikleri gerekçesi ile inceleme başlatıldığı, savunmalarının alındığı, disiplin kurulu kararı ile Manyas İşletme müdürü, emir ve talimat verdiği personellerden muhasebeci, salça ustası ve şoför olarak çalışan davacı olmak üzere 4 kişinin aynı nedenle iş sözleşmelerinin feshedildiği anlaşılmaktadır. İsnat edilen iddialar üzerinden uzun süre geçmesi, davacının şirket müdürün talimatı ile hareket etmesi, verilen talimatlarda usulsüzlük olsa bile verilen emri yerine getirmesi feshi haksız kılan olgular değildir. Usulsüz işlemler müdürün talimatı ile de olsa yerine getirilmesi işçinin sadakat borcu nedeni ile doğru değildir. Ayrıca usulsüz işlemlerle ilgili olarak işverenin yetkili makamlarının öğrendiği tarih önem taşımaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı şirkete ait satılacak otomobilin cantlarını kendi otomobilinin cantları ile değiştirerek menfaat sağladığı açıktır. Bu eylemi amiri konumundaki işletme müdürünün izni dairesinde yapması, işverene karşı olan doğruluk ve bağlılığa uymama sonucunu değiştirmez. Çünkü işçilerin amirlerinin suç teşkil eden eyleme izin vermesi işçinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Haksız fiile izin geçerli kabul edilemez.

Bütün bu nedenlerle kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/34208
Karar No **:** 2009/14232
Karar Tarihi **:** 25.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İşveren fesih öncesinde, gece nöbetinde uyuyan güvenlik görevlisi işçiyi sözlü ya da yazılı uyarmış ve savunmasını almış ise, aynı eylemi ertesi günde tekrar etmesi durumunda, artık iş sözleşmesini feshedeceğini bildirmeksizin haklı fesih yapabilir.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı vekili, davacının işyerinde çalışacak yetenek ve özelliklere sahip olmadığını, görevi başında defalarca uyurken yakalandığını, bu durumun tutanaklar ile tespit edildiğini, davacının haklı nedenle iş akdine son verildiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının 03.07.2007 tarihli tutanak ile aynı yerde uyuduğu tespit edilerek alınan savunmasında, davacının işe gelip giderken sorunlar ile karşılaştığını, eve gidiş gelişin 4 saati bulduğunu, trafik olduğunu, yeteri kadar vücudunun dinlenemediğini, belli saatten sonra istemeden dalmalar olabildiğini, disiplinsizlik olmadığını beyan ettiği, bu olaydan hemen ertesi gün 04.07.2007 tarihinde davacının uyuduğu tespit edilerek bir gün evvelki olay nedeni ile savunmasında belirttiği sistemin gözden geçirilmesi gerektiğine dair beyanına itibar edilmeyerek ve yeni bir savunmaya gerek görülmeden tazminatsız iş akdinin sonlanmasının hakkaniyete uygun görülmediği gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmiştir.

Hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II (h) bendinde, işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi durumunda, işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

İş görme edimi, işçi tarafından işverenin verdiği talimatlara uygun olarak yerine getirilmelidir. İşverenin talimatlarının da iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi getirilebilecek sınırlamalara ve işçinin eğitimi, yeteneği ve takati gibi hususlara aykırılık oluşturmamalıdır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmaması haklı fesih nedeni olarak sayılmış ve işçinin bu anlık durumu yeterli görülmüşken, 4857 sayılı İş Kanunu ile işçinin bu görevi yapmamakta ısrar etmesi kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmama yeterli

sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir.

İşverenin fesih öncesinde işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevlerini hatırlatılmalıdır. Bu hatırlatmanın sözlü olarak ya da yazılı biçimde yapılması mümkündür. Bu konuda ispat yükü de işverendedir.

İşçinin görev tanımının, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

İşçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin hatırlatılması yeterlidir. Görevin gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmez.

İşçinin verilen görev tamamlanamamış olsa da, bir kısmını yapmış olması halinde bu davranışının nedenleri üzerinde durulmalı ve işverenin haklı fesih imkanının olup olmadığı, gerekirse uzman bilirkişilerce değerlendirilmelidir.

Somut olayda, dosya içeriğinden, güvenlik görevlisi olan davacı işçinin, 03.07.2007 tarihinde, gece nöbetinde, iki kez uyuduğunun tespit edildiği ve savunmasının alındığı, ertesi gün yine gece nöbeti sırasında iki kez uyuduğunun tespit edildiği ve iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının bu eylemleri, davalı işveren açısından haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Mahkemece, davanın reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 25.05.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36374
Karar No **:** 2009/15159

Karar Tarihi **:** 01.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İşçinin diğer bir işçiye sataşması haklı fesih nedenidir. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek ve ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, müvekkili davacının, davalı işyerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin, davalı tarafça, haksız ve geçersiz şekilde feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, davacı lehine, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin, davacının bir başka işçiye sataşması nedeniyle 4857 sayılı Yasa'nın 25/2-d maddesine göre haklı nedenle feshedildiğini beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının savunması alınmadan, söylediği sözün işyerindeki bir başka işçiye sataşma olarak ve tek taraflı olarak değerlendirilip araştırmaya gidilmeksizin işçinin bu konuda savunması alınmaksızın feshe gidilmesinin eylemle orantısız ağır bir yaptırım olduğu, işverene bağımlılıkları bulunan davalı tanıklarının savunmayı teyit eder beyanlarının objektif kabul edilemeyeceği, tanıkların beyanlarında geçen zarara ilişkin dosyada herhangi bir belge somut delil bulunmadığı, bu tespitler ışığında, dosya kapsamında davalı tarafından tutulan fesih sebebini kanıtlar nitelikte somut deliller bulunmadığı gibi mevcut delillerin de fesihte haklı kılar nitelikte olmadığı, gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir, işçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler,

işverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir, işverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanunu'nun 25'nci maddesinin II' nci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin "işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli fesih nedenidir.

Bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmet, iş sözleşmesini fesih hakkı vermez. Özellikle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatası iş sözleşmesinin fesih nedeni olamaz. Ancak, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının, bir başka anlatımla tolerans sınırının üstünde hatalı bir üretim veya hizmet, iş sözleşmesinin feshi açısından önem arz edebilir. İşçinin az verimli çalışması kendi isteğinden kaynaklanabileceği gibi yetersizliğinden de kaynaklanabilir. İş görme edimini yerine getirmek istememek ile yerine getirememek arasında sınırı çizmek çoğu kere zordur. İlk hal, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında, işçinin davranışına dayanan süreli fesih nedeni iken, ikinci hal işçinin yetersizliğinden kaynaklanan süreli fesih nedenidir. Bununla birlikte, işçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi hâlinde, işçiye ihtar edilmesi ve ihtarda işçiye iş sözleşmesinin feshedileceği tehdidinde bulunulması, olumlu etki yaratabilir. Bu sebeple, her iki halde de işçiye ihtarın yapılması zorunlu olmalıdır. Zira, ihtar, iş görme edimini hiç yerine getirmek istemeyen veya eksik yerine getirmek isteyen işçi karşısında olumlu etki doğurabilecek iken; iş görme açısından fiziki yeterliliğe hiç ya da eksik sahip olan işçi karşısında her hangi bir olumlu etkide bulunmayacaktır. Bu suretle, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde belirtilen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni ile Gerekçede söz edilen ve işçinin davranışı nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı veren işin yetersiz olarak yerine getirmesi arasında bir ayrım yapma olanağına sahip olunur. Böylece, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebinin varlığından bahisle ihtara gerek olmadığına inanarak iş sözleşmesini

fesheden işveren, gerçekte işçinin davranışına dayanan bir fesih sebebinin varlığının tespiti sonucunda, ihtar yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan geçersiz feshin sonuçları (işe iade) ile karşılaşmak tehlikesinden kurtulur.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II' nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, anayasanın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır, işçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II- d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir (Dairemizin 26.05.2008 gün ve 2007/37481 Esas, 2008/12505 Karar sayılı ilamı).

İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez.

Somut olayda, mahkemece davanın kabulü ile davacının işe iadesi yönünde hüküm kurulmuşsa da, dosyada beyanına başvurulan ve davacı ile aralarında önceye dayalı husumet bulunmayan tanık anlatımı neticesinde, davacının, amirine hitaben, size ben de bir iyilik planlıyorum demek suretiyle kendisini tehdit ettiği, eylemin niteliği göz önüne alındığında, işveren açısından geçerli nedenle fesih gerekçesi oluşturduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabul hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile
1- Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 36,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlülükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine kesin olarak 01.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36451
Karar No **:** 2009/18312
Karar Tarihi **:** 29.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İş sözleşmesi haklı neden ileri sürülerek feshedilen işçi hakkında açılan kamu davasının halen devam etmesini, İş Mahkemesi bekletici mesele yapmalı ve sonuca göre karar vermelidir.

DAVA: Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.
Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı sözleşmesinin haklı ve geçerli neden olmaksızın işverence feshedildiğini, görevini gereği gibi yerine getirdiğini, fesih nedeni yapılan eylemlerin gerçek dışı olduğunu iddia ederek feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı geçici süre ile İran'a gönderilen davacının is ahlakına uymayan, konusu suç teşkil eden eylemleri nedeniyle Cumhuriyet Savcılığına şikayet edildiğini, İran'da şirket adına topladığı paralarla şirketin onayı ve haberi olmadan 52.000 dolar bedelli jeep aldığını, aracın alındıktan kısa süre sonra zararına satıldığını, ihtiyaca uygun ona ölçekli bir araç alındığını, bir takım özel harcamalarını şirkete fatura ettiğini, şirket kasasından uhdesine para geçirdiğini, şirket olanaklarını kullanarak hammadde ve makine ticareti yapma çabasına girdiğini, İran'daki görev süresi bitiminde işbaşı yapmadığını, sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece bilirkişi raporundaki değerlendirmelere dayanılarak işe iadeye karar verilmiştir. Hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının sözleşmesi savunmada belirtilen nedenlerle 4857 sayılı Yasanın m 25/II-e-g düzenlemeleri gereği feshedilmiştir. Davacının 16-17-18 ağustos 2006 tarihlerinde işe gelmediğine ilişkin tutanaklar tutulmuştur, Ancak işçinin İran'dan ne zaman döndüğü anlaşılamamaktadır. İşveren tarafından davacı aleyhine 17.10.2006 tarihinde, davacının İran'daki çalışması sırasında şirketi uğrattığı zararlar toplamı 14.000 TL'lik alacak için ilamsız takip başlatılmıştır. Öte yandan işveren tarafından 23.08.2006 sonrası suç tarihi ile 03.11.2006 tarihinde davacı hakkında emniyeti suistimalden Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunulduğu, davacı hakkında bu nedenle A. 6. Asliye Ceza Mahkemesinde … sayılı kamu davası açıldığı ve halen devam ettiği görülmektedir. Davacı hakkındaki kamu davasının sonuçlanması bekletici mesele yapılarak ve açıklanan eksiklikler de giderildikten sonra karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/39817
Karar No **:** 2009/22631
Karar Tarihi **:** 14.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25
ÖZÜ : ***Süreklilik arz etmeyen görevi aksatmalar, işyerinde olumsuzluklara yol açıyor ise, haklı neden olarak değil, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili davacının iş avanslarını şaibeli bir şekilde kullandığını, hesabını veremediğini, yaptığı harcamaları belgelendiremediğini, amirlerine karşı itaatsiz davrandığını, son olarak 06.07.2007 günü evine haciz geldiğini söyleyerek şirket muhasebesinden para istediğini, haciz evrakı istendiğinde ise bu kez eşinin acil olarak hastaneye kaldırıldığını ileri sürerek şantiyeyi terk ettiğini, yapılan araştırmadan bunun

da gerçeği yansıtmadığını, davacının uyduruk sebeplerle şantiyeyi terk etmesinin şirkete maliyetinin 4.000 YTL olduğunu, davacının daha önce de benzer davranışlarda bulunduğunu ve mesai arkadaşlarına küfür ettiğini, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının İzmir şantiyesinde görevli iken eşinin hastalığı nedeni ile İstanbul'a döndüğü taraf tanık beyanlarında ifade edilmiştir. Şirketin zarara uğratıldığı iddiasına ilişkin davalı tarafça usulüne uygun olarak belge ve delil sunulmamıştır. Tüm deliller ve dosya kapsamı bu şekilde değerlendirilerek davalı tarafça feshin haklı ve geçerli olduğu hususu hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde usulünce kanıtlanamadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile yasal düzenlemelerde belirlenmiştir, işçinin kusurlu olarak (kasden veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları,

kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (h) bendinde, işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi durumunda işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

İş görme edimi, işçi tarafından işverenin verdiği talimatlara uygun olarak yerine getirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu ile işçinin hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar etmesi kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır, işçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir. Devamlılık gösteren görevi yapmama haklı neden kabul edilmeli, ancak devamlılık göstermeyen görevi yapmama, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, iş sözleşmesinin feshi geçerli neden sayılmalıdır (Dairemizin 05.05.2008 gün ve 2007/32507-2008/11105 sayılı karar).

Dosya içeriğine göre, davacı işçinin iş sözleşmesinin 06.07.2007 tarihinde İzmir şantiyesinde çalışırken evine haciz geldiğini söyleyerek şirket muhasebesinden para istediği, haciz evrakı istendiğinde ise bu kez eşinin acil olarak hastaneye kaldırıldığını ileri sürerek şantiyeyi terk ettiği, yapılan araştırmadan bunun da gerçeği yansıtmadığını, bu arada şantiyeyi 4 gün durdurarak şirkete 4.000 YTL zarar verdiği gerekçesi ile feshedilmiştir. Davalı işveren, cevap dilekçesinde fesih için başka sebepler de ileri sürmüş ise de, "fesih bildiriminde belirtilen nedenle bağlılık" kuralı gereğince fesih bildiriminde belirtilmeyen olayların daha sonra fesih nedeni olarak belirtilmesi mümkün değildir. Mahkemece salt fesih bildiriminde belirtilen nedenler çerçevesinde değerlendirme yapılmış olması doğrudur.

Öte yandan, fesih bildiriminde davacının evine haciz geldiğini belirterek muhasebeden para istediği, ancak haciz ile ilgili herhangi bir evrak ibraz etmekten imtina ettiğine dair gösterilen fesih nedeninin sunulan belge karşısında gerçeği yansıtmadığı ortaya çıkmıştır. Diğer fesih nedeni konusuna gelince; tanıklar davacının eşinin rahatsızlandığını, ambulans çağrıldığını, yapılan müdahaleden sonra hastaneye kaldırılmasına gerek görülmediğini açıklamışlardır. Tanıklar ayrıca, davacının eşinin önceden var olan bir rahatsızlığı bulunduğu belirtmişlerdir. Eşinin rahatsızlığı ile ilgili hastane kayıtları veya başka bir belge dosyada bulunmamaktadır. Mahkemece davacının eşinin rahatsızlığı ile ilgili varsa hastane kayıtları ve diğer belgeler getirtilmeden salt tanık anlatımlarından hareketle sonuca gidilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/32059
Karar No **:** 2009/31083
Karar Tarihi **:** 09.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olan ücretsiz izin uygulamasının yazılı olarak yapılmaması eylemli fesih kabul edilse dahi, feshin geçersizliği kararına kadar işçinin iş görme edimi dışındaki borçları devam eder.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini, davalı işverenin toplu olarak işyerinde çalışan işçilerin tamamını işten çıkarttığını, yerlerine yeni işçi alındığını belirterek feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un 25/2. maddesi gereğince haklı nedenle feshedildiğini, davacının ve bir kısım çalışanların fabrika alanına gelmelerine rağmen binalara girmeyerek ve çalışmayarak üretimin tamamen durmasına ve şirketin zarar etmesine neden olduklarını, çalışmaları talep edilmesine rağmen işverene ve akrabalarına ağır küfürler etmek ve tehdit etmek suretiyle

işi yapmamakta ısrar ettiklerini, su almaya gelen bayileri içeriye almadıklarını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, işveren tarafından ekonomik krizi gerekçe göstererek bir kısım işçilerin 20.10.2008 tarihinden itibaren ücretsiz izne ayrılmalarına karar verildiği, bu hususla ilgili yapılan toplantıda işçilerin buna karşı çıktığı, işçilerin sonraki gün bu durumla ilgili tepkilerini dile getirmek ve ücretsiz izne çıkartılmalarına karar verilen arkadaşlarını desteklemek amacıyla işyerine gitmelerine rağmen çalışmadıkları, çalışmak isteyen arkadaşlarına engel oldukları, işçilerin bu şekildeki davranışları çalışma barışını bozucu nitelikte olduğu, esasen ücretsiz izne çıkartılmanın işçinin yazılı muvafakatinin alınmasına bağlı olduğundan, ücretsiz izne çıkartılmalarına karar verilen işçilerin bunu kabul etmemeleri nedeniyle bu işçiler yönünden eylemli ve haksız bir fesih bulunduğu ve işe iadeyi talep etme haklarının olduğu, ancak davacı gibi diğer işçilerin çalışma barışını etkileyici nitelikte, işyerine gelip çalışmama ve çalışmak isteyen işçilere engel olma şeklindeki eylemleri nedeniyle işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddeleri uyarınca, iş güvencesinin kapsamına giren işçinin sözleşmesini, süreli fesih bildirimiyle fesheden işveren, geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen nedenin geçerli olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Mahkeme, geçerli neden gösterilmediğini veya gösterilen nedenin geçerli olmadığını tespit ettiği takdirde feshin geçersizliğine karar verecektir. Yasa önce feshin geçerli nedene dayanması kuralını koymakta, daha sonra yapılan feshin geçersizliğini ileri sürmesi için işçiye bir aylık hak düşümü süresi tanımaktadır. İşçi hak düşümü süresi içinde dava açtığı ve mahkeme feshin geçersiz olduğuna karar verdiği takdirde, fesih işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Mahkemenin verdiği hüküm, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir karardır. Böylece, fesih işlemi önce geçerli olmakta, ancak hakimin vereceği kararla baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilmektedir. Feshin geçersizliğini istemenin ilk ve önemli sonucu; feshin geçersizliğine karar verildiğinde yeni bir iş sözleşmesi yapılmasına gerek kalmaksızın borç ve haklarıyla birlikte iş sözleşmesinin yeniden yürürlük kazanmasıdır. Feshin geçersizliği istemi ile feshin geçersizliğine dair kararın kesinleşmesi ile işçinin başvurusuna kadar tarafların temel edimleri dışında kalan, işçinin sadakat ve işverenin işçiyi gözetme gibi borçları devam eder. İşçinin bu süre içinde iş sözleşmesinden doğan sadakat borcuna aykırı bir davranış içine girmesi halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği kabul edilmektedir. O halde iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen ve feshin geçersizliğini isteyen davacının sadakat borcuna aykırı davranmaması gerekir. Ancak bu olgu feshin geçersiz olması haline özgüdür. Feshin geçerli nedene dayanması halinde, iş sözleşmesi sona ermiştir ve tarafların yükümlülükleri kalmamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve

işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir." Bu maddeye dayanılarak yapılacak değişiklik feshinde; değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin de yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur. (Dairemizin 02.06.2008 gün ve 2007/39341 Esas, 2008/13324 Karar sayılı ilamı).

Kanun'un 25. maddesinin II. bendinin h fıkrası uyarınca, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi, haklı neden niteliğinde olup, işverene bildirimsiz fesih hakkı vermektedir. İşçi bazı yasal koşulların gerçekleşmesi durumunda, iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabilir. İşverenin işçinin bu şekildeki davranışını haklı veya geçerli fesih nedeni yapması, yasal değildir.

Kanun'un 34/1. maddesi uyarınca işçinin ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmese, işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. İşçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca, işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denilir. Aynı Kanun'un 45. maddesine göre de, kanun dışı grev yapılması halinde, işveren, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılan veya böyle bir greve katılmaya veyahut devama teşvik eden işçilerin hizmet akitlerini, feshin ihbarına lüzum olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın feshedebilir.

Dosya içeriğine göre, davalı işverenin ekonomik nedenlerle bir kısım işçileri yazılı bir bildirim yapmadan 20.10.2008 tarihinde ücretsiz izne çıkardığı, ücretsiz izne çıkarılan işçilerin ertesi gün işe geldikleri ve işyerine çalışmak için gelen diğer işçilerin çalışmamaları konusunda tehdit ve çalışma hürriyetini ihlal ettikleri gerekçesi ile işverenin bu işçilerden şikayetçi olduğu, bu şikayet nedeni ile haklarında kamu davası açıldığı ve iş sözleşmelerini ücretsiz izni kabul etmeme nedeninden değil, diğer işçilerin iş görme edimlerine engel olmaları ve tehdit etmeleri nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca feshettiği, bu arada ücretsiz izne ayrılan işçilerle birlikte hareket eden ancak ücretsiz izne ayrılmayan diğer işçilerden de bir kısmının iş sözleşmelerini de aynı nedenle feshettiği, 21.10.2008 tarihli "ÜCRETSİZ İZİN GREV GETİRDİ" başlığı altında yerel basın haberine göre "su dolum tesisinde çalışan işçiler ücretsiz izne gönderilen 8 arkadaşının işe başlatılması için grev başlattıkları, 3 ay süre ile ücretsiz izne çıkarılmasını protesto ettikleri, işçilerin yaptıkları açıklamada ücretsiz izne gönderilmelerine karşı olduklarını, düzenli maaş ödenmediğini, sigortalarının yatırılmadığını, kendilerine de ücretsiz izin verilmek istendiğini, anlaşma sağlanana kadar grevi sürdüreceklerini, sigortaları ödenmediği için şikayet ettiklerini" belirttikleri anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olan ücretsiz izin uygulamasının yazılı olarak işçiye bildirilmemesi nedeni ile geçerli nedene dayanmadığı sabittir. Mahkemece bu yöndeki değerlendirme yerindedir. Ancak davalı işveren iş sözleşmesini ücretsiz izin kabul edilmemesi nedeni ile değil, davacı işçinin ertesi gün işyerine gelerek, diğer işçilerin iş görme edimini yerine getirmesine engel olması ve diğer işçileri tehdit etme davranışında bulunması nedeni ile feshetmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi, ücretsiz izin eylemli fesih kabul edilse dahi, feshin geçersizliği istemi ile feshin geçersizliği kararına kadar davacı işçinin asli edimi olan iş görme edimi dışındaki diğer borçları devam eder. Davacı sadakat yükümlülüğü kapsamında işverene karşı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde belirtilen nedenleri oluşturan davranışlarda bulunmamalı, yan yükümlülüklerini ihlal etmemelidir. Davacının ücretsiz izinden sonraki kamu davası açılmasına neden olan davranışının bu kapsamda haklı veya geçerli neden olup olmadığı açılan kamu davasının sonucunda anlaşılacaktır. Bu nedenle kamu davasının sonucu beklenmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/8348
Karar No **:** 2009/32051
Karar Tarihi **:** 16.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : ***İşverence yapılan feshin haklı ve geçerli nedene dayandığı belirtilerek verilen kararda, her iki fesih sebebinin birbirinden farklı kavramlar olduğu dikkate alındığında, hangi fesih sebebinin kabul edildiği açıklanarak hüküm kurulmalıdır.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin, geçerli neden olmadan, davalı işveren tarafından feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin, haklı nedenle feshedildiğini, belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, "Banka müfettişi tarafından dinlenilen banka müşterileri davacıya ödemeyi nakit olarak yaptıklarını, davacının parayı nakit olarak almasına rağmen kendi kredi kartı ile ödeme yaptığı hususundan haberlerinin bulunmadığını beyan etmişlerdir.

Davacı da banka müfettişine verdiği ifadesinde kendisine istinat edilen eylemi kabul etmiş ve niçin böyle bir yola başvurduğunu ifadesinde açıklamıştır.

Olayın banka yetkililerince öğrenilmesi üzerine müfettiş tahkikatı yapılmış, müfettiş tahkikatı sonucunda da disiplin kurulu kararı ile davacının işten çıkarıldığı belirlenmiştir. İşverence yapılan fesih 4857 sayılı Yasanın 26.maddesinde belirlenen süre içerisinde yapıldığı anlaşılmaktadır. Eylemin gerçekleştiğinin belirlenip olayın feshe yetkili organ önüne geldikten sonra süresi içerisinde fesih yapıldığı anlaşılmaktadır.

Feshe neden olarak gösterilen banka müfettişi …' in 14.03.2008 tarihli raporunun 5.sahifesinde 2 nolu bent adı altında belirtilen eylemi davacının gerçekleştirdiği, başka bir anlatımla gişe yetkilisi olarak çalışan davacının OGS fatura bedellerini banka müşterilerinden bedellerini nakit olarak aldığı halde nakit fişi kesmeyip sanki müşteri tarafından kredi kartı ile ödeme yapılmış gibi göstererek davacı kendisine ait kredi kartından ödeme yapmak suretiyle, bu şekilde bir noktada kendisine kredi imkânı sağladığı anlaşılmıştır. Davacının bu eylemi 4857 sayılı Yasanın 25/II-e maddesi kapsamında bağlılık ve doğruluğa uymayan davranış oluşturacağından işverence yapılan feshin geçerli ve haklı nedene dayandığı mahkememizce kabul edilmiştir" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Yerel mahkemece, değinilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmişse de, kararın gerekçe kısmında, feshin haklı ve geçerli nedene dayandığı belirtilmiş olmakla, her iki fesih sebebinin birbirinden farklı kavramlar olduğu göz önüne alındığında, hükmün kendi içinde çelişki içerdiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, red hükmünün hangi fesih sebebinin kabulü ile kurulduğu hususu açıklığa kavuşturularak, bu doğrultuda karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 16.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/10684
Karar No **:** 2009/32319

668

Karar Tarihi **:** 19.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/25

ÖZÜ : İş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini iddia eden işveren, haklı nedeni ispat etmesi gerektiği gibi, dayanılan fesih sebebini de değiştiremez.

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar, kötü niyet tazminatı, yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-İş sözleşmesinin işveren tarafından hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi nedeniyle haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II- (h) bendinde, işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi durumunda işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

İş görme edimi, işçi tarafından işverenin verdiği talimatlara uygun olarak yerine getirilmelidir. İşverenin talimatlarının da iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi getirilebilecek sınırlamalara ve işçinin eğitimi, yeteneği ve takati gibi hususlara aykırılık oluşturmamalıdır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmaması haklı fesih nedeni olarak sayılmış ve işçinin bu anlık durumu yeterli görülmüşken, 4857 sayılı İş Kanunu ile işçinin bu görevi yapmamakta ısrar etmesi kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir.

İşverenin fesih öncesinde işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri hatırlatılmalıdır. Bu hatırlatmanın sözlü olarak ya da yazılı biçimde yapılması mümkündür. Bu konuda ispat yükü de işverendedir.

İşçinin görev tanımının, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

İşçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin

hatırlatılması yeterlidir. Görevin gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmez.

İşçinin verilen görev tamamlanamamış olsa da, bir kısmını yapmış olması halinde, bu davranışının nedenleri üzerinde durulmalı ve işverenin haklı fesih imkânının olup olmadığı, gerekirse uzman bilirkişilerce değerlendirilmelidir.

İşçinin çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklik niteliğinde olan görevlendirmelerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca işçiyi bağlamayacağı açıktır. Bu kapsamda bir görevin yerine getirilmemiş oluşu da işverene haklı fesih imkanı vermez.

Somut olayda, davalı fesih yazısında iş akdinin 4857 sayılı Kanunun 25/II-h maddesi uyarınca feshedildiğini ileri sürmüş, cevap dilekçesinde de amiri durumunda bulunan B. D.'le tartıştığı, diğer çalışanları çalışmaması için tahrik ettiği, amiri durumunda bulunan kişiye küfretmesi, verilen işleri yapmaması durumunda kendisinin kusuru ile iş akdinin fesih edilmesinin yasaya aykırı olmadığını beyan etmiştir.

Mahkemece davacının sorumlusu olduğu ve kendisinin de aralarında yer aldığı çamaşırhane bölümünde çalışan dört kişinin zam talebinde bulundukları, ancak taleplerinin uygun görülmemesi üzerine işi yavaşlattıkları, havluların katlanması gerekirken bu işi yapmadıkları, bu durumun işyeri işleyişi ve düzenini bozduğu, iş akdinin haklı olarak feshedildiği, gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmiştir.

Oysa, dosyadaki deliller birlikte değerlendirildiğinde: davalının fesih yazısında ileri sürdüğü fesih sebebi olan, hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar ettiği hususu yukarıda belirtilen esaslar doğrultusunda fesih şartlarının oluştuğu davalı işveren tarafından ispat edilememiştir. Öte yandan cevap dilekçesinde her ne kadar fesih yazısında belirtilmeyen amirine küfür etmesi hususunu ileri sürmüş ve buna da fesih sebebi olarak dayanmış ise de, dayanılan fesih sebebinin değiştirilemeyeceği, kaldı ki, bu hususun dahi ispat edilemediği sonucuna ulaşılmaktadır

Bu durumda davalı işveren tarafından yapılan feshin haksız olması nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9758
Karar No **:** 2009/901
Karar Tarihi **:** 02.02.2009

670

İlgili Kanun : 4857/26

ÖZÜ : ***Altı işgünlük hak düşürücü süre, işçi veya işveren tarafından yapılan bazı haklı fesihler yönünden aranan bir süre olup, geçerli feshe dayanan fesihlerde bu sürenin işlemesi düşünülemez.***

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Taraflar arasındaki uyuşmazlık, feshin altı iş günlük hak düşürücü süre içinde yapılıp yapılmadığı hususunda toplanmaktadır.

İşçi veya işveren bakımından haklı fesih nedenlerinin ortaya çıkması halinde, iş sözleşmesinin diğer tarafının sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisinin kullanılma süresi sınırsız değildir. Bu bakımdan 4857 İş Kanunu'nun 26. maddesinde işverenin öğrendiği tarih ve olayın gerçekleştiği tarih başlangıç esas alınmak üzere iki ayrı süre öngörülmüştür. Bu süreler içinde fesih yoluna gitmeyen işçi ya da işverenin feshi, haklı bir feshin sonuçlarını doğurmaz. Bu süre, feshe neden olan olayın diğer tarafça öğretinmesinden itibaren altı işgünü ve herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl olarak kanunda belirlenmiştir.

Benzer bir düzenleme 1475 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde de yer almışken, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işçinin olayda maddi çıkar sağlamış olması halinde 1 yıllık sürenin işlemeyeceği öngörülmüştür. O halde, haklı feshe neden olan olayda işçinin maddi bir menfaati olmuşsa, olayın üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin altı işgününe riayet etmek koşuluyla işverenin haklı fesih imkânı vardır.

Altı iş günlük süre işçi ya da işverenin haklı feshe neden olan olayı öğrendiği günden itibaren işlemeye başlar. Olayı öğrenme günü sayılmaz ve takip eden iş günleri sayılarak altıncı günün bitiminde haklı fesih yetkisi sona erer.

İşverenin tüzel kişi olması durumunda altı işgünlük süre feshe yetkili merciin öğrendiği günden başlar. Bu konuda müfettiş soruşturması yapılması, olayın disiplin kurulunca görüşülmesi süreyi başlatmaz. Olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikal ettirildiği gün, altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturur.

Bir yıllık süre ise her durumda olayın gerçekleştiği günden başlar.

Haklı fesih nedeninin devamlı olması durumunda hak düşürücü süre işlemez. Örneğin, ücreti ödemeyen işçi ödeme yapılmadığı sürece her zaman haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. Bu örnekte işçi açısından haklı fesih nedeni her an devam etmektedir. Ancak işçinin daimi olarak bir başka göreve atanması veya iş şartlarının

esaslı şekilde ağırlaştırılması halinde bu değişikliğin sonuçları sürekli gibi görünse de işlem anlıktır. Buna göre sözleşmesini feshetmeyi düşünen işçinin bunu altı işgünü içinde işverene bildirmesi gerekir. Yine işyerinde işi yavaşlatma ve üretimi düşürme eyleminin süreklilik göstermesi durumunda altı iş günlük süre eylemenin bittiği tarihten başlar.

İşçinin ücretinin ödenmemesi temadi eden bir durum olmakla birlikte fesih hakkı ödemenin yapıldığı ana kadar kullanılabilir. Aksi halde 24/II-e bendinde öngörülen neden ortadan kalkmış olur. Fesih iradesinin altı iş günü içinde açıklanması yeterli olup bu süre içinde tebligatın muhatabına ulaşmış olması şart değildir

4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen altı işgünlük ve bir yıllık süreler ayrı ayrı hak düşürücü niteliktedir. Bir başka anlatımla fesih hakkının öğrenmeden itibaren altı iş günü ve olayın gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması şarttır. Sürelerden birinin dahi geçmiş olması haklı fesih imkanını ortadan kaldırır.

Hak düşürücü sürenin niteliğinden dolayı taraflar ileri sürmese dahi, hakim re'sen dikkate almak zorundadır.

Bu maddede belirtilen süreler geçtikten sonra bildirimsiz fesih hakkını kullanan taraf, haksız olarak sözleşmeyi bozmuş sayılacağından ihbar tazminatı ile şartları oluşmuşsa kıdem tazminatından sorumlu olur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 26. maddedeki hak düşürücü süre, işçinin 24. maddesi 2. fıkrasına ve işverenin 25. maddenin 2. fıkrasına dayanan fesihler yönünden aranmalıdır. Yoksa işverenin geçerli nedene dayanan fesihlerinde 26. maddede öngörülen hak düşürücü sürelerin işlemesi düşünülemez. Dairemiz de bu yönde kararlar vermekte ve geçerli nedene dayanılarak yapılan fesihlerde belirtilen hak düşürücü süreler yerine " makul süre" içinde sözleşmenin feshedilebileceğini kabul etmektedir. (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2007/ 30135 E. 2008 / 28412 K).

Somut olayda, işçinin sözleşmesinin eylemli olarak hangi tarihte feshedildiği taraflara açıklatılmalıdır. Eğer eylemli fesih yoksa yukarıda belirlenen ilkeler doğrultusunda inceleme yapılarak konunun değerlendirilmesi gerekir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27704
Karar No **:** 2008/25951
Karar Tarihi **:** 07.10.2008

672

İlgili Kanun **:** 4857/27

ÖZÜ : ***İş arama izninin kullandırılmamış olması, ihbar önelinin geçerli olmadığı sonucunu doğurmaz.***

DAVA : Davacı, ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davalı işveren tarafından yasal ihbar öneli verilerek iş akdinin feshedileceğinin davacı işçiye bildirildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar davalı işveren tarafından ihbar öneli içerisinde iş arama izninin kullandırıldığı ispat edilmemiş ise de, iş arama izninin kullandırılmamış olması ihbar önelinin geçerli olmadığı sonucunu doğurmaz. Çünkü kullandırılmayan izin alacağının her zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27.maddesi gereğince ayrı dava konusu olması mümkündür. İhbar önelinin kullandırıldığı kabul edilerek ihbar tazminatına ilişkin talebin reddi yerine mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27533
Karar No **:** 2008/29198
Karar Tarihi **:** 28.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/27

ÖZÜ : ***Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için söz konusu olup, işveren bu izni vermez veya eksik kullandırırsa, o süreye ait ücreti işçiye ödemesi gerekir.***

DAVA : Davacı, iş arama izin ücretlerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı Sosyal Güvenlik Kurumu avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi, ihbar öneli kullandırılmasına rağmen iş arama izni verilmediğini ileri sürerek, iş arama izin ücretlerinin ödetilmesini talep etmiştir.

Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesine göre, yeni iş arama izni vermeyen veya eksik kullandıran işveren, o süreye ait ücreti işçiye ödemekle yükümlüdür. Aynı maddenin 3. fıkrasında, işveren yeni iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırıyorsa, işçinin çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödemesi gerektiği kuralı getirilmiştir.

Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, iş arama izin ücretine de hak kazanılamaz.

Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandırdığını kanıtlayabilmiş değildir. İşçinin ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından her gün için iki saat iş arama izin ücretinin hüküm altına alınması gerekir. Çalışılmayan hafta tatilleri için de iş arama izin ücreti hesaplanarak sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 28.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/22459
Karar No **:** 2008/17534
Karar Tarihi **:** 24.06.2008
İlgili Kanun **:** 4857/31

ÖZÜ : ***İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedenine dayanması gerekir. Ayrıldıktan sonra bir başka işyerinde çalışan işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle ayrıldığı düşünülemez. İşçinin muvazzaf askerlik celp döneminden makul bir süre önce ayrılması da mümkün görülmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, genel tatil ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İş sözleşmesinin işçi tarafından muvazzaf askerlik sebebiyle feshedilip feshedilmediği ve buna göre kıdem tazminatı hakkının doğup doğmadığı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla yürürlükte olan 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin 3. bendinde işçinin muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle iş sözleşmesini feshinde kıdem tazminatı talep hakkı doğar. Muvazzaf askerlik hizmeti, 20 yaşını doldurmuş olan her erkek Türk vatandaşının zorunlu biçimde yapması gereken bir vatandaşlık ödevidir.

İşçinin muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınması hali ise İş Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durum, 1475 sayılı Yasanın 14/3. bentte yer almadığından işçinin kıdem hakkı bulunmamaktadır. İki ay ya da en çok doksan gün süreyle işçinin iş sözleşmesi askıda olduğundan bu süre içinde bir fesihten söz edilemez. Ancak, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya bir başka nedenle silah altına alınma halinde süre bu iki ayı(veya işçinin çalıştığı her yıl için 2 gün eklendiğinde en çok doksan günü) geçerse, Kanunun 31. maddesi hükmü uyarınca işverence feshedilmiş sayılır. Söz konusu fesih, 25/II bent uyarınca fesih sayılamayacağından, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca bu halde de kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedenine dayanması gerekir. Ayrıldıktan sonra bir başka işyerinde çalışan işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle ayrıldığı düşünülemez. İşçinin muvazzaf askerlik celp döneminden makul bir süre önce ayrılması da mümkün görülmelidir.

İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini feshinde ihbar öneli tanınmasına da gerek yoktur.

Somut olayda, davacı işçinin 07.09.2005 tarihinde rahatsızlığı nedeni ile vizite kağıdı alıp gittikten sonra 18.09.2005 tarihinde askere alındığı anlaşılmaktadır. Öte yandan davalı işveren tarafından çekilen 19.09.2005 tarihli ihtarname ile davacının bir gün içinde işe başlaması istenmiştir. Oysa davacı işçi bir gün öncesinde askerlik görevine başlamıştır. Bu durumda davacı işçi tarafından iş akdinin muvazzaf askerlik

nedeni ile feshedildiği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Mahkemece kıdem tazminatına ilişkin isteğin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/15168
Karar No **:** 2008/7489
Karar Tarihi **:** 04.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : ***Miktar içermeyen ibranameler geçerlidir. İşçinin, ibranameyi imzalarken iradesinin fesada uğradığı iddiasını yazılı ya da tanık beyanlarıyla ispatı gerekir.***

DAVA : Davacı, fazla mesai ile hafta tatili ve tatil ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, Bölge Çalışma Müdürlüğü İş Müfettişleri tarafından tespit edilen fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı, dava açıldıktan sonra iş bitimi nedeniyle hizmet akdi feshedildikten sonra anılan alacakları da içeren ibraname verdiği için davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece anılan alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık ibranamenin geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı, dava açıldıktan sonra davalı tarafa iş akdinin feshinden sonra fazla çalışma, genel tatil ve hafta tatili çalışmalarını da kapsar şekilde ibraname vermiştir. Davacı vekili ibranamedeki imzayı kabul etmiş ancak miktar içermediğini ve imzalarken iradesinin fesada uğradığını ileri sürmüştür. Dairemiz içtihatlarına göre miktar içermeyen ibranameler geçerlidir. Davacı iradesinin fesada uğradığını ise yazılı ya da

tanık beyanlarıyla ispat edememiştir. Bu nedenle ibranameye değer verilerek davanın reddi gerekirken mahkemece kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.04.2008 gününde oybirliğiyle verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/26038
Karar No **:** 2008/21287
Karar Tarihi **:** 21.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : ***İşçinin işyerindeki kıdemi ve yaptığı iş de dikkate alınarak, aynı nedenle ve aynı tarihte işyerinden ayrılan diğer bir işçinin açtığı davada hüküm altına alınan ücret seviyesi üzerinden benzer şekilde hesaplama yapılarak hüküm kurulmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık izin ücreti, hafta ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine, dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde bu süre, en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde

ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2.fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı yasanın 37. Maddesinde işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece re'sen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir.

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8. ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığın önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta pirimi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta pirimi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş

bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda, davalı işveren asgari ücretten çalışıldığını savunmuş, ancak buna ilişkin imzalı bordro sunmamıştır. Davacı daha yüksek ücretle çalıştığı iddiasındadır. Davacı ile aynı nedenle ve aynı tarihte işyerinden ayrıldığı anlaşılan Ö. K. isimli işçiye ait davada 450 YTL net ücrete, tanık anlatımları ile doğrulanan yemek ve servis yardımı giydirilerek elde edilen ücret rakamı üzerinden işçilik hakları kabul edilmiş, hüküm onanarak kesinleşmiştir. Davacının işyerindeki kıdemi ve yaptığı iş de dikkate alınarak, benzer şekilde bu ücret seviyesinden yapılan bilirkişi hesaplamalarına göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı biçimde asgari ücretten yapılan hesaplamaların esas alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3) Mahkemece hüküm altına alınan yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarında faiz başlangıç tarihleri belirtilmemiştir. Oysa davacı tarafından işverene gönderilen ihtarnamenin tebliğ tarihi olan 06.06.2003 tarihinden başlayarak faiz yürütülmesine karar verilmesi gerekmektedir.

4) Kabule göre de, yıllık izin ücreti alacağından son işveren olan S. Ltd. Şti.'nin sorumlu olacağı, diğer davalı A. S'in sorumluluğunun bulunmadığının dikkate alınması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/18956
Karar No **:** 2008/21426
Karar Tarihi **:** 21.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : ***İbraname ile savunma arasında çelişki meydana geldiği ve davacı işçinin anılan alacaklarını alabilmek için mezkur ibranameyi imzalamak zorunda bırakıldığı sonucuna varıldığında, tarafların dinleteceği tanık beyanları, işyeri kayıtları ve tüm dosya içeriğine göre bir değerlendirme yapılıp karar verilmelidir.***

DAVA : Davacı, fazla çalışma parası, hafta ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, E.' ta çalışmakta iken, bankaya TMSF tarafından el konulmasını müteakip, bankanın devir dönemlerinde ve online sistemine geçiş sürecinde her gün öğle tatili yapmaksızın ortalama saat 22'ye kadar ve bankanın fona devrinden sonra 24-03 saatlerine kadar çalıştığını, tüm bu süreç içerisinde hafta sonları ve bazı ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de çalıştığını, bu çalışmalarının karşılığının ödenmediğini belirterek fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir

Davalı; zamanaşımı def'inde bulunarak davacının iş akdinin haklı gerekçelerle feshedildiğini, online sistemine geçiş, 2000 yılı uyum çalışmaları, bankanın yeni şirkete uyumlandırma çalışmalarının bankaya özgü olmayıp, tüm bankalarda yaşanan olağan iş yoğunluğu olduğunu, fazla mesai yapma gerekçesi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını, bu şekilde çalışmanın insanın fizyolojik ve psikolojik dengelerini hiçe saydığını, fazla mesainin belli prosedüre tabi olup, mesai yapanların ücretlerinin bordro karşılığı ödendiğini, davacının ibraname verdiğini, çalıştığı süre ile ilgili olarak tüm normal ücretlerini, yaptığı fazla mesai ücretlerini, hafta tatili, genel tatil ve ulusal bayram günleri de yaptığı çalışmalara ilişkin ücretlerini, ikramiyelerini, sosyal yardımlarını aldığını, böylece işyerinden hiçbir hak ve alacağının kalmadığını savunmuştur.

Mahkemece; davacı imzasını taşıyan ibraname, tüm haklar yazılarak ve ihtirazı kayıt dermeyan edilmeksizin düzenlenmiş ise, ibranamenin geçerli ve bağlayıcı olacağı, başkaca bir hak talebinde bulunulmayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacı işçinin davalıya ait işyerinde çalıştığı, davacının iş akdinin davalı işverence feshedildiği ve davacı işçinin fesih tarihi itibarıyla ibraname imzaladığı anlaşılmaktadır.

Söz konusu ibraname de "fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil çalışmalarının karşılığı olan ücretinin ödendiği ve bir alacağının kalmadığı" ifade edilmektedir. Davalı işveren savunmasında fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil çalışmasının bulunmadığını bildirmesine karşılık, düzenlenen ibranamede fazla çalışma hafta tatili, genel tatil ücretinin ödendiğinin belirtilmesi, ayrıca ibranamede işçinin, iş akdinin feshi tarihi itibarıyla bütün haklarını aldığını beyan etmesine rağmen ödemenin daha sonraki bir tarihte yapılmış olduğu, ödemeler arasında davaya konu alacakların bulunmadığı yönündeki deliller karşısında ibraname ile savunma arasında çelişki meydana geldiği ve davacı işçinin anılan alacaklarını alabilmek için mezkur ibranameyi imzalamak zorunda bırakıldığı sonucuna varılmaktadır.

Bu husus Dairemizce de benimsenen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 15.05.2002 gün ve 2002/9-418 E, 2002/392 K; 12.04.2006 gün ve 2006/9-192 E, 2006/156 K; 19.09.2007 gün ve 2007/9-645 E, 2007/596 K. sayılı ilamlarında da aynen belirtilmiştir.

Hal böyle olunca, sözü edilen ibranameye değer verilerek davacı isteklerinin reddine karar verilmesi hatalıdır.

Mahkemece yapılacak iş; bir başka dosyada ifadesine başvurulan tanık beyanlarına göre değil tarafların dinleteceği tanık beyanları, işyeri kayıtları ve tüm dosya içeriğine göre bir değerlendirme yapıp gerekirse bilirkişiden ek rapor alarak sonuca gitmekten ibarettir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27538
Karar No **:** 2008/25446
Karar Tarihi **:** 06.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : ***Masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenemeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz.***

DAVA : Davacı, ödenmeyen eğitim gideri ve cezai şart alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Uyuşmazlık, işçiye verilen eğitim giderlerinin ödetilmesi isteğine ilişkindir.

İşçiye işverence verilen eğitimle, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlaması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, bu eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir. Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene

belli bir süre iş görmesi işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile orantılı olması gerekir. Buna karşın, işçiye 4857 sayılı İş Kanunu'nun 78. ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken zorunlu eğitimlere ait giderler istenemez.

İşçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masraflar o işçiye özgün olmalı ve yazılı delille ispatlanmalıdır. İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenmeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz.

İşverence işçi adına yapılan eğitim giderlerinin tamamı yerine, işçinin çalıştığı ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirildikten sonra kalan miktarının tahsiline karar verilmesi gerekir. Gerçekten işçi, eğitimden sonra çalışmayı yükümlendiği sürenin bir kısmında çalışmış ise işverene bu konuda katkı sağlamış olmaktadır. İşçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışılmış olunması halinde ise, işverence eğitim giderleri istenemez.

Somut olayda, işverence işçiye verilen eğitime ilişkin bir takım belgeler sunulmuştur. Bilirkişi tarafından eğitime kaç kişinin katıldığına dair bilgi bulunmadığından hesaplama yapılamadığı belirtilmiş, mahkemece de anılan istek reddedilmiştir. Yapılacak iş, gerekli bilgilerin işverenden edinilmesiyle, açıklandığı şekilde işçiden talep edilebilecek eğitim giderlerinin hesaplanmasından ibarettir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33357
Karar No **:** 2008/34106
Karar Tarihi **:** 18.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : ***İşçi ücretlerine ilişkin davalar 5 yıllık zamanaşımına tabi olup, bu alacaklar için zamanaşımının başlangıç tarihi, hak edildikleri yani doğdukları tarihtir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, bayram günleri ücreti ve yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davalı işveren, 14.05.2007 tarihli dilekçesi ile davacının ıslah talebi sonrası süresinde zamanaşımı definde bulunmuştur. Mahkemece davalının zamanaşımı def'i dikkate alınmadan dava konusu hafta tatili ve bayram tatili alacakları hüküm altına alınmıştır.

Borçlar Kanunu'nun 126/3 maddesine göre işçi ücretlerine ilişkin davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Hafta tatili ve bayram tatili alacakları bu tür alacaklardandır. Zamanaşımının başlangıç tarihi, hak edildikleri yani doğdukları tarihtir. Bu nedenle ıslahla talep edilen hafta tatili ve bayram tatili alacaklarından, ıslah tarihinden geriye doğru 5 yılın dışında kalan kısım zamanaşımına uğramıştır. Mahkemece yapılacak iş; ıslahla talep edilen ve zamanaşımına uğramayan hafta tatili ve bayram tatiline ilişkin ücret alacağı gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak belirlenmeli ve oluşacak sonuç doğrultusunda hafta tatili ve bayram tatili ücret alacakları hakkında bir karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41230
Karar No **:** 2009/22524
Karar Tarihi **:** 21.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : İşçinin ücret alacağı hesaplanırken yasal asgari ücret yerine, asgari ücretin altındaki bir ücrete göre hesaplama yapılması hatalıdır.

DAVA : Davacı, ücret ve fazla çalışma ücreti, günlük %1 faizi ile sözleşmenin erken feshin nedeni ile sözleşme sonuna kadar ödenmesi gereken ücret % 1 faizi ile ve sözleşme ile öngörülen tazminat alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine; dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2.fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde, en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur.

Aynı yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece re'sen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir (Yargıtay 9.HD. 23.09.2008 gün 2007/ 27217 E, 2008/24515 K).

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8. ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada,

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığın önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda, davacının ücret alacağı hesaplanırken yasal asgari ücret dikkate alınmayarak, asgari ücret altındaki ücrete göre hesaplama yapılması hatalı olduğundan hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9372
Karar No **:** 2009/23312
Karar Tarihi **:** 17.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : ***Vasıflı bir işçinin asgari ücretle çalıştığının kabulü hatalı olup, sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından gerekli araştırmalar yapılarak hüküm kurulmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma, işsizlik parası, yıllık izin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında; genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine; dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2.fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece re'sen araştırılması gerekmekle, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir (Yargıtay 9.HD. 23.09.2008 gün 2007/ 27217 E, 2008/ 24515 K).

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8. ve 37. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 37. maddelerinin işverene bu konuda bazı yükümlülükler de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, İş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta pirimi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta pirimi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda, davacı torna ve rovelver ustası olup bordroda asgari ücret gösterilmektedir. Bordroda diğer çalışanların da asgari ücretten maaş aldıkları anlaşılmaktadır. Davacı Ticaret Odasından gelen yazı cevabını lehlerine olsa bile kabul etmediğini beyan ederek sendikadan emsal işçinin alabileceği maaş miktarı yazılarını dosyaya sunmuştur. Yukarıdaki ilkeler çerçevesinde araştırma yapılarak sonucuna göre ücretin belirlenmesi gerekir iken eksik inceleme ile asgari ücret üzerinden hüküm tesisi hatalıdır.

3- Davalı kendisini vekil ile temsil ettirmediği halde lehine vekalet ücretine hükmedilmiş olması hatalıdır.

4- Dava tarihi 06.07.2006 olduğu halde fazla çalışma açısından faizin başlangıç tarihi olarak 06.07.2007 göstermiş olması hatalıdır.

5- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay, 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K., Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 9.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek

duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, davacı işçinin fazla çalışma yaptığı gerek davacı ve gerekse davalı tanıklarının beyanlarıyla da sabit olmuştur. Ancak, işyeri sicil dosyasından davacının 2006 yılı içerisinde 14 gün izin kullandığı anlaşılmaktadır.

Bilirkişi raporunda, kullanılan izin süresine denk gelen tarihler de fazla çalışma yapılmış gibi hesaplamaya dahil etmiştir. Bu yönden de karar bozulmalıdır.

6- Davalı işçi tanık anlatımları ile işyerinde fazla çalışma yapıldığını kanıtlamıştır. Yapılan fazla mesai ücretinin ödendiğinin ispat yükü davalı işveren üzerindedir, işveren ödemeyi ispatlayan herhangi bir delil sunmamıştır. Ancak, delil listesinde yemin deliline dayanmıştır. Davalı yemin teklif ettiği halde mahkemece gerekçe dahi gösterilmeden yemin yaptırılmadan bu alacak hakkında da karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11367
Karar No **:** 2009/30493
Karar Tarihi **:** 05.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/32

ÖZÜ : ***Uzun süre hiç ücret almadan çalışılamayacağı gerekçisiyle, belirlenen ücret alacağından takdiri indirim yapılması hatalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İşçi ücretlerinin ödenmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 37. maddesine göre, işçiye ücretinin elden ya da banka kanalıyla ödenmesi durumunda, ücret hesabını gösteren imzalı ve işyerinin özel işaretini taşıyan "ücret hesap pusulası" verilmesi zorunludur.

Uygulamada çoğunlukla "ücret bordrosu" adı altında belgeler düzenlenmekte ve periyodik ödemelerde işçinin imzası alınmaktadır. Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir.

Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de, para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5754 sayılı yasayla değişik 32. maddesinde, "Çalıştırılan işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri gibi unsurları dikkate alarak işverenleri veya üçüncü kişileri zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir. Çalıştırdığı işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişiler, işçilerinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler" şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre, belli koşulların varlığı halinde ödemeler işçi adına açılacak banka hesabına yatırılmalıdır.

Uzun süre ücretlerinin ödenmediği iddiası karşısında, işverence cevap dilekçesinde dayanılmak kaydıyla yemin teklifi hakkının olduğu hatırlatılmalı ve gerekirse bu yönde usulü işlemler tamamlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Dairemizce, çok uzun süre ücret ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek, hakimce re'sen yemin teklifinde bulunulabileceği de kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.10.2004 gün 2004/7006 E. 2004/23275 K).

Somut olayda, davacı dava dilekçesinde, işveren tarafından son 5 yıldır ücretlerinin eksik ve kimi aylarda hiç ödenmediğini ileri sürmüştür. Mahkemece ücret alacağı istemi hususunda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplanan son 5 yıllık ücret miktarı, hiç ücret almadan çalışmış olması düşünülemeyeceği gerekçesi ile %50 indirim yapılarak hüküm altına alınmıştır. Oysa, davacıya hangi aylar için ne miktar eksik ödeme yapıldığı açıklattırılarak, sadece davacı temyizi olması nedeni ile usulü

müktesep hak ilkesi de dikkate alınarak değerlendirme yapılıp, belirlenecek ücretten takdiri indirim yapılmadan hüküm altına alınması gerekirken, takdiri indirim yapılarak ücret alacağının hüküm altına alınmış olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/16571
Karar No : 2008/10211
Karar Tarihi : 24.04.2008
İlgili Kanun : 4857/34
ÖZÜ : ***Kıdem tazminatı dışındaki alacaklarda gecikme faizinin başlangıcı temerrüt tarihidir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, fazla mesai, ücret ve yıllık izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı hizmet sözleşmesini fesih bildiriminde dava konusu alacaklarının ödenmesini de talep etmiştir. Bu konudaki ihtarname davalı işverene 19.09.2005 tarihinde tebliğ edilmiş olup öngörülen 7 günlük süreye göre davalı işveren 27.09.2005 tarihinde temerrüde düşmüştür. Bu durumda kıdem tazminatı dışındaki ücret, fazla mesai ücreti ve izin ücreti alacaklarına gecikme faizinin temerrüdün gerçekleştiği tarihten itibaren yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/4861

Karar No **:** 2008/21671
Karar Tarihi **:** 22.07.2008
İlgili Kanun **:** 4857/34

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin feshinden sonra geç ödenen yıllık izin ücreti alacağına, mevduata uygulanan en yüksek faizin değil, yasal faizin uygulanması gerekir.***

DAVA : Davacı, fark kıdem tazminatı, kıdem tazminat faizi, melbusat bedeli, yıllık izin ücreti, ilave tediye ve ek ödeme, tatil zammı, ikramiye farkı ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, suresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Kıdem tazminatı ödenmekle fer'i hak olan faiz hakkı da son bulur. Ancak kıdem tazminatının kısmen ödenmiş olması durumunda tamamı ödeninceye kadar faiz hakkı saklı tutulabilir. Davacının çalışma süresinin eksik hesaplanması sonucu oluşan fark kıdem tazminatı ve geç ödemeden kaynaklanan işlemiş faiz alacağına ilişkin bilirkişi raporunun değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile red kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3- Davalı temyiz dilekçesinde ilave tediye (52 yevmiye) ve ek ödemelerin (60 yevmiye)(çalıştıkları gün x 112/365)formülü uygulanarak ödenmekte olduğunu, bilirkişi raporunda ise ilave tediye alacağının (yevmiye x30) hesap yöntemiyle hatalı hesaplandığını ileri sürmektedir.

Mahkemece, davalı vekiline ek bilirkişi raporunun tebliğ edildiği ve duruşma gününe kadar rapor hakkında beyanda bulunmadığı gerekçesiyle davalının rapor hakkında talep ettiği sürenin verilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir. Davalı tarafa daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan kesin bir süre söz konusu olmadığından davalının itirazı değerlendirilmelidir.

Davacının 6772 sayılı Yasa uyarınca her yıl için 52 günlük ilave tediye hakkı bulunmakla birlikte daimi işçi olup olmadığı ve TİS ne göre ek ödemeden yararlanıp yararlanmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. İstek konusu dönemde geçerli TİS ne göre davacının ek ödeme alıp almayacağı belirlenmeli sonucuna göre karar verilmelidir. Hesaplamanın buna göre yapılması gerekir. Daha sonra davalı tarafın ödeme itirazı üzerinde ayrıntılı biçimde durulmak, ödemelerin banka hesabına yapılmış olması durumunda bu husus ilgili bankadan araştırılmak ve gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle bir karar verilmelidir.

4- Davacının giyim yardımı talebi kabul edilmiştir. Davacının geçici işçi olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre talep edilen giyim yardımı ve diğer sosyal haklar hakkında gerekirse ek hesap raporu alınarak bir karar verilmelidir.

5- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen "mevduata uygulanan en yüksek faiz", hizmet akdinin devamı süresince hak kazanılan ve ödenmeyen ücret ve ücret benzeri alacaklara uygulanması gereken faizin niteliğini belirtmektedir. Davacı, hizmet akdi içinde kullandığı izinlerin ücretini istememektedir. Dava, hizmet akdinin devamı sırasında kullandırılmayan yıllık izinlerin karşılığı olan alacağın ödenmesine ilişkindir. Yıllık izin Anayasa ve İş Yasasından doğan dinlenme hakkı olup, hizmet akdinin sona ermesi ile alacağa dönüşmektedir. Bu nedenle, dava konusu yıllık izin ücreti alacağına 3095 sayılı Kanundan doğan yasal faizin yürütülmesi gerekirken, yazılı şekilde 4857 sayılı Kanunun 34. maddesinde düzenlenen faizin yürütülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41429
Karar No **:** 2009/13673
Karar Tarihi **:** 21.05.2009
İlgili Kanun **:** 4857/34

ÖZÜ : ***Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde, kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir. Ancak, bu ücret çalışma karşılığı olmadığından, özel faizin uygulanması söz konusu olmaz.***

DAVA : Davacı, mahrum kalınan ücret, ikramiye ve yemek yardımı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK. nun 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücret konusunda toplanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde, "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" şeklinde kurala yer verilerek işçinin kalan süre ücretini talep hakkı olduğu belirlenmiştir. Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için iş sözleşmesi, işverence feshedilmiş olmalıdır. Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanmaması gerekir. İşverenin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin ilk bendinde yazılı olan sağlık sebeplerine, ikinci bentte sözü edilen ahlak ve iyi niyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere ve üçüncü bentte öngörülen zorlayıcı sebeplere dayanması durumunda işçiye sözleşmenin kalan süresine ait ücretler bakımından talep hakkı doğmaz.

4773 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 15.03.2003 tarihi sonrasında İş Hukukunda "geçerli fesih" kavramı da yerini almıştır. Her ne kadar anılan fesih, gerek 4773 sayılı Yasa ve gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüş olsa da, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da geçerli nedenin sonuçlarının tartışılması gerekir. Geçerli neden ister işletmenin ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın ya da işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyerek taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır. Bu itibarla 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.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, feshin Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde sözü edilen ifa imkânsızlığına dayanması halinde bakiye süre ücreti ödenmesi gerekmez.

İfa imkânsızlığı; edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi olarak açıklanabilir.

İşçinin iş görme edimini ifa edememesi, işverenin temerrüdünden kaynaklanmaktadır. O halde sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödemesi gerekecektir. İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir.

O halde bakiye süre ücreti için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen özel faizin uygulanması söz konusu olmaz. Çünkü eylemli çalışmanın karşılığı değildir. Sosyal Sigortalar Kurumuna bakiye süre ücreti içinden bakiye süreye dair prim ödemesi de gerekmez.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre. İşçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden

sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği, ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak sonuca gidilmelidir.

İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın, bakiye süre ücretinden hak kazanılan miktardan indirilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle mahsup işlemi, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan tutar üzerinden gerçekleştirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 16.06.2008 gün 2007/ 16098 E, 2008/ 15750 K).

Somut olayda, karara esas alınan bilirkişi raporunda söz konusu döneme ilişkin ücret ve ikramiye alacağı belirlenmiştir.

Davacı işçinin belirli süreli iş sözleşmesinde fesihten sonra çalışmadığı süre 7 ay 25 gündür. Bu süre içinde bir başka işyerinde çalışmaktan gelir elde ettiği belirlenmiştir. Davalı, işçiye fesihten sonra ihbar tazminatının ödendiğini savunmuştur.

Ödeme yapılıp yapılmadığı araştırılarak ihbar tazminatı ile işçinin bakiye süre içinde başka işyerinde çalışması karşılığı elde ettiği gelirlerinin bakiye süre ücretinden indirilmesi gerekir. Ayrıca davacının davalı işverene bağlı olarak bakiye süre içinde çalışmaması sebebiyle sarf etmemiş olduğu giderleri ile işsizlik sigortası geliri olup olmadığı belirlenmeli ve indirime konu edilmelidir.

Ayrıca fiilen çalışılmayan süreye ilişkin ikramiye alacağına da hükmedilmemesi gerekir.

Mahkemece davacının bakiye süre ücretinden Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine uygun olarak yukarda açıklanan ilkeler doğrultusunda gerekli indirimler yapılarak karar verilmemesi hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9407
Karar No **:** 2009/22810
Karar Tarihi **:** 14.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/34

ÖZÜ : ***Ücret alacağının 1475 sayılı Yasa döneminde doğmuş olması durumunda, 10.06.2003 tarihine kadar yasal faiz, bu tarih sonrası ücretler bakımından ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. İşçinin yasal faiz talep etmiş olması sonucu değiştirmez.***

DAVA : Davacı, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Taraflar arasında işçilik alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme" özelliğini ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakları dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkâr olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktarı için kesilir.

Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlatımla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp istenmesini, önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

İşte bundan dolayı, yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle talep konusu hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir. Yasalarda hakkın istenebilir konumuna, diğer bir anlatımla yerine getirilmesinin gerektiği güne, ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmedikçe istenemez.

Bilindiği gibi zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliğini ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Genel olarak savunma nedenlerinin ve bu arada zamanaşımı savunmasının esasa cevap süresi içinde bildirilmesi gereklidir. Ancak, 20.12.1974 gün ve 6155-17127 sayılı Daire kararında da belirtildiği veçhile (bu karar için de yukarıda anılan dergi, sayfa 637 ve devamına bakınız); savunma nedenlerinin ve savunma nedenlerinden olan zamanaşımının yasanın öngördüğü cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülmesi, diğer bir ifade ile (savunmanın genişletilmesi), bazı kayıt ve şartlarla mümkündür (HUMK. 202/11). Bu tek şart, savunmanın genişletilmesine karşı tarafın (hasmın) muvafakatidir. Eğer karşı taraf savunmanın genişletilmesine muvafakat etmez ve dolayısıyla (savunmanın genişletildiği) yollu bir itirazda bulunursa, o takdirde ancak mahkemenin ileri sürülen savunma nedenlerini (bu arada zamanaşımı savunmasını) incelemesi olanağı yoktur; bu durumda ise mahkeme hemen savunma nedenlerini reddetmelidir. Usulün, 202. 187. ve 188. maddelerinin birlikte incelemesinden çıkan sonuç budur. Özetle belirtmek gerekirse, savunmanın genişletildiği itirazı ile karşılaşılmadığı sürece zamanaşımı savunmasının geç ileri sürülmesi, incelenmesine engel değildir.

Hemen belirtmelidir ki, gerek İş Kanunu'nda, gerekse Borçlar Kanunu'nda, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. Keza tazminat niteliğinde olmaları nedeni ile sendikal tazminat, kötü niyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık nedeni ile tazminat, 26/2 maddesindeki tarafların maddi ve manevi tazminat, 28. maddede belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 31/son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama nedeni ile öngörülen tazminat istekleri 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

Bu noktada, zamanaşımı başlangıcına esas alınan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hakkının doğumu ise, işçi açısından hizmet akdinin feshedildiği tarihtir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödeme isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

İşveren ve işçi arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır. İşçinin sözleşmeye aykırı şekilde işverene zarar vermesi halinde, işverenin zararının tazmini amacı ile açacağı dava Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca 10 yıllık zaman aşımına tabidir.

İşverenin, işçiye hataen ödediğini iddia ettiği kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacaklarının geri verilmesi yönündeki istemi BK. nun 66. maddesi hükmü uyarınca, bir yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının başlangıcı işverenin geri alma

hakkını öğrendiği tarihten itibaren başlar. Resmi kuruluşlarda bu zamanaşımı başlangıcı yetkili makamın öğrenme tarihidir.

4857 sayılı Kanundan daha önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı Kanunda ücret alacaklarıyla ilgi olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/8 maddesinde işçi ücretinin 5 yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacaklarının, Borçlar Kanunu'nun 126/1 maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı tartışmasız öğreti ve uygulama tarafından kabul edilmiştir.

TTK. nun 1259. maddesinin 1. fıkrasında yazılı bir yıllık zamanaşımı, aynı Kanunun 1235. maddesi uyarınca gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacaklarının bir rüçhan hakkı olarak gemi bedeli üzerindeki talebi ile ilgili olup genel anlamda, hizmet ve iş mukavelelerinden doğan ücret alacaklarının BK. nun 126. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir.

Kanundaki zamanaşımı süreleri, BK' nun 127.maddesi gereğince "tarafların iradeleri ile değiştirilemez".

İş sözleşmesi devam ederken kullanılması gereken ve iş sözleşmesinin feshi ile alacak niteliği doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir (HGK 05.07.2000 gün ve 2000/9-1079 E, 2000/1103 K).

Sözleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (BK. m. 128).BK. nun 101. maddesince, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

Müteselsil borçlu olan kişilerin birbirlerine rücuunu ve bunun zamanaşımını aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği düzenler. Zira müteselsilen borçluluk muhtelif hukuki ilişkiler sonucu doğabilir. Ancak rücu hangi hukuki ilişki veya yasal nedenle doğmuş olursa olsun rücü zamanaşımı, rücua neden olan ödemenin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar ve bu zamanaşımı süresi de, yukarıda açıklandığı üzere, ödemeyi yapan ve rücu eden ile edilen kişi arasındaki hukuki ilişkiye göre saptanır.

Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi ile zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu zamanda başlayacağı esasını kural olarak getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, borç belirli bir vadeye bağlanmış ise bu vadenin bittiği tarihte muacceliyet kesbedeceğinden aynı Yasanın 130. maddesi hükmü göz önünde tutularak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının hesap edilmesi gerekir. Kanun koyucu burada borçlunun temerrüde düşürülmesi esasından ayrılarak alacağın muaccel olmasını kafi görmüştür. Zamanaşımının başlaması için ayrıca borçlunun sözü geçen Yasanın 101. maddesinde yazılı şekilde temerrüde düşürülmesine lüzum yoktur.

Alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan halleri 128. maddenin 2. fıkrasında düzenlemiştir. Bu hükme göre zamanaşımı haberin verilebileceği günden

itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucu burada haberin verileceği değil, verilebileceği günün zamanaşımına başlangıç olarak kabul edilmesi gerekeceğini öngörmüştür. O halde, bu durumda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilen haberin verilmesi şart olmayıp verilmesi mümkün olan zamanın tespitini yeterli görmüştür. Haber verebilme ihtiyari bir olaydır. Bu husus alacaklı tarafa bırakılmış ise alacaklı verdiği tarihten itibaren bu hakkını kullanma olanağına her zaman sahiptir. Yani verdiği tarihten itibaren her zaman borçluya verdiği şeyin ödenmesi için ihbar yapabilir. Bu itibarla borçlunun temerrüt haline düşürülüp düşürülmediği ve fiili ihbarın yapılıp yapılamadığı hususları araştırılmadan ödenmesi ihbar yapılması esasına bağlı borç ilişkilerinde zamanaşımının bu haberin verilebileceği yani para vesairenin verildiği tarihin zamanaşımına başlangıç olarak alınması gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 131. maddesi gereğince asıl alacak zaman aşımına uğradığından faiz ve diğer ek haklarda zamanaşımına uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur. Borçlar Kanunu'nun 133/2. maddesince alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

Kısmi bir dava açılması halinde alacağın yalnız o kısım için zamanaşımı kesilir. Dava dışı kalan bölümü hakkında, zamanaşımı işlemeye devam eder.

Borçlar Kanunu'nun 132/4. maddesinde "Hizmet mukavelesinin devam ettiği müddetçe hizmetçilerin, istihdam edenlere karşı olan alacakları hakkında" zamanaşımının işlemeyeceği ve duracağı belirtilmiş ve hizmetçi" terimi kullanılmıştır. Bu maddenin iş sözleşmesiyle bağlı her kişiye uygulanması olanağı yoktur. Hizmetçiden kastedilen; kendisine ev işleri için ücret ödenen, iş sahibiyle aynı evde yatıp kalkan, aileden biriymiş gibi ev halkı ile sıkı ilişkileri olan kimsedir.

Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinde zamanaşımını kesen nedenler sınırlama getirmeksizin gösterilmiştir. Bunlardan borçlunun borcunu ikrar etmesi (alacağı tanıması), bu nedenlerden biridir. Borcun tanınması, tek yanlı bir irade bildirimi olup; borçlunun, kendi borcunun devam etmekte olduğunu kabul anlamındadır. Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı vekilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması ve ayrıca zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Gerçekte de borç ikrarı, ancak, işlemekte olan zamanaşımını keser; farklı anlatımla zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonraki borç ikrarının kesme yönünden bir sonuç doğurmayacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Bu bağlamda BK. 139. maddesinden de söz edilmesi zorunludur.

Borçlar Kanunu'nun 139. maddesi zamanaşımından feragati düzenlemiştir. Anılan maddeye göre, borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkından önceden feragati geçersizdir. Önceden feragatten amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken vaki feragattir. Oysa daha sonra vazgeçmenin geçersiz sayılacağına ilişkin yasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle borç zamanaşımına uğradıktan sonra borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürmekten feragat edebilir. Zira, burada doğmuş bir def'i hakkından feragat söz konusudur ve hukuken geçerlidir. Bu feragat; borçlunun, ileride dava açılması halinde zamanaşımı def'inde bulunmayacağını karşılıklı olarak

yapılan feragat anlaşmasıyla veya tek yanlı iradesini açıkça bildirmesiyle veyahut bu anlama gelecek iradeye delalet edecek bir işlem yapmasıyla mümkün olabileceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı def'inde bulunmamasıyla veya def'i geri almasıyla da mümkündür.

Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı def'inden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.11.1963 T. 5924-6419 sayılı kararı) Dahası, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun da bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı def'ini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve MK. md. 2' ye aykırıdır. Hukuken korunamaz (HGK. 23.02.2000 gün ve 2000/15-71 E, 2000/116 K)

Borçlar Kanunu'nun 133/2.maddesi hükmü uyarınca, dava açılması veya icra takibi yapılması zamanaşımını kesen nedenlerdendir. Borçlar Kanunu'nun 135. maddesi ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Madde açıkça düzenlemediğinden ihtiyatı tedbir istemi ile mahkemeye başvurma veya işçilik alacaklarının tespiti ve ödenmesi için Bölge Çalışma İş Müfettişliğine şikayette bulunma zamanaşımını kesen nedenler olarak kabul edilemez. Ancak işverenin şikayet üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğünde alacağı ikrar etmesi, zamanaşımını kesen bir neden olacaktır.

Zamanaşımı, dava devam ederken iki tarafın yargılamaya ilişkin her işleminden ve hakimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar ve kesilmeden itibaren yeni bir süre işler (BK. m. 135-136).

Borçlar Kanunu'nun 133/2. maddesi gereğince takas def'i zamanaşımını keser ve 136. maddesi gereğince de dava devam ettiği sürece hakimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar.

Borçlar Kanunu'nun 134.madde hükmü, "Müruruzaman müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil olmayan bir borcun müşterek borçlularından birine karşı katedilmiş olunca diğerlerine karşı da katedilmiş olur" kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser.

Bu hükmün haksız fiillerden doğan müteselsil sorumlulukta sadece tam teselsülde yani Borçlar Kanunu md. 50'ye dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulacağı; buna karşın eksik teselsülde yani Borçlar Kanunu md. 51'e dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulmayacağı kabul edilmelidir. Yine halefiyette borçlu alacaklının yerine geçtiğinden, alacaklının alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Bunun sonucu olarak halefiyetten yararlanan rücu hakkı sahibinin, diğer borçlulara rücu hakkı alacaklının sahip olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır.

Borçlar Kanunu'nun 137 maddesinde hangi hallerde zaman aşımına ilaveten 60 günlük munzam müddetten yararlanılacağı sınırlı bir biçimde sayılmış, ayrıca sayılan

hususlardan dolayı daha önce davanın reddedilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemede davanın açılmamış sayılma ile sonuçlanması haline yer verilmemiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde İş Mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Bu nedenle zamanaşımı def'i ilk oturuma kadar ve en geç ilk oturumda yapılabilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde faiz konusunda düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan Yasanın 34. maddesinde, gününde ödemeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı hükmü bulunmaktadır. Maddede sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olup, çalışma karşılığı ücretler ile ikramiye, prim, jestiyon ve benzeri ödemeler ve fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsama dahildir. İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır.

Öte yandan, ücretin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması halinde 2822 sayılı yasanın 61. maddesi uyarınca söz konusu alacağa uygulanması gereken faiz, en yüksek işletme kredisi faizi olmalıdır.

Ücret alacağının 1475 sayılı Yasa döneminde doğmuş olması durumunda 10.06.2003 tarihine kadar yasal faiz, bu tarih sonrası ücretler bakımından ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. İşçinin ücret konusundaki talebinin "yasal faiz" olarak adlandırılmış olması da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Gerçekten, ücret alacağı bakımından anılan 34. maddede faizle ilgili olarak yasal düzenleme yer aldığından, işçinin isteğinin, bahsi geçen özel faizin talep edildiği şeklinde değerlendirilmesi gerekir.

Ücret alacağı bakımından faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmelidir. Ancak, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça bir ödeme günü kararlaştırıldığında, belirlenen ödeme tarihi sonrasında faiz işlemeye başlar.

Ücret alacağı için özel banka kamu bankası ayrımı yapılmaksızın mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının belirlenmesi gerekir. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla bahsi geçen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T.C. Merkez Bankası'na uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı fiilen uygulanmış olmadıkça ücret yönünden dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda ücret alacağı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı alacak için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Somut olayda davalı, süresi içinde usulüne uygun zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Ayrıca dava konusu ücret alacağı konusunda davalı, dava tarihinden önce temerrüde düşürülmemiştir. Dava tarihine göre 12.08.1999 tarihinden önce tahakkuk eden ücret alacaklarının zamanaşımına uğramış olmasına rağmen, tamamı hakkında kabul kararı verilmesi ve dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekirken, 01.01.2000 tarihinden itibaren faize hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine 14.09.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/10432
Karar No **:** 2008/1595
Karar Tarihi **:** 21.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Yerleşik içtihatlara göre, fazla mesai ve genel tatil alacakları ile ilgili bordroda tahakkuk ve ödeme görülmemesi halinde, işçi bu alacaklarla ilgili çalışmasını ispatlaması durumunda alacağa hak kazanır.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, hafta, bayram ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş davalı avukatınca duruşma talep etmiş ise de; HUMK' nun 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Hükme esas alınan bilirkişi raporu ve mahkeme kararının gerekçesinde; davalı işveren tarafından ibraz edilen bir kısım imzalı bordrolarda fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil sütunlarının bulunduğu, bu bordroların davacı işçi tarafından çekincesiz imzalandığı gerekçesiyle, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacak isteklerinin reddine karar verilmiştir.

Davalı işveren tarafından dosyaya, 2005 yılı Haziran- Temmuz ve Ağustos aylarına ait imzalı bordrolar ibraz edilmiştir. Bu bordrolar hafta tatili alacağı yönünden tahakkuk içermekte ise de, fazla mesai ve genel tatil alacak sütunlarında sıfır (0) yazmakta olup, fazla mesai ve genel tatil alacakları yönünden bir tahakkuk içermemektedir. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, fazla mesai ve genel tatil alacaklarının bu şekilde bordrolarda sıfır (0) olarak gösterilmesi, herhangi bir tahakkuk ve ödeme içermemesi halinde davacı işçi, bu alacaklarla ilgili çalışmasını ispatlaması durumunda alacağa hak kazanır. Tahakkuk ve ödeme içeren hafta tatili alacağı yönünden ise, imzalı bu bordrolu aylar dışında kalan dönemler için hafta tatili alacağını talep edebilir. Anılan bu açıklamalar doğrultusunda bilirkişiden ek rapor da alınarak, davacı işçinin fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil alacak talepleri bir değerlendirmeye tabi tutulmalı, bu alacaklardan mahkemece bir indirim de yapılabileceği göz önüne alınmalı ve oluşacak sonuç doğrultusunda sözü edilen alacaklar hakkında hüküm kurulmalıdır. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine,21.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/36231
Karar No **:** 2008/4525
Karar Tarihi **:** 11.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Fazla mesai karşılıklarının ücretin içinde olduğu yönündeki iş sözleşmelerindeki bu hükmün, yılda 270 saatlik fazla çalışmayı kapsadığı kabul edilmeli ve hesaplamada yılda 270 saatlik fazla mesai ücreti mahsup edildikten sonra kalan miktar üzerinden karar verilmelidir.***

DAVA : Taraflar arasındaki, fark ücret, fark yıllık ücretli izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil ücret alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davacı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 11.03.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Av. … ile karşı taraf adına Av. … geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davalı işveren ile davacı işçi arasında imzalanan sözleşmenin 5. maddesinde, "Çalışan, işin gereği olarak fazla çalışma yapması gerekli olduğu takdirde, ücreti her türlü fazla çalışmanın karşılığını da kapsayacak şekilde tespit edilmiş olduğundan, gerek işyeri yönetim kararı gereği, gerekse kendisine verilmiş olan görevi sonuçlandırmak amacıyla kendi kararı ile işgününde, hafta tatilinde, ulusal bayram ve genel tatillerde fazla çalışma yapmak mecburiyetinde olduğu takdirde bu sürelerde çalışmaya peşin muvafakatini vermiş olup, çalışan tatil günündeki çalışma ve fazla çalışmaların karşılığının ücretin içinde olduğunu kabul etmiştir" kuralına yer verilmiş ve mahkemece de Dairemizin yerleşik içtihadı gereği bu düzenlemenin yılda 270 saati kapsadığı ve sözleşme hükmü gereği ücretin yılda 270 saatlik fazla çalışmayı da kapsadığı kabul edilmiştir. Ne var ki hükme esas alınan bilirkişi raporunda sözleşmenin bu maddesi ile ilgili bir hesaplama yapılmamış ve haftada 6 saat fazla mesai yapıldığı kabul edilerek fazla mesai ücret alacağı belirlenmiştir. Kısaca bu hesaplamada yılda 270 saatlik fazla mesai ücretinin ücretin içinde olduğu ve mahsup edilmesi gerektiği dikkate alınmamıştır. Mahkemece bu şekilde hesaplanan fazla mesai alacağının hüküm altına alınması hatalıdır. Gerekçe ve sözleşme hükmü gereği, yılda 270 saat fazla mesai mahsup edildikten sonra kalan fazla mesai ücret alacağına karar verilmesi gerekir.

Kabule göre de fazla mesai ücret alacağından 1/2 oranında indirim yapılmasına ve bu oran üzerinden indirilmiş miktar 10.587,85 YTL olmasına rağmen, bu miktarı aşacak şekilde toplam 11.087,85 YTL fazla mesai ücret alacağının hüküm altına alınması da isabetsizdir.

Diğer taraftan çalışma şekline göre fazla mesai ücretinden 1/2 oranında indirim fazladır. Sözleşme hükmü ve çalışma şartları dikkate alınarak bu oranın daha az bir oran olarak kabul edilmesi gerekir. Kısaca fazla mesai ücret alacağı daha düşük bir oranda indirime tabi tutulmalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının davacıya, davacı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/13059
Karar No : 2008/5588
Tarihi : 21.03.2008
İlgili Kanun : 4857/41

ÖZÜ : ***Miktar içermeyen ve savunma ile çelişkili olan ibra sözleşmesinin gerçeği yansıtmadığı itirazı karşısında, işverenin ibranamenin doğruluğunu yazılı delille kanıtlaması gerekir.***

DAVA : Davacı, fazla çalışma ile hafta sonu ve genel tatil ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanunu'na bu madde alınmamıştır. Bir kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kuruma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür (Berki, Şakir: Borçların Sukutu, AÜHF, Cilt XII. s. 237).

Bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir (Feyzioğlu, F.N: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, s. 351). Bu noktada ibra sözleşmesinin bir ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenlemede, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımından çok daha titizlikle ele alınması gerekir.

Konuya dair somut çözümlere gelince; öncelikle belirtmek gerekir ki, iş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde Yargıtay uygulaması istikrar kazanmıştır.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz etkisinde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davaları yönünden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinin uygulaması çerçevesinde, gerçek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunması durumunda ibra belgelerine değer verilmeyeceğini kabul etmektedir. (Yargıtay 11. HD. 11.03.2004 gün 2003/7655 E, 2004/2411 K). 2918 sayılı yasanın 11. maddesinde, "Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir" şeklinde kurala yer verilmiş olup, benzer bir çözüme Yargıtay'ca iş kazalarından doğan tazminat davalarında da gidildiği görülmektedir (Yargıtay HGK. 07.12.2005 gün 2005/21-665 E, 2005/712 K).

Dairemizin ibranamede kısmi ödemeyi her durumda makbuz sayan uygulamasına rağmen, konunun tekrar ve etraflıca incelenmesi sonucu, tarafların kısmi ödeme sırasında borcun ibra ile sona erdiğine dair özel bir hüküm koymuş olmalarının sınırlı da olsa bir anlamının olması gerektiği düşünülmüştür. Başka bir anlatımla, miktar içeren ibra sözleşmelerinde hak kazanılan tutar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık olmaması durumunda borcun ibra ile sona erdiği kabul edilmelidir.

Öte yandan konu, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 419. maddesinde de, "İşçinin haklarını yeterince korumadığı veya aşırı ölçüde sınırlandığı açıkça belli olan ibra sözleşmelerinin" iptalinin istenebileceği şeklinde ele alınmıştır.

Son olarak miktar içermeyen ibra sözleşmelerinin borcu sona erdiren etkisi üzerinde durulmalıdır. Yargıtay, tacirler arasındaki düzenlenen ibra sözleşmesinin açık ve kesin olması yanında hangi borçla ilgili olduğunun belirlenmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, miktar içermemesini geçersizlik nedeni olarak saymamıştır (Yargıtay HGK.28.04.2004 gün 2004/15-105 E, 2004/230 K) Ancak İş Hukukunda sorunun benzer şekilde çözümü mümkün olmaz. Geçimini emeği ile sağlayan bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmeyeceği varsayımından yola çıkıldığında, miktar içermeyen ibranameye değer verilmesi doğru olmaz. İş Hukukunda işçi lehine yorum ilkesi de bunu gerektirir. Dairemizin daha önceki kararlarında da miktar içermeyen ibranameye değer verilmemektedir (Yargıtay 9.HD. 28.05.1996 gün 1995/38219 E, 1996/12005 K). Ancak

özellikle 2001 yılından sonra verilen bazı kararlarda miktar içermese de fesihten sonra düzenlenen ve işçilik alacaklarının ismen sayıldığı ibra sözleşmelerine geçerlilik tanınmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.04.2001 gün 2001/4006 E, 2001/7055 K. ve Yargıtay 9.HD. 10.12.2002 gün 2002/10816 E, 2002/23501 K). Yargıtay'ın diğer İş Dairelerinde de miktar içermeyen ibra sözleşmelerine değer verilmemektedir. (Yargıtay 10.HD. 23.10.2003 gün 2003/5745 E, 2003/7375 K; Yargıtay 21.HD. 18.04.2005 gün 2005/1585 E, 2005/3896 K). Yeni Borçlar Kanununu Tasarısının 419. maddesinde de miktar içermeyen ibranamenin geçersiz olduğu açık biçimde ifade edilmiştir.

Bütün bu olgulara göre konunun yeniden değerlendirilmesi sonucu ve yukarıda belirtilen gerekçelerle İş Hukuku açısından miktar içermeyen ibra sözleşmelerinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır. İbranamenin gerçeği yansıtmadığı itirazı karşısında işverence ibranamenin doğruluğunun yazılı delille kanıtlanması gerekir. Aksi halde ibranamenin geçerliliği kanıtlanamadığından işçi, miktarı gösterilmeyen hakları kazanır.

Somut olay yönünden miktar içermeyen ve savunma ile çelişkili olan fazla mesai ücreti yönünden genel nitelikteki ibranameye itibar edilmesi hatalıdır.

Mahkemece yapılacak iş, davacının fazla çalışma alacağını hesaplayarak kabulüne karar vermekten ibarettir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/923
Karar No **:** 2008/5603
Karar Tarihi **:** 21.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Nöbetleşe çalışılan haftalarda, işçinin normal mesai olarak çalıştığı saatler, nöbet saati ve nöbet izninde olduğu süreler dikkate alınarak haftalık çalışma süresi belirlenmeli ve haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmelidir.***

DAVA : Davacı, fazla mesai alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, işyerindeki haftalık çalışma süresinin iş sözleşmesine göre 45 saat olması gerekirken, ayda ortalama 7 defa 24 saat nöbet tuttuğunu, çalıştığı süre boyunca bir veya iki ay aralıklarla 1 ay süreyle 16.00-08.00 arası olmak üzere günde 16 saat çalıştığını ileri sürerek fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuştur.

Davalı taraf talep koşulları oluşmadığından davanın reddini istemiştir.

Mahkemece istek kabul edilmiştir.

Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkış gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir.

İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dâhilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Bir başka anlatımla, örneğin günde üç saat fazla çalışma yerine iki saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulünün hakkaniyete uygun olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Fazla çalışma ücretinden indirim takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, işyeri belgeleri arasında bulunan personel devam kontrol cetvellerinde, davacının işyerine giriş ve çıkış saatleri net değildir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, bu cetvellerin dikkate alındığı belirtilmiş ise de, tüm süre için fazla mesai yapılmışçasına hesaplama yoluna gidilmiştir. Oysa ilgili nöbet çizelgelerinde davacının nöbet iznine ayrıldığı günlerin de bulunduğu açıktır. 1475 ve 4857 sayılı kanunlarda fazla çalışma süresinin haftalık çalışma süresi üzerinden belirleneceği düzenlenmiştir. Haftalık normal 45 saatlik çalışmayı aşan süreler fazla çalışma kabul edilmelidir. Ayrıca 4857 sayılı Yasa döneminde yapılan fazla çalışmalar haftalık 45 saati aşmasa da günlük 11 saati aşan süre fazla mesai olarak değerlendirilmelidir.

Buna göre, davalı işyerinde hafta içi normal mesai saatlerinin kaçta başlayıp kaçta bittiği, hafta tatilinin ve normal çalışma günlerinin kaç gün olduğu saptanmalı, gerekirse tanık anlatımlarına yeniden başvurularak nöbet tutan personelin ertesi gün izin kullanma durumu şüpheye yer vermeyecek biçimde belirlenmelidir.

Bu şekilde nöbet tutulan haftalarda davacının normal mesai olarak çalıştığı saatleri, nöbetin sürdüğü saati ve ertesi gün de nöbet izninde olduğu ve 24 saat çalışmadığı nazara alınarak haftalık çalışma süresini belirlemek ve bu çalışma süresinden haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulüne karar vermek gerekir. Mahkemece bu hususlarda inceleme yapılarak, işin uzmanı bir bilirkişiden yeniden rapor

alınıp sonucuna göre bir karar verilmelidir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Kabule göre de, aynı işyerinde çalışan davacılara ait benzer dosyalarda bu dosyada dinlenmeyen davacı tanıklarının, işyerinde fesihten önceki son 6 ayda üçlü vardiya sistemine geçildiği konusundaki beyanları delil kabul edilerek, bu süre içinde davacının fazla çalışma yapmadığının dikkate alınmaması bozma nedeni sayılmıştır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.03.2008 günü, oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/37108
Karar No **:** 2008/6384
Karar Tarihi **:** 23.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***İşçinin görevi gereği emrindekilerin mesai çizelgelerini tanzim etmesi, bu çizelgelerde kendisine yer vermemesi fazla çalışma yapmadığı anlamına gelmez. Ayrıca, işçinin birim amiri tarafından denetlendiği de sabit olup, ücret ve fazla mesai ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşıldığından, fazla mesai ve kıdem tazminatı alacağının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı ve karşı davalı kıdem tazminatı ile kullanmadığı yıllık ücretli izinleri, fazla mesai ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının, davalı ve karşı davacı ise birleştirilen davada ihbar tazminatının tahsiline karar verilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle asıl davanın reddine karşı davanın gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davacı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25.03.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat ile karşı taraf adına Avukat geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

Davacı-karşı dava vekili, davacının işçilik haklarının ödenmemesi nedeni ile noter kanalı ile iş sözleşmesini haklı olarak feshettiğini, mutfak şefi olan davacının her gün 05.00–20.00 arası çalıştığını, tatillerde çalıştığını, kullanmadığı izinleri olduğunu, işverenin servisi ile işe gidip geldiğini, BÇM iş müfettişliğine şikâyette bulunduğunu belirterek kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı-karşı davacı vekili, aşçıbaşı olarak işe alınan ve 2001 yılında mutfak şefi olan davacının daha iyi şartlarda iş bulması nedeni ile haksız olarak iş sözleşmesini feshettiğini, ücreti ve kullanmadığı izinleri karşılığı ücretinin havale yolu ile ödendiğini, davacının kıdem tazminatı almak için bu yola başvurduğunu, davacının hiçbir fazla çalışma alacağı olmadığını, işveren vekili konumunda olduğunu, kendi emrinde çalışan 100 işçiden sorumlu olduğunu, çalışma saatlerini kendisinin belirlediğini, böyle bir iddiada bulunmasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu, davacıya konumu nedeni ile dolgun ücret ödendiğini, işyerinde fazla mesai yapılması için işçiden fazla mesai talep formu ve onay istendiğini, fazla çalışması olmadığını, tatil günleri çalışma olmadığını, davacının önel vermeden ayrıldığı için ihbar tazminatı ödemesi gerektiğini belirterek davanın reddini savunurken, birleştirilen karşı dava ile davacı işçiden ihbar tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davacının işyerinde mutfak şefi olarak görev yaptığı, görevi gereği mutfakta çalışan tüm personelin mesaisini belirlediği, fazla mesai çizelgesini bizzat davacının tanzim ettiği, davacının bu çizelgelerde adının olmadığı, davacının mesaisini kendisinin belirlediği, kendi inisiyatifinde olduğu, işverene bildirmesi gerektiği, bildirmediği, davacının mesaisini denetlemekle görevli ve yetkili başka bir birimin olmadığı, çizelgelerde mesai için bildirimde bulunmayan davacının fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücretini isteyemeyeceği, davacının fazla mesai alacağı isteme hakkı olmadığı ve iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı gerekçesi ile davacı-karşı davalı işçinin davasının reddine, davalı karşı davacı işverenin ihbar tazminatı isteminin kabulüne karar verilmiştir.

Fazla çalışma yapıldığını, genel, resmi ve bayram tatillerinde çalışıldığını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödendiğini ise işverenin kanıtlaması gerekir. İlke olarak işçi fazla çalışma yaptığını veya tatillerde çalıştığını tanıkla kanıtlayabilir. Fazla mesainin ve tatil çalışmalarının ispatlanmasında tanık beyanları, ücret ve fazla mesai bordrolarında fazla mesai ve tatil sütununun bulunması, işçinin fazla mesai ödemesi bulunan bordroları çekincesiz imzalaması, işin ve işçinin niteliği, mevsim gereği gibi unsurlar ve kanıtlar önem içerir.

Özellikle tanık anlatımlarının tarafsız olması, tanık beyanları arasında çelişki var ise giderilmesi gerekir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Tanık sözlerinin değerlendirilmesi açısından, gerektiğinde fazla çalıştığı iddia olunan işin, niteliği yönünden fazla çalışmaya elverişli bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Bordrolarda fazla çalışma ve tatil sütunu bulunduğu halde bu sütunun boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak kabul edilemez. Üzerinde fazla çalışma ve tatil sütunu bulunan ve ayın bazı günleri fazla çalışma yapıldığı, tatilde çalışıldığı öngörülen bordroları ihtirazı kayıt koymadan imzalayan işçi, bordroda fazla

mesai ve tatil ücreti ödemesi göründüğünden, sonradan fazla çalışma ve tatil ücreti talep edemez. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalışıldığına dair kayıt var ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise, o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir. Fazla ve tatil çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı şekilde vurgulanmıştır. Gerçekten de işçinin izin, hastalık, mazeret nedeni ile işe gidememesi, işin mevsim ya da siparişe göre azalması veya yoğunlaşması ve bu gibi nedenlerden dolayı uzun süre aynı şekilde fazla mesai yapması, tatillerde çalışması hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e maddesine göre, "işçinin ücretinin kanun hükümlerine (asgari ücretin altında ya da en geç ayda bir ödeme kuralını ihlal edecek şekilde) veya sözleşme hükümlerine göre ödenmemesi" işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı vermektedir. Burada geçen ücret kavramı geniş anlamda ücrettir, ikramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların da ödenmemesi bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işyerinde mutfak şefi olup, görev tanımında "davacının mutfak bölümünde emrindeki görevlilerin mesaini düzenleme görevi yanında, amirinin verdiği diğer görevleri de yapacağı" belirtilmiştir. Nitekim dosyaya sunulan mesai çizelgelerinde, davacının emrindeki işçilerin mesaisini tanzim ettiği, bu çizelgelere göre işyerinde fazla mesai yapıldığı, ancak çizelgelerde davacının adının yer almadığı anlaşılmaktadır. Esasen bu olgu uyuşmazlık dışıdır. Diğer taraftan davacının yıllık ücretli izin belgelerinin amir konumundaki kişi tarafından onaylandığı da belgelerden görülmektedir. Davalı işverenin Anonim şirket olduğu, Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bulunduğu, Genel Müdür ve temsile yetkili kişilerle işlemlerini yürüttüğü tartışmasızdır. Bu işyerinde mutfak bölümünde görev yapan ve görevi mutfak şefi olan davacının bu tür bir şirkette üst düzey bir yönetici olduğunu ve mesailerini kendisinin tanzim ettiğini kabul etmek, doğru değildir. Görevi gereği emrindekilerin mesai çizelgelerini tanzim eden davacının, mesai çizelgelerinde kendisine yer vermemesi, fazla mesai yapmadığı anlamına gelmediği gibi, bu alacağı talep hakkı olmayacağı sonucunu da doğurmayacaktır. Davacının işyerinde birim amirinin olduğu,

bu birim amiri tarafından denetlendiği, dolayısı ile mesailerini kendisinin belirlemediği sabittir. Davacının işyerinde fazla mesai yaptığı ve ücretinin davalı işveren tarafından ödenmediği, bu ödenmeme nedeni ile davacının iş sözleşmesini feshinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davacının fazla mesai ücret alacağı ve kıdem tazminatının kabulü, karşı dava ihbar tazminatı isteğinin ise reddi gerekir. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/37217
Karar No **:** 2008/6391
Karar Tarihi **:** 25.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ: Fazla mesai alacaklarının tespitinde, fazla mesai yapıldığına dair kayıt varsa, bu dönemler için de hesaplama yapılmalı ve bu kayıtlara göre eksik ödeme varsa, ödenen kısım mahsup edilerek karar verilmelidir.

DAVA: Taraflar arasındaki, ihbar, kıdem tazminatı ile ödenmeyen işçilik alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi taraflar avukatlarınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25.03.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına avukat ile karşı taraf adına avukat geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Fazla çalışma yapıldığını, genel, resmi ve bayram tatillerinde çalışıldığını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücretinin ödendiğini işverenin kanıtlaması gerekir. İlke olarak işçi fazla çalışma yaptığını veya tatillerde çalıştığını tanıkla kanıtlayabilir. Fazla mesainin ve tatil çalışmalarının ispatlanmasında, tanık beyanları, ücret ve fazla mesai bordrolarında fazla mesai ve tatil sütununun bulunması, işçinin fazla mesai ödemesi

bulunan bordroları çekincesiz imzalaması, işin ve işçinin niteliği, mevsim gereği gibi unsurlar ve kanıtlar önem içerir.

Özellikle tanık anlatımlarının tarafsız olması, tanık beyanları arasında çelişki var ise giderilmesi gerekir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Tanık sözlerinin değerlendirilmesi açısından, gerektiğinde fazla çalışıldığı iddia olunan işin, niteliği yönünden fazla çalışmaya elverişli bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Bordrolarda fazla çalışma ve tatil sütunu bulunduğu halde bu sütunun boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak kabul edilemez. Üzerinde fazla çalışma ve tatil sütunu bulunan ve ayın bazı günleri fazla çalışma yapıldığı, tatilde çalışıldığı öngörülen bordroları ihtirazı kayıt koymadan imzalayan işçi, bordroda fazla mesai ve tatil ücreti ödemesi göründüğünden, sonradan fazla çalışma ve tatil ücreti talep edemez. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalışıldığına dair kayıt var ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir.

Dosya içeriğine göre, davacının fazla çalışmaları 01.11.2001 tarihinden sonraki kayıtlara dayanmaktadır. Kayıtların bulunduğu durumda ise fazla mesai ücreti ödenen aylar için hesaplama yapılmalı, ancak ödenen kısım mahsup edilmelidir. Mahkemece kayda dayanan, ancak fazla mesai ücret ödemesi öngörülen aylar için fazla mesai ücreti hesaplanmaması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, 25.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/4429
Karar No **:** 2008/6641
Karar Tarihi **:** 28.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Ayın her haftasında farklı çalışılmakta ise, işçinin çalışması her hafta için ayrı ayrı belirlenmeli, fazla çalışma süresi de, haftalık olarak belirlendikten sonra, çalıştığı hafta sayısı üzerinden hesap yapılmalıdır.***

DAVA : Davacı, fazla mesai ile vardiya priminin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davacının dayandığı günlük çalışma şeklini ve giriş çıkış saatlerini gösteren puantajlar dosyada bulunmamaktadır. Bu puantajlar celbedilmeden birinci dosyanın davacısı olan davacı tanığının beyanına göre çalışma saatlerinin belirlenmesi hatalıdır.

Kabule göre ise;

3-Davalı işveren davacıya fazla mesai ve vardiya prim alacağının ödendiğini savunmaktadır. Bugün seri halde incelemesi yapılan dosyalardan …'e ait dosyada da ödeme belgelerinin mevcut olduğu görülmüştür. Her davacı için fazla mesai ve vardiya primi ödenmesine dair ödeme belgeleri istenerek dosyasına konulmalıdır. Dairemizin bu konudaki yerleşmiş içtihadı gereğince ihtirazı kayıtsız fazla mesai ve vardiya primi ödenen aylar hesaba dâhil edilmeden diğer aylar için anılan alacaklar hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

4-Davacının 12 saatlik çalışmasından bir saat ara dinlenme mahsup edilmiştir. Yaptığı görevin niteliğine göre bir buçuk saat ara dinlenme yaptığı kabul edilmelidir.

5-Davacı işçi iki gün çalıştıktan sonra üçüncü gün çalışmayarak dinlenmektedir. Bu çalışma şeklinde ayın her haftasında farklı çalışılmakta, örneğin dört gün çalışılan ayın üçüncü haftasında 45 saat aşılmadığından fazla mesai gerçekleşmemektedir. Bu nedenle davacının çalışması her hafta için ayrı ayrı belirlenmeli, fazla çalışma süresi haftalık olarak belirlendikten sonra çalıştığı hafta sayısı kadar hesap yapılmalıdır. Yazılı şekilde aylık çalışmanın fazla olarak tespiti ve sonra ortalama haftalık çalışma süresinin nazara alınması yerinde değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/18589
Karar No **:** 2008/7133
Karar Tarihi **:** 01.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***İşçi, üst düzey yönetici konumunda, çalışma düzenini kendi belirliyorsa ve kendisine görev ve sorumlulukları nedeni ile ücret ve prim ödemesi takdir edilmişse, ayrıca fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücretine hak kazanamaz.***

DAVA : Taraflar arasındaki, prim, fazla mesai, hafta ve genel tatil gündelikleri, ücret ile araç kira bedelinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan

alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 01.04.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat … ile karşı taraf adına Avukat … geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı hafta, genel ve bayram tatillerinde çalıştığını ve her gün fazla mesai yaptığını iddia ederek, fazla mesai, tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren ise, davacının üst düzey yönetici olduğunu, mesaisini kendisinin işverenin onayı olmadan belirlediğini, işverenin onayı olmadan işçinin kendi insiyatifi ile yaptığı fazla ve tatil çalışmalarından işverenin sorumlu tutulamayacağını, bordroları da ihtirazı kayıt koymadan imzalaması nedeni ile fazla mesai ve tatil ücreti talep edemeyeceğini, müdür konumu nedeni ile fazla mesai ücretinin ödenen ücretin içinde olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, uçuş hizmetleri müdürü olarak görev yapan işçinin üst düzey yönetici konumunda sayılamayacağı, havaalanındaki işyerinin işverenin bürosu niteliğinde olduğu, uçakların kalkış iniş saatlerine göre davacının işyerinde çalışmasının zorunlu olduğu, mesai saatlerini kendisinin belirlenmesinin mümkün olmadığı, davacının yaptığı işin fazla mesai ve tatil çalışma yapılmasının gerektirdiği, tanıkların doğruladığı, davacının ara dinlenme sonrası günde 2,5 saat fazla mesai yaptığı, hesaplanan fazla mesai ve tatil alacaklarından hakkaniyet indiriminin açılacak ek davada değerlendirileceği gerekçesi ile fazla mesai, hafta ve ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarının kabulüne karar verilmiştir.

Fazla çalışma yapıldığını, hafta, genel, resmi ve bayram tatillerinde çalışıldığını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücretin ödendiğini ise işverenin kanıtlaması gerekir. İlke olarak işçi fazla çalışma yaptığını veya tatillerde çalıştığını, yazılı deliller dışında tanık dinleterek de kanıtlayabilir. Fazla mesainin ve tatil çalışmalarının ispatlanmasında tanık beyanları, ücret ve fazla mesai bordrolarında fazla mesai ve tatil sütununun bulunması, işçinin fazla mesai ödemesi bulunan bordroları çekincesiz imzalaması, işin ve işçinin niteliği, mevsim gereği gibi unsurlar ve kanıtlar önem içerir.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla ve tatil çalışmaları karşılığı ücrete hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret talep hakkı doğar.

Özellikle tanık anlatımlarının tarafsız olması, tanık beyanları arasında çelişki var ise giderilmesi gerekir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Tanık sözlerinin değerlendirilmesi açısından, gerektiğinde fazla çalıştığı iddia olunan işin, niteliği yönünden fazla çalışmaya elverişli bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Bordrolarda fazla çalışma ve tatil sütunu bulunduğu halde bu sütunun boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak kabul edilemez. Üzerinde fazla çalışma ve tatil sütunu bulunan ve ayın bazı günleri fazla çalışma yapıldığı, tatilde çalışıldığı öngörülen bordroları ihtirazı kayıt koymadan imzalayan işçi, bordroda fazla mesai ve tatil ücreti ödemesi görüldüğünden, sonradan fazla çalışma ve tatil ücreti talep edemez. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalışıldığına dair kayıt var ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise, o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir. Fazla ve tatil çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı şekilde vurgulanmıştır. Gerçekten de işçinin izin, hastalık, mazeret nedeni ile işe gidememesi, işin mevsim ya da siparişe göre azalması veya yoğunlaşması ve bu gibi nedenlerden dolayı uzun süre aynı şekilde fazla mesai yapması, tatillerde çalışması hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.

Fazla mesai ve tatil çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda, işçinin uzun süre aynı şekilde fazla mesai yapması, tüm tatillerde çalışması, yasal ve mazeret izni kullanması, hastalık, tatil günleri gibi nedenlerle hayatın olağan akışına uygun düşmediği, bu nedenle hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K). Fazla ve tatil çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü bu indirimi, çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Bir başka anlatımla, örneğin günde üç saat fazla çalışma yerine iki saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulünün hakkaniyete uygun olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Fazla ve tatil çalışma ücretinden yapılacak indirim aslında kabul edilen fazla ve tatil çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısmı için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Zira burada belirlenen bir miktar vardır ve yargılama giderinden olan avukatlık ücretinin ret ve kabul oranına göre resen belirlenmesi zorunludur.

Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işverenin … işyerinde Uçuş Hizmetler Müdürü olarak çalıştığı, iş sözleşmesinde yüksek ücret yanında, satışların belli bir oranında prim ödeneceği, ayrıca işe gidiş gelişlerinde kullanılmak üzere araç kiralanacağı, araç kira bedelinin işveren tarafından karşılanacağı kararlaştırılmıştır. İş

sözleşmesindeki bu ayrık düzenlemeler dikkate alındığında, davacının üst düzey yönetici olduğu, çalışma düzenini kendisinin belirlediği tereddüde yer vermeyecek şekilde açıktır. Davacıya görev ve sorumlulukları nedeni ile ücret ve prim ödemesi takdir edildiğinden, ayrıca fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücreti talep etmesi olanaklı değildir. Fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.

3- Kabule göre, fazla mesai ve hafta tatillerinde hakkaniyet indiriminin açılacak ek davada değerlendirilmesi gerektiği yönündeki gerekçe de hatalıdır. Zira buradaki indirim ücretten değil, yukarıda açıklandığı gibi, fazla mesai ve tatil çalışmalarından yapılan indirimdir. Bu nedenle kısmi davada olsa, bu çalışmalardan indirim yapılması ve ek davaya tespit niteliği verecek şekilde belirlenmesi gerekir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/33244
Karar No **:** 2008/7135
Karar Tarihi **:** 01.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : İş sözleşmesinde, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu belirtilmiş ise, bu çalışmanın en fazla yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak aylık ücretin içinde olduğu kabul edilmelidir. Bu sınırlamanın üstünde fazla çalışmanın kanıtlanması halinde, fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

DAVA : Taraflar arasındaki, fazla mesai, hafta ve ulusal bayram ve genel tatil gündelikleri karşılığı ücret alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davalı avukatınca duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 01.04.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat … ile karşı taraf adına Avukat … geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1.Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Fazla çalışma yapıldığını, genel, resmi ve bayram tatillerinde çalışıldığını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödendiğini ise işverenin kanıtlaması gerekir. İlke olarak işçi fazla çalışma yaptığını veya tatillerde çalıştığını yazılı deliller dışında tanıkla da kanıtlayabilir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla mesainin ve tatil çalışmalarının ispatlanmasında tanık beyanları, ücret ve fazla mesai bordrolarında fazla mesai ve tatil sütununun bulunması, işçinin fazla mesai ödemesi bulunan bordroları çekincesiz imzalaması, işin ve işçinin niteliği, mevsim gereği gibi unsurlar ve kanıtlar önem içerir. Bordrolarda fazla çalışma ve tatil sütunu bulunduğu halde bu sütunun boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak kabul edilemez. Üzerinde fazla çalışma ve tatil sütunu bulunan ve ayın bazı günleri fazla çalışma yapıldığı, tatilde çalışıldığı öngörülen bordroları ihtirazı kayıt koymadan imzalayan işçi, bordroda fazla mesai ve tatil ücreti ödemesi göründüğünden, bordro düzenlenen aylar için sonradan fazla çalışma ve tatil ücreti talep edemez. Keza bordrolarda davacı imzası olmasa bile, ücret banka hesabına yatırılarak ödeniyor ve hesap çekilirken ihtirazı kayıt konulmamış ise, banka yolu ile yapılan fazla mesai ve tatil ücretleri ödemelerinin de dikkate alınması gerekir. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalışıldığına dair kayıt var ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise, o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda, işçinin uzun süre aynı şekilde fazla mesai yapması, yasal ve mazeret izni kullanması, hastalık, tatil günleri gibi nedenlerle hayatın olağan akışına uygun düşmediği, bu nedenle hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü bu indirimi, çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Bir başka anlatımla, örneğin günde üç saat fazla çalışma yerine iki saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulünün hakkaniyete uygun olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Fazla çalışma ücretinden yapılacak indirim aslında kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Zira burada belirlenen bir miktar vardır ve yargılama giderinden olan avukatlık ücretinin ret ve kabul oranına göre resen belirlenmesi zorunludur. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir. Başka bir anlatımla fazla ve tatil çalışmaları kayda dayanmakta ise, takdiri indirime gidilmemesi gerekir.

Dosya içeriğine göre, davacının işyerinde idari kadro olan reyon şefi olarak çalıştığı, kendisi ile imzalanan iş sözleşmesinde, açıkça yılda 270 saat fazla mesainin,

kararlaştırılan ücretin içinde olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme yukarıda açıklandığı gibi geçerlidir. Davacı fazla mesai yapsa da yapmasa da sözleşmedeki ücrete hak kazanacaktır. Ancak fazla mesai yapıldığında, yapılan fazla mesainin yıllık 270 saatlik bölümü anılan ücretin içinde sayılacaktır. Dolayısı ile önceden fazla mesainin ücretin içinde kararlaştırılamayacağı, izin ücretinin sözleşmedeki ücret üzerinden ödendiği, bu nedenle 270 saatlik yıllık fazla mesainin ücretin içinde kabul edilemeyeceği gerekçesi yerinde değildir. Mahkemece, hesaplanan fazla çalışmalardan yıllık 270 saatlik kısmın ücretin içinde kabul edilmemesi ve mahsubu yoluna gidilmemesi hatalıdır.

3. İşyerinde fazla çalışmaların işyeri kayıtları ve tanık anlatımlarına dayanılarak saptandığı anlaşılmaktadır. Kayda dayalı hesaplamalarda yukarıda açıklandığı gibi bir indirime gidilmemesi gerekir. Bu nedenle bilirkişi tarafından % 30 indirime tabi tutulan fazla çalışma ücretlerine, ayrıca mahkemece ilave olarak % 10 oranında indirim yapılması isabetsiz bulunmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının davacıya, davacı yararına takdir edilen 550,00 YTL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/18319
Karar No **:** 2008/10165
Karar Tarihi **:** 24.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : İşçinin iş sözleşmesi döneminde yürürlükte olmayan yasa ve TİS nin uygulanması hatalı olup, eğer 1475 sayılı Yasa dönemindeki TİS nde haftalık çalışma süresi 40 saat olarak kabul edilmiş ise, bu süreyi aşan kısım fazla çalışma olarak kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, fazla çalışma alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Davacının yaptığı fazla çalışmanın tamamının bordroya yansıtılıp yansıtılmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut olayda, davacı, işveren tarafından her ay bir kısım fazla çalışma ücretinin ödendiğini kabul etmiştir. Ancak, gerçekte bordroda gösterilenden daha fazla çalışma yaptığı halde eksik gösterildiğini iddia etmekte ve bu konuda işe giriş ve çıkış saatlerinde bastığı saat kartlarına dayanmaktadır.

Mahkemece işverenden hizmet akdi dönemindeki saat kartları istenmiş; tekide rağmen gönderilmemiş, davalı tarafından bu konuda bir açıklama yapılmamıştır.

O halde mahkemece yapılacak iş; gerektiğinde bilirkişi ile birlikte işyeri saat kartları ve kayıtları hakkında inceleme yapmak ve sonucuna göre karar vermek olmalıdır. Eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

2- Davacı, Toplu İş Sözleşmesine de dayanmıştır.

Bu nedenle, davacının ne zaman sendika üyesi olduğuna dair sendika üyelik fişi ve mahkemece kabul edilen 13.12.2000-14.01.2003 tarihleri arasındaki iş sözleşmesi süresince yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmeleri getirtilmeli ve dosya içine konulmalıdır.

Davacının iş sözleşmesi 1475 sayılı Kanun döneminde başlayıp sona ermiştir. Taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır

Hükme esas alınan raporu düzenleyen bilirkişinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinden sonra imzalanan Toplu İş Sözleşmesini esas

aldığı şeklinde açıklama yaptığı görülmektedir. Davacının iş sözleşmesi döneminde yürürlükte olmayan Yasa ve Toplu İş Sözleşmesinin uygulanması hatalıdır.

Ayrıca bilirkişi dava ile ilgisiz Toplu İş Sözleşmesini uygularken, haftalık normal çalışma süresinin 40 saat olarak kabul edildiğini belirterek, 40 saati aşan kısımları fazla çalışma olarak kabul etmiştir.

Haftalık iş süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlenmesi mümkündür. Bu halde haftalık çalışma süresini aşan 45 saate kadar çalışmalar "fazla sürelerde çalışma" olarak nitelendirilmektedir.

1475 sayılı Kanun döneminde, Dairemizin kararlılık kazanan içtihatlarına göre, fazla sürelerde çalışmaya normal ücret ödenmesi gerekmektedir. Ancak, Toplu iş Sözleşmesi ile davalı işveren haftalık normal çalışma süresini 40 saat olarak kabul etmiş ise, Toplu iş Sözleşmesi hükümlerine uyularak 40 saati aşan kısmın fazla çalışma olarak kabul edilip hesaplama yapılması gerekir.

Bu nedenle öncelikle iş akdinin başlangıcından beri davacının sendika üyesi olup olmadığı veya dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma koşullarının varlığı, tüm hizmet dönemi içinde Toplu Sözleşme düzeni bulunup bulunmadığı, varsa, haftalık çalışma süresinin ne kadar kabul edildiği saptanmalı ve bilirkişi raporu açıklanan hususlar yönünden denetlenmelidir. Eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/16918
Karar No **:** 2008/10275
Karar Tarihi **:** 25.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ ***: İşçi lehine yorum ilkesi gereği, miktar içermeyen ibranameye değer verilmemelidir. İşverence ibranamenin doğruluğu yazılı delille kanıtlanamadığı durumda işçi, miktarı gösterilmeyen hakları kazanır.***

DAVA: Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ile genel tatil ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununa bu madde alınmamıştır. Bir kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kuruma yer verilmemiş oluşunun ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür(Berki, Şakir: Borçların Sukutu, AÜHF, Cilt XII. s. 237). Bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmektedir (Feyzi oğlu, F.N: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, s. 351). Bu noktada ibra sözleşmesinin bir ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23-31 maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir.

Konuya dair somut çözümlere gelince; öncelikle belirtmek gerekir ki, iş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir

borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönünde Yargıtay uygulaması istikrar kazanmıştır.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz etkisinde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davaları yönünden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinin uygulaması çerçevesinde, gerçek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunması durumunda ibra belgelerine değer verilmeyeceğini kabul etmektedir. Yargıtay 11. HD. 11.03.2004 gün 2003/7655 E, 2004/ 2411 K.) 2918 sayılı yasanın 111. maddesinde, "Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir" şeklinde kurala yer verilmiş olup, benzer bir çözüme Yargıtay'ca iş kazalarından doğan tazminat davalarında da gidildiği görülmektedir (Yargıtay HGK 07.12.2005 gün 2005/21-665 E, 2005/712 K).

Son olarak miktar içermeyen ibra sözleşmelerinin borcu sona erdiren etkisi üzerinde durulmalıdır. Yargıtay, tacirler arasındaki düzenlenen ibra sözleşmesinin açık ve kesin olması yanında hangi borçla ilgili olduğunun belirlenmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, miktar içermemesini geçersizlik nedeni olarak saymamıştır (Yargıtay HGK 28.04.2004 gün 2004/ 15-105 E, 2004/230 K). Ancak İş Hukukunda sorunun benzer şekilde çözümü mümkün olmaz. Geçimini emeği ile sağlayan bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmeyeceği varsayımından yola çıkıldığında, miktar içermeyen ibranameye değer verilmesi doğru olmaz, İş Hukukunda işçi lehine yorum ilkesi de bunu gerektirir. Dairemizin daha önceki kararlarında da miktar içermeyen ibranameye değer verilmemektedir (Yargıtay 9.HD. 28.05.1996 gün 1995/ 38219 E, 1996/ 12005 K). Ancak özellikle 2001 yılından sonra verilen bazı kararlarda miktar içermese de fesihten sonra düzenlenen ve işçilik alacaklarının ismen sayıldığı ibra sözleşmelerine geçerlilik tanınmıştır(Yargıtay 9.HD. 25.04.2001 gün 2001/4006 E, 2001/7055 K. ve Yargıtay, 9.HD. 10.12.2002 gün 2002/10816 E, 2002/ 23501 K). Yargıtay'ın diğer İş Dairelerinde de miktar içermeyen ibra sözleşmelerine değer verilmemektedir (Yargıtay 10.HD. 23.10.2003 gün 2003/ 5745 E, 2003/7375 K; Yargıtay 21.HD. 18.4.2005 gün 2005/1585 E, 2005/ 3896 K). Yeni Borçlar Kanunun Tasarısının 419. maddesinde de miktar içermeyen ibranamenin geçersiz olduğu açık biçimde ifade edilmiştir. Bütün bu olgulara göre konunun yeniden değerlendirilmesi sonucu ve yukarda belirtilen gerekçelerle İş Hukuku açısından miktar içermeyen ibra sözleşmelerinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır. İbranamenin gerçeği yansıtmadığı itirazı karşısında işverence ibranamenin doğruluğunun yazılı delille kanıtlanması gerekir. Aksi halde ibranamenin geçerliliği kanıtlanamadığından işçi, miktarı gösterilmeyen hakları kazanır.

Somut olay yönünden ibraname ile davacıya sadece 1670 günlük kıdem tazminatı ödenmiştir. Fazla mesai alacağı ödenmediği gibi, yıllık ücretli izin alacağı ibranamede yer almamaktadır. Böyle olunca fazla mesai ve yıllık ücretli izin alacağının bilirkişi tarafından hesaplandığı şekli ile kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/18990
Karar No **:** 2008/12208
Karar Tarihi **:** 12.05.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : Fazla çalışmanın ispatı konusunda yazılı belgenin bulunduğu hallerde, tanık ifadelerine değer verilemez.

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ile hafta ve resmi tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı davalı işyerinde satış danışmanı olarak haftanın iki günü 10-22, diğer günlerde ise 14-22 saatleri arasında çalıştığını belirterek fazla mesai alacağı isteminde bulunmuştur

Davalı ise işyerinde vardiya sisteminin uygulandığını ve davacının fazla mesai yapmadığını belirterek puantaj kayıtlarına dayanmıştır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, puantaj kayıtlarının ve tanık beyanlarının birlikte değerlendirilmesi ile haftalık beş saat fazla mesai yaptığı kabul edilmiştir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler delil niteliğindedir. 18.10.2004 tarihinden sonraki günlere ilişkin olarak haftalık puantaj kayıtları davalı tarafından ibraz edilmiştir. Söz konusu kayıtlarda ise günlük çalışma saatleri düzenlenmiş ve personel tarafından imzalanmıştır. Yazılı belgenin bulunduğu hallerde artık tanık ifadelerine değer verilemez.

Bu sebeple mahkemece yapılacak iş, puantaj kayıtlarının ibraz edildiği dönemler itibariyle sadece bu kayıtlara dayalı olarak fazla mesai alacağını hesaplamaktan ibarettir. Yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/25935
Karar No **:** 2008/24130
Karar Tarihi **:** 19.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : Fazla mesai alacağı, ihtirazı kayıtsız fazla mesai ücreti ödenen aylar için hesaplanamaz.

DAVA : Davacı, fazla mesai ile vardiya prim alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacının davalıya ait bina ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarından yarım saat, 14 saatte kadar süren çalışmalarından bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saatte kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süre olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

3- Dairemizin kararlılık kazanmış uygulanmasına göre fazla mesai alacağı ihtirazı kayıtsız fazla mesai ücreti ödenen aylar için hesaplanamaz. Hükme esas alınan raporda toplam alacaktan ödenen fazla mesailer indirilerek kalanının kabulüne karar verilmiştir. Davacının bu ödemelere itirazı yoktur. Bu durumda fazla mesai ücreti ödenen ayların hesaba dâhil edilmemesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/22720
Karar No **:** 2008/25706
Karar Tarihi **:** 07.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Fazla çalışma ücreti hesabının işveren kayıtlarına dayanması durumunda indirime gidilmesi doğru değildir.***

DAVA : Davacı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti ve toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Hüküm altına alınan fazla çalışma ücretleri davalı işverenin kayıtlarında yer alan çalışma saatlerine göre hesaplanmıştır. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre fazla çalışma ücreti hesabının işveren kayıtlarına dayanması durumunda indirime gidilmesi doğru değildir. Somut olay bakımından da işveren belgelerine değer verilerek hesaplamaya gidildiği halde, belirlenen fazla çalışma ücretlerinden %30 oranında indirime gidilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/25716
Karar No **:** 2008/28014
Karar Tarihi **:** 21.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

<u>ÖZÜ</u> <u>:</u> Günde 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulmayıp, karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gerekir.

<u>DAVA</u>: Davacı, izin, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

<u>KARAR</u>: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi kesinleşen işe iade kararının tebliği üzerine ve süresi içinde işe başlamak için işverene 03.08.2006 tarihinde başvurmuş ve aynı gün açmış olduğu bu davada bir kısım işçilik alacakları yanında izin ücreti isteğinde bulunmuştur. İşverence davacı işçinin işe başlatılmadığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının iş sözleşmesinin feshedildiği tarih, işe başvuru tarihini izleyen bir aylık işe başlatma süresinin sonudur. 03.09.2006 tarihinde gerçekleşen bu fesih öncesinde davacının izin ücreti alacağı muaccel olmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesine göre izin ücreti, iş sözleşmesinin feshi ile ücrete dönüşür. Bu durumda 03.08.2006 tarihinde davacı işçinin yıllık izin ücreti doğmamış olduğundan, kısmi davada talep edilen izin ücreti bakımından davanın reddine karar verilmelidir.

3- Davacı işçi fazla çalışma ücreti talebinde bulunmuş, mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir. Davacının davalıya ait akaryakıt istasyonunda çalıştığı sürede 24 saat çalışıp 24 saat dinlendiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda 24 saat olan çalışma süresinden 3 saat ara dinlenmesi çıkarılmış ve günde 21 saat çalışma kabul edilerek hesaplamaya gidilmiştir. Aynı mahkemede seri halde yargılaması yapılan bazı dosyalarda hesap yöntemi daha farklı şekilde belirlenmiş, bazılarında günde 2 saat, bazılarında ise 4 saat ara dinlenmesi düşülmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.04.2006 tarih ve E:2006/9-107,K:2006/144 sayılı kararında, günde 24 saat çalışmanın geçerli olduğu işyerleri bakımından ara dinlenmeleri ve kişisel ihtiyaçlar için zorunlu süre çıkarıldığında günlük çalışma süresi 14 saat olarak kabul edilmiştir. Somut olayda da davacının akaryakıt istasyonundaki görevinde 24 saatlik zaman diliminde birkaç saatlik ara dinlenmesi düşülerek kalan sürenin tamamı için hesaplama yapılması doğru değildir. Dairemizin hukuk genel kurulu tarafından da benimsenen görüşlerine uygun olarak somut olay yönünden de günde 14 saat çalışma kabul edilmelidir. Buna göre davacının akaryakıt istasyonunda çalıştığı süre içinde, ilk hafta 56 saat, ikinci hafta 42 saat çalışması ortaya çıkmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde 45 saati aşan süreler fazla çalışma sayılacağından, ilk hafta için fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinden sonraki çalışmalar bakımından ise,

aynı yasanın 63. maddesi hükmü uyarınca denkleştirmeye gidilmelidir. Bununla birlikte belirtilen yasanın 63. maddesinde, haftalık normal iş süresinin haftanın çalışılan günlerine günde 11 saati aşmamak üzere farklı şekilde dağıtılabileceği öngörülmüş olmakla, Dairemizin uygulaması gereği günde 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulmayıp, karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gerekir.

Somut olayda davacı işçinin akaryakıt istasyonunda çalıştığı dönemle ilgili olarak uygulanacak olan İş Kanunu hükümlerine göre yukarıda belirtilen esaslar dâhilinde hesaplama yapılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/29051
Karar No **:** 2008/28165
Karar Tarihi **:** 21.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Taraflar arasında iş ilişkisinin devam ettiği sırada ücret bordrolarına eklenen "fazla mesai yapmadım, aylık istihkakımı tam olarak aldım" şeklindeki ifadelerin geçerli olmadığı kabul edilmelidir.***

DAVA: Davacı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş ise de; davalı avukatınca duruşma talep edilmiş, HUMK. nun 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı çalıştığı süredeki fazla çalışma ve hafta tatili ücreti alacakları isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece, 2001 Aralık ayı ve sonraki döneme ilişkin bordrolarda davacının fazla çalışma yapmadığına ve hafta tatillerinde çalışmadığına dair beyanının bulunduğu ve bordroların davacının imzasını taşıdığı gerekçesiyle 2001 yılı Aralık ayı ve sonraki döneme ilişkin istekleri kabul edilmemiştir.

a) Davacının imzasını taşıyan 2001 yılı Aralık ayı ve sonrasına ait aylık ücret bordrolarında "fazla mesai yapmadım, aylık istihkakımı tam olarak aldım" ibaresi yazılıdır. Ancak söz konusu bordrolarda fazla mesai tahakkuku bulunmamaktadır. Taraflar arasında iş ilişkisinin devam ettiği sırada ücret bordrolarına eklenen bu tür ifadelerin geçerli olmadığı kabul edilmelidir. Davacı işçi bahsi geçen dönem içinde fazla çalıştığını kanıtlaması durumunda zamlı olarak karşılığını talep edebilmelidir.

Somut olayda da davacının işyerinde 12 saat esasına göre 2 vardiya olarak çalıştığı sabit olmuştur. Böyle olunca 2001 yılı Aralık ayından fesih tarihine kadar olan dönem için fazla mesai tahakkuku bulunan aylar hesaplama dışı bırakılmak suretiyle fazla çalışma ücreti hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

b) Aynı döneme ilişkin ücret bordrolarının bir kısmında ücret bordrolarında "hafta tatillerinde çalışmadım", "hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalışmadım", "aylık istihkakımı tam olarak aldım" ibareleri yazılı ise de yukarıda açıklandığı üzere iş ilişkisi devam ettiğinden bu ifadenin geçerli olmadığı kabul edilmelidir. 02.04.2004 tarihli bilirkişi kurulu raporu ile de belirlendiği üzere, bordrolarda 4857 sayılı Yasanın 46.maddesine göre çalışmaksızın hak ettiği hafta tatili ücretinin tahakkuk ettirildiği anlaşılmaktadır.

21.04.2000-30.11.2001 tarihleri arasındaki süreye ilişkin bilirkişi raporunda hesaplanan hafta tatili alacağının da hangi gerekçe ile reddedildiği açıklanmamıştır.

Davacı tanık beyanları ile hafta tatili günlerinde çalıştığı kanıtlandığından 21.04.2000 tarihinden fesih tarihine kadar olan dönemde hafta tatili ücreti alacağı da belirlenmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34409
Karar No **:** 2008/33551
Karar Tarihi **:** 05.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönündeki kurallara, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak değer verilmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının temyizine gelince;

Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Somut olayda, taraflar arasında imzalanan hizmet sözleşmesinde fazla çalışma alacağının ücrete dahil olduğu düzenlemesi bulunmaktadır. Bu nedenle davacının ücret bordroları, taraf tanık beyanları ve tüm dosya içeriği birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak gerekirse yeniden hesap bilirkişisinden rapor alınarak davacının yılda 270 saatten çok fazla çalışma yapıp yapmadığı belirlenmeli, 270 saatin üzerinde çalışması var ise bunun davacının diğer istekleri yönünden değerlendirilmesi için kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/32702
Karar No **:** 2008/35182
Karar Tarihi **:** 23.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : İş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm temyiz itirazları ile davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi fazla çalışma ücreti ile hafta tatili ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İşyerinde 3 vardiya usulü çalışıldığı ve vardiya sistemine tabi olmayan bazı işçilerin de 08.30-17.00 saatleri arasında çalıştığı davacı tanıkları tarafından açıklanmıştır. Tanıklardan biri ayda 7-8 saati geçmeyen fazla çalışmadan söz etmiş, diğer davacı tanığı ise yılda 8-10 saat fazla çalışma yapılmış olabileceği yönünde genel bir açıklamada bulunmuş, davacı işçi yönünden açık biçimde fazla çalışma olgusuna değinilmemiştir. Yine davacı tanıklarının tamamı haftada altı gün çalışıldığını ifade etmişlerdir. Davacı vekili tanık beyanlarına karşı bir itirazda bulunmamıştır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda da davacının fazla çalışma yapmadığı ve hafta tatillerinde çalışmadığı belirtilmiş, mahkemenin takdirine göre bir hesaplamaya gidildiği bildirilmiştir.

Dosya içinde bulunan İş Müfettişliği raporunda, işyerinde günlük puantaj kayıtlarının incelenmesinde fazla çalışma yapılmadığı ve hafta tatillerinin kısmen kullandırılmadığı yönünde tespit yapıldığı bildirilmiştir. Dosyada bir kısım puantaj kayıtları mevcut olup sözü edilen kayıtlara göre de fazla çalışma ile hafta tatili

çalışmasının tespiti mümkün olamamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92. maddesine göre iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Somut olayda davacı işçi yönünden haftalık 45 saatin aşılmadığı ve hafta tatillerinin kullanıldığı dosya içeriği ile sabit olmuştur. Böyle olunca fazla çalışma ile hafta tatili ücreti isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9340
Karar No **:** 2009/1090
Karar Tarihi **:** 03.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Satış temsilcilerinin yararlandığı prim uygulamasına tabi olmaksızın, işyerinde tanzim ve teşhir elemanı olarak çalıştığı kesinleşen işçinin hak ettiği fazla çalışmaların karşılığı ödenmelidir.***

DAVA : Davacı, fazla çalışma alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece davacının satış temsilcisi olarak işverence tahsis edilen araçla çalıştığı ve belli bir kotayı doldurmak ve satış primine hak kazanmak için yapmış olduğu çalışmaların fazla çalışma olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Davacının işyerinde satış temsilcisi olarak çalışmadığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün tespitleri ile dosya içinde bulunan diğer yazılı belgelerin içeriğine göre davacı işçi değişik süpermarketlerde tanzim ve teşhir elemanı olarak görev yapmıştır. Davacı ile bir kısım işçilerin iş sözleşmeleri devam ettiği sırada Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne başvuru sonucunda düzenlenen raporda, işyerinde tanzim ve teşhir elemanı olarak çalışan işçilerin günde 1,5 saat ve haftada 9 saat fazla çalışma yaptığı, karşılığının işverence ödenmediği tespit olunmuştur.

Bilirkişi raporunda da fazla çalışmaların karşılığının ödenmediği belirlenmiş, ancak davacının satış temsilcisi olduğundan söz edilerek fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağı şeklinde değerlendirme yapılmıştır. Davacı vekili rapora karşı itirazında, davacının işyerinde tanzim ve teşhis elemanı olarak çalıştığını, prim uygulamasına tabi olmadığını ve araç tahsis edilmediğini bildirmişse de mahkemece bu itiraz üzerinde durulmamıştır. Karar bu yönüyle hatalı olup, bilirkişiden ek rapor alınarak davacının itirazlarının değerlendirilmesi istenmeli ve dosya içinde bulunan delil durumuna göre fazla çalışma ücreti hesaplanarak, indirim hususu da düşünülmek suretiyle bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu fazla çalışma ücreti isteğinin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42573
Karar No **:** 2009/10858
Karar Tarihi **:** 16.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***İşçinin imzasını taşıyan ücret bordrolarının bazılarında fazla çalışma ücreti tahakkuku bulunduğunda, fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılan ayların hesaplama dışı tutularak fazla çalışma ücreti alacağının belirlenmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma, genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen temel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. Maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı

uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/25857 E., 2008/20636 K., Yargıtay 9. HD. 28.04.2005 gün 2004/24398 E., 2005/14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12,2004 gün 2004/11620 E., 2004/27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, taktiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, dosyaya sunulan davacının imzasını taşıyan ücret bordrolarının bazılarında fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirildiği görülmektedir. Bu nedenle davacıya fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılan ayların hesaplama dışı tutularak fazla çalışma ücreti alacağının belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/358
Karar No **:** 2009/12170
Karar Tarihi **:** 30.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : İşçi imzalı ve ihtirazi kayıtsız bordrolara rağmen daha fazla çalışma yaptığı iddiasında ise, bu iddiasını yazılı delille ispatlamalıdır.

DAVA: Davacı, kıdem, fazla çalışma, resmi tatil, tasarruf teşvik ücreti ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K., Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 9.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, davacı 2005 yılında yaptığı fazla çalışmanın ücretini istemiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının hafta içi fazla çalışması ve hafta sonu fazla çalışması ayrı ayrı ve farklı tarihler itibariyle hesaplanmıştır. Davacının haftanın altı günü tanıkların beyanı doğrultusunda çalıştığı saatler belirlenip yaptığı fazla çalışma tespit edildikten sonra gerekirse yeniden bilirkişi raporu alınarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 30.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/423
Karar No : 2009/14879
Karar Tarihi : 28.05.2009
İlgili Kanun : 4857/41

ÖZÜ : ***İşveren tarafından sunulan bordrolarda, bazı aylar için fazla mesai tahakkuku yapılmadığından, bu aylar için işçinin yaptığı fazla çalışmalar belirlenerek hüküm kurulmalıdır.***

DAVA : Davacı, fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçinin fazla çalışma ücreti alacağının olup olmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkış gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. Maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K, Yargıtay 9.HD. 28.4.2005 gün 2004/24398 E, 2005/ 14779 K ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E. 2004/ 27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, mahkemece fazla mesai ücreti alacaklarının hesaplanarak bordroya yansıtıldığı ve ödendiği, ihtirazi kayıtsız olarak fazla mesai alacağının kabul edilmesi nedeni ile fazla mesaiye ilişkin talepte bulunamayacağı kanaati ile isteğin reddine karar verilmiştir. Oysa davalı tarafça sunulan bordrolarda tüm aylar için fazla mesai tahakkuku yapılmamıştır. Öte yandan davacı işçinin dava tarihine kadar çalışmasını sürdürdüğü de anlaşılmaktadır. Bu durumda, yukarıdaki esaslar doğrultusunda dava tarihine kadar fazla mesai tahakkuku yapılan aylar dışlanarak fazla çalışma ücreti ödenmeyen aylar için davacı işçinin yaptığı fazla çalışmaların karşılığı belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile isteğin reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/23986
Karar No **:** 2009/18196
Karar Tarihi **:** 29.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Fazla çalışma süresinin aylık değil haftalık hesap yapılarak belirlenmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, fazla mesai, hafta, bayram ve genel tatil gündelikleri, silah taşıma tazminatı, gıda bedeli, geçici görev yolluğu, taşıma ve süt ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Mahkemece davacının iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak belirlenmesi nedeniyle 40-45 saat arası fazla çalışma ücretinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosyada bulunan hizmet akdinde haftalık çalışma süresinin 40 saat olduğuna dair hiç bir hüküm yer almamaktadır. Davacının çalışma esaslarını düzenleyen Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinin 12.maddesinde haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu yazılıdır. Davacı da dava dilekçesinde 45 saatin üstünde çalıştırıldığını iddia ederek fazla çalışma isteğinde bulunduğundan 40-45 saat arası çalışmaları ile ilgili hüküm kurulmaması gerekirken H.U.M.K nün 74 maddesine aykırı olarak anılan isteğin kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacının 3 vardiyalı çalıştığı dönemler için fazla çalışma isteğinin reddine karar verilmesi yerindedir. Ancak davalıya ait puantaj kayıtlarından ve davacı tanık anlatımlarından davacının 1. gün 8, izleyen gün 16 saat çalışma ve izleyen gün 24 saat dinlenme şeklinde devam eden diğer bir çalışma şeklinin daha olduğu saptanmaktadır. Bu çalışmasında aylık 215 saati geçmediği gerekçesi ile fazla çalışma isteğinin reddine karar verilmiştir.

1475 sayılı İş Yasası'nın 35.maddesine göre haftada 45 saati aşan, 4857 sayılı İş Yasası'nın 41 ve 63 maddelerine göre haftada 45 ve günde 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır. Bu nedenle fazla çalışma süresinin aylık değil haftalık hesap yapılarak belirlenmesi gerekir. Dairemizin bu konudaki yerleşmiş uygulamasına göre 10 saate kadar olan çalışmalardan bir, 10 saatten fazla olan çalışmalarda bir buçuk saatlik ara dinlenme süresi indirildiğinde ve davacının ayın bir haftası çalışma gün ve saatleri farklı olduğundan her hafta için ayrı ayrı hesaplama yapıldığında; davacı ayın ilk haftası 5, ikinci haftası 12,5 saat fazla mesai yapmış olacaktır. Ayın 3. haftası 45 saat aşılmadığından fazla çalışma gerçekleşmeyecek, son hafta aynen ilk hafta gibi çalışıldığından ayda toplam 22,5 saat fazla çalışma yapılmış olacaktır.

Mahkemece yapılacak iş, üç vardiya günde 8 saat, haftada 6 gün çalışılan dönemleri dışlayarak, yukarıda belirtildiği şekilde çalışma yapılan dönemleri tarihleri ile tespit ederek yine yukarıda anlatıldığı şekilde fiili çalışmasını belirleyerek davacının

fazla çalışma alacağının kabulüne karar vermekten ibarettir. Yazılı şekilde anılan çalışma şekli için de fazla çalışma isteğinin reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/3009
Karar No **:** 2009/18484
Karar Tarihi **:** 02.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Fazla mesai alacaklarının bordrolarda sıfır (0) olarak gösterilmesi, herhangi bir tahakkuk ve ödeme içermemesi halinde işçi, bu alacaklarla ilgili çalışmasını ispatlaması durumunda fazla çalışma alacağına hak kazanır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, kötü niyet, fazla çalışma ve yılbaşı çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K, Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, taktiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda; davalı işveren, Ocak/2004 - Nisan 2005 dönemine ait fazla çalışma sütununda sıfır (0) gösterilen bir kısım imzalı bordrolar ibraz etmiştir. Bilirkişi, 03.04.2007 tarihli ilk hesap raporunda fazla mesai sütununda sıfır (0) gösterilen bu bordroları dikkate almaksızın davacının fazla çalışma alacağını hesaplamıştır.

Davalı taraf; ibraz edilen, fazla mesai sütununda sıfır (0) gösterilen bordroların imzalı olduğu, bu nedenle davacının fazla çalışma alacağı talep edemeyeceği gerekçesiyle rapora itiraz etmiştir.

Davalının bu itirazı üzerine, mahkemece; imzalı, fazla mesai sütunu sıfır (0) yazan bordrolu dönemler hariç yeniden fazla mesai alacağı hesaplanması amacıyla bilirkişiden ek rapor alınmıştır.

Bilirkişi, 23.07.2007 tarihli ek raporunda: Fazla mesai sütununda sıfır (0) gösterilen imzalı bordrolu dönemler hariç yeniden fazla mesai alacağı hesaplamış ve mahkemece de bu ek bilirkişi raporuna itibar edilerek fazla mesai alacağına karar verilmiştir.

Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, fazla mesai alacaklarının bu şekilde bordrolarda sıfır (0) olarak gösterilmesi, herhangi bir tahakkuk ve ödeme içermemesi halinde davacı işçi, bu alacaklarla ilgili çalışmasını ispatlaması durumunda fazla çalışma alacağına hak kazanır. Bu nedenle fazla mesai sütunları sıfır (0) olarak gösterilen bu bordrolu dönemler de dahil fazla mesai alacağının hesaplandığı 03.04.2007 tarihli ilk bilirkişi raporu mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutularak fazla çalışma alacağı hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/37510
Karar No **:** 2009/19401
Karar Tarihi **:** 06.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : Davacı işçinin dava dilekçesinde günde 12 saat süre ile çalıştığını belirttiği halde 12 saatten daha fazla süre ile çalıştığının kabul edilmesi hatalıdır.

DAVA: Davacı, fazla mesai, hafta tatili, dini ve milli bayram ile ulaşım kart parası alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı dava dilekçesinde günde 12 saat süre ile çalıştığını belirttiği halde 12 saatten daha fazla süre ile çalıştığının da kabul edilmesi H.U.M.K' nun 74. Maddesine aykırıdır.

3-Davacının davalıya ait bina ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarından yarım saat, 14 saatte kadar süren çalışmalarında bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saatte kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süre olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

Dairemizin 25.10.2007 gün ve 2007/33190 Esas, 2007/31614 sayılı Kararı ve kökleşmiş uygulaması da bu yöndedir.

4-Dairemizin kararlılık kazanmış uygulanmasına göre fazla mesai alacağı ihtirazi kayıtsız fazla mesai ücreti ödenen aylar için hesaplanamaz. Hükme esas alınan raporda toplam alacaktan ödenen fazla mesailer indirilerek kalanının kabulüne karar verilmiştir. Davacının bu ödemelere itirazı yoktur. Bu durumda fazla mesai ücreti ödenen ayların hesaba dahil edilmemesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

Dairemizin 2006/32261 Esas, 2007/18990 karar sayılı kararı ve kökleşmiş uygulaması da bu şekildedir.

5-Davacının ıslah talebinden sonra davalı işverence süresinde zaman aşımı def'inde bulunulmuştur. Bu def'i değerlendirilmeden sonuca gidilmesi yerinde değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/40386
Karar No **:** 2009/22958
Karar Tarihi **:** 15.09.2009

İlgili Kanun : 4857/41

ÖZÜ : ***Fazla çalışma ücreti tahakkukunun yer aldığı dönemler için işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmediği göz önünde tutularak hesaplamaya gidilmemelidir.***

DAVA: Davacı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı N. A.Ş. Avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak

kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (m.69/3). Bu halde günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7.5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 23.06.2009 gün 2007/ 40862 E, 2009/ 17766 K).

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu'nun 41. maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı seklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K, Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779" K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak,

fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda davacı işçi fazla çalışma ücreti talebinde bulunmuş, hükme esas alınan bilirkişi raporunda yaz ayları için haftada 42, ayda 168 saat ve kış ayları için haftada 30, ayda 120 saat fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Dosyadaki delil durumuna göre davacının normal haftalık 45 saatlik süresinin üzerine hesaplamada belirtilen şekilde fazla çalışma yapması doğru değildir. Aynı işyeri ile ilgili emsal dosyalarda günde 3,5 saat fazla çalışma esasına göre hesaplama yapılmış ve anılan hesap yöntemi Dairemizce de kabul edilmiştir. … 2. İş Mahkemesinin 2006/ 204 E, 2008/ 58 K. sayılı kararı, Dairemizce bu yönden 3.2.2009 gün ve 2008/ 21541 E, 2009/ 1074 K. ile bozma dışı bırakılarak kesinleşmiştir. Somut olay yönünden de haftada 6 gün ve her gün için 3, 5 saat üzerinden hesaplama yapılmalıdır.

Öte yandan, fazla çalışma ücreti tahakkuku yer alan dönemler için davacının ihtirazı kayıt ileri sürmediği göz önünde tutularak hesaplamaya gidilmemelidir. Belirtmek gerekir ki, davacıya bordro karşılığı ödeme yapılan dönemlerde fazla çalışma ücreti olarak yapılan ödeme tutarları da çok düşük değildir. Bu durumda anılan bordrolara değer verilmeli ve tahakkuk yer alan dönemler için hesaplamaya gidilmemelidir. Mahkemece, tanık beyanlarına itibar edilerek yapılan hesaplamalardan, ödenen tutarların mahsubu yoluyla sonuca gidilmesi de doğru olmamıştır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/7015
Karar No **:** 2009/24949
Karar Tarihi **:** 01.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.***

DAVA : Davacı, fazla çalışma alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi haftanın 6 günü yarım saat yemek molası vermek suretiyle haftada 48-51 saat arasında çalıştığını belirterek fazla çalışma alacağı talep etmiştir.

Davalı işveren işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi ve yasalar uyarınca çalışma yapıldığını, davacının fazla çalışmasının bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacı işçinin haftada 6 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek fazla çalışma alacağına hükmedilmiştir.

Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde,bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir, işçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (m.69/3). Bu hal de günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7,5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 23.06.2009 gün 2007/ 40862 E, 2009/ 17766 K).

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu'nun 41. maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K., Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda davacı işçinin fazla çalışma yaptığına ilişkin tek delil tanık beyanlarıdır. Davacı tanıkları ile davalı işveren arasında derdest davalar bulunmaktadır.

Davacı işçi otel olan işyerinde 02.10.2000-06.12.2005 tarihleri arasında teknik işte üçlü vardiyaya tabi olarak çalışmıştır. Bu süre zarfında davacı işçinin öğlen yemeklerini ayaküstü atıştırarak geçirmesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Davacının yaptığı işte nazara alındığında fazla çalışma yaptığını ispatlayamamıştır. Davanın reddine karar verilmesi gerekir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9958
Karar No **:** 2009/25735
Karar Tarihi **:** 05.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Fazla çalışma ücretinden yapılan takdiri indirim oranında, hafta tatili ve genel tatil alacaklarından da aynı oranda indirime gidilmelidir.***
DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, hafta tatili, genel tatil, fazla çalışma ücreti, yıllık izin, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Mahkemeler tarafından verilen kararlarda tarafların gösterilmesi, iddia ve savunmaların özetlenmesi, ihtilaflı konular hakkındaki delillerin tartışılması ret ve üstün tutma sebeplerinin açıklanması zorunludur. Kararın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 388 ve 389. Maddelerinde tanımlanan unsurları taşıması ve

1- Kararı veren mahkeme ile hâkim veya hâkimlerin ve tutanak kâtibinin ad ve soyadları ve sicil numaraları, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa kararın hangi sıfatla verildiği,

2- Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adresleri,

3- İki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışması ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep,

4- Hüküm sonucu ile varsa kanun yolu ve süresi,

5- Kararın verildiği tarih ve hâkim veya hâkimlerin ve tutanak kâtibinin imzaları, yönündeki hükümlerin kararın yazımında dikkate alınması gerekir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Aynı kural HUMK nun 389.maddesinde de tekrarlanmıştır. Keza HUMK nun 381.maddesi (kararın tefhimi en az 388.maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur). Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar, hükmün hedefine ulaşılmasını engeller, Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz.(Hukuk Genel Kurulu - 2007/14-778 E' 2007/611 K, Dairemizin 01.04.2008 gün ve 2007/38353 Esas, 2008/7142 Karar sayılı ilamı)

Somut olayda, mahkeme gerekçesinde "davacının son ücretinin aylık 750,00 YTL olduğunun ifade edilmesine rağmen, davalıya ait işyerinin küçük bir işletme olduğu anlaşılmakla davacının brüt ücretinin 488,70 YTL olacağı kabul edilmiş..." yazıldığı halde, bilirkişinin son aylık ücretin net 750,00 YTL olduğunu kabul ettiği hesaplamalar doğrultusunda karar verilmesi, gerekçe ile hüküm arasında çelişki oluşturduğundan bozma sebebidir.

3- Davacı işçinin istek konusu süre içinde fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücreti isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

Fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil alacaklarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Gerçekten bir işçinin uzun süre ve her gün aynı şekilde günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapması, tüm hafta tatili ve genel tatillerde çalışması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bu ücretlerden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Çalışma ücretlerinden yapılan indirim takdiri indirim yerine, kabul edilen çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, davacının 3,5 yılı aşkın bir zamanda hiç hafta tatili ve genel tatil yapmaması hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi, tanıkların da bu durumu bilmeleri imkansızdır. Bu nedenle fazla çalışma ücretinden yapılan takdiri indirim isabetli ise de, indirim oranı yüksek olup daha makul oranda indirim yapılması gerekir. Hafta tatili ve

genel tatil alacakları ücretinden aynı oranda indirime gidilmesi gerekirken tamamının hüküm altına alınması hatalı olup, kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/10527
Karar No **:** 2009/30941
Karar Tarihi **:** 09.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/41

ÖZÜ : ***Cumartesi ve Pazar günü işyeri tatil ise, bu günlerde yapılan fazla çalışmalardan daha sonra nöbet izni kullanıldığı gerekçesiyle indirim yapılması olanağı yoktur.***

DAVA : Davacı, fazla mesai ile ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davalı Sağlık Bakanlığı nezdinde Türkiye'deki hastanelerde 2001-2002 ve 2003 yıllarında hemşire, ebe, doktor, eczacı, anestezi uzmanı vs. olarak çalışan ve 2003 yılı sonunda memur olarak ataması yapılan Sağlık çalışanlarının Hukuk Genel Kurulu'nca hizmet sözleşmesi ile çalıştıklarının kabul edilmesi üzerine, memuriyet öncesi dönemlerine ait fazla çalışma istekleri Dairemizce kabul edilmektedir.

Anılan çalışanlar haftalık normal mesailerinde fazla çalışma yapmadıklarından, sadece tuttukları nöbetler olduğunda fazla çalışma yapmış olmaktadırlar. Davalı işyerinde nöbet çizelgeleri ile kısıtlanan bu fazla çalışmalar hafta içi ve hafta sonu olarak gerçekleşmektedir.

Hafta içi nöbetler 17-08 saatleri arasında 15 saat olarak gerçekleşmekte, davacının yaptığı işin niteliğine ve zorunlu ihtiyaçlar nedeniyle 3 saat ara dinlenme kullandığı kabul edilerek hafta içi nöbette 12 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmektedir. Hafta sonu nöbetler 24 saat sürmekte, yapılan işin niteliğine ve zorunlu

ihtiyaçlar nedeniyle 4 saat ara dinlenme indirildiğinde 20 saat fazla çalışma yapılmış olmaktadır.

Bu belirlemeden sonra tutulan hafta içi ve sonu nöbet sayısına göre fazla çalışma saat olarak dönem ücretlerine göre denetlemeye elverişli bilirkişi raporu ile belirlenmelidir.

Burada önemli bir husus da nöbet tutan çalışanın çoğunlukla ertesi gün nöbet izni kullanarak çalışma yapmamasıdır. Bunun belirlenmesi için de normal mesai devam çizelgeleri de mutlaka celp edilmelidir. Davacı nöbetinin ertesi günü nöbet izni kullandığında böylece ertesi gün 8 saat çalışmadığında hafta içi nöbette 4, hafta sonu nöbette ise 12 saat fazla çalışma yapmış olacağından fazla çalışma açıklandığı şekilde hesaplanmalıdır. Ancak burada belirtilmesi gerekir ki, Cumartesi ve Pazar günü davalı işyerinde zaten tatil olduğundan Cuma ve Cumartesi gecesi tutulan nöbetlerden ertesi gün çalışmadığı gerekçesi ile indirim yapılma olanağı yoktur. Öte yandan genel tatile denk gelen nöbet günlerinde ayrıca genel tatil ücreti verildiğinden yukarıda anlatılan şekilde indirim yapılmalıdır. Dairemizin kökleşmiş uygulaması 2007/40834 E, 2009/7566 K sayılı, 2007/40843 E, 2009/7568 K sayılı kararları da bu doğrultudadır.

Somut olayda, belirtilen şekilde hesaplama yapılmadan, sadece iki saat ara dinlenme düşülerek nöbet sayısına göre değil, ortalama haftalık ve giderek aylık fazla çalışma hesaplayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması hatalıdır. Davacı bilirkişi raporuna itiraz etmediğinden, usuli kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek belirtilen şekilde davacının fazla çalışma alacağı hesaplanarak hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerekmiştir.
SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/19722
Karar No : 2009/38425
Karar Tarihi : 29.12.2009
İlgili Kanun : 4857/41

ÖZÜ : İşçinin izinli olduğu süreler düşülerek fazla çalışması hesaplanmalıdır.

DAVA: Davacı ve karşı davalı kıdem ve ihbar tazminatı, izin, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil alacaklarının ödetilmesine davalı ve karşı davacı ise ihbar tazminatı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davanın kısmen kabulüne karşı davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek ihbar tazminatı talebinde bulunmuştur. Dinlenen tanıklar davalı işveren tarafından davacıya yeni iş sözleşmesi imzalatılmak istendiğini, bu sözleşmede ile çalışma koşullarında değişiklik meydana geldiğinden davacının bunu kabul etmemesi üzerine ücretsiz izne çıkartılarak işyerine alınmadıklarım beyan etmiştir. Bu durum karşısında davacı işçinin iş sözleşmesi davalı tarafça haksız olarak feshedilmiştir. Davacı işçi ihbar tazminatına hak kazanmıştır.

3- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye

aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 18.07.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K, Yargıtay 9.HD. 28.04.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 09.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirimini öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılamayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda fazla çalışma hesaplanırken davacı işçinin izinde olduğu süreler göz önünde bulundurulmamıştır. Başka bir anlatımla bu sürelerde de çalıştığı kabul edilmiştir. Davacının izinli olduğu süreler düşülerek fazla çalışması hesaplanmalıdır.

4- Öte yandan davacının çalıştığı hafta tatillerinin bir kısmının yıllık izinlere eklenerek kullanıldığı belirtilerek bu süreler düşülmek suretiyle hafta tatilinin hesaplanması hatalıdır. Davacı hafta tatilinde çalışmış ise bunun karşılığını alır. Davalı tarafça davacıya fazladan kullandırılan izinler mazeret izni olarak kabul edilmelidir. Davacının izinde olduğu süreler düşülerek hafta tatili yeniden hesaplanmalıdır.

5-Ayrıca davacı, mahkemece alınan bilirkişi raporuna göre hafta tatili alacağı yönünden davasını ıslah etmiştir. Davalı işveren, ıslaha karşı süresinde verdiği yazılı itiraz dilekçesinde zamanaşımı definde bulunmuştur. Borçlar Kanunu'nun 126/3 maddesine göre işçi ücretlerine ilişkin davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Hafta tatili

alacağı bu tür alacaklardandır. Bu nedenle ıslahla talep edilen hafta tatili alacağından, ıslah tarihinden geriye doğru 5 yılın dışında kalan kısmı zamanaşımına uğramıştır. Mahkemece yapılacak iş, ıslahla talep edilen ve zamanaşımına uğramayan hafta tatili alacağı, gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak belirlenmeli ve oluşacak sonuç doğrultusunda hafta tatili alacağı hakkında bir karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde ilgiliye iadesine, 29.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/6809
Karar No **:** 2009/22897
Karar Tarihi **:** 15.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/46

ÖZÜ : ***Hafta tatili kesintisiz en az 24 saattir. 24 saatten az kullandırılması halinde, hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti ve yemek ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Davalılar vekilleri kararı süresi içinde temyiz etmişler, mahkemece 28.11.2008 tarihinde verilen ek kararla hüküm altına alınan miktarın kesinlik sınırı içinde kaldığından söz edilerek HUMK' nun 427/2. maddesi uyarınca temyiz talebinin reddine dair karar verilmiştir. Davalılardan A. Genel Müdürlüğü tarafından sözü edilen ek karar da süresi içinde temyiz edilmiştir.

Davacı işçi açmış olduğu bu davada fazlaya dair haklarını saklı tutarak bir kısım işçilik alacaklarını talep etmiş olup, bilirkişi raporunda hüküm altına alınan isteklerle ilgili olarak hesaplanan tutar kesinlik sınırının üzerindedir. Yine davacı işçi işyerinde çalışmaya devam etmekte olup, mahkemece verilen kararın alacağın tamamı yönünden tespit niteliğinde olduğu değerlendirildiğinde, verilen kararın kesin olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle 28.11.2008 tarihli ek kararın ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.

2-a)Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

b) Davacı işçi, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti isteklerinde bulunmuş, davalı işveren sözü edilen çalışmaların karşılığının bordrolarda gösterilerek ödendiğini savunmuştur.

Bilirkişi raporunda, bordroların imzalı olduğu ve sözü edilen tatil ücretlerinin ödendiği belirtilmiş, takdiri mahkemeye ait olmak üzere tanık beyanları doğrultusunda hesaplamaya gidilmiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporuna itibar edildiği belirtilmiş ancak bordrolarda yer alan ödemelere dair herhangi bir gerekçeye yer verilmeksizin isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalılardan A. Genel Müdürlüğü temyiz etmiştir.

Davacı işçinin, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerine hak kazanıp kazanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde işçinin, tatil gününden önce aynı yasanın 63. maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması koşuluyla yedi günlük zaman dilimi içinde 24 saat dinlenme hakkının bulunduğu açıklanmıştır. İşçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46. maddenin 2. fıkrasında ifade edilmiştir.

Hafta tatili izni kesintisiz en az 24 saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez.

Ayrıca, hafta tatili bölünerek kullandırılamaz. Buna göre hafta tatilinin 24 saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre hafta tatili Pazar günüdür. Kural bu şekilde olmakla birlikte, işçiye Pazar günü dışında hafta tatili izni kullandırılması mümkündür.

Hafta tatili gününde çalıştığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan hafta tatili ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi, hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Hafta tatillerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında hafta tatili ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin hafta tatili alacağının bordroda görünenden daha fazla olduğu yönünde bir ihtirazı kaydının bulunması halinde, hafta tatili çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazı kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olanın dışında hafta tatillerinde çalışmaların yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, hafta tatili ücretlerinin tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde hafta tatili çalışması yapıldığının kuvvetli delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Hafta tatili çalışmamalarının yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Hafta tatili çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Dairemizce son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Ancak, hafta tatili çalışmasının takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 47. maddesinde, Kanunun kapsamındaki işyerleri bakımından, ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışma karşılığı olmaksızın o günün ücretinin ödeneceği, tatil yapılmayarak çalışıldığında ise, ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödeneceği hükme bağlanmıştır.

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 2. maddesinde resmi ve dini bayram günleriyle yılbaşı gününün genel tatil günleri olduğu açıklanmıştır. Buna göre genel tatil günleri, 1 Ocak, 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos günleri ile Arife günü saat 13.00'da başlanan 3.5 günlük Ramazan Bayramı ve Arife günü saat 13.00'de başlayan 4,5 günlük Kurban Bayramı günlerinden oluşur. Ulusal bayram günü ise, 28 Ekim saat 13.00 ten itibaren başlayan 29 Ekim günü de devam eden 1,5 gündür. İşçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıp çalışmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle kararlaştırabilir

Somut olayda, davacının imzasını taşıyan ücret bordrolarında tatil ücreti adı altında her ay değişen rakamlarda ödeme yapılmış, davacı hakların tam olarak ödenmediğine dair itirazda bulunmamıştır. Davacı işçi tarafından bordrolarda görünenden daha fazla çalışıldığı da yöntemince kanıtlanabilmiş değildir. Bu konuda davacı tanıkları bazı hafta tatilleri ile bayram ve genel tatil günlerinin bazılarında çalışıldığını açıklamışlar, davalı tanığı ise yapılan çalışmaların bordrolara yansıtıldığı yönünde anlatımda bulunmuşlardır. Böyle olunca davacı işçinin hafta tatili ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerinin ödendiği kabul edilmelidir. Mahkemece davacının hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1028
Karar No **:** 2009/15595
Karar Tarihi **:** 04.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/47

ÖZÜ : ***İbraname, mevcut bir alacağı ortadan kaldırmayı sağlayan sözleşmedir. İbraname, hizmet sözleşmesinin sona ermesi anında düzenlenir. İbraname, şüphe ve tereddütlerden uzak, açıklıkla düzenlenmeli, alacakların nitelikleri ve miktarları açıkça belirtilmelidir. İşveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez.***

DAVA : Davacı, hafta tatili, resmi ve dini bayram tatili, yılbaşı tatili ücretlerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmak ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımından çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir.

Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorununu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Yargıtay 9.HD. 27.06.2008 gün 2007/23861 E, 2008/ 17735 K).

Somut olayda, davacı, davalıya ait işyerinde 15 Nisan 1997 -16 Şubat 2006 tarihleri arasında çalıştığını, her yıl on bir ay çalıştırılıp, on ikinci ayın ücreti de verilmek suretiyle çıkışının verildiğini belirterek hafta tatili, resmi ve dini bayram tatili, yılbaşı tatili ücretlerinin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, istifa dilekçesinde herhangi bir alacağının kalmadığını da beyan ettiğini ileri sürerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, ibraname bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

15.02.2006 tarihli istifa dilekçesi "10.05.2005 tarihinden itibaren site yönetiminden herhangi bir hak ve alacağım bulunmamaktadır>> şeklindedir.

Davacının işe başlama tarihine ve belge içeriğine göre geçerli bir ibra niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Davanın esasına girilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/11498
Karar No **:** 2008/8313
Karar Tarihi **:** 14.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/53

ÖZÜ : ***Bir yıldan az süren, yılın her döneminde yapılan ve mevsime bağlı olmayan işler, aralıklı çalışma kabul edilmeli ve yıllık ücretli izin hesabında bu tür çalışılan dönem de dikkate alınmalıdır.***

DAVA : Davacı, kullanmadığı yıllık ücretli izinler karşılığı ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı işyerinden 2002 yılında emekli olmak sureti ile ayrılan davacı, kullanmadığı ve ücreti ödenmeyen yıllık ücretli izinlerinin olduğunu belirterek, yıllık ücretli izin alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili zamanaşımı itirazı yanında, davacının 1990 yılında daimi kadroya alındığını, daha önce geçici ve mevsimlik işte çalıştığını, özellikle 1978-1986 yılları arasında mevsimlik çalışması nedeni ile bu dönem için yıllık ücretli izne hak kazanmadığını, işçinin işvereni ibra ettiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece toplam süre üzerinden izinlere hak kazandığı, davacının mevsim ve kampanya işi dışındaki işlerde de çalıştırıldığı, aralıklı çalışmaların yıllık izin yönünden birleştirilmesi gerektiği, ibranameye itibar edilmediği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yıllık ücretli izin alacağı fesih tarihinde muaccel olduğundan ve fesih tarihine göre dava beş yıllık zamanaşımı süresi içinde açıldığından zamanaşımı itirazına ve ibranamenin de savunma ile çelişmesi, miktar içermemesi nedeni ile ibranameye itibar edilmemesi yerindedir.

Ancak uyuşmazlık, özellikle davacının 1978-1986 yılları arasındaki çalışmasının mevsimlik iş olup olmadığı ve bu sürenin yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın arta kalan döneminde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar askıya alındığı bu işlerin özelliğini, yılın belirli bir döneminde periyodik, düzenli olarak tekrarlanması oluşturur (Süzek S, İş Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2002, S. Süzek s. 231).

Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmelerle çalışılmışsa, iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.

İşçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı sürelerin dikkate alınarak ve bu sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır.

İş sözleşmesinin askıda olması, işçinin askı süresi içinde başka bir işverenin emrinde çalışmasına engel değildir. Çünkü işverenin işçisine ücret ödeme borcu, işçinin de iş görme borcu askı süresince yerine getirilmediği için, işçi mevsimlik işe tekrar başlayana kadar, başka bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışabilir. Bu durumda, mevsimlik iş, bir tür yıl bazında kısmi süreli iş özelliğini taşıyacaktır. Ancak işveren farklı olduğunda, işçinin askı dönemine rastlayan kıdemi, mevsimlik olarak çalıştığı işyerindeki kıdemine eklenmez. Eğer mevsimlik işçi, askı süresince aynı işverenin diğer bir işinde çalıştırılıyorsa, o zaman kıdemi birleştirilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3. maddesi uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz. Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izin hükümlerine dayanarak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz. Hemen belirtmek gerekir ki, 53/3. maddedeki kural, nispi emredici kural olup, işçi lehine bireysel iş

sözleşmesi ya da Toplu İş Sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler düzenlenebilir. Bu durumda sözleşmedeki izinle ilgili hükümler uygulanacaktır. Diğer taraftan, bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçinin, mevsim bitimi, mevsimlik iş dışında işverenin diğer işyerlerinde askı süresi içinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir.

Aynı işverene ait yazlık ve kışlık tesislerde sezonluk işlerde fakat tam yıl çalışan işçiler de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanacaklardır.

Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ve daha sonra devamlılık arzeden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmaz. Ancak bu olgu için işçinin mevsimlik çalıştığı belirtilen dönemde yapılan işin gerçekten mevsime bağlı olarak yapılması gerekir. Yapılan iş mevsimlik değil, ancak işçi aralıklı çalıştırılmış ise, mevsimlik işten söz edilemeyeceğinden, bu sürenin de izin hesabında dikkate alınması gerekir. Uygulamada tam yıl çalışılması gereken ve devamlılığı olan bir işte, işçilerin işlerine 1-2 ay ara vererek bunların mevsimlik işte çalıştıkları birçok olayda gözlemlenmiştir. Tam bir yıldan daha az sürmüş olan böyle bir çalışmada, mevsimlik iş kriterlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan sırf bir yıldan az bir çalışma olduğu için mevsimlik saymak doğru değildir. Bir işyerinde iş kolundaki faaliyeti yılın her dönemi yapılıyor, ancak bazı işçiler yılın belirli bir zamanında çalıştırılmakta iseler, bu işçilerin aralıklı çalıştıkları kabul edilmelidir. Zira yapılan iş, mevsimlik iş değildir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin 1978-1986 yılları arasında kayıtlara göre yılın belirli zamanları çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının taraf olduğu sendika ile işveren arasında bağıtlanan son Toplu İş Sözleşmesinde mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin ücretleri ve izinleri konusunda düzenlemelere de yer verilmiş ve mevsimlik işte çalışanların yıllık ücretli izin kullanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Davacının tüm süresinin yıllık ücretli izin ücretinde değerlendirilmesi için, aralıklı ve yılın belirli bölümlerinde yaptığı işin, mevsimlik iş olmadığının saptanması gerekir. Bu nedenle davacının anılan dönemlerdeki çalışması ile ilgili araştırma yapılarak, yaptığı işin mevsime bağlı olup olmadığı belirlenmelidir. Yaptığı iş yılın her döneminde yapılmakta ve mevsime bağlı bir iş değilse, aralıklı çalışma kabul edilmeli ve şimdiki gibi karar verilmelidir. Aksi halde ise, bu dönemler mevsimlik işte çalışma olacağından ve yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmayacağından, bu süreler dışında kalan çalışması ile ilgili kullanılmayan yıllık ücretli izinleri karşılığı ücret alacağı hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

764

Esas No **:** 2007/27145
Karar No **:** 2008/26149
Karar Tarihi **:** 10.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/53

ÖZÜ : ***Madencilik faaliyetinde bulunulan işyerinde aşçı olarak çalışan işçinin, madencilik işine mevsimin bazı bölümlerinde ara verilmesi nedeniyle mevsimlik işçi olarak kabul edilmesi, yemekhanede yapılan işin sürekli ve mevsime bağlı olmaması nedeniyle mümkün değildir. Bu durumda, yıllık ücretli izin alacağının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve kötü niyet tazminatı, izin, hafta tatili ile genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş, davalılar avukatınca duruşma talep edilmiş ise de; HUMK'nın 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalı işyerinde iş sözleşmesi ile devamlı aşçı olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız ve kötü niyetli olarak feshedildiğini, yıllık ücretli izin kullanmadığını, tatillerde çalıştığını belirterek, kıdem ve kötü niyet tazminatı ile yıllık ücretli izin, hafta ve genel tatil ücret alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının mevsimlik işçi olduğunu, yıllık ücretli izne hak kazanamayacağını, iş sözleşmesinin haklı feshedildiğini, tatillerde çalışma yapılmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının işçilik alacağı olan fazla çalışma alacağının tahsili amacı ile Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne başvurması ve dava açması sonrası feshedildiği, feshin kötü niyete dayandığı, davacının mevsimlik işte çalıştığı gerekçesi ile kötü niyet ve kıdem tazminatı ile genel tatil ücreti alacağının kabulüne, yıllık ücretli izin ve hafta tatili ücret alacağının ise reddine karar verilmiştir.

Karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

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

2- Uyuşmazlık, davalı işyerinde yapılan işin mevsimlik iş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın arta kalan döneminde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar askıya alındığı bu işlerin özelliğini, yılın belirli bir döneminde periyodik, düzenli olarak tekrarlanması oluşturur.

İşçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı sürelerin dikkate alınarak ve bu sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır.

Mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. vd. maddelerinde düzenlenen feshin geçerli sebebe dayandırılması, sözleşmenin feshinde usul, fesih bildirimine itiraz ve usulü ile geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları hükümlerinden yararlanırlar. Buna göre mevsimlik işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması, işyerindeki kıdeminin 6 aydan fazla olması, işveren vekili olmaması ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması halinde, iş güvencesi olarak belirtilen bu hükümlerden yararlanacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3. maddesi uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz. Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izin hükümlerine dayanarak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz. Hemen belirtmek gerekir ki, 53/3. maddedeki kural, nispi emredici kural olup, işçi lehine bireysel iş sözleşmesi ya da Toplu İş Sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler düzenlenebilir. Bu durumda sözleşmedeki izinle ilgili hükümler uygulanacaktır. Diğer taraftan, bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçinin, mevsim bitimi, mevsimlik iş dışında işverenin diğer işyerlerinde askı süresi içinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir. Aynı işverene ait yazlık ve kışlık tesislerde sezonluk işlerde fakat tam yıl çalışan işçiler de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanacaklardır.

Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ve daha sonra devamlılık arzeden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmaz. Ancak bu olgu için işçinin mevsimlik çalıştığı belirtilen dönemde yapılan işin gerçekten mevsime bağlı olarak yapılması gerekir. Yapılan iş mevsimlik değil, ancak işçi aralıklı çalıştırılmış ise, mevsimlik işten söz edilemeyeceğinden, bu sürenin de izin hesabında dikkate alınması gerekir. Uygulamada tam yıl çalışılması gereken ve devamlılığı olan bir işte, işçilerin işlerine 1-2 ay ara vererek bunların mevsimlik işte çalıştıkları birçok olayda gözlemlenmiştir. Tam bir yıldan daha az sürmüş olan böyle bir çalışmada, mevsimlik iş kriterlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan sırf bir yıldan az bir çalışma olduğu için mevsimlik saymak doğru değildir. Bir işyerinde iş kolundaki faaliyeti yılın her dönemi yapılıyor, ancak bazı işçiler yılın belirli bir zamanında çalıştırılmakta iseler, bu

işçilerin aralıklı çalıştıkları kabul edilmelidir. Zira yapılan iş, mevsimlik iş değildir. Böyle bir durumda, işçi iş sözleşmesi devam ederken, işin mevsimlik iş olmadığını ve yıllık ücretli izin kullandırılması gerektiği yönünde, tespit istemli dava açabilir. Zira yıllık ücretli izin, iş sözleşmesinin feshi ile ücret alacağına dönüşeceği için, eda davası açması olanağı bulunmayan işçinin tespitte hukuki yararı vardır.

Dosya içeriğine göre, davacının işyerinde aşçı olarak çalıştığı ve özellikle 1966 yılından sonra her yıl çalışmasının 10 aydan fazla olduğu anlaşılmaktadır. Davalı işveren madencilik iş kolunda faaliyet göstermektedir. Davacı ise aşçıdır. Maden işine mevsimin bazı bölümlerinde ara verilse bile, özellikle davacının çalıştığı yemekhane bölümünde yapılan iş sürekli ve mevsime bağlı değildir. Madencilik faaliyetine belirli bir süre ara verilmesi, bu işin mevsimlik iş olduğu anlamına da gelmez. Davacının mevsimlik işte çalışmadığı ve yıllık ücretli izne hak kazandığı anlaşılmaktadır. Davacının yıllık ücretli izin alacağının reddi hatalıdır.

3- Diğer taraftan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17/5. maddesi uyarınca "18. maddenin 1. fıkrası uyarınca bu Kanun'un 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesini, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir." Bu açıklamaya göre, iş güvencesi kapsamında kalan işçi, kötü niyet tazminatı olan, bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat isteyemez. Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı araştırılmadan kötü niyet tazminatına karar verilmesi de isabetsizdir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/36309
Karar No **:** 2009/10880
Karar Tarihi **:** 16.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/53

ÖZÜ : Bir işyerinde, iş kolundaki faaliyet yılın her dönemi yapılıyor, ancak bazı işçiler yılın belirli bir zamanında çalıştırılmakta iseler, bu işçilerin aralıklı çalıştıkları kabul edilmelidir.

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, fazla çalışma, izin, resmi bayram tatili ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Davacı vekili, 10.07.2007 tarihli dilekçe ile mahkeme kararını temyiz etmiş ise de, daha sonra 13.08.2007 tarihli dilekçe ile bu temyiz isteminden vazgeçmiş olduğundan HUMK 432/4 Maddesi gereğince temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir.

2- Davalının temyizine gelince;

a) Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

b) Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler için niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilir.

Mevsimlik iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. Maddesi'ndeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmelerle çalışılmışsa iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.

Mevsimlik iş sözleşmeleri tarafların karşılıklı anlaşmasıyla, belirli süreli yapılmışsa sürenin sona ermesi ile işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden önce feshi ihbarla sona erer. Mevsim bitimi ile askıya alınan iş sözleşmesi, tarafların fesih iradesi yok ise, feshedilmiş olmaz. Belirsiz süreli sözleşme ile işe alınan ve mevsimin sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılan bu işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden sona ermez, fakat ertesi yılın iş sezonunun başına kadar askıda kalır. Ertesi yıl mevsim başında işe alınmayan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılır. Fakat davet edildiği halde işbaşı yapmayan işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiş veya işçi tarafından bozulmuş sayılmaktadır.

Mevsime tabi olarak yapılan işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi hizmet edimini, ancak iş mevsiminde ifa etmekle yükümlüdür. Mevsimlik çalışmanın sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan, fakat iş sözleşmesi bozulmamış olan işçi, ertesi mevsim başına kadar işverene hizmet etmek, işveren de ona

ücret ödemek zorunda değildir. Bir başka anlatımla, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçları bir sonraki mevsim başına kadar askıya alınmaktadır. Askı döneminde, işçinin iş görme, işverenin ise ücret ödeme borcu ortadan kalkmakta, ancak işçinin sadakat ve kısmen işyerindeki kurallara uyma talimat borçları, işverenin ise gözetme borcu ve eşit işlem borçları devam etmektedir. İşçi mevsim başında işbaşı yapınca, tarafların askıda olan temel borçları yeniden aktif hale gelmektedir. Mevsim sona ermiş olmasına rağmen, iş sözleşmesi bozulmamış olduğu için yeni mevsim başında tarafların tekrar sözleşme yapmalarına gerek kalmaksızın işçinin iş görme edimini ifa, işverenin de işçisine iş verme ve ücret ödeme borçları yeniden yürürlük kazanacaktır.

İşçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı sürelerin dikkate alınarak ve bu sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır.

İş sözleşmesinin askıda olması, işçinin askı süresi içinde başka bir işverenin emrinde çalışmasına engel değildir. Çünkü işverenin işçisine ücret ödeme borcu, işçinin de iş görme borcu askı süresince yerine getirilmediği için, işçi mevsimlik işe tekrar başlayana kadar, başka bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışabilir. Bu durumda, mevsimlik iş, bir tür yıl bazında kısmi süreli iş özelliğini taşıyacaktır. Ancak işveren farklı olduğunda, işçinin askı dönemine rastlayan kıdemi, mevsimlik olarak çalıştığı işyerindeki kıdemine eklenmez. Eğer mevsimlik işçi, askı süresince aynı işverenin diğer bir işinde çalıştırılıyorsa, o zaman kıdemi birleştirilecektir.

Mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. vd. maddelerinde düzenlenen feshin geçerli sebebe dayandırılması, sözleşmenin feshinde usul, fesih bildirimine itiraz ve usulü ile geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları hükümlerinden yararlanırlar. Buna göre mevsimlik işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması, işyerindeki kıdeminin 6 aydan fazla olması, işveren vekili olmaması ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması halinde, iş güvencesi olarak belirtilen bu hükümlerden yararlanacaktır. İşveren mevsimlik işçinin iş sözleşmesini, ister fiilen çalışılan dönem olsun, ister askıdaki dönemde olsun, geçerli neden olmadan feshedemeyecektir. Bir başka anlatımla işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve geçerli fesih nedenini açıkça belirtmek zorundadır. Belirtmek gerekir ki işçinin, mevsimlik işte mevsim bitiminde iş sözleşmesinin askıya alınması nedeni ile feshin geçersizliğini ve işe iade istemi olanağı bulunmamaktadır. Zira iş sözleşmesi feshedilmemiş, yeni mevsim başına kadar askıya alınmıştır. Bu olguyu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 29/7 Maddesi'ndeki düzenleme de doğrulamaktadır. Maddeye göre, mevsim sonu toplu işten çıkarmada, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz hükmü, iş sözleşmesinin feshedilmediği gerekçesine dayanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 Maddesi uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz. Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yıllık ücretli izin hükümlerine dayanarak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz. Hemen belirtmek gerekir ki, 53/3. Madde'deki kural, nispi emredici kural olup, işçi lehine bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler

düzenlenebilir. Bu durumda sözleşmedeki izinle ilgili hükümler uygulanacaktır. Diğer taraftan, bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçinin, mevsim bitimi, mevsimlik iş dışında işverenin diğer işyerlerinde askı süresi içinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir. Aynı işverene ait yazlık ve kışlık tesislerde, sezonluk işlerde, fakat tam yıl çalışan işçiler de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53/3 ve yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 12. Maddesi uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanacaklardır.

Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ve daha sonra devamlılık arz eden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmaz. Ancak bu olgu için işçinin mevsimlik çalıştığı belirtilen dönemde yapılan işin gerçekten mevsime bağlı olarak yapılması gerekir. Yapılan iş mevsimlik değil, ancak işçi aralıklı çalıştırılmış ise, mevsimlik işten söz edilemeyeceğinden, bu sürenin de izin hesabında dikkate alınması gerekir. Uygulamada tam yıl çalışılması gereken ve devamlılığı olan bir işte, işçilerin işlerine 1-2 ay ara vererek bunların mevsimlik işte çalıştıkları birçok olayda gözlemlenmiştir. Tam bir yıldan daha az sürmüş olan böyle bir çalışmada, mevsimlik iş kriterlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan sırf bir yıldan az bir çalışma olduğu için mevsimlik saymak doğru değildir. Bir işyerinde iş kolundaki faaliyeti yılın her dönemi yapılıyor, ancak bazı işçiler yılın belirli bir zamanında çalıştırılmakta iseler, bu işçilerin aralıklı çalıştıkları kabul edilmelidir. Zira yapılan iş, mevsimlik iş değildir. Böyle bir durumda, işçi iş sözleşmesi devam ederken, işin mevsimlik iş olmadığını ve yıllık ücretli izin kullandırılması gerektiği yönünde, tespit istemli dava açabilir. Zira yıllık ücretli izin iş sözleşmesinin feshi ile ücret alacağına dönüşeceği için, eda davası açması olanağı bulunmayan işçinin tespitte hukuki yararı vardır (Yargıtay 9. HD. 10.10.2008 gün 2007/27U5 E., 2008/26U9 K.).

Mevsimlik işte çalışan işçilerin, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20. Maddesi uyarınca, çalıştıkları işyerinin bağlı olduğu iş kolunda kurulu işçi sendikasına üye olabilme hakları bulunmaktadır. Bunun yanında, sendika organlarına seçilme hakları da vardır. Mevsimlik işin sona ermesi ve işçinin iş sözleşmesinin askıya alınması, sendika üyeliğini olumsuz yönde etkilemez. Sendikalar Kanunu'nun 24. Maddesi uyarınca, işçi sendikası üyesi işçinin geçici olarak başka işkoluna giren işyerinde çalışmaya başlaması halinde sendika üyeliği, aynı yasanın 25/5 Maddesi uyarınca sona ereceğinden, işçinin ertesi yıl mevsim başında eski işyerinde işbaşı yapması halinde yeniden sendikaya üye olması gerekecektir.

Somut olayda, davacının kış sezonunda çalışıp çalışmadığı çekişmelidir.

Dosya içeriğine göre davacının ağustos ayında memleketine yaklaşık bir ay kadar ücretsiz izinli olarak fındık toplamaya gittiği anlaşılmaktadır.

Her iki taraf tanıkları davacının halı dokuma işi ile temizlik işi yaptığını, işyerinde Kasım ayından başlayarak Nisan-Mayıs ayına kadar çalışma olmadığını, ancak bu dönemde turist kafilesi geldiğinde, işe çağrıldıklarını beyan etmişlerdir. Davacı tanığı Ü. ise davacının iki yıl kadar, tam 12 ay çalıştığını beyan etmiştir. Karara esas alınan bilirkişi raporunda ise davacının her yıl iki ay çalışmadığı kabul edilerek çalışma süresi belirlenmiştir.

Tanıklar, kış sezonunda iş olduğunda çağrıldıklarını beyan ettiklerinden kış sezonundaki çalışma süreleri sorulmalıdır. Kış sezonunda çalışmadığı dönem davalının emsal olduğunu ileri sürdüğü 2006/175 ve 176 E sayılı dosyaları da incelenerek kesin olarak belirlenmelidir. Ağustos ayında bir ay kadar ücretsiz izinli olduğu ve davacı tanığı Ü.'in, davacının iki yıl tam 12 ay çalıştığı beyanı da dikkate alınarak, tespit edilecek toplu çalışma süresine göre dava konusu alacakları belirlenmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcanın istek halinde ilgiliye iadesine, 16.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11592
Karar No **:** 2009/30499
Karar Tarihi **:** 05.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/53
ÖZÜ : ***İş Kanunu'nda mevsimlik işçiler bakımından yıllık ücretli izinle ilgili hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiş olmasına rağmen, TİS düzenlemeleri ile söz konusu işçilerin yıllık izne hak kazanmaları mümkün olmaktadır.***

DAVA : Davacı, yıllık izin ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasında uyuşmazlık, davacı işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.

İşçinin işe iade davası açması durumunda, izin ücretinin talep edilip edilemeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir. Gerçekten işçinin dava sonucu işe

başlatılması durumunda, önceki fesih ortadan kalkmış olmakla ve iş ilişkisi devam ettiğinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca izin ücreti istenemez. İşçinin işe başvurusuna rağmen yasal bir aylık işe başlatma süresi içinde işe alınmaması halinde ise, işe başlatmama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret, işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da, iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün olmaz. Ancak, önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri de aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir. İşçinin aralıklı olarak aynı işverene ait işyerinde çalışması halinde önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel oluşturmaz. Yine, önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan arta kalan süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki sonraki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen yasal ya da arttırılmış bildirim önelleri ile 27. madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe girmez. Kanundaki bu düzenleme karşısında işçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim öneli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

Kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin feshi anı, yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak Kanunda belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir. Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir

(Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2007/ 30158 E, 2008/ 28418 K). O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden takdiri indirim yapılması doğru değildir.

İşe iade davası sonunda işçinin işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesi feshedilmiş sayıldığından, izin ücreti hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihte olması gereken ücret dikkate alınmalıdır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz.

Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğunun tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.

Somut olayda, davacı işçi mevsimlik işçi olmasına rağmen toplu iş sözleşmesinin mevsimlik işçiler için öngörülen yıllık ücretli izine ilişkin düzenleme nedeniyle yıllık izne hak kazanmaktadır. Mevsimlik işçiler için yıllık ücretli izni düzenleyen toplu iş sözleşmesinin 62/2. maddesi " ..Bir takvim yılı içinde en az 180 gün çalışan mevsimlik işçilere 12 iş günü izin verilir. Şu kadar ki, bu toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işyerlerinde fiilen 5 yıl veya daha fazla süre ile çalışmış olan işçilere 18 iş günü olarak verilir..." şeklindedir. Bu durumda, davacı işçinin fiilen çalıştığı sürenin 5 yılı bulmadığı dönemlerde bir takvim yılı içinde 180 gün çalışmasının olduğu yıllar için 12'şer gün, fiilen 5 yılı bulduktan sonraki yıllar için ise 180 gün çalışılan dönemler için 18 'er gün yıllık izin hakkı olacaktır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının fiilen çalıştığı sürenin 5 yıldan az olduğu dönemler için 12 gün yerine 18'er gün olarak hesaplama yapılmıştır. Davalının bilirkişi raporuna karşı bu yöndeki itirazı karşılanmadığı gibi bilirkişiden ek rapor da alınmadan eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/17061

Karar No **:** 2008/9008
Karar Tarihi **:** 17.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/54

ÖZÜ : ***Aralıklı yapılan çalışmalarda yıllık izin süresi hesaplanırken, işçinin fiilen çalıştığı sürelerin bir yılı doldurması dikkate alınmalı, izne hak kazandığı her yıl için o dönemde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinde belirlenen süreler uygulanmalıdır.***

DAVA : Davacı, izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK' nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dava, davacının hizmet akdi süresince kullanmadığı yıllık izinlerin ücretlerine ilişkindir.

Davalı, cevap dilekçesinde birbiri ile çelişik savunmalarda bulunmuş; yargılama sırasında davacının yıllık izin ücreti alacağından feragatine ilişkin belge sunmuş; davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık yıllık izin ücreti ve davadan önce feragatin geçerli olup olmadığı hususlarında toplanmaktadır.

Taraflarca dosyaya sunulan deliller; SSK yaşlılık aylığı tahsis dosyası; şahsi sicil dosyası, bir kısım Toplu İş Sözleşmeleri, davalının dayandığı feragat belgesi, bilirkişi incelemesidir.

Yıllık izin, işçinin Anayasal dinlenme hakkıdır. Davacının 1982 ile 1984 dönemi aralıklı olarak 1985-2005 dönemi ise aralıksız çalıştığı anlaşılmaktadır. Buna göre davacının, yasada öngörülen koşullarla yıllık izin hakkı bulunmaktadır.

Yıllık izin, iş sözleşmesi süresi içinde Anayasadan doğan bir dinlenme hakkı iken, iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine kullanılması gereken süre üzerinden hesaplanacak alacağa dönüşür.

Davacının iş sözleşmesi 15.10.2005 tarihinde sona ermiştir. Davalının dayandığı feragat belgesi ise 14.10.2005 tarihli olup, iş sözleşmesinin devamı sırasında alınan böyle bir belge ve beyan geçersizdir.

Mahkemece verilen karar, bu nedenlerle yerinde ise de; yıllık izin süresi ve hesabı hatalıdır.

Şöyle ki; hükme raporu esas alınan bilirkişi davacının aralıksız çalıştığı dönem yönünden hesaplama yapmıştır. Ancak, bilirkişinin dosyaya sınırlı sayıda sunulan Toplu İş Sözleşmelerini nazara aldığı ve davacının ilk işe giriş tarihini yıllık izin süresinin başlangıcı kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Davacı, 15.06.1982 tarihinde işe başlamıştır.

1475 s. İş Kanunu'nun 50.maddesinin 2. fıkrasında "Bir yıllık süre içinde 51. maddede sayılan haller dışındaki sebeplerle işçinin devamının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkını elde etmesi gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır." 3. fıkrasında ise "işçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru ve yukarıdaki fıkra ve 51.madde hükümleri gereğince hesaplanır" denilmektedir.

Davacı, 15.06.1982-30.12.1982; 07.02.1983-06.12.1983; 26.03.1984-31.12.1984 dönemleri aralıklı olarak çalışmıştır. Anılan madde hükümlerine göre işe giriş tarihinden itibaren fiilen çalıştığı 365 gün nazara alındığında, davacı ilk yıllık izine 26.07.1983 tarihinde, ikinci yıllık izine 21.11.1984 de hak kazanmaktadır. Bundan sonraki dönem aralıksız çalışma olduğundan her yılın 21 Kasım'da davacı yeni bir yıllık izine hak kazanmaktadır. Davacının yıllık izin süresi buna göre belirlenmelidir.

Bilirkişi sözü edilen yasa hükmüne uygun hesaplama yapmamıştır.

Davacının yıllık izin süresi saptanırken, her yıllık izine hak kazandığı yıl için o yıl yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi hükmü uygulanmalıdır. 1985-1990 yılları ile 1995-1996 yıllarını kapsayan Toplu İş Sözleşmeleri getirtilip incelenmemiştir.

Mahkemece öncelikle hüküm altına alınan dönem için eksik olan Toplu İş Sözleşmeleri getirtilip dosya içine konulmalı; davacının temyiz etmemesi nedeniyle kesinleşen dönem hariç; bilirkişiden 1985 tarihinden itibaren yukarıda anılan yasa maddeleri hükümlerine göre belirlenen hak kazanma tarihi esas alınarak yıllık izin süresi ve ücreti hesaplanmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/32544
Karar No **:** 2009/783

Karar Tarihi **:** 02.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/54

ÖZÜ : ***Statü hukukuna göre sözleşmeli personel olarak görev yapılan dönem, yıllık ücretli izine hak kazanılmasında değerlendirilemez.***

DAVA: Davacı, izin ücreti alacağı, fazla mesai ücreti alacağı, harcırah alacağı, ikramiye alacağı ile farkların ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Taraflar arasında uyuşmazlık, davacının çalışmalarının İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı ve buna göre İş Mahkemesinin görevli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında, İş Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen istisnalar dışında kalan bütün işyerlerinde, işverenler ile işveren vekillerine ve çalışma şekline bakılmaksızın işçilere bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Sorun daha çok, statü hukukuna tabi kamu çalışanları ile yine kamuda çalışan işçiler arasındaki ayrım noktasında ortaya çıkmaktadır. T.C. Anayasası'nın 128. maddesi, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" şeklindedir.

657 sayılı Yasanın 4. maddesinde ise, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle görüleceği hükme bağlanmıştır. Aynı Yasanın (A) bendinde, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılacağı, ayrıca maddede sözü edilen kurumlar dışındaki kurumlarda, genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanların memur oldukları belirtilmiştir.

Memur, sözleşmeli personel ve işçinin ortak noktası ücret karşılığı bağımlı çalışmalarıdır. Memur, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde görevlendirilir. İşe alınması, "atama" idari işlemiyle olur. Yine memurların çalışma koşulları, hakları, ödev ve sorumlulukları ve memurluğun sona ermesi önceden yasa ile kesin olarak belirlenmiştir. Bu konularda memur ile onu atayan idare arasında farklı bir uygulamanın kararlaştırılması söz konusu olmaz.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesinde ise, "kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti" yapanların sözleşmeli personel oldukları açıklanmıştır.

Öte yandan, 399 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 s. KHK. nin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiştir. Anılan maddenin (b) bendinde, "Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin karlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle kuruluşunun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülür. Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürülür. Bunlar hakkında bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır" şeklinde kurala yer verilerek, anılan kurumlarda çalışanlar bakımından memur kavramı ortaya konulmuş ve (c) bendinde ise, " (b) bendi dışında kalan sözleşmeli personel, teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel" sözleşmeli personel olarak ifade edilmiştir.

Bu anlatıma göre, 657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde açıklanan işlerde, özel bir meslek bilgisi ve uzmanlığı olan kişilerin, Bakanlar Kurulu Kararı ile geçici olarak çalıştırılan ve 399 sayılı KHK' nın 3/b maddesi uyarınca genel idare esaslarına göre hizmet yürüten, memur ve işçi sayılmayan çalışanlar sözleşmeli personel olarak ifade edilmelidir. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre, Sözleşmeli personele de 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanır. Ayrıca 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Kamu İktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli personel çalıştırılmasının esaslan belirlenmiştir.

Sözleşmeli personel de kural olarak sosyal güvenlik sistemi açısından memurlar gibi Emekli Sandığına tabidir. Ancak, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışanlar açısından, işçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçiş ya da daha önce sözleşmeli personel olarak görev yapmış olanların bir süre sonra işçi olarak çalıştırılmaya başlandığı uygulamada karşılanılmaktadır. Bu durumda daha önce işçi olarak çalışan ve Sosyal Sigortalar Kurumuna prim ödeyen çalışanın, görev ve unvanında yükselme sonucu sözleşmeli personel olarak atanması halinde sosyal güvenlik yönünden aynı uygulamaya devam edildiği ve Sosyal Sigortalar Kurumu ile olan bağlantısı devam

ederek, sözleşmeli personel olarak çalıştığı dönemde dahi primlerin Sosyal Sigortalar Kurumuna ödenmesi mümkündür. Bazen de bunun aksine, Emekli Sandığı ile bağlantısı olan sözleşmeli personel işçi statüsüne geçirilmiş olmasına rağmen, anılan sosyal güvenlik kurumu ile olan bağlantısı devam ettirilmektedir. Bu durumda sosyal güvenlik açısından çalışanın bağlı olduğu kurum statüyü belirlemek açısından tek başına yetersiz kalmaktadır. Dairemizin 25.07.2008 gün ve 2007/ 22173 E, 2008/ 22066 K. sayılı kararı da bu yöndedir.

Memur ve sözleşmeli personel statü hukukuna ilgilendirdiğinden, idare ile çıkacak olan uyuşmazlıklar İş Mahkemelerinde değil, idari yargı yerinde çözümlenmelidir. Uyuşmazlık Mahkemesinin 1995/1 Esas 1996/1 Karar sayılı ilke kararında, özelleştirme kapsamında olsun ya da olmasın Kamu iktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli personel statüsünde çalışanların, kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu kuralı hükme bağlanmıştır. Çalışmaların bir kısmının sözleşmeli personel bir kısmının da işçilikte geçmesi halinde de İş Hukuku açısından sonuçları sadece işçilikte geçen dönemle sınırlı kalır.

Dairemiz kararlarında, 657 sayılı Yasanın 89. maddesine uygun olarak Bakanlar Kurulu kararnamesi doğrultusunda ve sınavla işe alınan halk eğitim merkezi kurs öğretmeninin işçi olmadığını kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 14.02.2000 gün 1999/19571 E, 2000/1395 K). Yine, çıraklık eğitim merkezinde görev alan usta öğretici için aynı sonuca varılmıştır (Yargıtay 9. HD. 28.04.2003 gün 2002/23990 E, 2003/7205 K).

Devlet üniversitelerinde 2547 sayılı Yüksek Öğrenim Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında çalışanların İş Kanununa tabi olmayıp sözleşmeli personel statüsünde olduğu da başka bir Dairemiz kararında vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 13.10.2005 gün 2005/4456 E, 2005/33378 K). Buna karşın, özel üniversitelerde yardımcı doçent kadrosunda çalışanların İş Kanunu kapsamında olduğu kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 2.5.2006 gün 2006/10643 E, 2006/12286 K).

Somut olayda Davacı 30.10.1983-13.10.2000 Tarihleri arasında 399 Sayılı Kanun Hükmündeki Kararname gereği sözleşmeli personel olarak çalışmış, 15.10.2000 tarihinde kapsam içi işçi olarak iş mevzuatına geçmiş ve 26.05.2001 tarihinde hizmet akdi feshedilmiştir.

Mahkemece davacının tüm süre yıllık ücreti izin alacağının kabulüne karar verilmiştir. Davacının sözleşmeli personel statüsünde geçirdiği çalışmalar 4857 sayılı İş Yasası'nın 54/1 maddesinde değerlendirilemez. Anılan yasa maddesinde kastedilen ve birleştirilebilecek çalışmalar Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu Basın İş Kanunu gibi yasalar kapsamına giren çalışmalardır. Böyle olunca davacının statü hukukuna göre sözleşmeli personel olarak görev yaptığı dönem yıllık ücretli izine hak kazanılmasında değerlendirilemez. Davacının işçilikte geçen çalışması bir yılı doldurmadığından yıllık ücretli izin alacağına hükmedilemez. Anılan isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/13393
Karar No **:** 2008/10323
Karar Tarihi **:** 25.04.2008
İlgili Kanun **:** 4857/55

ÖZÜ : ***Yıllık ücretli izin hakkının hesabında işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günlerin, bildirim öneline altı hafta ilave edilerek bulunacak süreden fazlası sayılmaz.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş akdinin davalı işveren tarafından 12.11.2004 tarihinde haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ve genel tatil ücreti isteklerinde bulunmuştur.

Davalı davacının sağlık durumunun bozukluğu nedeni ile her yıl en az 6 ay rapor alarak çalıştığı, raporlu olduğu günlerin SSK kayıtlarında görüleceğini, davacının raporlu olduğu günlerin toplamının İş Kanunu'nun 25/ I fıkrasında öngörülen ihbar öneli süresi olan 8 haftayı 6 haftadan çok fazla geçtiği için fesih hakkının doğduğunu, bu nedenle ihbar tazminatı talebinin reddi gerektiğini, kıdem tazminatı hesabının fiilen çalıştığı günlere göre hesaplanması gerektiğini, fahiş olan kıdem tazminatı talebini kabul etmediklerini; 8-17 arası çalışıldığını, yılın büyük bölümünü raporlu olarak geçiren, hastalıklı bir bünyesi olan davacının fazla çalışma yaptığı iddiasının doğru olmadığını, isteklerin yerinde olmadığını, belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacı işçinin mazeretsiz gelmemesi nedeni ile hakkında tutanaklar tutulduğu, izinsiz işe gelmediği gibi viziteye gidiyorum diye gitmesine rağmen işbaşı kâğıdını getirmediği, hastalığını bahane ederek izinsiz gelmemeyi alışkanlık haline getirerek ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı, iş akdinin davalı işveren tarafından 25/II maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiği gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine, diğer isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı olarak feshedilip, feshedilmediği, davacı işçinin fazla çalışması, genel tatillerde ve hafta tatillerinde çalışmasının olup olmadığı, davacı işçinin sağlık istirahat raporu aldığı sürelerin 4857 s. K.'nun 25/I maddesi uyarınca davalı işverene fesih hakkı verip vermediği; 4857 s. K.'nun 55. maddesi uyarınca yıllık izne esas alınan sürede çalışılmış gibi sayılan sürenin hesabı noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın normatif dayanakları, 4857 sayılı Kanunun 25/I-b, 55. maddeleridir. Sözü edilen hükümlere göre; işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda, (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17' nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar.

Öte yandan, 4857 sayılı Kanunun 55. maddesi uyarınca yıllık ücretli izin hakkının hesabında işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler sayılmakta ise de 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.

Taraflarca dosyaya sunulan deliller; işyerinde tutulan tutanaklar, şahsi dosya bilgileri ve tanık beyanlarıdır.

Belirtilen deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacı işçinin iş akdinin davalı işveren tarafından raporlu olduğu sürenin ihbar öneli için öngörülen süreyi 6 hafta geçtiği için feshedildiği davalı işverenin de kabulünde olduğuna göre, iş akdinin kıdem tazminatını gerektirir şekilde sona erdiği sonucuna varılmaktadır. Böyle olunca yukarıda sözü edilen kanun hükümleri uyarınca kıdem tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, her ne kadar davalı, davacı işçinin raporlu olduğu sürenin ihbar öneli için ön görülen süreyi 6 hafta geçtiği ileri sürülmüş ise de bu hususta herhangi bir belge sunmamıştır. Ancak raporların SSK'dan celbini talep etmiştir. Mahkemece davalının bildirdiği kurumdan davacıya ait istirahat raporları celp edilmemiştir.

Mahkemece, SSK'dan davacının çalıştığı tüm süreler içinde almış olduğu istirahat raporları celp edilerek, iş akdinin 4857 s. K.'nun 25/I maddesi uyarınca fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılıp, bu madde uyarınca fesih şartlarının gerçekleşmediğinin tespiti durumunda davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı olmaması nedeni ile ihbar tazminatı isteği de hüküm altına alınmalıdır.

Öte yandan; davacının raporlu olduğu dönemlerde fazla çalışma yapamayacağı gibi hafta tatili ve genel tatillerde de çalışamayacağı dikkate alınarak raporlu olan dönemler dışlanmak sureti ile anılan alacakların yeniden hesaplanması cihetine gidilmelidir.

Ayrıca davacının rapor süresinin 4857 sayılı Kanunun 55. maddesi uyarınca yıllık izne esas çalışma süresini de etkileyip etkilemediği araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41415
Karar No **:** 2009/12145
Karar Tarihi **:** 30.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/56

ÖZÜ : İşveren, yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır.

DAVA : Davacı, yıllık ücretli izin, fazla mesai, fazla çalışma, genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Taraflar arasında uyuşmazlık, davacı işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. Maddesi'nde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir, işveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Somut olayda davacı işçi 1998 ve 1999 yıllarına ait yıllık ücretli izinlerini kullanmadığını iddia ederek izin ücretinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı işveren davacının iddia edilen yıllara ilişkin izinlerini kullandığını, hatta kullanmadığı 44 günlük izin alacağı karşılığı 3.572 TL'nin de ödendiğini savunmuştur.

Mahkemece istek hüküm altına alınmıştır.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içerisinde 1998 ve 1999 yıllarına ait davacının ismi altında imza bulunan, yetkililerce onaylı yıllık izin talep formları mevcut olup, kıdem tazminatı bordrosu ve davacı namına yazılı çek fotokopisinde ise 44 günlük izin ücreti karşılığında 3.572 TL ödendiği görülmektedir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda söz konusu belgeler değerlendirilmemiş, izin talep formları ve bordroya karşı davacıdan diyecekleri sorulmamıştır. Eksik inceleme ile anılan isteğin kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/9926
Karar No **:** 2008/1778
Karar Tarihi **:** 22.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/59

ÖZÜ : ***Yıllık izin ücreti alacağının temel (çıplak) ücret üzerinden hesaplanması gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, hafta tatili, bayram, genel tatil alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

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

2- Yıllık izin ücreti alacağının temel (çıplak) ücret üzerinden hesaplanması gerekir iken, giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması,

3- Dosyaya sunulan yemek şirketi ile yapılan sözleşmedeki yemek bedeli bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın, giydirilmiş ücret hesabında 5 YTL yemek yardımı kabulü,

4- Davacının tüm çalışma süresince her hafta sonu ve tüm genel tatillerde çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık izin gibi sebeplerle çalışılmayacak günler olduğu gözetilerek bilirkişi tarafından hesaplanan miktarlardan makul bir indirim yapılması gerekir iken yazılı şekilde karar verilmesi, ayrıca 01.07.2004-03.10.2004 dönemi hafta tatil ücreti hesaplanırken matematiksel yanlışlık yapılması,

5- Davacının günlük ücretinin denetime elverişli olmayacak şekilde tespiti hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/17451
Karar No **:** 2008/23727
Karar Tarihi **:** 15.09.2008
İlgili Kanun **:** 4857/59

ÖZÜ : ***İşçinin izin ücreti alacağını hak etmesine kısa bir süre kala bu haktan mahrum kalmasını sağlayacak şekilde çalışmasının sonlandırılıp, üç gün sonra tekrar işe başlatılması iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz.***

DAVA : Davacı, izin ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı izin ücreti alacağının davalıdan tahsilini talep etmiş, davalı taraf davacının mevsimlik işçi olarak çalıştığını, izin ücreti talep edemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece; daire içtihatları gerekçe gösterilerek davacının 10 ay ve üzeri çalışmasının bulunmadığı, buna göre izin ücreti talep edemeyeceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden; davacının … İşletme Müdürlüğü bünyesinde bir dönem mevsimlik olarak çalıştığı, ancak 2002-2003 çalışma dönemindeki çalışmasının 11 ay 27 gün olduğu anlaşılmaktadır. Davacı mukavele sonu olan 24.03.2003 tarihinden kısa bir süre sonra yani 27.03.2003 tarihinden itibaren çalışmasını devam ettirmiştir.

Medeni Kanun'un 2. maddesi; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." şeklindedir. Objektif iyi niyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında iyi niyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını hak kaybına uğratmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.

Anılan hukuk kuralı ve dosya içeriğine göre davacının izin ücreti alacağını hak etmesine kısa bir süre kala bu haktan mahrum kalmasını sağlayacak şekilde çalışmasının sonlandırılıp üç gün sonra tekrar işe başlatılması iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Dolayısıyla davacının 27.02.2002-24.03.2003 ve 27.03.2003-22.01.2004 çalışma dönemi bir bütün olarak değerlendirilip anılan dönem için izin ücreti alacağına karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/25729
Karar No **:** 2008/28027
Karar Tarihi **:** 21.10.2008
İlgili Kanun **:** 4857/59

ÖZÜ : ***Kesinleşen işe iade kararının tebliği üzerine ve süresi içinde işe başlamak için işverene başvuran işçinin iş sözleşmesinin fesih tarihi, başvuru tarihini izleyen bir aylık işe başlatmama süresinin sonudur.***

İzin ücreti alacağı ancak fesih ile ücrete dönüşeceğinden, fesihten önce (bir aylık işe başlama süresi içinde) yıllık izin ücreti alacağı ile ilgili davanın kabulü hatalıdır.

DAVA : Davacı, izin, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücreti ile ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi kesinleşen işe iade kararının tebliği üzerine ve süresi içinde işe başlamak için işverene 03.08.2006 tarihinde başvurmuş ve aynı gün açmış olduğu bu davada bir kısım işçilik alacakları yanında izin ücreti isteğinde bulunmuştur. İşverence davacı işçinin işe başlatılmadığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının iş sözleşmesinin feshedildiği tarih, işe başvuru tarihini izleyen bir aylık işe başlatma süresinin sonudur. 03.09.2006 tarihinde gerçekleşen bu fesih öncesinde davacının izin ücreti alacağı muaccel olmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59.maddesine göre izin ücreti, iş sözleşmesinin feshi ile ücrete dönüşür. Bu durumda 03.08.2006 tarihinde davacı işçinin yıllık izin ücreti doğmamış olduğundan, kısmi davada talep edilen izin ücreti bakımından davanın reddine karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/35475
Karar No **:** 2008/34209
Karar Tarihi **:** 19.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/59

ÖZÜ : ***Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel olan bir alacak olduğundan, dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerekir.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, ücret, izin ile fazla mesai alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dava dilekçesinde izin ücreti alacağı, için 50,00 YTL istemde bulunulup hakkın doğumu tarihinden itibaren faiz talep edilmiştir.

Islahla arttırılan miktar yönünden faiz istenmemiştir.

Mahkemece 50,00 YTL lik izin ücreti alacağı yönünden mevduata uygulanan en yüksek faiz tahakkuk ettirilmiştir. Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel olan bir alacak olup İş Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında bir ücret değildir. Bu nedenle izin ücretine dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerekirken en yüksek mevduat faizine hükmedilmesi hatalı olmuştur. Hükmün bu yönden bozulması gerekir ise de söz konusu eksiklik yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HUMK nun 237/7 maddesi uyarınca aşağıdaki gibi düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararda hüküm fıkrasında altıncı bentte yıllık izin ücretinin 50,00 YTL' lik kısmına dava tarihinden itibaren " mevduata uygulanan en yüksek faiziyle" kısmının çıkarılarak yerine "yasal faiz uygulanmasına yazılmasına ve hükmün bu şekilde düzeltilerek **ONANMASINA,** 19.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/38031
Karar No **:** 2009/7181
Karar Tarihi **:** 17.03.2009
İlgili Kanun **:** 4857/59

ÖZÜ : Fesihten sonra düzenlenen ibranamede alacakların kalemler halinde sayıldığı, işçinin izin haklarını aldığını beyan ettiği, işçinin irade fesadı savunmasında bulunmadığı, ibranamenin içeriği ile işverenin savunması arasında çelişkili bir durum bulunmadığında, izin ücreti alacağının reddine karar vermek gerekir.

DAVA : Davacı, izin ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun kısmen ya da tamamen tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir.

Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorunu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Yargıtay 9.HD. 27.06.2008 gün 2007/23861 E, 2008/17735 K.).

Somut olayda davacı; izin ücreti alacağının ödenmediğini belirterek davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı; davacının haklarının ödendiğini ve ibraname imzaladığını savunmuştur.

Mahkemece ibranameye değer verilmeyerek dava konusu istek doğrultusunda karar verilmiştir. Dosyada mevcut fesihten sonra düzenlendiği anlaşılan ibranamede alacakların kalemler halinde sayıldığı, davacının izin haklarını aldığını beyan ettiği görülmüştür. Davacı irade fesadı savunmasında bulunmamıştır, ibranamenin içeriği ile davalı işverenin savunması arasında çelişkili bir durumda bulunmamaktadır. Buna göre dava konusu izin ücreti alacağının reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/42572
Karar No **:** 2009/10857
Karar Tarihi **:** 16.04.2009
İlgili Kanun **:** 4857/59

ÖZÜ : İş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretleri, işçinin son ücreti üzerinden ödenir. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır.

DAVA : Davacı, fazla çalışma, izin ücreti, hafta tatili, genel tatil, yemek parası alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Taraflar arasında uyuşmazlık, davacı işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır.

İşçinin işe iade davası açması durumunda, izin ücretinin talep edilip edilemeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir. Gerçekten işçinin dava sonucu işe başlatılması durumunda, önceki fesih ortadan kalkmış olmakla ve iş ilişkisi devam ettiğinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca izin ücreti istenemez. İşçinin işe başvurusuna rağmen yasal bir aylık işe başlatma süresi içinde işe alınmaması halinde ise işe başlatmama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Akdin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da, iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün olmaz. Ancak, önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri de aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir. Yine, önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan arta kalan süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki sonraki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen yasal ya da arttırılmış bildirim önelleri ile 27. madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe girmez. Kanundaki bu düzenleme karşısında işçi tarafından ihbar önelli fesih halinde bildirim öneli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

Kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin feshi anı, yıllık ücretli izin haklarının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak Kanunda belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2007/ 30158 E, 2008/ 28418 K.). O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır.

Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden takdiri indirim yapılması doğru değildir.

Yine kullandırılmayan izin ücretleri yönünden hesaplama, 4 aya kadar olan boşta geçen sürenin bitim tarihindeki ücret üzerinden yapılmalıdır. Esasen sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden ödenmesi gerektiği 59. maddenin amir hükmü olsa da, burada bir çeşit askı hali söz konusudur. Zira tazminata esas alınan süre de 4 aya kadar boşta geçen sürenin ilavesiyle belirlenmektedir. 4 aylık sürenin dışında kalan boşta geçen sürede iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmekte ve işçinin çalışmış gibi değerlendirildiği 4 aya kadar süre sonundaki ücret hesaplamalarda dikkate alınmaktadır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullanmadığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz.

Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğunun tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.

Somut olayda, davacı fesihten sonra beş yıl geçmeden davasını açtığı için yıllık izin alacağı zamanaşımına uğramadığı halde mahkemece uğradığı kabul edilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/37433
Karar No **:** 2009/19398
Karar Tarihi **:** 06.07.2009
İlgili Kanun **:** 4857/59

ÖZÜ : ***Fesihten sonra imzalanmış, hata, hile ile de alındığı iddia edilmeyen ibranamenin kabulü gerekir.***

DAVA: Davacı, yıllık izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarını sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23- 31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir, işçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir.

Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorununu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Yargıtay 9.HD. 27.06.2008 gün 2007/23861 E, 2008/ 17735 K.).

Somut olay yönünden mahkemece izin hakkının fesih ile doğduğu gerekçesi ile 15.08.2003 günlü ibranameye itibar edilmeyerek davacının yıllık ücretli izin alacağının kabulüne karar verilmiştir.

Davacının iş sözleşmesi 14.08.2003 tarihinde feshedilmiş, yıllık ücretli izin alacağının kalmadığına ve her türlü dava hakkından feragat ettiğine ilişkin ibraname ise 15.08.2003 ve davacı tarafından imzalanmıştır. İbranamenin hata, hile ile alındığı da iddia edilmemiştir. Böyle olunca fesihten sonra imzalanmış geçerli ibraname nedeniyle davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/36176
Karar No **:** 2008/35550
Karar Tarihi **:** 26.12.2008

792

İlgili Kanun : 4857/60

ÖZÜ : ***Yıllık izinlerin kullanıldığı veya yıllık izin ücretlerinin ödendiği, yıllık ücretli izin defteri veya yıllık izin kayıt belgesi ile kanıtlanmalıdır.***

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma, yıllık izin, hafta tatili, genel tatil alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacının iş akdinin haksız olarak sona erdirildiğini belirterek kıdem, ihbar tazminatları ve işçilik alacaklarına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili iş akdinin belirli süreli olması nedeniyle iş bitiminde sona erdiğini savunmuştur.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

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

Yıllık izinlerin kullanıldığı veya yıllık izin ücretlerinin ödendiği, yıllık ücretli izin defteri veya yıllık izin kayıt belgesi ile kanıtlanmalıdır. Yasa koyucunun yıllık ücretli izin defteri tutulmasını ayrıca düzenlemesi diğer belgelerin sakıncasını gidermek içindir (İş K. m. 60, Yıllık İzin Yönetmeliği m. 20). Hükme dayanak alınan 2005 yılı Mayıs ayı bordrosundaki ibareler ise bu hususu ortaya koymaktan uzaktır. Kaldı ki tanıklar yıllık ücretli iznin kullanılmadığını ileri sürmüşlerdir. Yıllık izin alacağının kabulüne karar verilmesi gerekirken gerekçe ile çelişen red hükmü kurulması hatalıdır.

Kabule göre de;
Kararın hüküm fıkrasında fazla çalışma ücretine hükmedilip alt bentlerde aynı talebin reddine karar verilerek, hükümde çelişki yaratılması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/30201
Karar No **:** 2008/33618
Karar Tarihi **:** 15.12.2008
İlgili Kanun **:** 4857/63

ÖZÜ : ***Tarafların anlaşması ile haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği şeklindeki kanuni düzenlemeye göre, iki ya da dört aylık dönemde, haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmamak koşulu ile günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak değerlendirilmelidir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesi ile çalıştığı dönemde ödenmeyen fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacağının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, fazla mesai ücret alacağının kabulüne, tatil ücret alacağı isteğinin reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davalıya devredilen Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait hastane işyerinde doktor olarak görev yapan davacı, 26.04.2002 tarihinden memuriyete geçtiği 23.11.2003 tarihine kadar iş ilişkisi kapsamında geçen sürede fazla mesai karşılığı ücret alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının nöbet çizelgesine göre hafta sonuna gelen günlerde 24 saatte 4 saat, diğer günlerde ise 16 saat üzerinden 4 saat ara dinlenme kabul edilerek fazla mesai alacağı hesaplanmıştır.

Fazla mesai alacağının dava edildiği sürenin bir kısmı 1475 sayılı İş Kanunu, diğer bir kısmı ise yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu dönemine rastlamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu fazla mesai yönünden yeni düzenlemeler getirdiğinden, dava konusu uyuşmazlığın her iki kanun yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Dairemiz anılan kanunun 61. maddesini dikkate alarak haftalık 45 saati aşan çalışmaları fazla mesai olarak değerlendirmiş ve bu görüşünü istikrarlı bir şekilde sürdürmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.maddesi de "fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır" denilmek suretiyle Dairemizin 1475 sayılı İş Kanunu döneminde benimsediği görüş artık yasal düzenlemeye kavuşmuş bulunmaktadır. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun

63.maddesinde genel bakımdan haftalık çalışma süresinin en çok kırk beş saat olduğu belirtildikten sonra taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise haftalık çalışma süresinin işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı, tarafların anlaşması ile haftalık iş süresi haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği, bu halde iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı, denkleştirme süresinin toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabileceği öngörülmüştür. Sözü edilen düzenlemeye göre, iki ya da dört aylık dönemlerde haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmamak koşulu ile günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak değerlendirilmelidir.

Dosyada tanık dinlenmediği gibi, nöbet tuttuğu günleri gösteren çizelgeler dışında bu konuda delil bulunmamaktadır. Bu çizelgelerde nöbetin kaç saat sürdüğüne dair herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Ayrıca davalı işveren nöbet tutan personelin ertesi gün izin kullandığını beyan ettiği halde bu husus da değerlendirilmiş ve araştırılmış değildir. Bu nedenle davacının hafta içi ve hafta sonları nöbetlerinin kaç saat sürdüğü ve ertesi gün izin kullanıp kullanmadığı belirlenmeden anılan alacağın kabulü hatalıdır.

Diğer taraftan davacının 1475 sayılı İş Kanunu'nu kapsamında kalan 26.04.2002-09.06.2003 tarihleri arası çalışma süresinin haftalık 45 saat esası dikkate alınarak fazla mesai hesaplanmalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu döneminde kalan 10.06.2003-23.11.2003 tarihleri arasındaki sürenin ise her durumda nöbet günlerine tekabül eden günlerde 11 saati aşan kısmı fazla mesai kabul edilmelidir. 11 saatlik nöbet süresi ise, haftanın diğer günleri ile birlikte değerlendirilmeli, 45 saati geçen süre olduğu takdirde aşan süreler ayrıca fazla mesai sayılmalıdır.

Eksik inceleme ve belirtilen kriterleri kapsamayan bilirkişi raporu ile karar verilmesi isabetsizdir

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 15.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27667
Karar No **:** 2008/5298
Tarihi **:** 17.03.2008
İlgili Kanun **:** 4857/64

ÖZÜ : ***Cumartesi gününün işyeri bakımından tatil günü olduğu ve telafi çalışması olduğu belirtilen çalışmanın da günde 3 saatten fazla yapıldığı anlaşıldığından, bu durumda işçinin çalışmak istememesi, işverene haklı nedenle fesih hakkı vermediği gibi, geçerli fesih sebebi de oluşturmaz.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının verilen görevi yerine getirmemesi nedeni ile iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, işlerin azalması nedeniyle işlerin tatil edildiği, davalı işverenin iki aylık süre içinde telafi çalışması talep ettiği ve telafi çalışmasının Cumartesi yapılmasını istediği, dolayısıyla günlük çalışma süresi olan 11 saati aşmadığı, davacı da bir kısım arkadaşı ile telafi çalışmasına katılmak istemediği ve katılmadığı, dolayısıyla feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 64.maddesine göre "zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılamaz".

Dosya içeriğine göre dava konusu işyerinde haftanın 5 günü çalışma yapıldığı, Cumartesi günü akdi tatil, Pazar gününün ise hafta tatili olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, piyasadaki döviz kurlarının ani dalgalanması ve buna bağlı olarak fiyat oluşmaması, sipariş alınamaması nedeniyle 2006 Haziran sonu ve Temmuz ayının ilk günlerinde işin tatil edilmesi zorunluluğunu doğurduğunu, bu nedenle müteakip aylarda Cumartesi günlerinde çalışma yapılacağını işçilere önceden duyurmuştur. Tanık anlatımlarına göre davacının birkaç Cumartesi günü 08.00-19.00 saatleri arasında çalıştıktan sonra 26.08.2006 Cumartesi gününde çalışmak istememiş ve iş sözleşmesi bu nedenle feshedilmiştir. Ancak, Cumartesi günü dava konusu işyeri bakımından tatil günü olduğu gibi, telafi çalışması olduğu belirtilen çalışmanın da günde 3 saatten fazla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının çalışmak istememesi yukarıda belirtilen hükümlere uygun düşmektedir. Mevcut olgulara göre, feshin haklı veya geçerli nedene dayandığını kabul etmek mümkün görülmediğinden, mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- ... İş Mahkemesinin 18.05.2007 gün ve .... sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre .... YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan .... YTL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 17.03.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41771
Karar No **:** 2008/1374
Karar Tarihi **:** 21.02.2008
İlgili Kanun **:** 4857/68

ÖZÜ* : *On saate kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süreli çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi verilmelidir.

DAVA : Davacı, fazla mesai ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davacının davalıya ait bina ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarından yarım saat, 14 saatte kadar süren çalışmalarında bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında, dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saatte kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süre olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34145
Karar No **:** 2009/1674
Karar Tarihi **:** 05.02.2009
İlgili Kanun **:** 4857/68

ÖZÜ : Günde 11 saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saat ve daha fazla çalışmalarda ise, en az bir buçuk saat olarak verilmelidir.

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK.nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İşçiye işyerinde çalıştığı sırada ara dinlenmesi verilip verilmediği ve süresi konularında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az on beş dakika, dört saatten fazla ve yedi buçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedi buçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedi buçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi hükmüne göre günlük çalışma süresi 11 saati aşamayacağından, 68. maddenin belirlediği yedi buçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok 11 saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde 11 saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, on bir saat ve daha fazla çalışmalarda ise en az bir buçuk saat olarak verilmelidir.

İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir, işyerinde geçirmesi halinde bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir.

Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullandırılır. Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir, işçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun kullandırılması gerekir (Yargıtay 9.HD. 17.11.2008 gün 2007/ 35281 E, 2008/ 30985 K.).

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 2. fıkrasında, ara dinlenmelerinin iklim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliğine göre yirmi dört saat içinde kesintisiz on iki saat dinlenme süresi dikkate alınarak verileceği hükme bağlanmıştır. Adı geçen yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasında da ara dinlenme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıklanmıştır.

Somut olayda davacı 2004 Yılı Eylül ayından itibaren 12-16 saat çalışmak suretiyle fazla çalışma yaptığını iddia ederek fazla çalışma ücret alacağı isteğinde bulunmuş, davalı davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece tanık beyanlarına göre bilirkişi tarafından yapılan hesaplanan fazla çalışma ücret alacağından % 40 hakkaniyet indirimi yapılarak isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Davacının günde 12-16 saat sürelerle çalıştığı kabul edilmesine rağmen günlük bir saat ara dinlenme yapıldığı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Bir işçinin sadece

bir saat ara dinlenme yapılarak on altı saat çalışmasını insan bünyesi kaldırmaz. Buna göre günde en az bir buçuk saat ara dinlenmesi yapıldığının kabulü ile fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacının hafta tatili çalışması için ücrete hükmedilmiştir. Ayrıca hükme esas alınan bilirkişi raporunda çalışma süresinin hesabında davacının haftanın yedi günü çalıştığı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Böyle olunca davacının hafta tatili çalışması hem fazla çalışma süresinin hesabında hem de aynı süre için hafta tatili hesaplamasına esas alınmıştır. Fazla çalışma süresinin hesabında hafta tatili günleri çıkartılarak hesaplama yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

4-Dava dilekçesinde davacının 2004 Yılının Eylül ayından itibaren yapılan fazla çalışma karşılığı ücret talep edilmesine rağmen HUMK' nun 74. maddesi aykırı olarak davacının talebi aşılarak tüm çalışma süresi için fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/2319
Karar No **:** 2009/22513
Karar Tarihi **:** 14.09.2009
İlgili Kanun **:** 4857/68

ÖZÜ : ***Ara dinlenmelerinde fazla çalışma ile ilgili hüküm kurulurken, bu sürede fiilen çalışılıp çalışılmadığına bakılmalıdır.***

DAVA: Davacı, fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davalı işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı işçinin 15.05.2003 - 14.04.2005 döneminde 12-13.30 saatleri arasında ara dinlenme kullandığı davacının dayandığı davalıya ait günlük nöbet listelerinden anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ara dinlenmede görev yerinin terk edilemeyeceği yazılı olduğundan ara dinlenme süresi kadar fazla çalışma hesaplanarak mahkemece de kabulüne karar verilmiştir. Bu döneme ait listelerde ara dinlenmede görev yerinin terk edilemeyeceği ibaresi yoktur. Öte yandan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 64/III, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68/ son maddesi gereğince ara dinlenmelerin çalışma süresinden sayılmayacağı yazılıdır. Ara dinlenmenin görev yerinde ya da başka yerde kullanılmasının önemi olmaksızın işçinin fiilen çalışıp çalışmadığı önemlidir. Somut olayda ara dinlenme kullanıldığı açık olmakla fiilen çalışılmayan süreler için fazla çalışma kabul edilmesi hatalıdır.

15.04.2005-02.05.2006 dönemi için de aynı gerekçe ile davacı görev yerinde ara dinlenme kullandığından ara dinlenme süresi için fazla çalışma alacağının kabulüne karar verilmesi yerinde değildir.

HGK. nun 2006/988 esas, 2006/190 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Bu nedenle davacının fazla çalışma isteğinin reddi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11139
Karar No **:** 2009/29544
Karar Tarihi **:** 28.10.2009
İlgili Kanun **:** 4857/68

ÖZÜ : ***Ara dinlenme süresinin, işe geç başlama veya erken ayrılma şeklinde kullandırılması, maddenin düzenleniş amacına uygun değildir.***

DAVA : Davacı, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- İşçiye işyerinde çalıştığı sırada ara dinlenmesi verilip verilmediği ve süresi konularında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Günlük 7,5 saati aşan çalışma süresinin olduğu halde ara dinlenme süresi en az ara 1 saat olarak açıklanmıştır. Uygulamada 7,5 saatlik çalışma süresini çok fazla aşan çalışma sürelerine de rastlanıldığından, özellikle 10 saati aşan çalışmalar bakımından ara dinlenmesinin en az 1.5 saat olarak belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Günlük 14 saatlik fiili çalışma süresi belirleyen uygulamalarda ise ara dinlenme süresi en az 2 saat olmalıdır.

İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi halinde bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir.

Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullandırılır. Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun kullandırılması gerekir.

Somut olayda, davalı işyerinde muhasebe elemanı olarak çalışan davacının mesaiye 07:00 de başladığı, haftanın 6 günü 07-19 saatleri arasında çalıştığı ve fazla çalışma ücretinin ödenmediği iddia edilmiş mahkemece haftada 24 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek istek hüküm altına alınmıştır. İşyerinde mesainin hangi saatte başladığı davacının yapmış olduğu işin mahiyetine göre de işyerinde saat 07:00 de mesainin başlayıp başlamayacağı araştırılmadan bu hususta beyanda bulunan davacı tanıklarının yakın akrabaları olduğu gibi işyerinde çalışmadıkları da göz önünde bulundurularak hangi nedenle beyanlarına üstünlük tanındığı karar yerinde tartışılmadan sonuca gidilmesi hatalıdır.

Kabule göre de günlük 12 saat çalışma süresine rağmen yarım saat ara dinlenmesi yaptığının kabulü ile fazla çalışma ücretinin hesabı da ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/36349
Karar No : 2009/20734
Karar Tarihi : 13.07.2009
İlgili Kanun : 4857/74

ÖZÜ : Doğum yapan kadın işçi, 6 aya kadar ücretsiz doğum iznini tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak kullanabilir.

DAVA: Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin haksız ve geçersiz nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile feshedildiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, "çocuk bakımı için işe sürekli olarak devamsızlık yapmak yasaca korunan bir durum değildir. İşçinin, doğumdan önce ve doğum izni döneminde bu konuda gerekli tedbirlerini alması gerekir. Davacının devamsızlıkları geçerli ve haklı mazerete dayanmamaktadır. İşyeri tarafından verilen herhangi bir ücretsiz izin de bulunmamaktadır. Bu nedenle fesih 4857 Sayılı Yasa'nın 25/II-g Maddesi hükümlerine uygun bulunmuş, aynı doğrultuda olan davalı tanık anlatımlarına itibar edilmiş, davacı tanıklarının çekinceli beyanları da bu hususu doğrular nitelikte bulunmuştur" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun, "analık halinde çalışma ve süt izni" başlığını taşıyan 74. Maddesi, hamile olan ve doğum yapan kadın işçilerin, doğum öncesi ve sonrasında kullanacakları doğum iznini, hamilelikleri sırasında yapılan doktor kontrollerine ilişkin izinleri ve bir yaşından küçük çocukların emzirilmesi için süt iznini

açık ve ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Aynı yasanın, feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığını taşıyan 18. Maddesi'nin e bendinde ise, 74'üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemenin, özellikle geçerli feshe gerekçe olamayacağı düzenlenmiş ve 74. Madde'deki değinilen hususlara atıf yapılmıştır. Kanun koyucu, bu şekilde, kadın işçiler için belirlediği bir takım hakları güvence altına almıştır. İş Kanunu'nun 74. Maddesi'nde, yukarıda değinilen hususlara ek olarak, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izni verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin takdirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematiği açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. Bir başka anlatımla, doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir. Somut olayda, davacı işçi doğum yapmış, doğum sonrasında kullandığı ücretli doğum izinlerinden sonra, ücretsiz doğum izni talep etmiş ancak işverence buna izin verilmemiştir. Kaldı ki, davacının iş sözleşmesinin feshinin ardından, kendisine yıllık izin ücretinin de ödendiği, bu suretle davacıya yıllık ücretli izninin kalan kısımlarının dahi kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen hususlar gereğince, iş sözleşmesinin davacı tarafından değil, davalı işveren tarafından geçersiz nedenle feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 Sayılı İş Yasası'nın 20/3. Maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1.Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2.**FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3.Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak taktiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4.Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilini gerektiğine,
5.Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına karar verildi.
6- Davacının yapmış olduğu … YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre … YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak oybirliği ile 13.07.2009 gününde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/526
Karar No **:** 2009/14922
Karar Tarihi **:** 01.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/110

ÖZÜ : ***Yönetici işveren temsilcisi olup, kapıcı tarafından açılan davada kat malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir. Kamu konutlarında işveren kamu kurumu olduğundan, lojman yönetim kurulu hakkında hüküm kurulması hatalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, senelik izin, resmi ve bayram tatili ile fazla mesai ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşyerinde kapıcı kaloriferci olarak çalışan davacı işçi ile davalı arasında davaya konu işçilik alacaklarına hak kazanılıp kazanılmadığı konularında uyuşmazlık söz konusudur.

Kapıcılık hizmetlerinin diğer işlere göre bir farklılık gösterdiği bilinmektedir. Bu nedenle 1475 sayılı yasada olduğu gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 110. maddesinde de konut kapıcıları ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Kapıcılık hizmetlerinin esasları ve kapıcı konutlarından faydalanma şekli ve şartarının da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği Kanunda öngörülmüştür.

Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde kapıcı, anataşınmazın bakımı, korunması, küçük çaptaki onarımı, ortak yerlerin ve döşemelerin bakımı, temizliği, bağımsız bölümlerde oturanların çarşı işlerinin görülmesi, güvenliklerinin sağlanması, kaloriferin yakılması ve bahçenin düzenlenmesi ve bakımı ve benzeri hizmetleri gören kişi olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede, işveren ise konutun maliki ve ortakları olarak açıklanmıştır. Kamu kurumlarına ait lojman işyerlerinde anataşınmaz maliki, ilgili kamu kurumudur.

Yönetici ise konutun maliki ya da kat malikleri adına hareket eden kişidir. Yönetici, Kat Mülkiyeti Kanununa göre seçilir ve görevlerini ifa eder.

Yönetmelikte işyeri, kapıcının çalıştığı konut ile bağımsız bölüm, ortak yerler, eklenti ve tesislerin tümü olarak ifade edilmiştir.

Kapıcıyı işe alma konusunda yönetici yetkili kılınmıştır. Kaloriferli konutlarda kapıcının ateşçi belgesine haiz olması gerekir.

Yönetmeliğin 4/a maddesine göre, yöneticinin iş ya da toplu iş sözleşmesi yapması için işverenin yazılı olarak yetki vermesi gerekir. Buna rağmen, yazılı yetki olmadığı durumlarda kapıcı ile yönetici arasındaki sözleşmenin geçersiz olacağını söylemek doğru olmaz. Konutun maliki ya da ortaklarının yazılı yetki vermedikleri halde kapıcılık hizmetlerinden yararlanmaları kapıcılık sözleşmesine onay verildiği anlamındadır.

Kapıcı ile binanın sahibi ya da kat malikleri kurulu arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin tam süreli ya da kısmi süreli olarak yürürlüğe konulması mümkündür. Özellikle bağımsız bölüm sayısının az ve eklentiler ile ortak alanların da yoğun bir iş hacmini gerektirmeyecek durumda olduğu hallerde, kapıcının günlük 7,5 saat ve haftalık 45 saat olağan mesaiye göre daha az sürelerle çalıştırılması imkan dahilindedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi yazılı olarak yapılabileceği gibi, yazılı sözleşme bulunmayan hallerde, işyerinin özelliği ile işin niteliğine göre de kısmi çalışma olgusunun kanıtlanması mümkündür.

Konut kapıcıları bakımından işyerinde fazla çalışma yapılıp yapılmadığı konularında işyerinin bağımsız bölüm sayısı, ortak yerler ile eklentilerin özelliği belirleyici olacaktır.

Yönetici, İş Kanunu ve Yönetmeliğin uygulanması yönüyle işveren temsilcisidir. İş Hukuku anlamında ortaya çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda yönetici işvereni temsil eder. Böyle olunca kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliki ya da maliklerine karşı açılması gerekse de, Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru olmaz.

Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir. Zira yönetmeliğin 4/d maddesine göre, yöneticinin ana taşınmazda üstlendiği görevleri itibariyle kat maliki ya da maliklerinden tahsil ederek kapıcının İş Kanunundan doğan haklarını ödeme yükümlülüğü vardır.

Kapıcının çalışma süresi ve ara dinlenmesi, ücretinin ödenmesi, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenmesi, yıllık ücretli izin kullanılması gibi hususlar yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'nun hükümlerine tabi olduğu Yönetmeliğin ilgili maddelerinde kurala bağlanmıştır. Yönetmeliğin 12. maddesinde kapıcının yıllık izin, hastalık izni veya tatil günleri sebebiyle çalışamadığı günler için yerine geçici kapıcı çalıştırılabileceği hükme bağlanmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun Ek Madde 1. maddesinde kapıcı konutları için kira istenemeyeceği kuralı bulunmaktaydı. 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu hükme yer verilmemiş, bu hususun düzenlenmesi de yönetmeliğe bırakılmıştır. Anılan yönetmeliğin 13. maddesine göre kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir. Ancak, kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmişse, konutun 3194 sayılı İmar Kanunu ve Belediye İmar Yönetmelikleri ile öngörülen asgari koşullara uygun olması gerekir.

Kapıcıya, görevi nedeniyle konut verilmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde zorunlu değilse de, verilmiş olan konut için iş sözleşmesinin devamı süresince kira istenemeyeceği de yine yönetmelikte düzenlenmiştir. O halde kira bedelinin ücrete sayılması olanaksızdır. Bu anlamda kapıcının kira ödemeksizin oturması

ve karşılığında kapıcılık hizmetlerini görmesi şeklinde bir iş sözleşmesi yapıldığında, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmış sayılamaz. Kapıcı ile kira kontratı yapılmış olması da bu sonucu değiştirmez (Yargıtay 9.HD. 03.11.2008 gün 2007/30359 E, 2008,29735 K.).

Kapıcının su, elektrik, ısınma ve sıcak su giderlerine kısmen ya da tamamen katılıp katılmayacağının sözleşme ile belirleneceği de Konut Kapıcıları Yönetmeliğinde ifadesini bulmuştur. Buna göre taraflar, kapıcının anılan giderlere katılması ya da katılmaması hususunu serbestçe kararlaştırabilecektir.

Somut olayda, davacı mülkiyeti …Genel Müdürlüğüne ait kamu konutunda kapıcı olarak çalışmaktadır. Kamu Konutları Yönetmeliğinin 28/d maddesi gereğince konut tahsis edilenler sadece kapıcının giderlerini karşılamakla yükümlüdür. İşçilik alacakları ile ilgili bu davada işveren …Genel Müdürlüğü olduğundan … Lojmanları Yönetim Kurulu hakkında hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece yapılacak iş temsilde hata olduğu kabul edilerek … Genel Müdürlüğüne dava dilekçesi tebliğ edilerek anılan genel müdürlük hakkında hüküm kurmaktan ibarettir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/34033
Karar No **:** 2009/15056
Karar Tarihi **:** 01.06.2009
İlgili Kanun **:** 4857/110

ÖZÜ : ***Konut yöneticileri iş hukuku anlamında ortaya çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda işvereni temsil eder.***

DAVA VE KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı B.Ş. 5. Etap Site Yönetimi vekili, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, davalı şirket ile site yönetimi arasındaki sözleşme gereği davalı şirketin site yönetimine ait bir takım kararları uygulamakla yetkili olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı B. Konut A.Ş. davacının B.Ş. 5. Etap Site Yönetimi işçisi olarak çalışmakta iken, iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini, davacının site yönetiminin işçisi olduğunu, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davalı vekilinin site yönetiminin tüzel kişiliği bulunmadığı ve iş sözleşmesine son verme hak ve yetkisinin bulunmadığı, bu nedenle davacının şirkete iade edilmesi yönündeki açıklamasına dayanılarak, davalı site yönetimine dava açılmadığı, davalı şirketin ise işveren olmadığı gerekçesi ile davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine ve SSK kayıtlarına göre davacının, davalı sitede blok görevlisi iş sözleşmesinin site yönetimi ile yapıldığı, feshin de adı geçen site tarafından gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Davacı dava dilekçesinde hem B.Ş. 5. Etap Site Yönetimi'ni hem de site adına işlem yapan davalı B. Konut A.Ş.'yi davalı olarak göstermiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 110. maddesine dayanılarak çıkarılan Konut Kapıcıları Yönetmeliği'ne göre yönetici, İş Kanunu ve Yönetmeliğin uygulanması yönüyle işveren temsilcisidir. İş Hukuku anlamında ortaya çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda yönetici işvereni temsil eder. Böyle olunca kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliki ya da maliklerine karşı açılması gerekse de, Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılması da mümkündür. Ancak bu halde dahi hükmün doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru olmaz. Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir. Zira yönetmeliğin 4/d maddesine göre, yöneticinin ana taşınmazda üstlendiği görevleri itibariyle kat maliki ya da maliklerinden tahsil ederek kapıcının İş Kanunu'ndan doğan haklarını ödeme yükümlülüğü vardır.

Davalı Site Yönetimi ile davalı şirket arasında yapılan 26.12.2007 tarihli İşletme Hizmet Sözleşmesi ile davalı şirkete site adına temizlik, güvenlik, elektrik ve su tesisatlarının çalıştırılması, bakımı, onarımı, bahçe ve ortak alanların bahçıvanlık hizmetleri, peyzaj hizmetleri gibi bir takım işlemleri yapılma yetkisi verilmiş olup, bu yetkileri arasında belirli şartlar dahilinde işçi alma ve çıkarma yetkileri de sayılmışsa da yukarıda da belirtildiği gibi davacının yaptığı iş site yönetimine ait olup, işvereni de davalı kat malikleridir. Davalılar arasında belirtilen bu ilişki nedeni ile davacının işverenin kim olduğu konusunda tereddüt geçirdiği bu nedenle her ikisini de davalı gösterdiği anlaşılmaktadır. Nitekim yargılama sırasında davacı vekili, Site Yönetimi'nin tüzel kişiliğinin bulunmadığından söz ederek iş sözleşmesini feshetme hak ve yetkisine sahip olmadığını, bu nedenle davalı şirkete karşı dava açıldığını belirtmiştir. Ancak dava dilekçesinde ve daha sonra verdiği yazılı beyanlarında davalı şirketle birlikte davalı siteyi de davalı site hakkında dava açılmadığı yönünde Mahkemenin vardığı sonuç doğru olmamıştır. Gerçekten, davalılar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi görevi hakime aittir.

Belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre davalı şirket hakkında davanın husumet yönünden reddine karar verilmiş olması doğrudur. Ancak, davacının işvereni olan davalı site yönetimi hakkında işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın husumet yönünden reddi hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/11503
Karar No **:** 2009/31441
Karar Tarihi **:** 12.11.2009
İlgili Kanun **:** 4857/110

ÖZÜ : ***Konut kapıcıları bakımından işyerinde fazla çalışma yapılıp yapılmadığı konularında işyerinin bağımsız bölüm sayısı, ortak yerler ile eklentilerin özelliği belirleyici olacaktır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşyerinde kapıcı kaloriferci olarak çalışan davacı işçi ile davalı arasında davaya konu işçilik alacaklarına hak kazanılıp kazanılmadığı konularında uyuşmazlık söz konusudur.

Kapıcılık hizmetlerinin diğer işlere göre bir farklılık gösterdiği bilinmektedir. Bu nedenle 1475 sayılı Yasada olduğu gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 110. maddesinde de konut kapıcıları ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Kapıcılık hizmetlerinin esasları ve kapıcı konutlarından faydalanma şekil ve şartlarının da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği Kanunda öngörülmüştür.

Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde kapıcı, ana taşınmazın bakımı, korunması, küçük çaptaki onarımı, ortak yerlerin ve döşemelerin bakımı, temizliği, bağımsız bölümlerde oturanların çarşı işlerinin görülmesi, güvenliklerinin sağlanması, kaloriferin yakılması ve bahçenin düzenlenmesi ve bakımı ve benzeri hizmetleri gören kişi olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede, işveren ise konutun maliki ve ortakları olarak açıklanmıştır. Kamu kurumlarına ait lojman işyerlerinde ana taşınmaz maliki, ilgili kamu kurumudur.

Yönetici ise konutun maliki ya da kat malikleri adına hareket eden kişidir. Yönetici, Kat Mülkiyeti Kanununa göre seçilir ve görevlerini ifa eder.

Yönetmelikte işyeri, kapıcının çalıştığı konut ile bağımsız bölüm, ortak yerler, eklenti ve tesislerin tümü olarak ifade edilmiştir.

Kapıcıyı işe alma konusunda yönetici yetkili kılınmıştır. Kaloriferli konutlarda kapıcının ateşçi belgesini haiz olması gerekir.

Yönetmeliğin 4/a maddesine göre, yöneticinin iş ya da toplu iş sözleşmesi yapması için işverenin yazılı olarak yetki vermesi gerekir. Buna rağmen, yazılı yetki olmadığı durumlarda kapıcı ile yönetici arasındaki sözleşmenin geçersiz olacağını söylemek doğru olmaz. Konutun maliki ya da ortaklarının yazılı yetki vermedikleri halde kapıcılık hizmetlerinden yararlanmaları kapıcılık sözleşmesine onay verildiği anlamındadır.

Kapıcı ile binanın sahibi ya da kat malikleri kurulu arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin tam süreli ya da kısmi süreli olarak yürürlüğe konulması mümkündür. Özellikle bağımsız bölüm sayısının az ve eklentiler ile ortak alanların da yoğun bir iş hacmini gerektirmeyecek durumda olduğu hallerde, kapıcının günlük 7,5 saat ve haftalık 45 saat olağan mesaiye göre daha az sürelerle çalıştırılması imkan dahilindedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi yazılı olarak yapılabileceği gibi, yazılı sözleşme bulunmayan hallerde, işyerinin özelliği ile işin niteliğine göre de kısmi çalışma olgusunun kanıtlanması mümkündür.

Konut kapıcıları bakımından işyerinde fazla çalışma yapılıp yapılmadığı konularında işyerinin bağımsız bölüm sayısı, ortak yerler ile eklentilerin özelliği belirleyici olacaktır.

Yönetici, İş Kanunu ve Yönetmeliğin uygulanması yönüyle işveren temsilcisidir. İş Hukuku anlamında ortaya çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda yönetici işvereni temsil eder. Böyle olunca kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliki ya da maliklerine karşı açılması gerekse de, Yönetmelikten doğan bu temsil yetkisine göre davanın doğrudan yönetici hasım gösterilerek açılması da mümkündür. Ancak bu halde dahi hükmün doğrudan yönetici hakkında kurulması doğru olmaz. Mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerekir. Zira Yönetmeliğin 4/d maddesine göre, yöneticinin ana taşınmazda üstlendiği görevleri itibarıyla kat maliki ya da maliklerinden tahsil ederek kapıcının İş Kanunu'ndan doğan haklarını ödeme yükümlülüğü vardır.

Kapıcının çalışma süresi ve ara dinlemesi, ücretinin ödenmesi, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenmesi, yıllık ücretli izin kullanılması gibi hususlar yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'nun hükümlerine tabi olduğu Yönetmeliğin ilgili maddelerinde kurala bağlanmıştır. Yönetmeliğin 12. maddesinde kapıcının yıllık izin, hastalık izni veya tatil günleri sebebiyle çalışamadığı günler için yerine geçici kapıcı çalıştırılabileceği hükme bağlanmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun Ek Madde 1. maddesinde kapıcı konutları için kira istenemeyeceği kuralı bulunmaktaydı. 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu hükme yer verilmemiş, bu hususun düzenlenmesi de yönetmeliğe bırakılmıştır. Anılan Yönetmeliğin 13. maddesine göre kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir. Ancak, kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmişse, konutun 3194 sayılı İmar

Kanunu ve Belediye İmar Yönetmelikleri ile öngörülen asgari koşullara uygun olması gerekir.

Kapıcıya, görevi nedeniyle konut verilmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde zorunlu değilse de, verilmiş olan konut için iş sözleşmesinin devamı süresince kira istenemeyeceği de yine yönetmelikte düzenlenmiştir. O halde kira bedelinin ücrete sayılması da mümkün olmaz. Bu anlamda kapıcının kira ödemeksizin oturması ve karşılığında kapıcılık hizmetlerini görmesi şeklinde bir iş sözleşmesi yapıldığında, işverenin ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmış sayılamaz. Kapıcı ile kira kontratı yapılmış olması da bu sonucu değiştirmez(Yargıtay 9.HD. 03.11.2008 gün 2007/ 30359 E, 2008/ 29735 K).

Kapıcının su, elektrik, ısınma ve sıcak su giderlerine kısmen ya da tamamen katılıp katılmayacağının sözleşme ile belirleneceği de Konut Kapıcıları Yönetmeliğinde ifadesini bulmuştur. Buna göre taraflar, kapıcının anılan giderlere katılması ya da katılmaması hususunu serbestçe kararlaştırabilirler.

Somut olayda:

1) Fazla çalışma ücreti hususunda başka dosyadaki tanık ifadeleri ve belgeler bu dosya ile ilişkilendirilerek hesaplanan bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulmuş olması hatalıdır.

2)Davacının tüm blokların kaloriferlerini yakıp yakmadığı, kendisinden başka çalışan olup olmadığı, kaloriferlerin kömür, akaryakıt, doğalgaz sisteminden hangisi ile çalıştırıldığı belirlenmelidir. Yine apartmanın kalorifercilerinin çalışma planının ve bu hususta yönetim kurulu kararının bulunup bulunmadığı araştırılıp tespit edildikten sonra gerek görülmesi durumunda tanıkların bu hususta yeniden beyanları alınıp, hasıl olacak sonuca göre talepler hakkında karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi,

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/29977
Karar No **:** 2008/25970
Karar Tarihi **:** 09.10.2008
İlgili Kanun **:** 2821/4

ÖZÜ : ***İşkolu tespit kararlarına karşı itiraz davalarında yetkili mahkeme, işyerinin bulunduğu yerdeki mahalli mahkemedir.***

DAVA: 1-Ö. Şti. adına Avukat … 2- K. A.Ş. ile 1- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat … 2- … Sendikası adına Avukat … aralarındaki dava hakkında … İş Mahkemesinden verilen 14.05.2008 günlü ve 473-227 sayılı hüküm davacılar avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1-Mahkemece davacılar tarafından ayrı ayrı açılan davalarda aynı işkolu tespit kararına karşı itirazda bulunulduğu gerekçesiyle davaların birleştirilmesine karar verilmiş ve yapılan yargılama sonunda da davanın reddine karar verilmiş ise de, davacıların ayrı tüzel kişiler olduğu ve yaptıkları işin farklı işyerlerinde bulunduğu, dolayısıyla her iki davanın konusunun farklı olduğu, davalar arasında hukuki ve fiili irtibat bulunmadığı nazara alınmaksızın davaların birleştirilerek yargılama yapılıp işin esası hakkında karar verilmesi hatalıdır.

2- E. Linyitleri işletmesi Müessesesi Müdürlüğünde açık kömür ocaklarında linyit kömürü üretiminin yapıldığı, … Açık Ocaklar bünyesinde ışıklar 7 No'lu Panosu Dekapaj işi ile G. E. Linyitleri İşletmesi Tınaz 4 Panosu(Yatağan) da Dekapaj işinin, Ö. Şti.'ne ve yine … Açık Ocaklar bünyesinde Batı Kısrakdere 3 No'lu Panosu Dekapaj işi ile Deniş l/A Panosu Dekapaj işinin K. A.Ş.'ye, ihale yoluyla verildiği, işkolu tespit kararına konu dekapaj işlerinin görüldüğü işyerlerinin Soma ve Yatağan'da bulunduğu işkolu tespit kararından anlaşılmaktadır.

2821 Sayılı Yasanın Sendikalar Kanunu'nun 4.maddesi gereğince Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verilen işkolu tespit kararlarına karşı itiraz davaları işyerinin bulunduğu mahalli mahkemede açılması gerekir. Diğer bir ifade ile işin görüldüğü yer mahkemesi davaya bakmaya yetkili mahkemedir. Somut olayda da dava konusu Dekapaj işinin Soma ve Yatağan'da yapılmakta olduğundan Soma Açık Ocaklar bünyesinde görülmekte olan Dekapaj işleri ile ilgili işkolu tespitine itiraz davalarının Soma İş Mahkemesinde, Yatağan da bulunan Dekapaj işi ile ilgili iş kolu tespitine itirazın Yatağan iş Mahkemesince, yargılama yapılıp karara bağlanması gerekir.

Mahkemece anılan yasa maddesindeki yetkili mahkeme konusundaki kesin yetki kuralı göz ardı edilerek işin esası hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/34773
Karar No **:** 2008/25979
Karar Tarihi **:** 09.10.2008
İlgili Kanun **:** 2821/4

ÖZÜ : ***İşverene ait taşıt filosu, yapılan işin niteliği ve özellikle depolama işinin kısa süreli olduğu dikkate alındığında, tespite konu işyerlerinde yapılan işlerin nitelik itibarıyla İş Kolları Tüzüğünün 18 sıra numaralı "Kara Taşımacılığı" işkoluna girdiğine ilişkin tespit doğrudur.***

DAVA: N. Lojistik Hizmetleri A.Ş. adına Avukat … ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat … aralarındaki dava hakkında … İş Mahkemesinden verilen 16.07.2008 günlü ve 398—242 sayılı hüküm davalı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 25.05.2007 tarih ve 2007/30 sayılı N. Lojistik Hizmetleri A.Ş. ve bağlı işyerlerinde yapılan işlerin niteliği itibariyle "İşkolları Tüzüğü"nün 18 sıra numaralı "Kara Taşımacılığı" işkoluna girdiğine ilişkin işkolu tespit kararı Resmi Gazete'nin 31.05.2007 tarih ve 26538 sayılı nüshasında yayınlanmış, işveren tarafından süresi içerisinde iptali davası açılmıştır.

Davacı işveren, şirkete ait işyerlerinde yükleme boşaltma, yer değiştirme, depolama ve saklama, mal kabul, ayrıştırma malzeme elleçleme, paketleme ve manipülasyon, etiketleme, gümrükleme, envanter yönetimi gibi işlerin görüldüğünü, bu işlerin nitelik itibarıyla lojistik faaliyet olduğunu ve kara taşımacılığı işkoluna girmediğini belirterek Bakanlık tespitinin iptali ile işyerlerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 22 sıra numaralı "Ardiye Antrepoculuk" işkoluna girdiğinin tespitini istemiştir.

Davalı Bakanlık tespitin doğru olduğunu savunarak davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece davacı işyerlerinde çalışan işçilerin ağırlıklı olarak depolama işlerinde çalıştığını, işyerlerinde depoculuk hizmetlerinin görüldüğü gerekçesiyle işkolu tespit kararının iptali ile şirkete ait işyerlerinde yapılan işin nitelik itibarıyla Tüzüğün 22 sıra numaralı "Ardiye Antrepoculuk" işkoluna girdiğine karar verilmiştir.

Davalı Bakanlık, davacı işverenin taşıt filosu dikkate alındığında şirkete ait işyerlerinde yapılan işinin gümrükleme ve antrepoculuk amaçlı olmadığı, aksine yurtiçi ve yurtdışı taşımacılığın daha sağlıklı, güvenli, yer ve zaman organizasyonu için depolama işi olduğunu eksik inceleme ve araştırma ile bilirkişi raporu doğrultusunda verilen kararın bozulmasını istemiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişliğince yapılan inceleme ve araştırma sonucunda; şirketin daha önce Ü. Beynelmilel Nakliyat ve Tic. A.Ş. olarak kurulduğu, unvan değiştirerek şimdiki unvanını aldığı, merkez işyerinde işçi çalıştırılmadığı, şirket tarafından depolama, yükleme ve boşaltma işlerinin yapıldığı, depoların kiralanarak, yurtiçi ve yurtdışı nakliye işlerinin yapıldığı rapor edilmiştir. Dosya içinde bulunan Ulaştırma Bakanlığı Kara Ulaştırma Genel Müdürlüğü tarafından yurt içi eşya taşımak için ve şehirlerarası lojistik işletmeciliği yapmak üzere verilen 28.06.2005 ve 27.12.2005 tarihli kara taşımacılığı yetki belgesi ve ekindeki cins ve plakaları belirtilen taşıtların liste ile şirkete ait İstanbul ve Türkiye genelinde bulunan depoların işlevleri ve iş organizasyon şeması ve keşif sonrası alınan bilirkişi raporu birlikte değerlendirildiğinde davacı şirkete ait işyerlerinde üretimden gelen malların 7-21 gün arasında depolandığı, daha sonrada bunların zincir marketlere dağıtım yapıldığı, ürünlerinin yurtiçi ve yurtdışı dağıtımı sırasında kısa süreli depolama işlemi yapılmakta olduğu anlaşılmaktadır.

Davacıya ait taşıt filosu, yapılan işin niteliği ve özellikle depolama işinin kısa süreli olduğu dikkate alındığında bilirkişi raporunun araç bakım onarım ikmal biriminin bulunmadığı gerekçesi ile mahkemece kabul edilen ağırlıklı yapılan iş ölçütünün aksine, iş müfettişi raporundaki tespitlerin daha gerçekçi olduğu ve tespite konu işyerinde yapılan işlerle örtüştüğü görülmektedir. Bu nedenle davacı işverene ait işyerlerinde yapılan işlerin nitelik itibarıyla İş Kolları Tüzüğünün 18 sıra numaralı "Kara Taşımacılığı" işkolunda girdiğine ilişkin tespit doğrudur.

Varılan bu sonuca göre yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin 16.07.2008 tarih ve 2007/398-2008/242 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **İTİRAZIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına
4- 500,00 YTL maktu vekâlet ücretinin itiraz eden işverenden alınıp, aleyhine itiraz olunan Bakanlığa verilmesine
5- İtiraz eden tarafından yapılan mahkeme masrafının üzerinde bırakılmasına, kesin olarak 09.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/45006
Karar No : 2009/2764
Karar Tarihi : 17.02.2009
İlgili Kanun : 2821/4

ÖZÜ : ***Yetki uyuşmazlığı ile birlikte işkolu tespit uyuşmazlığının söz konusu olduğu durumda, öncelikle işyerinin girdiği işkolunun tespiti ön mesele kabul edilerek, anılan yasa hükmünce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunun sonucuna göre işin esası çözüme kavuşturulmalıdır.***

DAVA : Davacı, işyerinin 17 sıra numaralı işkoluna girdiğine ilişkin kararın iptali ile işyerinin iş kolları tüzüğünün 18 numaralı kara taşımacılığı iş kolunda yer aldığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : … Sendikası, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işveren …A.Ş.'ye ait işyerinde çoğunluk tespiti yapılması için başvurusu üzerine Bakanlık tarafından davalı şirketin asıl işinin gemi acenteliği ve deniz yoluyla konteyner taşımacılığı olduğu, bu hizmetlerin büro personeli eliyle yürütülmesi nedeniyle işyerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkoluna girdiği, bu iş ile birlikte adı geçen şirketin müşterilerine ait yükleri bulunduğu yerden limana veya deniz yoluyla taşınma işleri sonrasında limandan müşterinin talep ettiği yerlere kara yoluyla taşınabilmesi için kara taşımacılığı bölümünü oluşturduğu, bu işlerinde asıl işe yardımcı iş olup asıl işin girdiği işkolunda bulunması nedeniyle olumsuz yetki tespiti yapılmış ve ilgili sendikaya tebliğ edilmiştir.

Davacı sendika, davalı işverene ait işyeri ile ilgili çoğunluk tespiti için başvurduğunu bunun üzerine Bakanlık tarafından olumsuz yetki tespiti yapıldığını, tespitin hatalı olduğunu belirterek olumsuz yetki tespiti ile birlikte işyerinin 17 sıra

numaralı işkoluna girdiğine ilişkin Bakanlık tespitinin iptali ile anılan işyerinin İş Kolları Tüzüğünün 18 sıra numaralı "Kara Taşımacılığı" işkolunda yer aldığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Bakanlık, çoğunluk tespit başvurusunun tespite konu işyerinin davacı sendikanın kurulu olduğu işkolunda yer almadığı gibi olumsuz yetki tespitinden sonra davacı sendikanın işkolu tespitine ilişkin bir başvurusunun bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

İşveren ise işyerinde görülmekte olan işin Gemi Acenteliği Yetki Belgesi ile gemi acenteliği ve deniz yoluyla konteyner taşınmasına aracılık hizmeti vermek olduğunu, kara taşımacılığı işinin asıl işe yardımcı iş olarak görülmekte olduğunu, dolayısıyla işyerinde yapılan işlerin niteliği itibariyle İş Kolları Tüzüğünün 17 sıra numaralı işkoluna girdiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacı sendika tarafından 2821 sayılı yasanın 4. maddesi gereğince tespite konu işyeri ile ilgili olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusu yapılmadığı, işkolu tespitinin yetki tespitine itiraz kapsamında mahkemeden istenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı sendika, kararı temyiz etmiştir.

Davacı sendika, olumsuz yetki tespiti ile birlikte tespite konu işyerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 17 sıra numaralı işkoluna girdiğine ilişkin Bakanlık kararın iptali ile Tüzüğün 18 sıra numaralı "Kara Taşımacılığı" iş kolunda yer aldığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Bu durumda taraflar arasında yetki uyuşmazlığı ile birlikte işkolu tespit uyuşmazlığı da söz konusu olmaktadır. Davacı sendika, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde öngörülen prosedüre uymadan dava açmış olduğundan öncelikle işyerinin girdiği işkolunun tespiti ön mesele kabul edilerek anılan yasa hükmünce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunun sonucuna göre işin esası çözüme kavuşturulmalıdır. Bu yönler düşünülmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/29995
Karar No **:** 2008/24853
Karar Tarihi **:** 25.09.2008
İlgili Kanun **:** 2821/10

ÖZÜ : ***Şube Başkanı olan davacının seçimi kaybetmeden önce delege seçimlerine itiraz ettiği göz önüne alınmadan, seçimi kaybettiği için bu davayı açtığı şeklinde karar verilmesi hatalıdır.***

DAVA: Dava, şube genel kurulunu oluşturacak delege seçimlerinin iptaline ilişkindir.

KARAR: Davacı, davalı sendikanın İzmir Şubesi Başkanı olduğunu, şube genel kurulunu oluşturacak delegelerin seçimlerinin 12.03.2007 tarihinde yapıldığını, ancak İzmir Liman İşletmesinde çalışan 53 üye işçinin İskenderun Liman İşletmesi'nden geçici işçi olarak geldiği ve S.S. işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin üyeliklerinin düştüğü gerekçesiyle oy kullandırılmadığı, dolayısıyla bir kısım üyelere oy kullandırmamak suretiyle yapılan delege seçimlerinin 2821/10-2 fıkrasına Tüzük ve Seçim Yönetmeliğine aykırı olduğunu belirterek 12.03.2007 tarihinde yapılan delege seçimlerinin iptalini talep etmiştir.

Davalı, davacının şube başkanı olarak delege seçimlerinin tüm aşamalarında imzasının bulunduğu, hiçbir itirazda bulunmadığı, seçilememesi üzerine iş bu davayı açtığı, bunun hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu, hukuk tarafından korunulamayacağı kaldı ki, İskenderun'dan geçici işçi olarak gelen üyelerin gidip İskenderun şubesinde oy kullandıklarını, S.S. işyerinde çalışan işçilerin üye olduktan sonra 2-3 ay üyelik aidatı ödeyip daha sonra ödemediklerini, 2003 yılında değiştirilen Tüzük hükmüne göre aidat ödemeyenlerin üyeliklerinin kendiliğinden düştüğünü, dolayısıyla delege seçimlerinde oy kullanmalarının da mümkün olmadığını, iddiaların haksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacının iddia ettiği konular doğru olsa da şube başkanı olarak delege seçimlerinin yapılmasında birinci derecede sorumlu kişi olup tüm aşamalarında imzasının bulunması, seçim sürecinde hiçbir işleme itirazda bulunmamış olması, seçimlerde davacının seçilememesi üzerine iş bu davayı açtığı, sıfat, görev ve yetkileri ile dosya kapsamına göre hakkın amacından saptırılarak kötüye kullanıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, delege seçimlerinde genel merkezden görevlendirilen kişilerin listeleri düzenlediğini, hiyerarşik düzen içerisinde hareketlerinin kısıtlanmış olduğunu, asıl suiniyetli olan davranışın bir kısım üyelerin seçime sokulmaması olduğunu, kendisinin delege seçim sürecindeki imzasının olmasının kötü niyetli olduğunu göstermeyeceğini belirterek kararı temyiz etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının davalı sendikanın İzmir Şubesi başkanı olduğu, şube genel kurulunu oluşturacak delege seçimlerinin tüm aşamalarında şube başkanı olarak imzasının bulunduğu saptanmakta ise de, davacının 12.03.2007 tarihinde yapılan delege seçimlerinin iptali için iki gün sonra 14.03.2007 tarihinde, şube genel kurulunun yapılmasına ilişkin Genel Yönetim Kurulu kararının tedbirli olarak iptali için 10.04.2007 tarihinde … İş Mahkemesinin 2007/547 esas sayılı dosya ile dava açmış olması, davacının şube başkanı olduğu için 28.04.2007 tarihli şube genel kuruluna doğal delege olarak katılması ve şube genel kurulunda dava ettiği konuları gündeme taşıyan bir konuşma yapması genel kurul sonunda yapılan şube organ seçimlerine

yeniden seçilmemiş olması, seçimi kaybettiği için iş bu davayı açtığı yönündeki davalı savunması ile hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin mahkemenin ret gerekçesini dayanaksız kılmaktadır. Böyle olunca mahkemece işin esası incelenip tüm deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/30450
Karar No **:** 2009/23195
Karar Tarihi **:** 15.09.2009
İlgili Kanun **:** 2821/10

ÖZÜ : ***Delege seçimlerinin İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı denetim ve gözetiminde yapılması gerekir.***

DAVA : Davacı, … Sendikası … 1. Nolu Şubesinin 08.10.2007 tarihinde yapılan delege seçimlerinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Mahkemece davalı sendikanın … 1 No'lu Şube Genel Kurulunu oluşturacak delegelerin seçiminin 08.10.2007 tarihinde … 2. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı'nın denetim ve gözetimi altında yapıldığı söz konusu delege seçimlerinde yasa, tüzük ve yönetmeliğe aykırılık saptanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı tarafından temyiz edilen karar Dairemizin 03.07.2008 tarih ve 2008/24303 esas ve 2008/18674 karar sayılı ilam ile "...4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 43. maddesinin yollamasıyla 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 10. maddesi gereğince delege seçimlerinin hukuki denetimi iş mahkemesine aittir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden dava konusu 18.10.2007 delege seçimlerinin İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı denetim ve gözetiminde yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın esası hakkında karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı...." olduğu belirtilerek bozulmuştur.

Mahkemece bozma kararına uyulup bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra ilk karara gönderme yapılarak yine ilk karar gibi dava konusu delege seçimlerinin … 2. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının denetim ve gözetiminde gerçekleştirildiği, seçimlerin yasa ve tüzük hükümlerine uygun yapıldığı belirtilerek önceki gibi karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mahkemece bozmaya uyulduktan sonra ilk kararda gösterilen gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi usulü hakkın ihlalidir. Zira bozmaya uyulmakla delege seçimlerinin İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı denetim ve gözetiminde yapılmadığı konusu kesinleşmiş, bozma kararının kapsamı dışında kalmıştır. Mahkemece bu konuda yeniden karar verilemez.

Böyle olunca uyulan bozma ilamının gerekleri yerine getirilerek hüküm kurulması için kararın yeniden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/27044
Karar No **:** 2008/19802
Karar Tarihi **:** 10.07.2008
İlgili Kanun **:** 2821/11

ÖZÜ : ***Şubeye bağlanacak işyerini değiştirmek ve özellikle şubeye bağlı işyerini değiştirmekle üye sayısını azaltarak veya çoğaltarak şube yöneticilerinin görevlerini ücretli ya da amatör olarak yürütmesi konusunda, Genel Kurulca Genel Yönetim Kurulunun açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir.***
DAVA : Y.B. adına Av. Ö.Ö ile B.M İşçileri Sendikası adına Av. O.Y. aralarındaki dava hakkında … 2. İş Mahkemesinden verilen 20.11.2007 günlü ve 1073-441 sayılı hüküm davacı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dava, şubeye bağlı işyerinin başka bir şubeye bağlanmasına ve şube üye sayısının azaldığı gerekçesiyle profesyonel olarak yürütülen sendika yöneticiliği görevinin amatör olarak yürütülmesine dair olan Sendika Genel Yönetim Kurulu kararının iptaline ilişkindir.

Davacı, davalı sendikanın İstanbul 2. Nolu şube sekreterliği görevini profesyonel olarak yürüttüğünü, sendika Genel Yönetim Kurulu'nun önce 2 Nolu Şube'nin faaliyet alanında bulunan bir işyerini İstanbul 1. No'lu Şubeye bağlayarak şube üye sayısını düşürdüğünü, daha sonra da şubenin aidatlı üye sayısının 1000'nin altına düştüğü gerekçesi ile profesyonel şube sekreterliği görevini amatör olarak yürütmesine karar verdiğini, şube Sendika Genel Yönetim Kurulunun böyle bir yetkisinin bulunmadığını belirterek davalı sendikanın Genel Yönetim Kurulunun profesyonel olarak yürüttüğü şube sekreterliği görevini amatör olarak yürütmesine ilişkin 14.05.2007 tarih ve 2007/353 sayılı kararın iptalini talep etmiş daha sonra Genel Yönetim Kurulunca tekrar ücretli yönetici kadrosunda görevlendirildiğini, ödenmeyen ücretlerin alabilmesi için davaya devamla kararın iptalini istemiştir.

Davalı, davacının yöneticisi olduğu İstanbul 2. Nolu Şubeye bağlı olan S. San. ve Tic. A.Ş. işyerinin İstanbul 1. No'lu Şubesinin faaliyet alanına taşınması üzerine bu işyerinin 1.No'lu şubeye bağlandığını, buna bağlı olarak İstanbul 2. No'lu Şube üye sayısının binin altına düştüğünü, bu nedenle davacının profesyonel olarak yürüttüğü şube sekreteri görevini amatör olarak yürütmesine karar verildiğini, kararın tüzük hükümlerine uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davalı sendikanın İstanbul 2 No'lu Şube'nin üye sayısının bin üyenin altında olduğunun tespit edildiğini, bu nedenle şube yöneticiliği görevini amatör olarak yürütmeye ilişkin Genel Yönetim Kurulu kararının yerinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, kararı temyiz etmiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 11/12 bendi ile bu hükme paralel Tüzüğün 13/n bendinde merkez genel kurulunun görev ve yetkilerini düzenlendiği, buna göre "mevzuatta veya tüzükte genel kurulca yapılması belirtilen diğer işlemlerin yerine getirilmesi başka bir organa bırakılmamış konuların karara bağlamak" denilmektedir. Genel Yönetim Kurulunun yetki ve görevlerini düzenleyen "yasanın 16/3. bendi ile Tüzüğün 18/26 bentlerinde "Merkez Genel Kurul kararları doğrultusunda şube açmak, birleştirmek, kapatmak ve Başkanlar Kurulunun önerisi dikkate alınarak şubeye bağlanacak işyerlerini saptama ve değiştirmek" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yukarıda belirtilen maddeler birlikte değerlendirildiğinde Genel Yönetim Kurulu, Genel Kurul tarafından açık yetki verilmesi halinde ancak şubeye bağlanacak işyerlerini saptamak ve değiştirmek yetkisini kullanabilecektir. Genel Yönetim Kuruluna, doğrudan şubeye bağlanacak işyerlerini saptamak ve değiştirmek yetkisi verilmemiştir. Genel Yönetim Kurulu böyle bir yetki ile bir şubenin faaliyet alanında bulunan bir ve birkaç işyerini başka bir şubeye bağlayarak o şubenin üye sayısını değiştirebileceği gibi, delege ve hatta bu davada olduğu gibi, sendika yöneticilerinin bu görevlerini profesyonel veya amatör olarak sürdürmelerini dahi düzenleyebilme olanağına sahip olacaktır.

Kısacası, bahsedilen yetki, şubeler veya yöneticiler üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanılabilecektir. Bu nedenle "genel kurulun açık yetki vermesi" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Şubeye bağlanacak işyerini değiştirmek yetkisi ve özellikle şubeye bağlı işyerini değiştirmekle üye sayısını azaltarak veya çoğaltarak şube yöneticilerinin görevlerini ücretli ya da amatör olarak yürütmesi konusunda da genel kurulca Genel Yönetim Kurulunun açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir. Bu konuda alınmış bir genel kurul kararının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Dosya içinde bulunan 15-17.12.2007 tarihli genel kurul divan tutanağında sendika şubelerine bağlanacak işyerlerini saptamak ve değiştirmek konusunda Genel Yönetim Kuruluna verilmiş bir yetki olmadığı gibi, sendika yöneticilerinin profesyonel kadrodan amatör kadroya geçirilmesine ilişkin her hangi bir yetki verilmediği de görülmektedir.

Bu nedenle Genel Yönetim Kurulunun Tüzük gereği genel kuruldan açık yetki alıp işlem yapması gerekir iken, böyle bir yetki almadan işlem yapması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/44883
Karar No : 2009/7831
Karar Tarihi : 24.03.2009
İlgili Kanun : 2821/12

ÖZÜ : ***Şube delegelerinin beşte birinin teklifi üzerine olağanüstü toplantının yapılmasının zorunlu olmadığı, bu koşulun yanında olağanüstü genel kurulun yapılmasını gerektirecek sendika içi demokraside haklı, yeterli, inandırıcı, sebeplerin de bulunması gerekir.***

Ret sebebi ortak olan davacılar aleyhine tek bir vekâlet ücretine takdir edilmesi gerekir iken her bir davacı için ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi doğru değildir.

DAVA : Davacı, Genel Kurul Kararının iptaline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dava, şube genel kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılma isteminin reddine ilişkin Sendika Genel Yönetim Kurulu kararının iptali ile şube genel kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılması ve yönetiminin kurulunun işten el çektirilmesine karar verilmesine ilişkindir.

Davacılar, davalı sendikanın Adana l. No'lu Şubesinin olağanüstü toplanması için şube genel kurul delegelerinin beşte birinin yazılı talebi ile şube genel kurulunun olağanüstü toplanmasının talep edildiğini, bu istemlerinin davalı sendika Genel Yönetim Kurulu tarafından beşte bir çoğunluk sağlanamadığı gerekçesiyle reddedildiğini belirterek sendika Genel Yönetim Kurulunun kararının iptali ile şube genel kurulunun olağanüstü toplanmasına ve Yönetim Kurulunun işten el çektirilmesini karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalı sendika, şube genel kurul delegelerinin beşte bir oranında delegenin yazılı talep koşulunun gerçekleşmediği gibi olağanüstü genel kurulun toplanması için objektif ve çok ciddi sebeplerin olması gerektiğini, böyle bir nedeninde bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece şube delegelerinin beşte birinin teklifi üzerine toplantının yapılmasının zorunlu olmadığı, bu koşulun yanında olağanüstü genel kurulun

yapılmasını gerektirecek sendika içi demokraside haklı, yeterli, inandırıcı, sebeplerin de bulunması gerektiği, tanık beyanları, ihtarnamelerin içeriği ve davalının savunması birlikte değerlendirildiğinde şube genel kurulunun olağanüstü toplanmasını gerektirecek ciddi ve objektif nedenlerin varlığı kanıtlanamadığı gerekçesi ile davanın reddi karar verilmiştir.

Davacılar, şube delege toplam sayının beşte birini oluşturan delegelerin olağanüstü genel kurul talep etmesinin yeterli ve ileri sürülen nedenlerin de toplantı için haklı gerekçeler olduğunu, ayrıca davalı yararına tek bir vekâlet ücreti takdir edilmesi gerekir iken her bir davacı aleyhine ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek kararı temyiz etmişlerdir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak mahkemece davanın aynı gerekçe ile reddedilmesine rağmen davalı yararına her bir davacı için ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 3/2 maddesi gereğince red sebebi ortak olan davacılar aleyhine tek bir vekâlet ücretine takdir edilmesi gerekir iken her bir davacı için ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi doğru değildir. Her ne kadar her bir davacı aleyhine ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi hatalı ise de, bu hatanın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK' nun 438/7 fıkrası gereğince kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın hüküm fıkrasındaki "5-Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Ücret Tarifesi Hükümlerine göre takdiren Davacı H.D. yönünden 500,00 YTL, Davacı Y.D. yönünden 500,00 YTL, Davacı A.Ş. yönünden 500,00 YTL, Davacı K.K. yönünden 500,00 YTL, Davacı S.G. yönünden 500,00 YTL vekâlet ücretinin ayrı ayrı adları geçen davacılardan alınıp davalıya verilmesine, takdiren davacılara vekalet ücreti verilmesine yer olmadığına," vekalet ücretine ilişkin sözcüklerin silinerek yerine " Davalı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 500,00 TL vekalet ücretinin davacılardan alınarak davalıya verilmesine," sözcüklerinin yazılmasına ve kararın bu şekli ile **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz eden yükletilmesine, 24.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/20456
Karar No **:** 2009/21114
Karar Tarihi **:** 17.07.2009
İlgili Kanun **:** 2821/27

ÖZÜ : ***Kapatılması istenen sendikanın yargılama süreci devam etmekte iken, bir başka sendikaya katılması suretiyle tüzel kişiliği sona erdiğinden, tüzel kişiliği sona ermiş bir sendikanın faaliyetinin durdurulmasından ve kapatılmasından söz edilemez.***

DAVA : Davacı A. Valiliği, 23.07.2003 tarihinde kurulan davalı sendikanın iki kurucu üyesi olan A. D. ve S. G.in Sendika Tüzüğündeki imzalarının evrakta sahtecilik suçunu oluşturur nitelikte bulunduğu ve sendikanın kurucu üyeleri hakkında A. C.Başsavcılığı tarafından A. 7. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığı, bu iki kurucu üye dışındaki bazı üyelerinde 2821 sayılı Yasanın 5. maddesinde öngörülen sendika kurucu üyesi olma şartları taşımamaları nedeniyle aynı Yasanın 6. ve 54. maddesi gereğince faaliyetinin durdurulması ve kapatılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Davalı Sendika, A. 7. Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davada tüm sanıkların beraatlarına karar verilmiştir. Sendika kurucu üyelerinin yasal şartları taşıdığını belirtmişlerdir. Aktif husumet yönünden 2821 s.y.nın 6. ve 54. maddeleri uyarınca kimlerin dava açabileceğinin sınırlı olarak sayıldığını buna göre T. O. İşçileri Sendikasının dava açma hakkı bulunmadığını, bu nedenle müdahale talebinin yasaya aykırı olduğunu reddini istemiştir. T.O.-İş Sendikasının kuruluş aşamasında kuruluş evraklarındaki eksiklik nedeniyle A. Valiliğince açılan davanın 2003/257 sayılı dosyasında yürütüldüğü eksik belgelerin ikmal edilmesiyle 23.10.2003 tarih ve 257-7 sayılı davanın konusuz kalması nedeniyle hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verildiği, sendikanın kuruluşundaki eksikliklerin ancak 60 gün içerisinde ileri sürülebileceğini TMK' nun, 60. maddesi gereğince bu sürenin geçtiğini belirterek davanın reddini talep etmiştir.

A. 6. İş Mahkemesi dosyası, A. 11. İş Mahkemesinin 2003/1864 sayılı kesinleşen dava dosyası mahkememizin 2003/257 sayılı dava dosyası ve diğer belgeler dikkate alındığında A. Valiliği ve Feri Müdahilin talepleri yerinde görülerek kurucu üyelerden Y. G. (adam öldürmeye tam teşebbüsten mahkûmiyetinin bulunması) ve C. K. (başka işkolunda çalışır olduğu) 'la ilgili kurucu üyelik şartları oluşmadığından, bu durumda halen faaliyette olan sendikanın 7 gerçek kişiden kurulma şartının gerçekleşmediğinden davalı sendikanın faaliyetinin durdurulmasına ve kapatılmasına karar verilmiştir.

Fer'i müdahil durumunda olan aynı işkolunda kurulu sendika, davalı sendikanın tüzel kişilik kazanmamış sayılması, faaliyetinin durdurulması ve kapatılması istendiğine, mahkemece de davanın kabulüne karar verilmiş olduğuna göre hüküm kısmında davanın kapatılması ve faaliyetinin durdurulması yanında tüzel kişilik kazanmadığının da belirtilmesi gerektiğini, bu nedenle hüküm fıkrasına "Davalı Sendikanın Tüzel Kişilik Kazanamadığına" fıkrasının da eklenmesi istenilmiştir.

Davalı sendika;

1-) Sendikanın kuruluştaki eksikliklerinin Valiliğin müracaatı üzerine A. 13. İş Mahkemesinin 2003/257 sayılı dosya ile "tamamlatılmış olması ile" oluşan kesin hükme aykırı olarak açılan davanın esasen kesin hüküm nedeni ile reddi gerekeceği

2-) A. Valiliğinin 06.01.2006 tarihli dava dilekçesinin sadece "sahtecilik ile ilgili olduğu" kabul edilmiş iken ve bu verilen beraat kararı ortada iken bunlardan dönülerek üstelik gerekçeli karara da fer'i müdahil sendikanın Valiliğin ileri sürmediği bir hususun dinlenmeyeceğine karar verildikten sonra Valiliğin ileri sürmediği sebeplere binaen kapatma kararı verilmiş olması,

3-) Açılan davanın yasal dayanağının 2821 s.y. 6. ve 54. maddesi kabul edildikten sonra, Y.9.H.D istikrar bulan ilke içtihatları doğrultusunda 54. madde de öngörülen mehil verilmeden kapatma kararı verilmiş olması nedeniyle yerel mahkeme kararının usul hukuku hükümlerine aykırı olduğundan bozulması gerekir.

4-) Sendika kurmadan önce alınan memnu hakların iadesine dair karar yargısal kararın ehliyetsizliği ortadan kaldırdığı halde bu konudaki içtihatlara aykırı karar verilmiştir.

5-) C. K.'ın sendikanın kurulduğu tarihte Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılmış işkolu tespit kararına göre fiilen bu işkolunda çalıştığı, mahkeme kararının ise 2 yıl sonra işkolunu değiştirdiği ve C. K.'ın görevden uzaklaştırıldığı da dikkate alındığında bu hususun artık bir kapatma nedeni olamayacağı, kendi içerisinde çelişkili, yasalara içtihatlarına açıkça aykırı oluğunu belirterek kararının bozulmasını istemiştir.

Davalının Ek Temyiz Dilekçesi (28.05.2008) Davalı sendika, mahkeme kararından sonra 2821 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca bir başka işçi sendikasına katıldığı, bu durumun temyiz incelemesi sırasında dikkate alınması gerektiğini, Sendikanın 03.05.2008 tarihinde olağanüstü genel kurul sonrası sendikanın Ö.T.İş Sendikasına katılma kararı aldığını, diğer sendikasında aynı gün aldığı olağanüstü genel kurul toplantısında aldığı kararı ile katılmayı kabul ettiğini, dolayısıyla T. O.-İş Sendikasının tüzel kişiliğinin sona erdiği ve iş bu davanın konusuz kaldığını belirterek kararın bozulmasını istemiştir.

Karar Dairemizin 12.06.2008 tarih ve 2008/19966-15567 sayılı ilamı ile "Öncelikle belirtmek gerekir ki, 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 54. maddesinde sendikanın faaliyetlerinin durdurulması ve kapatılması davasının kimler tarafından açılabileceği sınırlı şekilde belirtilmiştir. Buna göre fer'i müdahilliğine karar verilen sendikanın davada taraf olma sıfatı bulunmadığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca fer'i müdahil, katıldığı tarafla birlikte hareket ettiğinden tek başına kararı temyiz etmesi de mümkün değildir.

Davalı sendika tarafından 28.05.2008 tarihli ek temyiz dilekçesi ekinde dosyaya sunulan 03.05.2008 tarihli T.O.İş Sendikası olağanüstü genel kurul divan tutanağında sendikanın Ö.O.İş Sendikasına katılmasına, katılma talep ve kararının adı geçen sendikaya iletilmesi için Genel Yönetim Kurulunun yetkili kılınmasına karar verildiği, diğer taraftan yine dilekçe ekinde sunulan 03.05.2008 tarihli Ö.O.İş Sendikası 1.Olağan Genel Kurul toplantı tutanağında davalı sendikanın katılma talebinin gündeme alınmasına ve 2821 sayılı Yasanın 27. maddesi gereğince oylanarak talebin kabulüne karar verilmiştir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 26. ve 27. maddeleri hükmünce sendikaların bir başka sendikaya veya konfederasyonun bir başka konfederasyona katılmasının veya birleşmesinin gerçekleşmesi için her iki sendikanın veya her iki konfederasyonun Genel Kurullarınca katılma veya birleşme kararı verilmiş olmaları gerekir. Davalı sendikanın başka bir sendikaya katılma kararı esas hakkında karar verildikten sonra gerçekleştiği iddia edilmiştir.

Mahkemece bu hukuki olguların yasal dayanakları ile birlikte araştırılması gerekir. Deliller toplanarak dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilip hüküm kurulması için kararın sair hususlar incelenmeksizin bozulması gerekmiştir." Şeklinde bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyulmuştur.

Katılmaya ilişkin belgeler getirtilmiştir.

Bozma kararına uyularak mahkemece yeniden yapılan yargılama sonunda; Davalı sendikanın Ö.T.İş Sendikasına katılma kararının geçerli bir dayanağı bulunmamaktadır. Davalı sendikanın kuruluşunda yasaya aykırı bir durum olduğundan 2821 s.y. 6. ve 54. maddeleri incelenerek hüküm kurmak gerekmiştir. Mahkememizin 2003/257 sayılı dava dosyası ve diğer belgeler dikkate alındığında A. Valiliği ve Feri Müdahilin talepleri yerinde görülerek kurucu üyelerden Y.G. (adam öldürmeye tam teşebbüs suçundan olan 8 yıl ağır hapis cezası ilişkin (Memnu hakların iade edilmiş olsa da) bu mahkûmiyeti ve C. K. (sendikanın kuruluş tarihinden farklı işkolunda kurulu işyerinde çalışması) 'la ilgili kurucu üyelik şartları oluşmadığından, Davalı sendikanın kurucu üyeleri A.D. ve S.G. hakkında A. 7. Ağır Ceza Mahkemesinde sahtecilik suçundan devam eden kamu davasında beraat kararı verilip karar temyiz aşamasında ise de, diğer iki kurucu üyenin üyelik koşullarını taşımadıklarından A. 7. Ağır Ceza Mahkemesindeki davanın sonuçlanmasının beklenmesine gerek görülmemiştir. Bu durumda kurucu üyelerle ilgili şartlar oluşmamıştır. Dolayısıyla sendikanın kurulması ile ilgili yasal şartlar baştan itibaren oluşmamıştır. T.O.İş Sendikasının daha sonradan Ö.T.İş Sendikasına katılması ve bu nedenle davanın konusuz kalması nedeniyle hüküm kurulmasına yer olmadığına ilişkin talepler yerinde değildir. İlk kuruluş anında yasal şartları taşımadığından kurulduğu andan itibaren tüzel kişilik kazanamamıştır.

Söz konusu davaya müdahil olmak isteyen B.O.İş Sendikası ve Ö.T.O.İş Sendikası talepte bulunmuşlar ancak Valilik yanında müdahil olmak isteyen taraf vekillerinin talepleri yerinde görülmemiştir. Yargılamanın bu aşamasında müdahil olmak isteyen tarafın müdahil olmada geçerli bir hukuki menfaati söz konusu değildir.

Belirtildiği gibi davalı T.O.İş Sendikası kuruluşunda eksiklik olduğu yani kurucu üyelerle ilgili olarak kuruluşunda kanunun aradığı yasal şartlar oluşmadığından dolayısıyla T.O.İş Sendikasının Ö.O.İş Sendikasına katılması ve bu durumda davanın konusuz kaldığı yolundaki iddialar yerinde görülmemiş ve davalı sendikanın iyi niyetli davranmadığı iyi niyet kurallarına uygun hareket etmediği anlaşılmış olup, bu durumda davalı sendikanın başka bir sendikaya katılarak davanın konusuz kaldığı yolundaki iddialarına mahkememizce itibar edilmeyerek daha önceden 08.04.2008 tarihinde verilen kararda da belirtildiği üzere kurucu üyelerden Y.G. ve C. K.'la ilgili kurucu üyelik şartlarının oluşmaması nedeniyle bu durumda halen faaliyette olan sendikanın faaliyetinin durdurulması ve kapatılması yolunda karar vermek gerekli görülmüştür. Yargılama devam ederken A. 10 İş Mahkemesinin 2008/356 sayılı dava dosyası getirtilmiş, T.O.İşçileri Sendikası Başkanlığı tarafından T.O.İş Sendikası aleyhinde dava açıldığı bu davanın Ö.T.O.İş Sendikasına katılması ile ilgili olarak Genel kurulun tüm sonuçlarının iptaline karar verilmesi şeklinde olduğu anlaşılmış olup, A.8. İş Mahkemesinde de Ş. ve N. isimli davacılar tarafından davalı T.O.İş Sendikası ve Ö.O.İş Sendikası aleyhinde dava açıldığı ve bu davanın konusunun da Genel Kurulun tüm

sonuçları ile birlikte iptaline karar verilmesi şeklinde olduğu, yine A. 10 İş Mahkemesinin 2008/479 sayılı dosyasında davacının V.M.A., S.O.ve davalısının T.O.İş Sendikası ve Ö.O.İş Sendikası olduğu, dava dosyasında da yine 3-4 Mayıs 2008 tarihinde Ö.O.İş Sendikasının yaptığı genel kurulun geçersiz sayılarak tüm sonuçları ile birlikte iptaline karar verme şeklinde olduğunun anlaşıldığı görülmüştür. Yargıtay Bozma ilamında belirtildiği üzere katılma ile ilgili olarak tüm belgeler getirtilmiş ve ayrıca Çalışma Bakanlığından söz konusu belgeler getirtilmiş ve usulü eksiklikler giderilmiştir.

Sonuç itibarıyla "A. 7. Ağır Ceza Mahkemesi dosyasının sonucunun beklenmesinden vazgeçilerek A. Valiliğinin açmış olduğu davanın kabulü ile Ö.O.İş Sendikasına katılan T.O.İş Sendikasının faaliyetinin durdurulması ve kapatılmasına, (Feri müdahil tarafın tek başına temyiz yetkisinin olmadığına)" karar verilmiştir.

Davalı Sendikanın Katıldığı Ö.O.İş Sendikası;

1-) Mahkeme kararının verildiği 01.04.2009 tarihinde T.O.İş Sendikasının tüzel kişiliğinin sona erdiği ve davanın konusuz kaldığı biri A. 10.İş Mahkemesinin 15.07.2008 tarih ve 2007/377-2008/381 sayılı kararı, bu karar Y.9.H.D.'nin 10.03.2009 tarih ve 7575-6559 sayılı ilamı ile onandığını, diğeri A. 12. İş Mahkemesinin 2007/874 esas sayılı olumlu ve olumsuz yetki tespitine itiraz davasında davalı olarak (T.O.İş Sendikası/Ö.O.İş Sendikası) şeklinde kararda gösterilerek Yargıtay'ca davacı olan sendikanın tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın 03.02.2009 tarih ve 2008/41533-2009/1461 onandığı olmak üzere iki kesinleşmiş kararın bulunduğu, mahkemece bu kesin deliller dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesinin bozma nedeni olduğunu,

3-) Mahkemece verilen sendikanın baştan itibaren kurulmamış sayılmasına bu nedenle faaliyetlerinin durdurulmasına ve kapatılmasına kararının hukuki dayanaktan yoksun ve yasaya açıkça aykırı olduğunu, zira 2821 s.y. 6. maddesinde sendika ve konfederasyonların önceden izin alınmaksızın kurulabileceği, yasada belirtilen kuruluş evraklarının ilgili valiliğe verilmesi ile birlikte sendikanın tüzel kişilik kazanacağının açıkça belirtildiğini, sunulan evraklarda eksiklik olsa dahi bunun sonradan yasada belirtilen prosedür ile tamamlanabileceğini, dolayısıyla evrakların eksikliği halinde dahi sendikanın kurulmuş olacağını, bu nedenle baştan itibaren kurulmamış olduğuna ilişkin kararın yasaya aykırı olduğunu,

4-) Davanın 2821 s.y.nın 6. ve 54. maddelerine aykırılık nedeniyle açıldığı düşünüldüğünde anılan maddelerdeki prosedürün yerine getirilmeden (11.07.2006 tarih ve 2006/18924-2006/20651 sayılı-28.06.2005 tarih ve 2005/2115-23021) içtihatlara aykırı olarak 60 günlük sürenin tanınmadan yazılı şekilde hüküm kurulduğunu,

5-) Memnu hakları iadesi kararının ileriye dönük olarak ehliyetsizliği ortadan kaldırdığı, kuruculuğa, yöneticiliğe, temsilciliğe engel teşkil etmeyeceğinin İBK ve anayasa mahkemesi kararında ve içtihatlarda belirtilmesine rağmen aksine karar verildiğini,

6-) Sendikanın tüm hak ve borçları ile başka bir sendikaya katılması nedeniyle A. 13. İş Mahkemesince tüzel kişiliğinin sona erdiğinden dava hakkında karar

verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir iken, faaliyetlerinin durdurulmasına ve kapatma kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğunu,

7-) Kaldı ki, Dairenin 01.06.1989 tarih ve 1989/2737- 1989/5098 sayılı kararında belirttiği gibi 2821 s. Sendikalar K. m. 26, 27 uygun şekilde Sendika veya konfederasyonun başka sendika ve konfederasyona katılması veya birleşmesinin gerçekleşmesi için, her iki sendikanın veya her iki konfederasyon genel kurullarının katılma veya birleşmeye karar verildiği halde mahkemece katılmanın kötü niyetle alınmış bir karar olduğu şeklinde kabulünün yasaya açıkça aykırı olduğundan kararın bozulmasını istemiştir.

Davacı Valilik, temyize cevap dilekçesinde; kararın onanmasını istemiştir.

Uyuşmazlık, davalı T.O.İş Sendikasının faaliyetinin durdurulması ve kapatılması noktasında toplanmaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 54. maddesi gereğince sendikanın kuruluşu sırasında kanuna aykırılık veya eksiklik sebebiyle 6'ıncı maddenin yedinci fıkrası uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı veya ilgili Valilikçe başvurulması halinde, mahkeme kanuna aykırılığın veya eksikliğin giderilmesi için altmış günü aşmayan bir önel verir.

Anılan düzenleme dava dilekçesindeki somut durumu karşılamaktadır. Ancak mahkemece bu yola gidilmemiştir. Aynı yasanın altıncı maddesine göre sendika ve konfederasyonlar önceden izin almaksızın kurulacağına göre 54. madde dar yorumlanamaz. Tüzük ve belgeler kapsamında kuruculardaaranacak koşullarda kanuna uygun hale getirilebilir. Yeni kurucular oluşturulabilir. Yöntem bu olmalıdır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 27. maddesi gereğince sendikanın bir başka sendikaya katılması halinde, katılan sendika veya konfederasyon bütün hak, borç, yetki ve menfaatleri katıldıkları sendika veya konfederasyona geçer.

Somut olayda T.O.İş Sendikası, Ö.O.İş Sendikasına katılmıştır. Anılan katılma yasal prosedüründen geçmiştir.

Katılmanın iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesine 27. maddenin açık düzenlemesi karşısında katılmak mümkün değildir. Kaldı ki, mahkemenin yorumunun kabulü için sendikaların Sendikalar Kanunu'nun ikinci maddesinde sözü edilen "Sendika; İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzel kişiliğe sahip kuruluşlara denir." düzenlemesinin göz ardı edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla önemli olan sendika bünyesi içerisindeki işçilerdir. Onların hak ve menfaatleridir.

Yukarıdaki gerekçe ile mahkemece davanın konusuz kalması nedeniyle esas hakkında bir karar verilmesine mahal olmadığına karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.07.2009 gününde bozma gerekçesi oyçokluğu ile hüküm ise oybirliğiyle karar verildi.

KARŞI OY

Kapatılması istenen T.O.İş Sendikasının tüzel kişiliği yargılama devam etmekte iken 03.05.2008 tarihinde Ö.O.İş Sendikasına katılmak suretiyle sona ermiş; mahkemece, Halefiyet esaslarından hareketle dava kapatılması istenen sendikanın katıldığı Ö.O.İş Sendikasına yöneltilerek devam olunan yargılama sonucunda Ö.O.İş Sendikasına katılan T.O.İş Sendikasının faaliyetinin durdurulmasına ve kapatılmasına karar verilmiştir.

Kapatılması istenen sendikanın yargılama sonuçlanmadan başka bir sendikaya katılması ve bunun sonucu olarak da tüzel kişiliğinin sona ermesinin davaya etkisinin ne olduğunun belirlenmesi öncelikle çözülmesi gereken sorun olduğu açıktır.

Hemen belirtmek gerekir ki kapatılması istenen T.O.İş Sendikasının yargılama devam etmekte iken bir başka sendikaya (Ö.O.İş Sendikası) katılmak suretiyle tüzel kişiliği sona ermiş bulunduğuna göre tüzel kişiliği sona ermiş olan sendikanın faaliyetinin durdurulmasından ve kapatılmasında da söz edilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmasının usule aykırı olduğu tartışmasızdır.

Davada T.O.İş Sendikasının kuruluş aşamasında var olduğu ileri sürülüp iddiaya dayanak bulunan eksikliklerden dolayı faaliyetinin durdurularak kapatılması talep edilmiştir.

Dava sebebi yapılan eksikliklerin gerçekten tüzel kişiliğin kazanılmasını engelleyici ya da kapatılmasını gerektirici nitelikte olup olmadığı yargılama süreci tamamlanıp belirlenmeden sendikanın kendi iradesi ile bir başka sendikaya katılması ve bu şekilde tüzel kişiliğini sona erdirmesi davayı konusuz bırakmaz. Aksi takdirde dava sebebi yapılan hukuka aykırılık iddialarının bu yolla sonuçsuz" bırakılmasının yolu açılmış olur ki böyle bir durum kabul edilemez.

Somut olayda dava konusu sendika hakkında ileri sürülmüş olan iddiaların tüzel kişiliği etkileyici ve kapatmayı gerektirecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesi bakımından davacıya sendika tüzel kişiliğinin ihyasını gerçekleştirmesi yönünde önel verilmesi tüzel kişilik ihya edildikten sonra tarafların iddia ve savunmalarının bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.

Mahkemece oluşturulan hükmün bu gerekçe ile bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/1313

828

Karar No **:** 2008/6519
Karar Tarihi **:** 27.03.2008
İlgili Kanun **:** 2821/29

***ÖZÜ* : Eylemleri nedeniyle yöneticilik görevinden uzaklaştırılıp, sendika üyeliği sona erdirilen sendika yöneticisinin, istifa ederek hukuka aykırı bir şekilde hizmet ödeneği hakkından yararlanmak istemesi, hakkın kötüye kullanımı olduğundan kabulü mümkün değildir.**

DAVA : N.İ. adına Avukat … ile … İşçileri Sendikası adına Avukat … aralarındaki dava hakkında … İş Mahkemesinden verilen 18.12.2006 günlü ve 283-1744 sayılı hüküm davalı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Dava, ücretli sendika şube yöneticiliği görevinden kaynaklanan hizmet ödeneğinin ödetilmesine ilişkindir.

Davacı, davalı sendikanın profesyonel şube yöneticisi olarak 01.06.1995-09.06.2001 tarihleri arasında görev yaptığını, sendika ilkelerine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle sendika yöneticiliği görevlerinden el çektirildiğini, sendika yöneticiliği yaptığı süre için hizmet ödeneği ile ödenmeyen ücret, izin, ikramiye ve sosyal hakların faiziyle birlikte davalı sendikadan tahsilini istemiştir.

Davalı sendika, şube yöneticisi olarak görev yaptığı sırada şubeye bağlı … işyerinde çalışan üye işçileri sendika üyeliğinden istifa ettirerek başka bir sendikaya üye olmaya zorladığı, şube yönetici ve temsilcilerine hakaret ettiği, bu nedenle Genel Disiplin Kurulu tarafından tedbiren yürütmekte olduğu görevlerden 09.06.2001 tarihinde uzaklaştırıldığı, 24.06.2001 tarihinde de Tüzüğün 25/1 maddesi gereğince sürekli olarak yöneticilik görevinden uzaklaştırılmasına ve üyelikten ihracına karar verildiği, kararın 6-7.12.2003 tarihlerinde yapılan Sendika Genel Kurulunda onaylandığı, davalı sırf hizmet ödeneği almak için geçici uzaklaştırma kararından sonra 11.06.2001 tarihinden sendika yöneticiliği görevinden istifa ettiğini, oysa Sendika Tüzüğünün 53. maddesinde görevden uzaklaştırma halinde hizmet ödeneğinin ödeneceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgelerden davacının sendika merkez disiplin kurulunca diğer şube yöneticileri ile birlikte ana tüzük ilkelerine aykırı hareket etmek, … işyerinde çalışan üye işçileri istifa ettirerek başka bir sendikaya üye olmaya zorlamak, şube yönetici ve temsilcilerine hakaret etmesi eylemlerinin sendikanın amaç ve ilkelerine aykırı olup sendika ve üyelerinin kamuoyu önünde küçük düşürücü

davranışlar olmasından dolayı yürütmekte olduğu sendika yöneticiliği görevlerinden tedbirli olarak el çektirilmesine ve bu görevlerinden sürekli olarak alınmasına ve sendika üyeliğinden kesin ihraç edilmesine karar verildiği ve bu kararın Sendika Merkez Genel Kurulu'nun 6-7 Aralık 2002 tarihli toplantısında onaylandığı anlaşılmaktadır.

Sendika Tüzüğü'nün 53/b maddesinde "Yönetim organlarında ücretli olarak çalışanlardan, seçime girmeme, seçilmeme veya çekilme nedeniyle görevleri sona erenlere Sendikada çalışarak geçen her hizmet yılı için 45 günlük ücret tutarında hizmet ödeneği verilir...." hükmü yer almaktadır. Anılan maddeye göre sendika yöneticiliği görevinden çekilme yani istifa halinde sendika yöneticisine hizmet ödeneği ödenmesi gerekmektedir. Davacı, bu düzenlemeden yararlanmak için hakkında Disiplin Kurulunca soruşturma başlatılır başlatılmaz, hatta tedbirli olarak sendika görevinden el çektirilir çektirilmez, sendika yöneticiliği görevinden istifa etmiş ve hizmet ödeneği isteğinde bulunmuştur. Davacının kendi eylemlerinden dolayı sendika yöneticiliği görevinden uzaklaştırılması ve sendika üyeliğinden ihraç edilmesi bir cezalandırma olup, sendika yöneticiliği görevinden istifa ederek hukuka aykırı şekilde hizmet ödeneği hakkından yararlanmak istemesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu nedenle mahkemece davacı hakkında verilen ve genel kurulca onaylanan disiplin kurulu kararını sonuçsuz kılacak şekilde diğer bir deyişle disiplin kurulu kararı iptali niteliğinde olan hizmet ödeneği isteğinin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/19629
Karar No **:** 2009/22534
Karar Tarihi **:** 23.07.2009
İlgili Kanun **:** 2821/29

ÖZÜ* : *Sendika yöneticiliğinin teminatı, cezai ve hukuki yaptırımla sınırlı olup, ifaya yönelik bir hüküm konulmasını gerektirmez.

DAVA : Davacı, 2821 sayılı Yasanın 29. ve 5620 sayılı Yasanın 1 ve 2. Maddeleri uyarınca iş yerinde sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı görev yönünden reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dava, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi gereğince profesyonel sendika yöneticisi iken amatörlüğe geçirilme nedeniyle eski işine alınması ve 5620 S.K.'nun 1. ve 2.maddeleri uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı, … İşçileri Sendikasının … Şubesinde profesyonel yönetici olarak görev yapmakta iken 01.10.2007 tarihinde amatör yöneticiliğe geçirildiğini, Sendikalar Kanunu'nun 29.maddesi gereğince eski işine iadesine ve 5620 sayılı Yasa gereğince kadrolu işçi statüsüne geçirilmesini talep ettiğini, ancak davalı işveren tarafından işe başlatılmadığını belirterek anılan yasa hükümleri uyarınca eski işine başlatılması ve sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının … Orman İşletmesinde mevsimlik işçi olarak çalıştığını, daimi kadroya geçirilmesine ilişkin talebinin çözüm yerinin idari yargı olduğunu savunarak yetki ve görev itirazlarında bulunmuştur.

Ayrıca davacının sendikal görevinden 2821 sayılı Yasanın 29. maddesinde sınırlı olarak sayılan nedenlerden biriyle ayrılmadığını, anılan madde ile ilgili koşulları taşımadığını, diğer taraftan 5620 sayılı Yasaya göre 2006 yılında 6 aydan fazla fiilen işyerinde çalışmasının bulunması gerektiği, davacının böyle bir çalışmasının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacının 5620 sayılı Yasanın 1. ve 2.maddeleri uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi talebine ilişkin davalı işleminin idari bir işlem olduğu, idari işlemin yasalara uygunluk denetiminin idari yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacının temyizi üzerine karar, Dairemizin 23.10.2008 tarih ve 2008/28192-2008/36946 sayılı ilamı ile davacının iş bu davada, iki ayrı talebinin bulunduğu, bunlardan birincisinin sendikadaki profesyonel yöneticilik görevinin sona ermesi nedeniyle eski işine başlatılması, diğeri ise 5620 sayılı Yasanın 1. ve 2.maddeleri uyarınca mevsimlik işçi statüsünden kadrolu statüye alınması isteğine ilişkin olduğu, davacının ilk talebi 2821 sayılı Yasanın 29. maddesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğundan aynı yasanın 63/son fıkrası yollamasıyla 5521 sayılı Yasanın 1.maddesine göre iş mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği, buna karşılık geçici işçi statüsünden daimi kadroya geçirilmesi isteğine ilişkin talep konusunda 5620 sayılı yasa uyarınca verilen görevsizlik kararının doğru bulunduğu gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyularak Sendikalar Kanunu'nun 29.maddesi uyarınca profesyonel sendika yöneticiliği görevi sona eren ve işveren tarafından eski işine başlatılmayan davacının eski işine dönmesine karar verilmiştir.

Davalı, kararı usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle temyiz etmiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde "Sendika ve Konfederasyonların Yönetim Kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek; kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları

işyerinden işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde işveren talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçilerin o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır. Bu takdirde işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır" şeklinde düzenleme getirmiştir. Anılan madde ile işçi sendikaları ve konfederasyonu yöneticiliğini teminat altına alınması amaçlanmıştır. Yasa koyucu tarafından işçilerin sendika yöneticiliğine serbestçe seçilmelerinde ve seçilmeyi istemelerinde kamu yararı vardır. Bu nedenle kamu düzenini korunmak içinde cezai ve hukuki olmak üzere koruyucu önlemler getirilmiştir. Bunların başında 2821 sayılı Yasa 29. maddeye aykırı hareket eden işveren için aynı yasanın 59. maddesinin 2. bendinde ağır para cezası öngörülmüştür. İşveren, bu ceza-i yaptırıma kendi menfaat dengesi açısından razı olup işçiyi işe almadığı durumda da söz konusu ceza-i yaptırım ile birlikte hukuki yaptırım devreye girmektedir. Diğer bir deyişle işverenin işçiyi işe almaması halinde ceza-i yaptırım ile birlikte işçinin feshin hukuki sonuçlarıyla ilgili kanuni haklarının ve varsa iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır.

Gerçekten de 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde işverenin, talep tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde işçiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak buradaki zorunluluk hali, sadece ceza-i ve hukuki yaptırımla sınırlıdır. Bunlar dışında Yasa'da ifaya yönelik her hangi bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle sendikal görevi sona eren ve süresinde işe başlatılması için işverene başvuran işçinin işveren tarafından işe alınmamış olması mahkemece işe başlatılması şeklinde ifaya yönelik hüküm kurulmasını gerektirmez. Mahkemece verilen işçinin Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca eski işine başlatılması kararı yasaya aykırıdır.

Davanın reddi gerekir iken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/25552
Karar No **:** 2008/20932
Karar Tarihi **:** 21.07.2008
İlgili Kanun **:** 2821/30

ÖZÜ : ***2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30.maddesinde "işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır" kuralına yer verilmiş olup, temsilci için özel yararlanma şartları olarak gösterilen söz konusu güvence doğrudan "temsilcilik sıfatına" dayalı***

olduğundan, işçide sadece bu sıfatın bulunması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdeminin varlığına bakılmaz.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan davalı işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine ve buna bağlı tazminat ile boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur. .

Davalı işveren, fesih tarihinde işyerinde 30 dan az işçi çalışması nedeni ile davacının işe iade talep edemeyeceğini, davacının vasıfsız işçi olduğunu ve ihtiyaç duyulduğunda çalıştırıldığını, feshin geçerli nedene dayandığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece fesih tarihi itibariyle işyerinde çalışan işçi sayısının 30 dan az olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30.maddesinde "işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır." kuralına yer verilmiştir. Buna göre, temsilci için özel yararlanma şartları olarak gösterilen söz konusu güvence doğrudan "temsilcilik sıfatına" dayalı olduğundan, işçide sadece bu sıfatın bulunması yeterlidir. Ayrıca işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdeminin varlığına bakılmaz.

Somut olayda, sendika tarafından davalı belediyeye gönderilen 31.01.2006 tarihli yazıda davacının sendika işyeri temsilcisi olarak atandığı belirtilmekte ise de, iş sözleşmesinin 15.12.2006 tarihinde sona erdiği iddia edilmiş olup, bu tarih itibariyle davacının sendika işyeri temsilcisi olup olmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır.

Öncelikle davacının fesih tarihinde işyeri sendika temsilcisi olup olmadığı belirlenmelidir. Davacı işyeri sendika temsilcisi değilse şimdiki gibi davanın reddine karar verilmeli, aksi halde yukarıda belirtilen nedenlerle işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/38216
Karar No **:** 2008/7138
Karar Tarihi **:** 01.04.2008
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : İş güvencesi kapsamında olan işçinin kötü niyet ve sendikal tazminat isteminde bulunması, ilgili yasalardaki düzenlemeler nedeniyle mümkün değildir.

DAVA: Taraflar arasındaki, ihbar, kötü niyet, sendikal ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve izin ücreti, bayram ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonucunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm, süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 01.04.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü yapılan tebligata rağmen taraflar adına kimse gelmediğinden incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Dosya içeriğine göre, davacı işçinin iş sözleşmesi 25.12.2003 tarihinde feshedilmiş, bu fesih nedeni ile davacı işe iade kararı almış, işe iade kararında 6 aylık işe başlatmama tazminatı ve 4 aya kadar boşta geçen süre ücret ve diğer haklara karar verilmiştir.

İşe iade kararı alan davacı işçi, işe başlatılmamış, boşta geçen süre ücret ve işe başlatmama tazminatı icra takibi sonucu davalı işveren tarafından ödenmiştir. Davacı ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatı ile işçilik alacakları yanında, ayrıca işe başlatılmama nedeni ile feshin kötü niyetli ve sendikal nedenle yapıldığını, iddia ederek, kötü niyet ve sendikal tazminat isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece, ihbar ve kıdem tazminatının yargılama sırasında ödenmesi nedeni ile konusuz kalması nedeni ile karar verilmesine yer olmadığına, ödenmeyen işçilik alacakları ile birlikte kötü niyet ve sendikal tazminatın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 141'inci maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk HUMK'nın 388'inci maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Anılan yasal düzenlemede yargıcın, uyuşmazlık konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğu

vurgulanmıştır. Böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurulmuş olabilecektir.

Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı sonucuna varılacaktır. Yerel Mahkeme kararında belirtilen hükümlere uyulmadığından öncelikle karar bu yönü ile hatalıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17/5 maddesi uyarınca "18'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca bu kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir". Bu açıklamaya göre, iş güvencesi kapsamında kalan işçi, kötü niyet tazminatı olan, bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat isteyemez.

Keza benzer düzenleme, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır". Bu maddeye göre de, fesih nedeni ile işçinin sendikal tazminat isteyebilmesi için, iş güvencesi kapsamında bulunmaması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının iş güvencesi kapsamında kaldığı ve iş sözleşmesinin feshi nedeni ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinden faydalandığı ve feshin geçersizliğini istediği, fesihte sendikal neden kabul edilmediği ve davacının işe iade kararı sonrası işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır. İş güvencesi kapsamında kalan ve bu hükümlerden faydalanan işçinin kötü niyet ve sendikal tazminat isteminde bulunması yukarıda açıklanan yasal normatif hükümler nedeni ile mümkün değildir. Anılan tazminatların reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde ilgiliye iadesine 01.04.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34008
Karar No **:** 2008/10346
Karar Tarihi **:** 28.04.2008
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : ***Sendikaya üye olduktan sonra istifa etmesi yönünde baskı gören ve bu nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçiye ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatı, en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenmelidir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenlerle feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve sendikal nedenden dolayı işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin performans düşüklüğü nedeni ile davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, bilirkişilerden alınan rapora itibar edilerek, birçok işçi hakkında matbu evrak tanzim edilerek, aynı nedenle iş sözleşmelerinin feshedildiği, uzun yıllardır çalışmakta olmalarına rağmen sadece 2006 yılı Mayıs ayında değerlendirme yapıldığı, davacının performans düşüklüğünün kanıtlanmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı, davacının ise sendikal nedeni somut olarak kanıtlayamadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesi uyarınca davacının 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2.maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20 f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz.

Gerek işverenin geçerli sebebin varlığı gerekse işverenin gösterdiği sebep dışında bir sebeple dayandığı ileri sürülmesi durumunda bu vakıalar bir hukuki işlem olmadığından takdiri delillerle ispatı mümkündür.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar

olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşılamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi, yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa, geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

İşçinin, deneme süresi de belirli (ki bu en az altı ay olmalı) bekleme süresi içinde saptanan mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli neden olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir. İşveren, bu sınırların üstünde bir performans ve verimlilik beklentisinde haklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu beklentiyi doğrulayacak eğitim ve iş koşullarının iyileştirilmesi gibi performans artırıcı olanakları sağladığını da kanıtlamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı işçinin yıllardır çalıştığı halde daha önce herhangi bir performans değerlendirilmesine tabi tutulmadığı, işverenin bu konuda bir sistem geliştirmediği, işyerinde sendikal örgütlenmenin başlaması üzerine, sendika üyesi işçiler hakkında bu şekilde değerlendirme yapıldığı, objektif olmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir.

Ancak davacı feshin başka bir nedene, kısaca sendikal nedene dayandığını ve işverenin keyfi olarak bu nedenle feshettiğini iddia etmiş ve işe başlatmama tazminatının en az bir yılık ücret tutarında belirlenmesini istemiştir. Bu konuda tanık anlatımlarına

dayanmıştır. Emsal Dairemizin 2007/20036 ve 30316 Esas sayılı kararlarda aynı tarihte ve aynı nedenle iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin açtıkları davalarda feshin sendikal nedene dayandığı kabul edilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davacının 22.05.2006 tarihinde sendikaya üye olduğu ve bu işlemden birkaç gün sonra çıkarıldığı, işyerinde sendikaya üye olduktan sonra işverence üyelikten çekilmeleri konusunda işçilere baskı yapıldığı, istifa etmedikleri takdirde iş sözleşmelerinin feshedileceğinin belirtildiği, işyerine noter getirtilerek işçilerin sendika üyeliğinden çekilmelerinin sağlanmaya çalışıldığı, sendika üyeliğinden istifa etmeyen davacının işten çıkarıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Fesih sendikal nedene dayanmaktadır. İşe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesi gerekir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesi uyarınca davacının 1 yıllık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu 31,40 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davacı tarafa ilgilisine iadesine, kesin olarak oybirliği ile 28.04.2008 gününde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/23771
Karar No **:** 2008/21770
Karar Tarihi **:** 22.07.2008
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : ***İşçinin sendikaya üyeliğinin sendikanın yetki almasından sonra olduğu ve çıkarılması halinde Toplu İş Sözleşmesi görüşmelerini engelleyecek bir durum olmadığı gibi ayrıca, böyle bir iddia da söz konusu olmadığından, sendikal tazminat koşulları oluşmamıştır.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai, sendikal tazminat, pazar günü ücreti ile bayram ve genel tatil ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı iş akdinin sendikal nedenlerle feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, hafta tatili ücreti, bayram tatili ücreti, sendikal tazminat ile işe iade isteklerinde bulunmuştur.

Davalı feshin ekonomik gerekçelerle yapıldığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece feshin sendikal nedenlerle yapıldığı gerekçesi ile tazminat ve alacak isteklerinin kabulüne, işyerinde 8 işçi çalıştığından işe iade isteminin reddine karar verilmiştir.

Karar davalı tarafça temyiz edilmiştir.

İşverence yapılan feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Sendikal tazminat 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiş, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkrada hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada ise, işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı mevcuttur. Konuya dair bir başka güvence bahsi geçen maddenin 5. fıkrasında öngörülmüş ve işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, yine yasaya uygun sendikal faaliyetler sebebiyle işten çıkarılamayacakları ya da farklı uygulamaya tabi tutulamayacakları hükme bağlanmıştır.

İşverenin, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3. ve 5. fıkralarına aykırı davranması halinde, işçinin bir yıldan az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı hususu da yasada ifadesini bulmuştur.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

4773 sayılı Yasa ile sözü edilen maddeye eklenen 7. fıkrada ise, iş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Somut olayda; davacı, sendikanın yetki almasından sonra 08.08.2003 tarihinde sendikaya üye olmuştur. İşveren davacının sendikaya üye olduğu tarihi takiben 11.08.2003 düzenlenme tarihli yazısında, ekonomik gereklere yaslanarak iş akdini feshetmiştir. Davacının sendikaya üyeliğinin sendikanın yetki almasından sonra olduğu, dosyadan anlaşılmaktadır. Davacı işçinin çıkarılması halinde Toplu İş Sözleşmesi görüşmelerini engelleyecek bir durum olmadığı gibi böyle bir iddia da yoktur. Bu nedenlerle davacı tarafın sendikal tazminat koşulları oluşmamıştır. Anılan isteğin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/36074
Karar No : 2008/26716
Karar Tarihi : 13.10.2008
İlgili Kanun : 2821/31

ÖZÜ : ***Sendika üyesi işçilerden 44 kişinin üyelikten istifa ettiği, davacı dahil yaklaşık 20 işçinin iş sözleşmelerinin sona erdirildiği, sendika üyeliğinden istifa eden işçilerden çıkartılan olmadığı, sendika üyeliğinden istifa için noter masraflarının davalı işveren tarafından karşılandığı, yeni alınan işçilerin ve işten ayrılanların sayısının sendikanın yetki almasını etkilediği anlaşıldığında, feshin sendikal nedene dayandığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirten davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davacının iş sözleşmesinin verilen görevleri yapmaması nedeni ile haklı olarak feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece dosya üzerinden alınan bilirkişi raporuna dayanarak, 18.01.2008 tarihi itibari ile işyerinde çalışan 170 işçiden 70 işçinin sendika üyesi olduğu, davacı tanık beyanları dışında davalı işverenin sendika üyeliğinden ayrılması için baskı yaptığına ve sendika üyesi olduğu için çıkartıldığı konusunda delil bulunmadığı, davacının görevleri konusunda daha önce uyarıldığı ve yapmadığına dair daha önce bir tespit yapılmadığı, haklı neden şartlarının oluşmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından fesihte sendikal neden bulunduğu, işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesi gerektiği gerekçesi ile temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz.

Diğer taraftan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/son maddesi uyarınca, çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.

Her şeyden önce, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinde belirtildiği gibi, mahkeme çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşüne başvurabilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Somut uyuşmazlıkta mahkeme hâkiminin genel hukuk bilgisi ile çözümlenmesi mümkün olan

feshin haklı, geçerli veya sendikal nedene dayanıp dayanmadığı konusunda bilirkişiden rapor alması anılan usul kuralına aykırıdır.

Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde 03.12.2007 tarihinde 79, 04.12.2007 tarihinde 6, 25.12.2007 tarihinde 4 ve 17.01.2007 tarihinde 6 olmak üzere toplam 95 işçinin sendika üyesi olduğu, ancak bu süreçte toplam 28 işçinin yeni işe alındığı, sendika üyesi işçilerden 44 kişinin üyelikten istifa ettiği, davacı dahil yaklaşık 20 işçinin iş sözleşmelerinin sona erdirildiği, sendika üyeliğinden istifa eden işçilerden çıkartılan olmadığı, sendika üyeliğinden istifa için noter masraflarının davalı işveren tarafından karşılandığı, yeni alınan işçilerin ve işten ayrılanların sayısının sendikanın yetki almasını etkilediği anlaşılmaktadır. Nitekim sendikanın şikâyeti üzerine denetim yapan iş müfettişi raporunda, "işyerinde asılan duyuruda "Arkadaşların noter masrafları maaşlarından kesilmeyecektir, masraflar firmaca karşılanacaktır" yazısının işverene ait olduğu, sendika üyesi işçilerin üyelikten istifa ettirilmesi ve sadece sendika üyesi 20 işçinin çıkartılması, feshin sendika üyeliğini engelleme için yapıldığı" tespitinde bulunmuştur. Davalı işyerinde çalışan ve tanık olarak dinlenen işçiler sendikal nedeni doğrulamıştır. Feshin sendikal nedene dayandığı sabittir. Mahkemece işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmemesi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca davacının 1 yıllık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 270,14 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 13.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/39832
Karar No **:** 2008/34819
Karar Tarihi **:** 22.12.2008

842

İlgili Kanun : 2821/31

ÖZÜ : ***İşçinin sendika üyeliğinden, fesihten önce işverenin haberdar olmadığı ve işçinin sendikal örgütlenmede öncülük yaptığı konusunda yeterli ve inandırıcı delil sunulamadığı hallerde, feshin sendikal nedene dayandığının kabulü hatalıdır.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin sendika üyesi olduğu için işverence feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının ürün almak için gelen kamyona ürün yüklerken gerekli özeni göstermeyip ürünlerin devrilmesi sonucu kullanılamaz hale geldiğini, şirketin müşterinin maddi zararlarını karşılamak durumunda kaldığını, davacının savunma vermediğini, sorumsuz davranışları nedeniyle iş arkadaşlarının performansını etkilediğini, tazminatları ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davacıya yanlış ve istifsiz yüklemeden dolayı mala zarar verdiği ile ilgili tutanak tutulup ihtar verildiği, ardından fesih kararı alınarak tazminatlarının ödenmesi karşısında feshin geçerli nedene dayanmadığı, davacının sendika üyesi olarak örgütlenmede öncülük ettiği, işverence sendikalı işçilere istifa etmeleri yönünde istekte bulunduğu, 32 sendikalı işçinin istifa ederek halen işyerinde çalışmaya devam ettiği ve sendikanın gerekli çoğunluğa ulaşamadığı, feshin sendikal örgütlenmeyi engellemek amacıyla yapıldığı gerekçesi ile isteğin kabulüne karar verilmiştir.

İşverence yapılan feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Sendikal tazminat 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiş, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkrada hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada ise, işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı mevcuttur. Konuya dair

bir başka güvence bahsi geçen maddenin 5. fıkrasında öngörülmüş ve işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, yine yasaya uygun sendikal faaliyetler sebebiyle işten çıkarılamayacakları ya da farklı uygulamaya tabi tutulamayacakları hükme bağlanmıştır.

İşverenin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3 ve 5. fıkralarına aykırı davranması halinde işçinin bir yıldan az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı hususu da yasada ifadesini bulmuştur.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

4773 sayılı Yasa ile sözü edilen maddeye eklenen 7. fıkrada ise, iş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesinin işyerine alınmamak suretiyle feshedildiği, davalı işverence fesih nedeni yapılan eylemin kanıtlanmadığı anlaşılmakla feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmış olması isabetlidir. Ancak, davacının sendika üyeliğinden fesihten önce davalı işverenin haberdar olduğu kanıtlanmadığı gibi, davacının sendikal örgütlenmede öncülük yaptığı konusunda da yeterli ve inandırıcı delil sunulmamıştır. Bu nedenle feshin sendikal nedene dayandığının kabulü hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- Yerel Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- **DAVANIN REDDİNE,**
3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 88,00 YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine kesin olarak oybirliğiyle 22.12.2008 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/16528
Karar No **:** 2009/51
Tarihi **:** 19.01.2009
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : ***Yeni ihaleyi alan alt işveren tarafından sendika üyesi işçilerle çalışılmayacağının belirtilmesi ve akabinde sendika üyeliğinden istifa etmeyen davacı ve bir kısım arkadaşlarının iş sözleşmelerinin feshedilmesi, feshin sendikal nedene dayandığının kabulünü gerektirir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı … Bakanlığı, davacının temizlik işlerini ihale yoluyla üstlenen firmanın işçisi olduğunu belirterek davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı P. Ltd.Şti., davanın süresinde açılmadığını, davacı ile aralarında iş sözleşmesi ilişkisi bulunmadığını, davacının altı aylık kıdeminin bulunmadığını, davalı … Bakanlığından hastane temizlik işlerini ihale ile üstlendiklerini, alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacının davalı şirket yanda çalışmasının olmadığı, davalı … bakanlığının ise ihale makamı olduğu, ihaleyi yeni alan davalı şirketin davacıyı çalıştırma yükümlülüğünün bulunmadığı gibi işyerinin işçileriyle birlikte devrinin söz konusu olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış da olabilir.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 18.09.2008 gün 2006/26306 E, 2008/23980 K.)

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun, işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Beklenen süreç, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürme şeklinde gerçekleşmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde açıklanmıştır.

Temizlik Hizmetleri Alım sözleşmesi kapsamında aynı işyerinde önceki alt işverene bağlı olarak çalışan davacı ve arkadaşlarının devirden önce iş sözleşmeleri

feshedilmemiş ya da önceki alt işverence başka bir işyerinde çalışmaları için davet edilmemişlerdir. İşçilerin tamamı aynı koşullarda ara vermeden yeni alt işverene bağlı olarak çalışmalarına devam ettikleri de göz önünde bulundurulduğunda, alt işverenler arasında işyeri devri olduğunun kabulü gerekir. İşyeri devri ile birlikte devir tarihi itibariyle mevcut olan iş sözleşmeleri de yeni alt işverene geçmiştir. Davacı ve arkadaşları yeni alt işverene bağlı olarak 1,5 gün çalıştıktan sonra iş sözleşmeleri davalı şirketçe yazılı bir fesih bildirimi olmadan feshedilmiştir. Bu durumda davalı şirketle davacı işçi arasında iş sözleşmesinin bulunmadığını söylemek mümkün görülmemektedir.

Öte yandan davalı … Bakanlığına ait hastane işyerinde alt işveren işçisi olarak çalışan davacının sendika üyesi olduğu ve 01.05.2007-30.06.2009 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesinden yararlandığı anlaşılmaktadır. Dosya içeriği ve tanık anlatımlarına göre davalı P. Ltd.Şti. tarafından yeni ihalenin alınmasından 1,5 gün sonra şirket yetkililerince sendika üyesi işçilerle çalışılmayacağı belirtilmiş ve sendika üyeliğinden istifa etmeyen davacı ve bir kısım arkadaşlarının iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Mevcut maddi ve hukuki olgulara göre iş sözleşmesinin feshi sendikal nedene dayanmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen nedenlerle;
1- … İş Mahkemesinin 25.12.2007 gün ve 534-779 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **İŞVERENCE YAPILAN FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının davalı P. Ltd.Şti.'ne ait işyerindeki işine iadesine,
3- Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni dikkate alınarak 1 yıllık ücreti olarak belirlenmesine,
4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre 575,00 TL vekâlet ücretinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine,
7- Davacı tarafından yapılan 88,40 TL yargılama giderinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle 19.01.2009 tarihinde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/43768
Karar No **:** 2009/1802
Karar Tarihi **:** 09.02.2009
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işçilerin, işveren aracı ile notere gönderilerek sendika üyeliğinden istifa etmelerinin sağlandığı, halen işyerinde 2 sendika üyesi işçinin çalıştığı, üyelikten istifa etmeyen davacı gibi işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiğinin anlaşıldığı durumda, feshin sendikal nedene dayandığının kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilirken, fesihte sendikal neden bulunmadığı kabul edilmiştir.

Hüküm, süresi içinde taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin "Ticaret piyasasındaki ekonomik sıkıntılar, nakit darboğazı ve buna bağlı olarak alınan tedbirler arasında otomasyona geçişin bulunması nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi uyarınca işletme ve işyeri gereklerinden dolayı feshedildiğini, sendikal neden bulunmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece işyerinden yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, fesih bildiriminde personel fazlalığının fesih sebebi yapılmadığı, somut olarak da ortaya konmadığı, ekonomik nedenlerin yerinde olmadığı, işten çıkarılmada objektif kriterler sunulmadığı, geçerli feshin kanıtlanmadığı, davacının sendika üyeliğinin fesihten sonra sendika tarafından onaylandığı, davalıya sendika üyeliğinin bildirilmediği, işten çıkarma tarihi itibari ile üye olmadığı, sadece sendika üyeliğinin sendikal neden için yeterli olmayacağı, halen işyerinde sendika üyesi işçilerin çalıştığı, sendikal nedenin somut olarak davacı işçi tarafından kanıtlanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından feshin sendikal nedene dayanması ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesi gerektiği gerekçesi ile davalı vekili tarafından ise cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız).

İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunabilecektir. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı).

Sendika özgürlüğü olarak belirtilen sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma hakkı, normatif dayanağını Anayasa'nın 51 ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20, 31. maddelerinden almaktadır. İşverenin fesih hakkını işçinin sendikal hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını engellemek amacı ile kullanması fesih hakkının kötüye kullanılmasının en önemli örneğidir. Sendikal feshin arkasındaki gerçek neden, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılmasıdır.

Dosya içeriğine göre, işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri olarak belirtilen "Ticaret piyasasındaki ekonomik sıkıntılar, nakit darboğazı ve buna bağlı olarak alınan tedbirler arasında otomasyona geçisin bulunma" nedenlerinin davalı işveren tarafından kanıtlanmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.

Ancak davacı işçi, iş sözleşmesinin sendika üyesi olması ve sendika üyeliğinden istifa etmemesi nedeni ile feshedildiğini iddia etmiş, tanık dinletmiş ve karine olarak aynı tarihte üyelikten istifa eden işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmemesine dayanmıştır. Gerçekten de davacı ile birlikte 26 işçinin 26.11.2007 tarihinde notere giderek sendika üyesi oldukları, iş sözleşmesinin feshedildiği 28.11.2007 tarihinde 17 işçinin özellikle davalı tanık anlatımına göre işveren aracı ile notere gönderilerek sendika üyeliğinden istifa etmelerinin sağlandığı, halen işyerinde 2 sendika üyesi işçinin çalıştığı, üyelikten istifa etmeyen davacı gibi işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının sendika üyeliğinin fesihten sonra sendika tarafından onaylanması sonuca etkili değildir. Davalı işverenin üye olan işçileri üyelikten istifa etmeleri için araçla notere göndermesi sendikal faaliyetten haberdar olduğunu göstermektedir. Mahkemenin sendikal neden bulunmadığı yönündeki gerekçesi yerinde değildir. Sendikal neden somut olarak kanıtlanmıştır. İşe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesi gerekir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca davacının 1 yıllık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4.Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6.Davacının yapmış olduğu, 44,40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7.Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak oybirliği ile 09.02.2009 gününde karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/24147
Karar No **:** 2009/9509
Karar Tarihi **:** 06.04.2009
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : ***Sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü işçidedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada aksinin ispatı işverene aittir.***
DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, sözleşmesinin işverence geçerli neden olmaksızın feshedildiğini, feshin sendikal nedene dayandığını, işverenin yetki tespitine itiraz ettiğini, diğer sendikalı işçilere gözdağı vermek için davacıyı işten çıkardığını, işverenin bakanlığın sendikalı işçilerin listesini istemesi üzerine işveren durumdan haberdar olduğunu belirterek, işe iadesine, işe başlatmama tazminatının ise 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı, feshin haklı nedene dayandığını, sendikal nedenle feshin söz konusu olmadığını savunmuştur.

Mahkemece, feshin geçerli nedene dayandığının kanıtlanamadığı, davacının salt sendikaya üye olmasının sendikal tazminat isteme hakkı vermeyeceği, feshin sendikal

nedenle yapıldığının kanıtlanamadığı değerlendirilerek işe iadeye, işe başlatmama tazminatı olarak 4 aylık ücret tutarının belirlenmesine karar verilmiş, karar her iki tarafça temyiz edilmiştir.

Sendikal tazminat 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiş, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkrada hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada ise, işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında; işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı mevcuttur. Konuya dair bir başka güvence bahsi geçen maddenin 5. fıkrasında öngörülmüş ve işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, yine yasaya uygun sendikal faaliyetler sebebiyle işten çıkarılamayacakları ya da farklı uygulamaya tabi tutulamayacakları hükme bağlanmıştır.

İşverenin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3 ve 5. fıkralarına aykırı davranması halinde işçinin bir yıldan az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı hususu da yasada ifadesini bulmuştur.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde 4773 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

4773 sayılı yasa ile sözü edilen maddeye eklenen 7. fıkrada ise, iş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Mahkemece, davacının amirine ve işyeri huzurunu bozmaya yönelik disiplinsiz davranışları nedeniyle yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığının belirlenerek işe iadeye karar verilmesi yerindeyse de, sendikal tazminat isteği ile ilgili inceleme hüküm

kurmaya elverişli değildir. Somut olayda, yargılama sırasında dinlenen davacı tanıkları iddia doğrultusunda, davalı tanıkları ise savunmayı teyit eder şekilde beyanda bulunmuşlardır. Dosya içeriğinden, işyerinde fesih tarihi itibariyle çalışanlardan kaç işçinin sendika üyesi olduğu, kaçının üyelikten çekildiği, üyelikten çekilenlerden çalıştırılan işçi olup olmadığı, kaç işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve işten çıkarılanların tamamının sendika üyesi olup olmadığı, işyerinde çalışması devam eden sendika üyesi işçiler bulunup bulunmadığı gibi hususlar anlaşılamamaktadır. Feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı konusunun kuşkuya yer vermeyecek bir şekilde açıklığa kavuşturulması için belirtilen yönlerden gerekli araştırmaya gidilmeli ve toplanacak deliller dosya içeriği ile yeniden değerlendirmeye tutularak bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/24736
Karar No **:** 2009/19738
Karar Tarihi **:** 06.07.2009
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : İşçinin iş sözleşmesinin feshi sendikal nedene dayandığında, işe başlatmama tazminatının işçinin bir yıllık brüt ücreti tutarında belirlenmesi gerekmektedir.

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davalı A. A. Şirketi yönünden davanın reddine, davalı M. A. Şirketi yönünden davanın kabulüne, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalılar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacıyı temsil eden sendika vekili, davacının ve arkadaşlarının hukuk dışı çalışma koşulları, işyerinde iş güvenliği önlemleri alınmaması ve haklarının ödenmemesi nedeniyle sendikal örgütlenmeye karar verdiklerini, davalı A. A.Ş. işçisi olarak … İş Sendikasına üye olduklarını, müvekkili sendikanın davalı A. A.Ş. işyerinde ÇSGB Çalışma Genel Müdürlüğüne iş kolu tespiti ve çoğunluk tespiti için başvuruda bulunduğunu, işyerinde sendikal örgütlenmenin başlaması üzerine işverenin tutumunun

değiştiğini, örgütlenmenin başladığı günün ertesi günü işten çıkış yapılarak diğer aynı gruba bağlı davalı M. A.Ş. ye tamamen sendikal örgütlenmeyi kırmak maksadı ile muvazaalı olarak girişinin yaptırıldığını, davalıların işçiler üzerinde baskıyı artırdıklarını, elebaşı olarak nitelendirdiği sendika üyesi 5 işçinin iş sözleşmelerini 24.06.2008 tarihinde feshettiğini, bu fesihten sonra sendikadan kopmalar olmayınca istifa etmeleri konusunda işçilere yoğun baskılar yapıldığını, bir çok işçiye görevi ve eğitimi haricinde işler verildiğini, üye işçilere işi yavaşlattığı bahanesi ile ihtarname gönderildiğini, ihtarnamenin ardından aralarında davacıların da bulunduğu, 50 den fazla sendika üyesi işçinin iş sözleşmelerinin 16.07.2008 tarihinde tazminatsız olarak sona erdirildiğini, aynı gün çalışmak üzere işyerine gelen diğer sendika üyesi işçilerin arkadaşlarının işten atıldıklarını öğrenmeleri üzerine işten çıkartılan işçilerin yanına gittiklerini, iş başı yapmak için işverenin kapısına geldiklerinde güvenlik tarafından içeriye alınmadıklarını, bu durumu BÇM ne şikâyet ettiklerini, daha sonra bir kısım işçiyi işyerine çağırarak sendikadan istifa etmeleri ve M. A.Ş. ye geçişi kabul etmeleri karşılığında işbaşı teklifi yapıldığını, davacı ve diğer işçilerin bu teklifi kabul etmediklerini, davacının bilgisi, kabulü, onayı olmaksızın muvazaalı şekilde tamamen sendikal örgütlenmeyi kırmak amacıyla A. A.Ş. den çıkışının yapılmasının iş akdinin feshi olup hukuka aykırı bulunduğunu, feshin sendikal nedenle yapıldığını, davacının ayrıca iş sözleşmesinin feshine yol açacak hiç bir davranış ve eylemin içinde bulunmadığını, iş yavaşlatma bahanesi ile iş sözleşmesinin haksız ve geçersiz olarak sona erdirildiğinin bildirildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalılar vekili, müvekkili M. A.Ş. nin Yakuplu Köyü … de bulunan limanlar bölgesinde konteyner limanı işlettiğini, diğer müvekkili A. A.Ş. nin 28.12.2005 başlangıç tarihli sözleşme ile M.A.Ş. ye limandaki iş makinelerinin bakım ve onarımının yapılması, limanda kullanılan iş makinelerine operatör temin edilmesi konusunda taşeron firma olarak hizmet vermekte iken, bu şirketin ortağı, Genel Müdürü ve Yönetim Kurumlu üyesi olan … ile şirket hissedarlarından … in bu görevlerinden ve ortaklıktan 06.06.2008 tarih ve 85 sayılı Yönetim Kurulu Kararı ile ayrıldıklarını, bunun üzerine A. A.Ş. nin 10.06.2008 tarihli Yönetim Kurulu Kararı ile liman hizmetleri ile ilgili faaliyetlerinin hizmet vermiş olduğu şirketlere devredilmesine, bu şekilde şirket faaliyetlerinin sınırlanarak sadece endüstriyel alanda yoğunlaşmasına karar verildiğini ve söz konusu şirketin küçülme yoluna girdiğini, her iki şirket arasında yapılan 16.06.2008 tarihli iş yeri devir protokolü ile devrin gerçekleştiğini, bu protokolle iki şirket arasında daha önce imzalanmış olan taşeronluk sözleşmesinin de feshedildiğini, alınan Yönetim Kurulu Kararı doğrultusunda yapılan işyeri devri ile A. A.Ş. de iş makinesi operatörü olarak çalışan tüm kadronun asıl (üst) işveren konumundaki M. A.Ş. ye devredildiğini, M.A.Ş. nin işletmekte olduğu Ambarlı M. Limanında çalışan iş makinesi operatörleri tarafından 24.06.2008 tarihinden itibaren saha ve gemi operasyonlarında fiili olarak iş yavaşlatma eylemi başlattıklarını, işçilerle görüşme yapıldığını, taleplerinin sorulduğunu, şikayetlerinin dinlendiğini, en kısa zamanda şikayetlerin çözümleneceğini söylediklerini, ancak işçilerin iş yavaşlatma eylemine devam ettiklerini, 08.08.2008 tarihinde Noterden İhtarname gönderilerek yapılan eylemin hukuka aykırı olduğu, devamı halinde iş akitlerinin haklı nedenle derhal fesih edileceğinin bildirildiğini, yapılan tüm uyarılar ve gönderilen yazılı ihtarlara rağmen yasa dışı iş yavaşlatma eyleminin devam etmesi üzerine müvekkili şirketçe haklı nedenle iş akdi fesihlerine başlandığını, bunun üzerine

M. Limanında çalışan iş makinesi operatörlerinin tümünün 16.07.2008 tarihinden itibaren fiilen iş bırakma suretiyle liman faaliyetlerinin tamamen durmasına neden olduklarını, bu durumun Noter kanalı ile tespit edildiğini, işin durması ve yavaşlaması nedeniyle şirkette ciddi zararlar olduğunu, gerek müvekkili gerekse ülkenin itibarının zedelendiğini, limanı yeniden çalışır hale getirebilmek için yeni personel aldıklarını, alınan personel ile liman faaliyetlerinin yeniden başlandığını, iş akitleri feshedilen operatörlerin büyük çoğunluğu tarafından yaptıklarının yanlış olduğunun fark edilmesi üzerine yeniden işe alınmaları yönünde müvekkili M. A. Ş. ye başvuruda bulunduklarını, bu doğrultuda iş akdi feshedilenlerin yaklaşık yarısının tekrar işe alındığını, bu süreçteki işlemlerin sendikal örgütlenmeyi engellemek maksadı ile yaptıkları yönündeki iddiaların gerçek dışı bulunduğunu, A.'deki küçülme, liman işlerinden çekilme, bu işlerin hizmet verilen liman şirketlerine devri olgularının tamamen ticari nedenlere ve ortaya çıkan yönetim boşluğuna dayandığını, hiç bir aşamada işçilere sendikaya üye olmamaları ya da istifa etmeleri yönünde baskı ve yönlendirme yapılmadığını, fesih bildiriminin usulüne uygun ve haklı nedenle yapıldığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, iş akitlerinin feshine neden olan eylemler işveren tarafından yapılan değerlendirmeye göre işin yavaşlatılması ile başladığı, ne var ki işveren tarafından iş yerinde işin yavaşlatıldığı ve bundan dolayı yapılan iş miktarında işverene zarar verecek ölçüde bir yavaşlamanın ve verim düşüklüğünün bulunduğu konusunda usulünce yapılmış bir tespit bulunmadığı, öncelikle yapılan fesihlerin haklı ve geçerli bir nedene dayanmadığı, kaldı ki davalı işveren tarafından daha sonra iş akdi feshedilen işçilerin işe davet edildiği, işe yeniden başlatılan ve başlatılmayan işçiler arasında da objektif ölçütler belirlenmediği, davalı şirket tarafından 01.08.2008 tarihinde Disiplin Kurulunda alınan karar uyarınca işe alınan işçilerin sadece çalışmadıkları süreler dışında olmak üzere geçmişe yönelik tüm özlük haklarının saklı tutulmak sureti ile işe başlatıldığı, iş akdine haklı olarak son verildiği belirtilen 178 işçinin öncesine ait özlük haklarının saklı tutulmak sureti ile işe alınmalarının da esasen taraflar arasındaki önceki iş akdinin devamı niteliğinde olması sebebi ile tüm işçiler için aynı olan fesih sebeplerinin bir kısım işçiler için geçerli bir kısım işçiler için geçersiz sayılmasının da ibraz edilen deliller karşısında kabul edilmesinin mümkün olmadığı, davalı M. şirketinin asıl amacının A. A.Ş den şirket içi nedenlerle toplu olarak devralınan işçilerin kısmen işten çıkarılmasını sağlama çabasına girişildiği yönünde kuşku oluştuğu, bu kuşkunun giderilmesine yönelik herhangi bir delil bulunmadığı anlaşılmakla davalı M. A.Ş tarafından gerçekleştirilen feshin geçerli olmadığı, her ne kadar davacı tarafça iş akdinin sendikal nedenlerle feshedildiği belirtilmiş ise de; davacı ve arkadaşlarının sendika üyeliklerinin davalı işvene bildirilmediğinin sendikanın yazı cevabından anlaşıldığı, sendikanın yetki tespiti için 11.07.2008 tarihinde başvuruda bulunduğu, bunun dışında işkolu tespiti için yapılan başvuru incelemesinin de 17-18-21/07.2008 tarihlerinde yapıldığı, davalı işveren tarafından davacı ve arkadaşlarının iş akitlerinin sendikaya üye olmalarından dolayı sona erdirilmiş sayılmasını gerektirir somut bir olaydan söz edilmediği, bu yönde davalı şirket tarafından çalışanlara baskı yapıldığı yönünde yapılmış bir tespitte bulunmadığı, iş akitlerinin davacı ve arkadaşlarının sendikaya üyelikleri ve buna bağlı olarak sendikal sebeplerle sona erdirildiği ispatlanamadığından davacı tarafından işe başlatmama tazminatının sendikalar kanuna göre belirlenmesi yönündeki talebin reddi ile işe başlatmama tazminatının davacının çalıştığı süre ve fesih sebepleri gibi diğer hususlar dikkate alınmak sureti ile 4857 Sayılı yasanın 21/1. maddesine göre belirlenmesi gerektiği, her iki davalı şirket arasındaki işçi devrinin

davalı A. A.Ş nin Ticaret sicil Kayıtlarına 2008 yılı başlarından itibaren bu şirkette bir kısım değişiklikler olduğu, İnsan Kaynakları isimli şirketin devralındığı, bir kısım temsilcilerin imza yetkilerinin yeniden düzenlendiği, bir kısım temsilcilerin imza yetkilerinin iptal edildiği, davalı şirketin yönetimindeki bu değişimlere göre her iki davalı şirket arasındaki devirde herhangi bir muvazaa olduğu konusunda bir kanaat oluşmadığı ve devirde yasaya aykırı bir husus bulunmadığının kurum müfettişlerince de tespit edildiği anlaşılmakla davalı A. şirketi hakkındaki davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile davalı A. A. Şirketi yönünden davanın reddine, davalı M. A. Şirketi yönünden davanın kabulüne, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar davacı vekili tarafından her iki davalının sorumlu tutulmaması ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmemesi, davalı vekili tarafından ise cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız).

İşçi fesihte sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda bu iddiasını ispatla yükümlüdür. 4857 sayılı İş Kanunu sendika üyeliği veya sendikal faaliyette bulunma, hak aranılması, ayırımcılık yapılması, yasal zorunluluklar nedeni ile izin veya raporlu olunması nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz neden sayılacağını düzenlemiştir. İşçi yasada sayılan nedenlerden olan sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia edecek ve kanıtlayacaktır. Kanıtlaması halinde ise, bu neden feshi geçersiz kılacağından, geçerli nedenle ispat yükü kendisinde olan işverenin geçerli neden savunması üzerinde durulmayacaktır. Zira bu nedenlerin ispat edilmesi halinde yasa gereği, fesih geçersiz kabul edilmelidir.

Sendika özgürlüğü olarak belirtilen sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma hakkı, normatif dayanağını Anayasa'nın 51. ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20 ve 31. maddelerinden almaktadır. Sendika özgürlüğü kavramı geniş bir kavram olup, işçinin sendika kurma özgürlüğünü kapsadığı gibi, sendikaya üye olma, üye olmama, üyelikten çekilme ve yasal sınırlar içinde sendikal faaliyetlere katılma özgürlüğünü de içerir, işverenin fesih hakkını işçinin sendikal hak ve özgürlüklerinden yararlanmasını engellemek amacı ile kullanması fesih hakkının kötüye kullanılmasının en önemli örneğidir.

Dosya içeriğine göre A.Holding' e bağlı her iki şirketin birlikte işlettiği işyerinde 21.06.2008 tarihinden önce 825 civarında işçi çalıştığı, davalı A. şirketi adına kayıtlı işçilerin 20.06.2008 tarihinde sendikaya üye olmaya başladıkları, bu tarihte 271 kişinin üye olduğu, takip eden günlerde bu sayının 403 işçiye ulaştığı, davalıların noter tasdiki olmaksızın 16.06.2008 tarihli karar ile 21.06.2008 tarihinde işyerini tamamen davalı M. A. Şirketinin işletmesi için karar aldığı ve A. Şirket işçilerinin devir nedeni ile M. şirketine giriş kayıtlarının yapıldığı, davacının üyesi olduğu sendikanın 24.06.2008 tarihinde iş kolu tespiti, 11.07.2008 tarihinde ise yetki tespiti için Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne başvurduğu, bu arada davalı M. A.Şirketi tarafından sendika üyesi ve öncü olan 5 işçinin iş sözleşmelerinin feshedildiği, davalı M. şirketi tarafından daha sonra 16.07.2008 tarihinde işi yavaşlatma eyleminde bulunmaları nedeni ile 49 işçinin, takip eden 23-25 ve 31.07.2008 tarihlerinde işi yavaşlatma eylemine katılmaları ve 16-17.07.2008 tarihinde devamsızlık yapmaları nedeni ile birçok işçinin iş sözleşmelerinin feshedildiği, bu şekilde iş sözleşmesi feshedilen işçi sayısının 400'ün üzerinde olduğu, iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin feshin geçersizliği davası açtıkları, bu işçilerden 216 işçinin davadan vazgeçme ve eylem yaptıkları ancak pişman oldukları yönünde dilekçe vermeleri üzerine 20-30.08.2008 tarihleri arasında işe başlatıldıkları, yetki için başvuru yapan sendikanın bu tespiti ile ilgili BÇM' nün işyerine gelerek, davalı A. Şirketi açısından işyerinde devir nedeni ile işçi bulunmadığı, diğer 12 işyerinde 181 işçisinin bulunduğu ve sendika üyesi işçi olmadığı yönünden tespit yaptığı anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, sendikal örgütlenmenin üye kayıtlarının başladığı 20.06.2008 tarihinden önce başladığı ve işverenin bundan haberdar olduğu anlaşılmaktadır, iki yönetim kurulu üyesinin ortaklıktan ayrılması gibi bir nedenle ve noter ve sicil kayıt işlemi yapılmadan sendikal örgütlenme başladıktan ve üyelik kayıtları başladıktan sonra davalıların aralarında devir sözleşmesi yapmaları ve davalı A. şirket işçilerinin diğer davalı M. şirketine işyeri devri ile nakillerinin sağlanması, sendikanın yetki almasını engellemeye yöneliktir. Her ne kadar devir sendika üyeliğini ve çoğunluk sağlanması halinde sendikanın yetkisini hukuksal olarak engellemese de, bu olayda sendikanın yetki başvurusu üzerine, BÇM işyerinde A. şirket işçisi ve sendika üyesi olmadığı yönünde tespitte bulunmuş ve işveren bundan yararlanmıştır. O nedenle aynı gruba bağlı ve organik bağ bulunan davalı iki şirket arasındaki devir işleminin muvazaalı ve sendikal örgütlenmeyi engellemeye yönelik olduğu açıktır.

Diğer taraftan davalılar, davacı gibi 49 işçinin ve diğer iş sözleşmeleri devamsızlık ile feshedilen işçilerin işi yavaşlattıkları ve iş sözleşmelerinin bu nedenle haklı olarak feshettiklerini savunmuştur. Bu konuda işi yavaşlatma eyleminden önce yapılan üretim ile işi eylemden sonra yapılan üretim konusunda somut kanıtlar sunulamadığı gibi haklı fesih nedeni olarak kabul edilen davacı tanıkları beyanı ise bu yönde açık değildir. İşyerinde 16.07.2008 tarihinden sonra sendika üyesi ve iş sözleşmeleri feshedilen giriş kartlarının iptal edilmesi nedeni ile iş başı yapamadıkları, devamsızlığın işverenin tutumu nedeni ile gerçekleştiği, iş sözleşmelerinin bu tarihte eylemli olarak feshedildiği, devamsızlık savunmasının yerinde olmadığı da anlaşılmaktadır. Davalı işveren haklı nedeni somut olarak kanıtlayamamıştır. Davalı tarafın işten çıkarılmadan sonra işçilere haber yollayarak davalarından feragat etmeleri ve dilekçe vermeleri halinde yeniden işe alınacakları şeklinde haberler yollaması ve bu şekilde dilekçe veren işçilerden 216 işçinin işe başlatılması da bu olguyu doğrulamaktadır. Mahkemece feshin haklı ve geçerli nedene dayandığı yönündeki tespiti

yerindedir. Davacının iş sözleşmesinin feshin geçerli ve haklı nedene dayanmadığı gibi, açıklandığı üzere sendikal nedene dayanmaktadır. Her iki işveren aynı gruba bağlı ve organik bağ içinde olduğu gibi ararlındaki devir işlemi de muvazaalıdır. Bu nedenle diğer davalı A. şirketi yönünden davanın husumetten reddi ile işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmemesi hatalı bulunmuştur. 4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE**,
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminatın 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca davacının 1 yıllık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının davalılardan tahsili gerektiğinin tespitine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 101,80 TL yargılama giderinin davalılardan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575,00 TL ücreti vekâletin davalılardan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 06.07.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/26407
Karar No **:** 2009/35678
Karar Tarihi **:** 17.12.2009
İlgili Kanun **:** 2821/31

ÖZÜ : ***İş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetler sebebiyle feshedilmesi halinde, doğrudan sendikal tazminat talep edilemez. İş Kanununun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanması gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar ve sendikal tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşverence yapılan feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Sendikal tazminat 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiş, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkrada hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada ise, işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya aynı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı mevcuttur. Konuya dair bir başka güvence bahsi geçen maddenin 5. fıkrasında öngörülmüş ve işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceği, yine yasaya uygun sendikal faaliyetler sebebiyle işten çıkarılamayacakları ya da farklı uygulamaya tabi tutulamayacakları hükme bağlanmıştır.

İşverenin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3, ve 5. fıkralarına aykırı davranması halinde işçinin bir yıldan az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacağı hususu da yasada ifadesini bulmuştur.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, işçinin iş sözleşmesinin sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle feshedilmesi halinde doğrudan sendikal tazminat talep hakkının olmadığı açıklanmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ise, işçinin doğrudan sendikal tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır.

4773 sayılı Yasa ile sözü edilen maddeye eklenen 7. fıkrada ise, iş güvencesi hükümlerinin uygulaması dışında kalan hallerde ve feshe bağlı tazminat istekleriyle sınırlı olmak üzere ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bu durumda sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükü, önceden olduğu gibi işçi üzerindedir. Ancak, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren bir davada, aksinin ispatı işverene aittir.

Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Somut olayda davacı işçi 29.08.2002 tarihinde T. sendikasına üye olmuştur. Bunun üzerinde davalı işverenin 22.11.2002 tarihinde toplantı yaparak davacının sendika üyeliğinden istifa etmesi halinde işinde çalışmaya devam edeceğinin yazılı olarak

taahhüt edilmiştir. Bunun üzerine davacı aynı tarihte sendika üyeliğinden istifa etmiştir. Ancak davacı 26.12.2002 tarihinde yeniden T. Sendikasına üye olmuştur. Davalı tarafça 21.01.2002 tarihinde sabah 10.55 ve 16.00 saatlerinde bazı makinelerin çalışmadığı tespit edilmiştir. Yapılan tespitte kaç işçinin çalışmadığı ve çalışmayan işçilerin kim olduğuna ilişkin bir tespit bulunmamaktadır. Yapılan noter tespiti tek taraflı bir işlemdir. Ayrıca işveren tarafından çalışmayan işçilere ilişkin tutulan tutanak 22.01.2002 tarihlidir. T. Asliye Ceza Mahkemesinin 2004/811 Esas 2007/902 Karar sayılı dosyasında suç tarihi 22.01.2002 tarihlidir. Davalı tanığının davacının sendika üyeliğinden istifa etmesi halinde işyerinde çalışmaya devam edeceğine ilişkin işveren tarafından taahhütte bulunulduğuna ilişkin beyanı da göz önüne alındığında davalı tarafça yapılan feshin sendikal nedenle olduğu sabittir. Davacı lehine kıdem, ihbar ve sendikal tazminata hükmedilmesi gerekir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/14425
Karar No **:** 2008/6670
Karar Tarihi **:** 28.03.2008
İlgili Kanun **:** 2821/61

ÖZÜ : ***Toplu İş Sözleşmelerinde kesilen aidatın ne zaman sendikaya yatırılacağı düzenlenmiş ise ayrıca ihtara gerek kalmadan bu tarihlerden itibaren faize karar verilmelidir.***

DAVA : Davacı, sendika aidat alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Mahkeme kararında, davacının 1998 Ocak ayından önceki dönem ile bu tarihten sonraki dönemde tespit edilemeyen aylara ait sendika aidat alacağının saklı tutulmasına karar verilmiştir.

Davacı bu konudaki talebini atiye bıraktığı gibi, 08.11.2005 günlü ıslahtan sonra süresinde zamanaşımı def'inde bulunulmuştur. Böyle olunca atiye terk edilen alacak konusunda karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm verilmesi gerekirken alacak ve dava hakkının saklı tutulması yerinde değildir.

3- Davacı dava konusu sendika aidatlarının kesildikleri aylardan bir ay sonrasından itibaren faizi ile tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece davalı işveren ayrıca temerrüde düşürülmediğinden dava ve ıslahtan itibaren faize karar verilmiştir.

Bu konuda öncelikle işyerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin incelenmesi gerekir. Toplu İş Sözleşmelerinde kesilen aidatın ne zaman sendikaya yatırılacağı hususu düzenlenmiş ise ayrıca ihtara gerek kalmadan bu tarihlerden itibaren faize karar verilmeli, düzenlenmemiş ise mahkemenin yaptığı gibi dava ve ıslahtan itibaren faiz yürütülmelidir. Söz konusu Toplu İş Sözleşmeleri ve ilgili hükümleri incelemeden yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/5470
Karar No **:** 2009/19874
Karar Tarihi **:** 07.07.2009
İlgili Kanun **:** 2821/61

ÖZÜ : ***Kapatılan belediyenin sendika aidatları ile ilgili yükümlülüğünün yerine getirilmesi davasında, husumetin İl Özel İdaresine yöneltilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır.***

DAVA : Davacı, sendikaya üyelik ve dayanışma aidatlarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, husumet yokluğu sebebiyle reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı sendika kapatılan belediyelerle ilgili olarak ödenmeyen sendika üyelik aidatları ile dayanışma aidatlarını talep etmiş, 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları içerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 2. maddesinin 4. fıkrasına göre dava İl Özel İdaresi hakkında açılmıştır.

Davalı İl Özel İdaresi, mahalli idareler seçimlerine kadar kapatılan belediyelerin tüzel kişiliğinin devam edeceğinin ilgili yasada öngörüldüğünden söz edilerek henüz belediyelerin tüzel kişiliklerinin ortadan kalkmadığı ve husumetin ilgili belediyeye yöneltilmesi gerektiği şeklinde savunmada bulunmuştur.

Mahkemece anılan savunmaya değer verilerek davanın pasif husumet yokluğu sebebiyle reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Davanın yasal dayanağı ilk olarak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 61. maddesidir. Anılan hükümde, "İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının, toplu iş sözleşmesi yapılmamışsa veya sona ermişse yetki belgesi alan işçi sendikasının yazılı talebi ve aidatı kesilecek sendika üyesi işçilerin listesini vermesi üzerine, işveren sendika tüzüğü uyarınca üyelerin sendikaya ödemeyi kabul ettikleri üyelik aidatını ve Toplu iş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu gereğince sendikaya ödenmesi gerekli dayanışma aidatını, işçilere yapacağı ücret ödemesinden kesmeye ve kestiği aidatın nevini belirterek tutarını ilgili sendikaya vermeye ve kesinti listesini sendikaya göndermeye mecburdur" şeklinde kurala yer verilmiştir. Davacı sendika tarafından ilgili belediye tarafından ilgili yasal yükümlülüğün yerine getirilmediği ileri sürülmüştür.

5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 2. maddesinde, "Bu Kanunla mahalleye veya köye dönüşen veya il ya da ilçe belediyesine katılan belediyelerin tüzel kişiliği, organları ve bunların hak, yetki ve görevleri ilk genel mahalli idareler seçimine kadar devam eder" şeklinde düzenleme söz konusudur. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, "Bu Kanun uyarınca mahalleye veya köye dönüşen belediyelerin personel devri, 10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Ek 2 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre yapılır. Devredilen personelden, 04.04.2007 tarihli ve 5620 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesi kapsamında bulunanlar, devredildikleri belediye veya İl Özel İdarelerinde, 5620 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesine göre istihdam olunurlar. Devir sebebiyle personel giderlerinde meydana gelecek artışlarda, 5393 sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin sekizinci fıkrasındaki sınırlamalar dikkate alınmaz. Personel devri nedeniyle ilgili İl Özel İdaresinin veya belediyenin norm kadrosunda yapılması gereken ilave ve değişiklikler, ilgili belediye veya il özel idaresinin talebi üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından altı ay içinde sonuçlandırılır. Bu belediyelerin mal varlıkları, hak, alacak ve borçları, mahalle olarak katıldıkları belediyeye veya ilgili İl Özel İdaresine intikal eder. Ancak, köye dönüştürülen belediyelerin taşınmazları ile ihtiyaç duyulan araç ve gereçleri paylaşım, devir ve tasfiye komisyonunca ilgili köy tüzel kişiliğine bırakılır. Mahkemelerde süren davaları ile belediye olarak faaliyet gösterdiği döneme ve yapılan işlemlere ilişkin olarak

açılacak davalarda muhatap, katıldığı belediye veya ilgili İl Özel İdaresidir" şeklinde düzenlemeye gidilerek belediye olarak faaliyet gösterilen dönemi ilgilendiren davaların muhatabının İl Özel İdaresi olduğu hükme bağlanmıştır.

Yine 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 2. maddesinin 5. fıkrasında, tüzel kişiliği yerel seçimlere kadar devam edecek olan belediyeler yönünden her türlü yeni personel istihdamı, yapacakları toplu iş sözleşmesi, taşınır ve taşınmazları, iş makineleri ve diğer taşıtların satışı ile borçlanması katıldığı belediyenin, ilk kademe belediyelerinin ya da mahalle veya mahalle kısımlarının birleştirilmesi suretiyle yeni bir isim altında kurulan ilçelerdeki belediyeler Büyükşehir belediyesinin, köye dönüşen yerlerde İl Özel İdaresinin onayına tabi tutulmuştur. O halde, ilgili belediyenin tüzel kişiliğinin devam ettiği dönemde dahi, bazı yetkileri kısıtlanmış ve bir takım işlemler somut olay yönünden İl Özel İdaresinin onayına tabi tutulmuştur. Şu hale göre ilgili belediyenin tüzel kişiliği devam etmiş olsa bir kısım yetkiler il Özel idaresi tarafından kullanılmaya başlanmış durumdadır.

5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 2. maddesi yasanın yürürlüğe girdiği 22.03.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olup, devam eden davalar ile kapatılan belediye dönemini ilgilendiren yeni davaların İl Özel İdaresine karşı açılacağı açık biçimde kurala bağlanmıştır. Anılan hükmün, ilgili belediyenin tüzel kişiliğinin sona erdiği tarihten itibaren yürürlüğe gireceği öngörülmediğinden, somut olay yönünden 21.08.2008 tarihinde açılan davada husumetin İl Özel İdaresine yöneltilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Mahkemece işin esasına girilmesi gerekirken, pasif husumet yokluğundan söz edilerek davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9018
Karar No **:** 2008/12190
Karar Tarihi **:** 12.05.2008
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart, iş sözleşmesinin feshine bağlı tazminat mahiyetinde olup, Borçlar Kanunu'nun 125.maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir.***

DAVA: Davacı, ikramiye, giyim yardımı ve yol parası alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davacı, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan tazminat, ikramiye, aile, kira ve giyim yardımı talep etmiştir.

Mahkemece, dava konusu isteklerin niteliği itibarıyla ücret ve sosyal hak olduğu, Borçlar Kanununun 126/c maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımı hükümlerine tabi olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davaya konu Toplu İş Sözleşmesinin 19.maddesinde "işyerinin bir bölümünün herhangi bir işverene devir ya da kiraya verilemeyeceği, işçilerin bu sebeple işten çıkarılamayacağı aksi halde işçiye tazminat ödeneceği" düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre dava konusu istek niteliği itibarıyla cezai şart mahiyetindedir. Cezai şart ise kanunda ayrı bir süre tayin olunmamış ise asıl borca tabidir. Asıl borcun zamanaşımına uğraması cezai şartın da zamanaşımına uğramasına sebep olur.

Somut uyuşmazlıkta, Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart iş sözleşmesinin feshine bağlı tazminat mahiyetindedir. Buna göre Borçlar Kanunu'nun 125.maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. Bu itibarla beş yıllık zamanaşımı kabulü hatalıdır. Böyle olunca söz konusu alacak davasının zamanaşımına uğraması nedeni ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş davanın esası incelenerek hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmekten ibarettir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No **:** 2007/9-468
Karar No **:** 2008/473
Tarihi **:** 02.07.2008
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***Yeniden işe alınan işçilere, işyerinde uygulanan TİS ve imzalanan protokol hükümlerinin uygulanması gerekir.***

DAVA : Taraflar arasındaki "işçilik hak ve alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; … İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 25.01.2007 gün ve 179-29 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 12.7.2007 gün ve 22554-23319 sayılı ilamı ile;

(... Davacının 25.12.1992 tarihinde işveren tarafından diğer işçilerle birlikte, iş sözleşmesini feshederek topluca 22.03.1993 tarihinde yeniden işe alındığı anlaşılmaktadır.

Davacının üyesi olduğu sendika ile davalı işverenin anlaşması üzerine davacının imzaladığı 23.11.1993 tarihli protokolde tekrar işe alınan işçilerin ücretlerinin,

çıkarılmadan çalışan emsal işçi ücretleri düzeyine çıkarılacağı hususu öngörülmüştür. Davacının protokol tarihinden sonra ücreti emsal işçi ücreti düzeyine çıkarılmamasına rağmen fesih tarihi olan Temmuz 2002'ye kadar bir uyuşmazlık çıkarmadan düşük ücret alması işyeri koşulu haline gelmiş bulunmaktadır. Emeklilik suretiyle işyerinden ayrılan ve ibraname imzalayan davacının yaklaşık yedi yıllık bir süre sonra fark ücret talebine dayalı kıdem, ihbar ve fazla mesai talep etmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Mahkemece anılan fark isteklerine ilişkin talebin reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle işyerinde toplu iş sözleşmesinin uygulanmakta olması ve ayrıca protokolde kararlaştırılmasına karşın emsal işçi ücretinin davacıya tatbik edilmediğinin belirlenmiş bulunması karsısında yerel mahkemenin direnme kararı isabetli bulunmaktadır.

Ne var ki, yukarıda açıklanan nedenlerle Özel Dairece işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmemiş olup, dosyanın temyiz itirazlarının değerlendirilmesi için Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan dosyanın işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için 9.Hukuk Dairesine gönderilmesine, 02.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/25590
Karar No **:** 2008/26967
Karar Tarihi **:** 14.10.2008
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***Toplu iş sözleşmesini düzenleyen tarafların bir araya gelerek toplu iş sözleşmesi hükümlerini, doğmuş bulunan hakları ortadan kaldırmamak kaydıyla ileriye dönük olarak değiştirmeleri mümkündür.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, ücret farkı ile toplu iş sözleşmesinde düzenlenen iş güvencesi tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, duruşmalı olarak davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK.nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi işyerinde çalıştığı sırada 20.11.2000 tarihinde fiilen işyerinden ayrılmadığı halde işverence çıktı gösterilerek kıdem tazminatı ödendiğini, esasen işe ilk giriş tarihinden iş sözleşmesinin feshedildiği 20.11.2004 tarihine kadar aralıksız olarak işyerinde çalıştığını ileri sürerek, son ücret ve tüm süre üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini belirtmiş, aynı zamanda toplu iş sözleşmesinin ücret artışına dair hükümlerinin uygulanmadığından söz ederek ihbar ve kıdem tazminatı farkları ile ücret farkı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren, 03.11.2000 ve 29.06.2001 tarihli protokolleri ibraz ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece savunmaya değer verilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Davalıya ait işyerinde 01.01.2000-31.12.2001 tarihleri arasında geçerli olan toplu iş sözleşmesinin 32/C maddesinde 01.01.2001 tarihinden itibaren enflasyon oranında ücret artışı öngörülmüş ise de, anılan zammın yürürlüğe girmesinden önce toplu iş sözleşmesini düzenleyen sendika ile işveren yetkilileri arasında 03.11.2000 tarihinde imzalanan protokolde, toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmü değiştirilmiş ve daha düşük seyyanen bir ücret artışı öngörülmüştür.

Sözü edilen toplu iş sözleşmesinin 4. altı aylık ücret artışını öngören 32/D maddesi hükmü de, zammın yürürlüğe gireceği 30.06.2001 tarihinden bir gün önce 29.06.2001 tarihinde imzalanan protokolle değiştirilmiştir. Davalı işverenin her iki protokol hükümleri doğrultusunda ücret artışlarını yaptığı tartışmasızdır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre toplu iş sözleşmesini düzenleyen tarafların bir araya gelerek toplu iş sözleşmesi hükümlerini, doğmuş bulunan hakları ortadan kaldırmamak kaydıyla ileriye dönük olarak değiştirmeleri mümkündür. Somut olayda işyerindeki uygulama yasaya uygun olup, mahkemece toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığı iddiasına dayanan fark isteklerin reddi yerinde olmuştur.

Öte yandan, 2000 yılında kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemenin yasal olmadığını ve tüm süreye göre adı geçen tazminatın ödenmesi gerektiğini ileri sürerek fark kıdem tazminatı isteğinde de bulunmuştur. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı işçinin işyerinde dava dışı Ü. Anonim Şirketi işçisi olarak çalışırken, 19.11.2000 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumuna çıkışının bildirildiği, 20.11.2000 tarihinden itibaren davalı Ü.G. Anonim Şirketi işçisi olarak aynı yerde çalışmasını sürdürdüğü açıklanmıştır. Davacı vekili anılan rapora itiraz dilekçesinde, 20.11.2000

tarihinde ödenen kıdem tazminatının yasal olmadığını ileri sürmüş, buna göre fark kıdem tazminatı hesaplanması yönünde mahkemeden talepte bulunmuştur. Mahkemece davacının sözü edilen iddiası üzerinde durulmamıştır. 20.11.2000 tarihinde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenip ödenmediği araştırılmalı, davacı işçinin işi ve işyeri değişmeksizin bu uygulamaya gidilip gidilmediği belirlenmelidir. Davacı işçiye 2000 yılında gerçek anlamda bir fesih olmaksızın kıdem tazminatı adı altında ödeme yapıldığının tespiti halinde, yapılan ödemenin avans niteliğinde olduğu kabul edilerek, işyerinde geçen tüm hizmetleri için kıdem tazminatı hesaplanmalı ve 2000 yılında ödenen tutar yasal faizi ile indirilmelidir. Davacı işçiye işverence 2004 yılında gerçekleşen fesih sırasında ödenen kıdem tazminatı da mahsup edildiğinde kıdem tazminatı olarak bakiye bir hakkın olup olmadığı tespit edilmelidir. Mahkemece eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/30046
Karar No **:** 2008/28998
Karar Tarihi **:** 28.10.2008
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde, davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmı bakımından açıkça ödeme tarihinin kararlaştırıldığı durumda, sözü edilen istekler bakımından hak kazanma tarihlerinden itibaren faize karar verilmelidir.***

DAVA : Davacı vekili, toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmayan davacı işçinin bir kısım işçilik alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi toplu iş sözleşmesinin uygulanmamasından kaynaklanan işçilik alacaklarını talep etmiş, mahkemece dava ve ıslah tarihinden itibaren faize karar verilerek istekler hüküm altına alınmıştır. Davacı vekili, talep doğrultusunda toplu iş

sözleşmesinde öngörülen hak ediş tarihlerinden itibaren faize karar verilmesi gerektiğini ileri sürerek kararı temyiz etmiştir.

İstek konusu dönemde işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmı bakımından açıkça ödeme tarihinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Buna göre sözü edilen istekler bakımından hak kazanma tarihlerinden itibaren faize karar verilmelidir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, hak kazanılan ve ödenmesi gereken tarihlere göre ayrı ayrı hesaplamaya gidilmediği görülmektedir. Bu şekliyle anılan bilirkişi raporu faiz yönünden hak ediş tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesi şeklinde hüküm kurulmasına ve infaza elverişli değildir. Mahkemece gerekirse yeniden bilirkişiden rapor alınmalı ve davacının faiz konusunda talebi doğrultusunda bir karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/16842
Karar No **:** 2008/30987
Karar Tarihi **:** 17.11.2008
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***İşçinin TİS nde düzenlenen hükme göre, fesihten sonra makul bir süre içinde feshin geçersizliğinin tespitini istememesi, aradan 5 yıl geçtikten sonra bu hakkını kullanmış olması karşısında, işsiz kalmaması ve eski işine iadesinde hukuken korunabilir bir hakkı ve menfaatinin kalmadığı kabul edilmelidir. Çünkü, iş güvencesi işçinin belirli bir sürede eski işine iadesini amaçlar.***

DAVA : Davacı, iş güvencesi tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalının temyizine gelince;

Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektiriri sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı 25.07.2001 tarihinde hizmet akdinin TİS deki prosedüre uyulmadan feshedildiğini iddia ederek 13.10.2006 tarihinde açtığı dava ile TİS 18 nci maddede yer alan "...Mahkemece işten çıkartma işleminin geçersiz olduğunun saptanması durumunda işveren işçiyi....1 ay içinde eski görev ve işyerine başlatır. İşveren işçiyi mahkeme kararına rağmen işe başlatmazsa ayrıca işçinin 5 aylık giydirilmiş ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemeyi kabul eder." hükmüne dayanarak feshin geçersizliğinin tespiti ile tazminat isteğinde bulunmuştur.

Davalı tarafından süresinde zaman aşımı definde bulunulmuştur.

Mahkemece, zaman aşımı def'i reddedilerek 1.943.10 YTL iş güvencesi tazminatının kabulüne karar verilmiştir.

İşyerinde fesih tarihinde yürürlükte olan TİS'in 18/D maddesinin l nci paragrafında işten çıkarılmanın kendisine tebliğinden itibaren ilgili mahkemeye başvurarak işten çıkartma işleminin geçersizliğinin saptanmasını isteyebilir dendikten sonra, ikinci paragrafta "Mahkemece işten çıkartma işleminin geçersizliğinin saptanması durumunda işveren işçiyi tüm haklarını ödeyerek 1 ay içinde eski görevine başlatır. Başlatmazsa ayrıca 5 aylık giydirilmiş ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemeyi kabul eder. Mahkeme kararının 3 ay içerisinde sonuçlanması durumunda bu süreye ilişkin boşta geçen tüm özlük haklarını da öder" kuralına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere TİS'in bu maddesi ile hukukumuza 4857 sayılı İş Yasası ile getirilen iş güvencesi hükümleri getirilmiştir. Bu nedenle TİS'in bu kural iş güvencesi ve işe iadeden beklenen amaç ve korunan hukuki menfaatler nazara alınarak yorumlanmalıdır.

TİS'in 18 nci maddesinde fesihten itibaren mahkemeye başvurmak için belirli bir süre öngörülmemekle birlikte feshin geçersizliğini tespitten itibaren bir ay içinde eski göreve iade, üç ay boşta geçen süre ücretinin ödenmesi gibi 4857 sayılı Yasa ile paralel hükümlere yer verilmiştir.

İş güvencesi aniden işsiz kalan işçinin belirli bir süre ki 4857 sayılı Yasada bu bir aylık hak düşürücü süredir, mahkemeye başvurarak feshin geçersizliği tespit edildiğinde eski işine iadesini amaçlar.

Anılan süre işe iade ve tamamen buna bağlı olarak işine iade edilmemesi halinde hükmedilecek iş güvencesi tazminatı, tazminat ile varılmak istenen amaca uygun makul bir süre olmalıdır. Somut olayda davacı 5 yıldan uzun bir süre bu hakkını kullanmamıştır. Bu durumda artık davacının işsiz kalmaması ve eski işine iadesinde hukuken korunabilir, bir hakkı ve menfaati kalmamıştır. Böyle olunca davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/41477
Karar No **:** 2008/34330
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***Sözleşmeli statüden kendi isteği ile kapsam içi işçi statüsüne geçen işçinin, aynı zamanda kapsam dışı ve sözleşmeli personel statüsündeki hakların kendisine uygulanmasını talep etmesi mümkün değildir.***

DAVA : Davacı, ücret, ikramiye farkı ile fazla mesai alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı işyerinde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre sözleşmeli statüde tekniker unvanı ile çalışan davacının 2000 yılında imzaladığı hizmet akti ile iş mevzuatına geçtiği, hizmet aktinde unvanın yine tekniker olarak yazılı olduğu, tarafların kabulündedir.

Davacı sözleşmeli statüde iken tekniker unvanının teknik uzman unvanına denk olduğunu, teknik uzmanın kapsam dışı statüde ve yüksek ücretle iş mevzuatına geçirildiğini, "kendisinin ise hiyerarşik yapıda iki alt unvan olan şef teknisyenlerin altında kapsam içi ve ücret kaybına uğratılarak geçişinin yaptırıldığını bu nedenle; kapsam içi statüsünün kapsam dışı olarak değiştirilmesini ve ücret ikramiye ve fazla mesai farkının ödenmesini talep etmiştir.

Mahkemece kapsam dışı teknik uzman seviyesinde çalıştığı kabul edilerek kapsam içi olduğu tarihten Ağustos 2004 tarihine kadar kapsam dışı teknik uzmana ödenen ücret ile davacıya ödenen ücret farkının ve buna bağlı olarak akti ve yasal ikramiye ile fazla mesai farkının kabulüne karar verilmiştir.

Davacı kendi isteği ile imzaladığı hizmet akti ile tekniker olarak ve ücreti de bu akit de belirlenerek iş mevzuatına geçmiş, sendikaya da üye olarak ücretleri TİS' e göre ödenmiştir. Artık davacı eski statüsünden kaynaklanan haklarını ya da kapsam dışı personel yönetmeliği kapsamında olan teknik uzmanın aldığı ücretin kendisine de ödenmesini talep edemez. Diğer bir anlatımla İş Kanunu hükümlerine tabi kapsam içi

olarak TİS' den yararlanan bir işçinin aynı zamanda kapsam dışı ve sözleşmeli personel statüsündeki hakların da kendisine uygulanmasını talep etmesi statü farklılığı nedeniyle mümkün değildir. Böyle olunca davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34726
Karar No **:** 2009/582
Karar Tarihi **:** 21.01.2009
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***Yürürlükte olan Toplu iş Sözleşmesinde"... uyarma cezasını gerektiren suçlar dışında kalan fiilleri işleyenler hakkında disiplin kurulu fiilin ve suçun niteliğine ve ağırlığına göre (1) ile (2) yevmiye veya ihraç cezasını verebilir" şeklinde yer alan düzenleme doğrultusunda, disiplin kurulu kararı alınmadan iş akdinin feshinin haksız olduğunun kabulü gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, çalışma koşullarındaki değişikliği kabul etmediğinden önceki çalışma saatlerine göre işe devam ettiğini, ikili vardiya sisteminden üçlü vardiya sistemine geçiş sebebiyle belirlenen yeni vardiya saatlerinde gelmediği sebebiyle iş akdinin feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren, üçlü vardiya sistemine geçişin çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelmediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, üçlü vardiya sistemine geçilerek yasal haftalık 45 saatlik çalışma düzeninin sağlanmasının amaçlandığından bu değişikliğin iş şartlarında esaslı değişiklik olarak kabul edilemeyeceği, fesih kararının disiplin kurulunca verilmemiş olmasının da sonuca etkili olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, ikili vardiya sisteminden üçlü vardiya sistemine geçiş sonucu yeniden düzenlenen mesai saatlerinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığı ve bu değişikliği kabul etmediğinden bildirilen vardiya saatlerinde devamsızlığı sebebiyle disiplin kurulu kararı alınmadan gerçekleştirilen feshin usulüne uygun olup olmadığıdır.

Fesih tarihi itibariyle yürürlükte olan Toplu iş Sözleşmesinin 9. maddesinde"... uyarma cezasını gerektiren suçlar dışında kalan fiilleri işleyenler hakkında disiplin kurulu fiilin ve suçun niteliğine ve ağırlığına göre (1) ile (2) yevmiye veya ihraç cezasını verebilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Somut olayda disiplin kurulu kararı alınmadan iş akdinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda feshin haksız olduğunun kabulü gerekir, ihbar ve kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile red kararı verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.01.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/5001
Karar No **:** 2009/17850
Karar Tarihi **:** 23.06.2009
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***Toplu iş sözleşmesinde ücret ve ikramiye alacakları ödeme tarihleri kesin olarak belirlendiğinde, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez.***

DAVA : Davacı, ücret ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi ikramiye alacağının toplu iş sözleşmesinden kaynakladığını ileri sürerek en yüksek işletme kredisi faizi ile birlikte tahsili isteğinde bulunmuş, mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir.

Dosya içinde bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinde akdi ikramiye kararlaştırılmış değildir. Davalı belediye işyerinde çalışmakta olan davacı işçiye 6772 sayılı yasadan doğan ilave tediye ödemelerinin yapılacağı toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş ve anılan alacağın ödenmesi gereken tarihler açıklanmıştır. Bu durumda davaya konu ikramiye alacağı toplu iş sözleşmesi yerine yasadan doğmaktadır. Anılan istek için yasal faiz yerine en yüksek işletme kredisi faizine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Davacı vekili ıslah dilekçesinde açıkça faiz isteğinde bulunmamıştır. Böyle olunca ıslaha konu olan miktar yönünden faize karar verilmesi de HUMK' nun 74. maddesinde öngörülen taleple bağlılık kuralına aykırılık oluşturur. Kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir.

Dava dilekçesinde davaya konu ücret ve ikramiye alacakları için hak kazanma tarihlerinden itibaren faiz isteğinde bulunulmuştur. Toplu iş sözleşmesinde ücret ve ikramiye alacaklarının ödeme tarihlerinin kesin olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca davalı işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Mahkemece dava dilekçesinde sözü edilen istekler yönünden talep doğrultusunda hak kazanma tarihlerinden itibaren faize karar verilmesi gerekirken dava ve ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesi hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/24811
Karar No **:** 2009/18139
Karar Tarihi **:** 29.06.2009
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : ***Kapsam dışı işçinin bu statüde kalarak, toplu iş sözleşmesine göre kapsam içi sayılan bir ünvana intibakının yapılması olanağı bulunmamaktadır.***

DAVA : Davacı, ücret, ikramiye, fazla mesai fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı davalı işyerinde kapsam dışı teknisyen olarak çalıştığını, iki yıllık meslek yüksek okulunu tekniker olarak bitirmesine rağmen tekniker unvanının verilmediğini buna bağlı olarak fark ücret, ikramiye ve ilave tediye alacağı doğduğunu iddia ederek alacak talebinde bulunmuştur.

Mahkemece, bilirkişi raporunun dosya kapsamı ile uyumlu olduğu gerekçesi ile fark alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı 27.07.2000 tarihinde iş mevzuatına kapsam dışı teknisyen olarak geçirilmiştir. Kapsam dışı personelin ücret ve yükselme esasları Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Bu yönetmelik ve bağlı yönetmeliklerde meslek yüksekokulu mezunlarının tekniker yapılacağına dair hüküm yer almamaktadır. Kapsam Dışı personelin yükselmesi anılan yönetmeliğe göre yönetim kurulu kararı ile yapılabileceğinden davacının talebinin iş mevzuatına geçmek kaydı ile ilerde değerlendirileceği davacıya 15.07.2005 günlü yazı ile bildirilmiştir. Öte yandan talep tarihinde yürürlükte olan TİS' e göre davacının geçmek istediği teknikerlik kapsam içi bir unvandır. Davacının kapsam dışı statüde kalarak bu unvana intibakının yapılma olanağı yoktur. Esasen davacı kamu kuruluşlarına nakil hakkını kullanarak davalıdan ayrılmıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının talebinin yerinde olmadığı, esasen talebin normatif bir düzenleme gerektirdiği, mahkeme kararı ile bu düzenlemenin yapılamayacağı da görülmekle reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır
SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/10498
Karar No **:** 2009/21878
Karar Tarihi **:** 21.07.2009
İlgili Kanun **:** 2822/2

ÖZÜ : Sendika üyesi olan işçi ile sendika üyesi olmayan işçilere sağlanan hak ve menfaatlerin verilme koşulları ile hesap yöntemi ve sendika üyesi işçinin bu hak ve menfaatlere hak kazanacak şekilde bir çalışmasının olup olmadığı araştırılarak karar verilmelidir.

DAVA : Davacı, arazi ödeneği ile Diyarbakır ödeneğinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK'nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü

KARAR : Davacı işçi 01.05.1989 tarihinden itibaren davalıya ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışmaktadır. Sendika üyesi olup toplu iş sözleşmesinden yararlanmaktadır. Bu davada, davalı sendika üyesi olmayan emsal işçilere üye işçilerin üzerinde haklar sağlandığı ilen sürülerek, Diyarbakır ödeneği ve arazi ödeneği gibi hakların davacı işçiye de sağlanması talep olunmuştur.

Davalı işveren öncelikle kesin hüküm itirazında bulunmuş ve sendika üyesi olan işçilerin haklarının yüksek olduğunu, üye olmayan işçilere sağlanan bu tür yan ödemelerle dengenin sağlandığını savunmuş, aksine uygulamanın eşitsizlik doğuracağını ifade etmiştir.

Mahkemece hukukçu bir bilirkişiden rapor alınmış, davacı işçi ile emsal olduğu söylenen bir işçiye Mart 2007 ile Şubat 2008 arasında sağlanan menfaatler değerlendirilerek, davalı işverence sendika üyesi olmayan işçilere, üye işçilere göre ilave haklar sağlandığı sonucuna varılmış, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekili kararı süresi içinde temyiz etmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı işçi daha önce 11.01.2005 tarihinde aynı yönde bir dava açmış ve 18.08.2004 - 31.12.2004 tarihleri arasında kalan süre için davaya konu istekleri de içerir şekilde taleplerde bulunmuştur. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ve sözü edilen karar davacının temyizi üzerine Dairemizce onanmıştır Bu davada ise 01.04.2006 - 31.03.2008 arası isteklerde bulunulmuş olmakla, kesinleşen kararın somut olay yönünden kesin hüküm oluşturması mümkün değildir.

İşyerinde istek konusu dönemde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 4/D maddesinde, "Kapsam içi sendikasız işçilere işveren Toplu İş Sözleşmesi ve üstünde haklar uygulamayacaktır. Bu hükme aykırı olarak işveren uygulama yaparsa ve sendikanın başvurusuna rağmen bu uygulamaya son vermezse, aynı miktar bütün sendikalı işçilere aynı tarihten itibaren uygulanır" şeklinde kurala yer verilmiştir. Sendika tarafından bu yönde başvuru yapılmış, işveren sendikasız işçilere daha fazla haklar sağlamadığını belirterek uygulamayı sürdürmüştür.

Hükme esas alınan bilirkişi raporuna karşı davalı vekilinin itirafları dikkate alınmamıştır. Karşılaştırmanın yapıldığı sendikasız işçi ile davacının aynı konumda çalışan işçiler olup olmadıkları tam olarak anlaşılamadığı gibi, Nisan 2006 sonrası için hesaplama yapıldığı halde, karşılaştırmanın ne sebeple Mart 2007 sonrası bir yıllık süre için yapıldığı da belirlenememiştir. Yine davacı işçi ile emsal olduğu ileri sürülen işçi

yönünden sağlanan menfaatlerin karşılaştırılmasında yer alan hesap unsurlarının aynı olmadığı da görülmektedir.

Öte yandan, sendikasız işçilere ödendiği anlaşılan Diyarbakır ödeneği ile arazi ödeneğinin verilme koşulları ile hesap yöntemi araştırılmış değildir. Hesap yöntemi olarak dava dilekçesinde, günlük birim ücretin 30 ile çarpımının % 38'i kadar Diyarbakır ödeneği, % 40'ı kadar arazi ödeneği ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Sözü edilen ödemelerle ilgili olarak hak kazanma ve hesap yönlerinden işyeri uygulaması araştırılmalı, davacının adı geçen ödeneklere hak kazanacak şekilde bir çalışmasının olup olmadığı da belirlenmelidir. Konunun özelliği gereği biri özel güvenlik uzmanı, diğeri mali müşavir ve bir hukukçudan oluşan bilirkişi heyetinden denetime elverişli şekilde rapor alınmalı sonucuna göre bir karar verilmelidir. Mahkemece eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No **:** 2008/9-275
Karar No **:** 2008/282
Tarihi **:** 26.03.2008
İlgili Kanun **:** 2822/6

ÖZÜ : ***Sona eren TİS nin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar devam edeceğine ilişkin "ard etkisi" kuralının, TİS'nden yararlanamayanlara da uygulanabilmesi için, işyeri uygulaması haline dönüşmüş olması gerekir.***

DAVA: Taraflar arasındaki "işçilik hak ve alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (… İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.02.2006 gün ve 2004/1393-2006/49 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 22.11.2006 gün ve 2006/9890-30806 sayılı ilamı ile; ("…1- Davalı davacının fazla çalışma ve hafta tatili ücretlerini aldığını ve ibraname verdiğini savunmuştur. Davalı tarafça ibraz edilen ve imzası inkar edilmeyen ibranamede fazla çalışma ücreti alacaklarının alındığı belirtilmiştir. Buna rağmen fazla çalışma ve hafta tatili ücreti alacağının hüküm altına alınması hatalıdır.

2- İşyerinde 01.07.1995-30.06.1996 tarihleri arasında yürürlükte kalan TİS'de kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanacağı kararlaştırılmış, bu tarihten sonra akdin feshi tarihine kadar yeni bir TİS imzalanmamıştır.

Davacı TİS sona ermeden 30.01.1996 tarihinde TİS'e taraf işçi sendikasından istifa etmiş ve istifa gerçekleşmiştir. Başka bir anlatımla TİS'in sona erdiği 30.06.1996

tarihinde davacı taraf işçi sendikasının üyesi olmadığı gibi, TİS'den de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS'in davacı yönünden hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Davacının kıdem tazminatının işveren tarafından 30 gün üzerinden hesaplanıp ödenmesi doğrudur. Bu sebeple mahkemenin 45 gün üzerinden yapılan hesaplamaya değer vererek fark kıdem tazminatını hüküm altına alması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, bir kısım işçilik hak ve alacaklarına ilişkin olup, yerel mahkemece, Özel Daire'nin (2) numaralı bentte yazılı bozma nedenine karşı direnilmektedir.

Toplu iş sözleşmeleri bir yıldan kısa ve üç yıldan uzun süreli olamaz. TİS'in süresi sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez (2822 sayılı TİSGLK m. 7/1). Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m. 6/son uyarınca; "Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder". TİS'in sona ermesinden sonra, kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçiler için TİS'in iş sözleşmesini ilgilendiren hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girene kadar devam edeceğine ilişkin kural, toplu iş sözleşmesinin "ard etkisi" olarak ifade edilir.

TİS hükümlerinden yararlanamayanlar yönünden ise; toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin işyeri uygulaması haline dönüşüp dönüşmediğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Kanun ya da iş sözleşmesinde düzenlenmemesine, bu yönde yasal ve akdi bir zorunluluk bulunmamasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiye yön veren, varlığını somut uygulamalar şeklinde gösteren eylemli durum "işyeri uygulamaları" nı oluşturur.

İşyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan, herhangi bir koşula bağlı bulunmayan işyeri uygulamaları, işçilerin zımni kabulleriyle bir iş sözleşmesi hükmü, diğer bir ifadeyle, iş şartı (çalışma koşulu) haline dönüşürler; bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcı nitelik kazanırlar. İşçi için belirli özellikteki bir işyeri uygulaması, sübjektif hak oluşturur.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabulü için, tekrarlana gelen, hesaplanabilir, genel nitelikte olması ve buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması gerekir. Bu bakımdan işyeri uygulamaları, işvereni belirli bir yükümlülük altına sokan, objektif mahiyette hükümler olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır.

İşyeri uygulaması ile oluşan "iş şartı", işverence, işçi aleyhine olarak değiştirilemez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, çalışma koşullarında yapılacak bir değişiklik ancak tarafların anlaşmalarıyla gerçekleşebilir.

13.12.1995 tarihinde imzalanan, 01.07.1995 tarihinden itibaren bir yıl süreli olarak yürürlükte bulunan üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesinin 5. maddesinde; Toplu İş Sözleşmesinden, taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı, 7. maddesinde; hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümlerinin uygulanacağı, her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edeceği, 31. maddesinde; işçilerin hizmet akitlerinin, İş Yasası'ndaki kıdem tazminatı ödenmesini gerektiren hallerden herhangi biri yoluyla feshi halinde, işçiye her hizmet yılı için 45 günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödeneceği ifade edilmekte olup, yeni bir toplu iş sözleşmesi bağıtlanmadığı konusunda da uyuşmazlık bulunmamaktadır.

TİS sona ermeden taraf işçi sendikasından istifa etmiş alan davacı, TİS'in sona erdiği 30.06.1996 yılından itibaren işyerinde kıdem tazminatlarının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğini iddia etmektedir. Bilirkişi raporunda da bu yönde değerlendirme yapılarak, örnek işçi isimlerine yer verilmiştir.

Mahkemece, kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğine yönelik, iş şartı niteliğine dönüşmüş bir işyeri uygulaması bulunup bulunmadığı işyeri kayıtları ve bu yöndeki diğer bilgi ve belgeler yardımıyla araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 26.03.2008 gününde, oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/21645
Karar No **:** 2009/6963
Karar Tarihi **:** 16.03.2009
İlgili Kanun **:** 2822/6

ÖZÜ : ***Toplu iş sözleşmelerinin özerkliği ilkesinin, iş sözleşmesinin üzerinde haklar verip yasada belirtilen nisbi emredici hükümlerin üzerinde haklar sunabileceği nazara alındığında, Toplu İş Sözleşmesi hükmünün Kanun hükmünden önce uygulanacağı açıktır.***

DAVA : Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, iş sözleşmesinin haksız ve geçersiz nedenle feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve fer'i sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacı tarafından kullanılan rapor süresinin, İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirlenen ihbar önellerini 6 haftadan fazla aştığı gerekçesiyle davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacı tarafından kullanılan rapor süresinin yasadaki önelleri 6 haftadan fazla aştığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, davacı vekili tarafından, davacının üyesi bulunduğu sendika ile davalı işveren arasında bağıtlanan toplu iş sözleşmesi hükmü gereğince, feshin, uzun süreli hastalık hallerini düzenleyen 33. madde düzenlemesine aykırı olduğu gerekçesiyle temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinden, davacının, …Sendikası üyesi olduğu, adı geçen sendika ile davalı şirket arasında bağıtlanan ve 01.01.2007 - 31.12.2008 yürürlük tarihli toplu iş sözleşmesinin 33/B maddesi gereğince, uzun süreli hastalık halinde, bu iznin 12 aya kadar daha uzatılacağı düzenlenmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinde, toplu iş sözleşmelerinin özerkliği ilkesi kabul edilmiştir. Adı geçen ilkenin, iş sözleşmesinin üzerinde haklar verip yasada belirtilen nisbi emredici hükümlerin üzerinde haklar sunabileceği nazara alındığında, davacının üyesi olduğu sendika ile işveren arasındaki toplu iş sözleşmesinin 33/B hükmünün İş Kanunun 25/I-a maddesinden önce uygulanacağı açıktır. Öte yandan, davacının hastalığının, toplu iş sözleşmesi hükmündeki, uzun süreli hastalık, tanımına uyduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece, davanın kabulü ile feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, anılan gerekçe ile red hükmü kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu …TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre …YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 16.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/18324
Karar No **:** 2008/10170
Karar Tarihi **:** 24.04.2008
İlgili Kanun **:** 2822/9

ÖZÜ : ***Toplu İş Sözleşmesinden yararlanacak olan işçinin sendika üyeliği imza tarihinden sonra ise, yararlanma konusunda üyeliğin işverene bildirildiği tarih esas alınır.***

DAVA: Davacı, ücret farkı, ikramiye alacağı, vasıta yardımı, hizmet zammı, sosyal yardım, giyim ve konut yardımı, fazla mesai ile ulusal bayram ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.
Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak çalıştığı dönemde sendika üyesi olduğu halde Toplu İş Sözleşmesinden yararlandırılmadığını, fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek Toplu İş Sözleşmesinden doğan fark ve işçilik hakları ile fazla çalışma ve genel tatil ücretleri isteklerinde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının Toplu İş Sözleşmesinden, başlangıç tarihinden itibaren yararlanması gerektiği düşüncesiyle hesaplama yapan bilirkişi raporuna dayanılarak isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının Toplu İş Sözleşmesinden yararlanıp yararlanmayacağı ve yararlanacaksa hangi tarihten itibaren olacağı ve fazla çalışma genel tatil ücretlerine hak kazanılıp kazanılmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Taraflarca dosyaya sunulan deliller; sendika üyelik fişi, Toplu İş Sözleşmesi, davacıya ait şahsi dosya ve nöbet çizelgeleridir.

Davacının sendika üyesi olmak için ilgili sendikaya 21.07.2003 tarihinde başvurduğu 22.09.2003 tarihinde üyeliğe kabul edildiği anlaşılmaktadır. 2821 s. Kanunun 22. maddesinin üçüncü fıkrası nazara alındığında davacının sendika üyeliğini kazandığı tarih, 21.08.2003 olmaktadır. Davacının dayandığı 01.01.2003-31.12.2004 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesi ise, 05.08.2003 tarihinde imzalanmış olup, 4/2. maddesinde 2822 s. kanunun 9. maddesine paralel düzenleme ile imza tarihinden sonra üye olanların üyeliklerinin taraf işçi sendikasınca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanacağı öngörülmüştür.

Buna göre, davacının üyeliğinin taraf işçi sendikasınca ne zaman davalıya bildirildiği araştırılmalı ve Toplu İş Sözleşmesinden yararlanma tarihi saptanmalıdır. Bu husus nazara alınmadan, davacının imza tarihinden önce sendika üyesi olduğu gerekçesiyle hesaplama yapan hatalı bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması doğru değildir.

3-Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının sadece genel tatil alacağının bulunduğu belirlenmiş; davacı vekili rapora somut nedenler ileri sürerek itiraz etmemiştir. Bu nedenle, fazla çalışma isteğinin reddi yerine kabulü de hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.04.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/28644
Karar No **:** 2009/11827
Karar Tarihi **:** 28.04.2009
İlgili Kanun **:** 2822/9

ÖZÜ : İşe iade davası açan ve bu arada sendikaya üye olan işçi, üyeliği işverene bildirilmemiş olsa da, işe başlatmama tarihinde işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinden yararlanma hakkına sahiptir.

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatlarıyla izin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı işçi iş sözleşmesinin 01.02.2005 tarihinde işverence feshinden sonra feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davası açmış ve yapılan yargılama sonunda feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine dair karar verilmiştir. Davacı işçinin süresi içinde işe başlama yönünde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı da dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Bu arada davacı işçi sendikaya üyelik yönünde noterden işlem yaptırmış ve yazı 25.02.2005 tarihinde sendikaya bildirilmiştir Sendika tarafından davacı işçinin üyeliğinin kabulüne dair bir karar alınmamış dolayısıyla üyeliğin işverene bildirimi yoluna gidilmemiştir.

Davacı işçi açmış olduğu temyize konu bu davada ise, işe başlatmama tarihinde gerçekleşen fesihte sendika üyesi olduğunu bildirmiş ve işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplanacak olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinin ödetilmesini talep etmiştir. Mahkemece isteklerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı gerekçesiyle emsal işçiye göre yapılan hesaplamalar doğrultusunda isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Davacının iş sözleşmesinin feshi işe iade sonrasında işverence işe başlatılmadığı tarih olan 22.07.2006 tarihinden gerçekleşmiştir. Davacı işçinin sendika üyeliğinin işverene bildiriminden itibaren bir ay içinde reddedilmediği için, davacının 2821 sayılı Yasanın 22/3. maddesine göre 27.03.2005 tarihinde sendika üyesi sıfatını kazandığı anlaşılmaktadır.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma ise, salt sendika üyeliğine bağlı değildir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunun 9. maddesinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kurala bağlanmıştır.

Aynı hükme göre, imza tarihinde üye olanlar toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikası tarafından işverene bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar.

Davacı işçinin üyeliği sendika tarafından işverene bildirilmemiş ise de, işe başlatmama tarihinde işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi 12.07.2006 tarihinde imzalanmış olup, anılan toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce davacı işçi sendika üyesi olduğuna göre toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yararlanma hakkı bulunmaktadır. Fesih tarihindeki hakların toplu iş

sözleşmesine göre hesaplanarak kabul edilmesi gerekirken, bir önceki toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden söz edilerek bu yöndeki talebin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/126
Karar No **:** 2009/18667
Karar Tarihi **:** 03.07.2009
İlgili Kanun **:** 2822/9

ÖZÜ : ***Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması halinde, işçi asıl işveren işçisi sayılmalı ve sendika üyeliğinin işverene bildirildiği tarihten itibaren TİS den yararlanmalıdır.***

KARAR : Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre, yerinde bulunmayan ve sebepleri bildirilmiş olmayan bozma isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA,** 03.07.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

MAHKEME KARARI

İSTEK : Davacı vekili dava dilekçesi ile davalı şirketin İ. genelinde Metro taşımacılığı ve hafif raylı sistem ve tramvay işletmeciliği işini yapmak üzere İ. Belediye Başkanlığı'nca kurulmuş bir kamu kuruluşu olduğu, davalının faaliyet alanının Sendikalar Kanunu'nun 60. Maddesinde sayılan ve 19. Sırada yer alan 19 nolu Demiryolu Taşımacılığı işkoluna bağlı bulunduğunu ve davalı ile sendikalar arasında IX. Dönem toplu iş sözleşmesi imzalandığını, toplu iş sözleşmesinin 2. maddesinde sözleşmenin kimler hakkında uygulanacağının bildirildiğini, davalının İş Kanunu'na aykırı şekilde muvazaalı olarak bir kısım hizmetleri taşeron şirkete yaptırdığını, hatta davacının da bu taşeron şirketlerde çalıştırıldığını, davalı şirketin muvazaalı olarak asıl işi taşeron şirkete vermesi nedeni ile bir kısım işçilerin İş Mahkemesinde dava açıp asıl işverenin işçisi olarak toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlandığını, davacının da davalı işverenin işçisi olduğunu, aynı konumdaki işçiler için uygulanan TİS inden doğan alacakların ödenmesi amacı ile bu davanın açıldığını, sendikalı olmayan dönem için ikramiye alacağı ve sendikalı dönem ücret farkı, birleştirilmiş sosyal yardım alacağı, vardiya zammı alacağı, gece zammı alacağı, emek zammı, ikramiye alacağı, kasa tazminatı ve kıdem, ihbar ve yıllık ücretli izin alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP : Davalı vekili cevaplarında; davacı işçinin sendikaya üyelik fişinin Noterlik Kanunu'na aykırı olarak davalı şirkete tebliğ edilmediğini, davacının sendika üyeliğinin sendika tarafından müvekkil şirkete yapılmadığını, müvekkil şirkete sendika üyeliğine itirazın engellendiğini, sendika üyeliğinin bildirildiği tarihten itibaren doğan ve sendika üyeliğinden kaynaklanan alacakların talep edilebileceğini, sendika üyeliğinin tebliğ edildiği tarihten önce veya üye olmadığı dönem için TİS inden kaynaklanan alacakların talep edilemeyeceğini, davacının sendikaya üye olmadığı dönemdeki taşeron firmada yaptığı çalışmalardan kaynaklanan alacaklarını da istediğini bunun mümkün olmadığını, İş Kanunu'nun 2.maddesindeki değişiklik hususunun da dikkate alınarak yine zamanaşımı itirazları da dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

GEREKÇE : Tarafların delilleri toplanıp davacı tanıkları dinlenmiştir. Dosya bilirkişiye tevdi edilmiş ve bilirkişi raporunu ibraz etmiştir. Davacı vekili ıslah dilekçesini ibraz etmiştir.

Toplanan deliller, davacı tanıklarının anlatımları, bilirkişi raporu birlikte değerlendirildiğinde;

Davalı işverence ve dava dışı taşeron şirketlere müzekkere yazılmış, ücret bordroları celp edilmiş, davacının sendika üyelik fişine göre 26.05.2004 tarihinde 458 sayılı kararla sendika üyeliğine kabul edildiği ve TİS inden yararlanması için davalı işverene aynı gün dilekçe ile müracaat edildiği işyerinde uygulanmakta olan IX dönem tüm TİS lerin dosyada mevcut olduğu anlaşılmıştır.

B. 2. İş Mahkemesinin 2004/1791-1800 esas sayılı dosyalarında davacının hizmet verdiği işin asıl işin bir parçası olduğu, İş Kanunu'nun 2.maddesinin 6. fıkrasında asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilebileceği, 7.fıkrasında ise asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam edilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı, aksi halde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek, alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceği kabul edilmektedir.

Toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri belediyenin asli işi olup, bu işleri alt işverene gördürmesi İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde belirtilen koşulların mevcut olması gerekmektedir gerekçesi ile dava kabul edilerek davacının toplu iş sözleşmesinden doğan fark alacaklarının tahsiline karar verilmiş ve bu karar Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 24.04.2004 tarihli ilamı ile onanarak kesinleşmiştir. B. 1. İş Mahkemesinin 2005/2265 esas sayılı dosyasında davalı İ. Ulaşım A.Ş. ile taşeron P. Ltd Şti ne karşı işe iade davası açılmış, toplu ulaşım ve taşıma işlerinin belediyenin asli işi olup, alt işverene bu işlerin gördürülmesinin mümkün olmadığı, bu işin devrinin muvazaaya dayandığı, davacının İ. Ulaşım A.Ş nin işçisi olup, feshin geçersizliği nedeni ile davacının İ. Ulaşım A.Ş.'nin işyerinde işe iadesine karar verilmiş ve hüküm Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiştir.

Bu mahkemelerin kesinleşmiş kararları ele alındığından bu dava dosyasında davacının, başlangıçtan beri İ. Ulaşım A.Ş. nin işçisi olarak çalıştığı anlaşılmış, davalının davacının davalı şirketin işçisi olmadığı yolundaki iddialarına katılmak mümkün

olmamış ve davacının işe girdiği tarihten itibaren İ. Ulaşım A.Ş. nin işçisi olduğu kabul edilmiştir.

Davacının işe başladığı tarihten itibaren İ. Ulaşım A.Ş. nin işçisi olduğu kesin hükümle sabit olmakla, davacının çalıştığı dönemde yüklenici-taşeron işçisi olmadığı anlaşıldığından, davacı ile davalı arasındaki ilişkide İş Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanmasının söz konusu olamayacağı, davacı taleplerinden işveren olan davalı olan İ.Ulaşım A.Ş. nin sorumlu olduğu, dava konusu uyuşmazlıkta 5538 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun 2.maddesine eklenen fıkradaki hükümlerin uygulanamayacağı anlaşılmıştır.

Davalı vekilinin davacının taşeron işçisi olduğu bu nedenle …İş Sendikasının davacı adına sendikasız dönem için ikramiye alacağı davası açamayacağı yönündeki iddiası davacının ilk işe girdiği tarihten itibaren davalı İ. Ulaşım A.Ş. nin işçisi olması nedeni ile sendika üyesi olmadığı dönemde işyerinde sendikalı sendikasız ayırımı yapılmadan tüm işçilere l maaş tutarında yılda 4 ikramiye ödendiği tanık anlatımları ile de anlatıldığından, sendika üyesi olması nedeni ile işyerinde çalışmalardan dolayı doğmuş tüm hakların aranması ve gereğinde dava açması 2821 sayılı Yasanın 32.maddesi geneli olduğundan, davalının bu itirazları dikkate alınmamıştır. Davacının ücret farkı alacağı, ikramiye, izin ücreti, vardiya zammı, gece zammı, kasa tazminatı, birleştirilmiş sosyal yardım alacakları kesinleşen yargı kararı ve davacının işe girdiği tarihten itibaren davalı İ. Ulaşım A.Ş. nin işçisi olduğu kabul edildiğinden, davacının sendika üyeliğinin işverene bildirildiği tarih itibari ile dosyada mevcut TİS hükümleri nazara alınarak, net olarak davalının zamanaşımı def'i ile sınırlı olarak aşağıdaki şekilde alacak kalemleri hakkında hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Yukarıda açıklanan nedenlerle,
1- Davanın kabulü ile Bilirkişi …' nin 11.08.2008 tarihindeki 9 sahifeden ibaret raporunda belirtilen alacak kalemleri ve ayları dikkate alınarak;
2- Net 1879,76 YTL sendikasız dönem ikramiye alacağının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte,
3- Net 6299,54 YTL sendikalı dönem ikramiye alacağının en yüksek işletme kredisi faizini geçmemek üzere taleple bağlı kalınarak, TİS.nin 35/c maddesine göre her aya isabet eden alacağın ödeme günü olan her ayın 5. nden itibaren en yüksek banka mevduat faizi ile birlikle,
4- Net 5880,00 YTL ücret farkı alacağına en yüksek işletme kredisi faizini geçmemek üzere taleple bağlı kalınarak, TİS.nin 35/c maddesine göre her aya isabet eden alacağın ödeme günü olan her ayın 5.den itibaren en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte,
5- Net 2135,00 YTL birleştirilmiş sosyal yardım alacağının en yüksek işletme kredisi faizini geçmemek üzere taleple bağlı kalınarak, TİS.nin 35/c maddesine göre her aya isabet eden alacağın ödeme günü olan her ayın 5 inden itibaren en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte,
6- Net 892,00 YTL vardiya zammı alacağının en yüksek işletme kredisi faizini geçmemek üzere taleple bağlı kalınarak, TİS.nin 35/c maddesine göre her aya isabet eden alacağın ödeme günü alan her ayın 5 inden itibaren en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte,
7- Net 359,00 YTL gece zammı alacağının en yüksek işletme kredisi faizini geçmemek üzere taleple bağlı kalınarak, TİS.nin. 35/c maddesine göre her aya isabet eden alacağın ödeme günü olan her ayın 5 inden itibaren en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte,

8- Net 53,00 YTL emek zammı alacağının en yüksek işletme kredisi faizini geçmemek üzere taleple bağlı kalınarak, TİS.nİn 35/c maddesine göre her aya isabet eden alacağın ödeme günü olan her ayın 5 inden itibaren en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte,
9- Net 200,00 YTL kasa tazminatı alacağının en yüksek işletme kredisi faizini geçmemek üzere taleple bağlı kalınarak, TİS.nin 35/c maddesine göre her aya isabet eden alacağın ödeme günü olan her ayın 5 inden itibaren en yüksek banka mevduat faizi ile birlikle,
DAVALIDAN TAHSİLİ İLE DAVACIYA ÖDENMESİNE,
10- Hesaplanan 955,70 YTL lik karar ve ilam harcından peşin yatırılan harcın mahsubu ile bakiye 716,70 YTL harcın davalıdan tahsili ile hazineye irat kaydına,
11- Davacı vekili yararına takdir edilen 2069,8 YTL vekâlet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
12- Davacı tarafından yapılan 184,50 YTL yargılama gideri ve peşin ödenen 252,00 YTL harcın davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
13- Davalının yaptığı 9,00 YTL yargılama giderinin üzerine bırakılmasına,
Dair davacı vekili ve davalı vekilinin yüzüne karşı 8 gün içinde Yargıtay'da temyizi kabil olmak üzere verilen karar açıkça okundu usulen anlatıldı. 17.10.2008

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/25544
Karar No **:** 2009/20096
Karar Tarihi **:** 07.07.2009
İlgili Kanun **:** 2822/9

ÖZÜ : ***İşe başlatmama anında TİS uygulanmaya başlasa dahi, sendika üyesi olmadığı gibi dayanışma aidatı da ödemeyen işçinin TİS'den yararlanma imkanı yoktur. İşe başlatmama tarihinde sendika üyesi olmayan ve TİS'den yararlanmayan emsali işçi var ise buna göre ücreti ve ekleri belirlenmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı, izin, fazla çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, ücret farkı, 4 aylık boşta geçen süre ücreti, yakacak yardımı, bayram harçlığı ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davacı işçi işe iade sonrasında işe yasal başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmamış ve açmış olduğu bu davada, işe başlatmama tarihine göre ödenmesi gereken ücret üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti isteklerinde bulunmuştur.

Mahkemece, geçersiz sayılan fesih sırasında sözü edilen alacakların ödendiği ve ibraname verildiği gerekçesiyle 4 aylık boşta geçen süre sebebiyle hak kazanılan fark istekler yönünden karar verilmiştir.

Hükmü davacı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1 fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir.

Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplamada dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

Somut olayda iş sözleşmesinin fesih tarihi işçinin işe başvurusu üzerine işverence işe başlatılması gereken bir aylık sürenin sonudur. O halde davacının tüm hizmet süresine göre ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücreti işe başlatmama anındaki ücrete göre hesaplanmalı ve daha önce ödenen tutarların mahsubu yoluna gidilmelidir. Davacının hizmet süresinin hatalı hesaplandığı yönündeki itirazları bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve yine yemek yardımı ile taşıt yardımı uygulamasının varlığı ve tazminata esas ücrete eklenmesi yönünde bilirkişi raporuna karşı ileri sürülen itirazlar üzerinde

durulmalıdır. Mahkemece, geçersiz sayılan fesih sırasında yapılan ödemelere ve alınan ibranameye değer verilerek sadece 4 aylık boşta geçen süre için fark tazminat ve izin ücreti hesabı ile sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

3- Davacının aylık ücreti ile ücretin ekleri konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacı işçi işe iade davasında, davacının alt işveren işçisi olmadığının ve davalının gerçek işçisi olduğunun kesinleştiği ve aynı davada üretime dönük işlerde çalıştırıldığının belirlendiğini ileri sürerek, davalının diğer işçilerine sağladığı haklardan davacı işçinin de yararlanması gerektiğini ileri sürmüş ve ücret farkı, yakacak yardımı, ikramiye ve bayram harçlığı gibi isteklerde bulunmuştur.

Mahkemece, davacının asgari ücretle alt işveren işçisi olarak çalıştığı ve ücrete itiraz etmediği, ücret konusunda taraflar arasında bir anlaşma olmadığı ve fesihten sonra ücret talep edemeyeceği gerekçesiyle ücret farkı ve diğer isteklerinin reddine karar verilmiştir.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder.

Eşitlik İlkesi ise en temel anlamda Anayasa'nın 10.ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak " esaslı nedenler olmadıkça" ve " biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır(Yargıtay 9.H.D. 25.07.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli-belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır. İşverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle faklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayrım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/111. Maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Öte yandan, İş Kanunu'nun 5. maddesi, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Öncellikle belirtmek gerekir ki, davacının davalı işverenin işçisi olduğu, alt işverenle olan ilişkinin muvazaaya dayandığı işe iade davasında kesinleşmiş durumdadır. Bu durumda davacının yaptığı işi ve unvanına göre davalı işverenin diğer işçileri ile aynı ücreti alması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine dayanılarak ücret konusunda işçiler arasında ayrım yapılması doğru olmaz. Mahkemece bu yönde gerekli araştırmaya gidilmiş değildir. Davacı işçinin fiilen hangi işte çalıştırıldığı belirlenmeli,

aynı tarihlerde davalı işverenin diğer işçilerine ödediği ücret ve ekleri belirlenerek davacı işçiye aynı haklar sağlanmalıdır. İşverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği bir durumda işçinin ödenen ücrete itiraz etmemiş olması işveren lehine sonuçlar doğurmaz.

Bununla birlikte dosya içeriğine göre davacı işçinin fiilen çalıştığı dönemde işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalanmamış olsa da, davacı vekili tarafından işe başlatmama anında bir toplu iş sözleşmesinin varlığından söz edilmiş ve bu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden de yararlanma isteğinde bulunulmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kurala bağlanmıştır. Aynı hükme göre, imza tarihinde üye olanlar toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten, imza tarihinden sona üye olanlar ise üyeliklerin taraf sendikası tarafından bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar. Yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödenmesi koşuluyla yararlanma da, yasada ifadesini bulmuştur. Dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanma talep tarihinden itibaren geçerlidir.

Davacı işçi sendika üyesi olmadığı gibi, dayanışma aidatı ile yararlanma yönünde talepte bulunmamıştır. Böyle olunca işe başlatmama anında toplu iş sözleşmesi uygulanmaya başlamış olsa dahi davacı işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan bulunmamaktadır. İşe başlatmama tarihinde davacının sendika üyesi olmayan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan bir emsali mevcut ise buna göre ücret ve ücretin ekleri belirlenmelidir. Aksi halde toplu iş sözleşmesinden önce davacının emsali olan işçiye ödenen ücret ve ücret ekleri üzerinden ve asgari ücretteki artış oranına göre fesih tarihinde alması gereken ücret ve diğer hakları tespit olunmalı ve buna göre hesaplama yapılmalıdır.

4- Davacı işçi bayram genel tatil ücreti isteklerinde bulunmuş, mahkemece ibraname sebebiyle anılan isteklerin reddine karar verilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davalı işveren cevap dilekçesinde bayram ve genel tatil alacaklarının doğmadığını ileri sürdüğüne göre ibraname ile anılan alacak bakımından borcun sona erdiği savunması çelişkili bir durumdur. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre çelişkili ibranameye değer verilmesi mümkün değildir (Yargıtay 9. HD., 27.06.2008 gün, 2007/23861 E., 2008/17735 K). Ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları yönünden davacı delilleri bir değerlendirmeye tabi tutulmalı gerekirse ek rapor alınarak bir karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/12851
Karar No **:** 2008/8003

890

Karar Tarihi : 10.04.2008
İlgili Kanun : 2822/15

ÖZÜ : ***Kural olarak asıl iş bölünerek alt işverene verilemez. Ancak, işletmenin ve işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olması halinde, asıl işin bir bölümü alt işverene verilebilir.***

Ayrıca yetki tespitine itiraz davaları kamu düzenine ilişkin olup, sendikanın daha önce muvazaayı ileri sürmeden alt işverenlerle TİS imzalaması yasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz. Delillerin toplanması sonucu asıl işveren-alt işveren ilişkisinin koşullarının oluşmadığı anlaşıldığından, çoğunluk tespitinin yeniden yapılması gerekir.

DAVA : B. Sendikası adına. Avukat … ile l- K. A.Ş. adına Avukat … 2- Ç. Sendikası 3- M. Sendikası 4- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat … aralarındaki dava hakkında … İş Mahkemesinden verilen 05.02.2007 günlü ve 780–19 sayılı hüküm davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Uyuşmazlık, olumsuz yetki tespitine itiraza ilişkindir. B. Sendikası, 15.05.2007 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurarak davalı K. A.Ş. ne ait işyerinde işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapmak üzere çoğunluk tespitini istemiş, Bakanlıkça yapılan inceleme sonunda, adı geçen sendikanın çoğunluğu bulunmadığı saptanarak olumsuz yetki tespit yazısı sendikaya gönderilmiştir.

İtiraz eden sendika, davalı işverenin hurda hammaddeden çelik döküm işi yapılan tespite konu işyerinde, asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene verilmek suretiyle böldüğünü, bunun sendikanın işyerine çoğunluk sağlamasını önlemeye yönelik muvazaa olduğunu, bu nedenle alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin yapılması gerektiğini, alt işverenlerin ayrı işyerleri bulunduğu ve işçilerinin de bu işyerlerinde çalıştırıldığından bahisle yapılan olumsuz çoğunluk tespitinin iptaline ve tespite konu işyerinde çalışan işçilerin üye çoğunluğunun bulunduğunun tespitini talep etmiştir.

Davalılar, işyerinde yapılan işlerin her bir bölümünün farklı alt işverenlere gördürüldüğü ve alt işverenlerin işçilerinin sadece kendi bölümlerinde çalıştıkları, alt işverenlerin yaptıkları işlerin işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olduğu ve alt işverenlerin ayrı ayrı tüzel kişiliklere sahip olduklarından işletme kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu değildir. Kaldı ki, davacı sendika dört alt işverenle 12.04.2006 tarihinde 01.07.2005-30.06.2007 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi imzaladığını, bu süre içerisinde taşeronlarla olan ilişkilerinde muvazaa iddiasında bulunmadığını savunarak davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece davacı sendikanın aynı işin bölümlerini yapan alt işverenler ile daha önce toplu iş sözleşmesi imzaladığı, muvazaa olgusunu ispatlayamadığı, alt işverenler tarafından yapılan işlerin aynı çatı altında görülmesi ve asıl işverenin işçileri ile alt işveren işçilerinin birlikte çalıştırılmaları ve yapılan işin bir araya geldiğinde çelik

döküm işinin bütününü oluşturması muvazaa olgusunun varlığı için yeterli olmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

Gerçekten; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde getirilen kural asıl işin bölünerek alt işverene verilmemesidir. Ancak asıl işin bir bölümünün "işletmenin ve işin gereği" veya "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır.

Bu koşullar asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlarını oluşturmakta olup, bu sınırların aşılması durumunda diğer bir deyişle alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin alt işverene bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde, alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işveren işçileri olarak işlem görecekleri hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan 2822 sayılı Yasanın 15. maddesi gereği açılan yetki tespitine itiraz davaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan, mahkemece delillerin yargılamanın tüm safhalarında kendiliğinden toplanması ve değerlendirilmesi gerekir. Kamu düzeni ile ilgili hususlarda usulü kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinden, davacı sendikanın daha önce muvazaayı ileri sürmeden birbirinin aynı toplu iş sözleşmelerini her bir şirketle imzalamış ve yürürlükte tutmuş olması yasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu itibarla iş müfettişi ve yapılan keşif sonrası alınan bilirkişi raporundan davalı işverenin asıl işin her bir bölümünü farklı alt işverene yaptırmak suretiyle böldüğü, bunun yukarıda açıklanan 4857 sayılı yasanın 2.maddesinde belirtilen asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını taşımadığı anlaşıldığından, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri olarak kabul edilip çoğunluk tespitinin bu çerçevede yapılması gerekir. Alt işverenler tarafından görülmekte olan işlerin yukarıda belirtilen unsurları taşımadığı, asıl işveren alt işveren ilişkisinde davalı işverenin asıl işin bölümlerini muvazaalı olarak alt işverenlere verdiği dikkate alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

Bu aşamada mahkemece yapılacak iş, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınıp usulünce çoğunluk incelemesinin yapılarak ortaya çıkacak sonuca göre karar vermekten ibarettir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.04.2008 gününde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/15787
Karar No **:** 2008/10909
Karar Tarihi **:** 01.05.2008
İlgili Kanun **:** 2822/15

ÖZÜ ***: İşe giriş bildirgeleri sendikanın yetki tespiti başvurusundan sonra verilen işçilerin, çoğunluk tespitinde dikkate alınmaması gerekir.***

892

DAVA : … ile l-… Sendikası 2-Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı aralarındaki dava hakkında … İş Mahkemesinden verilen 06.03.2008 günlü ve 760-134 sayılı hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : … Sendikası, … A.Ş Pınarbaşı/İzmir'de bulunan fabrika işyerinde çoğunluk tespiti için 29.06.2007 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurarak yetkili sendika olduğunun tespitini istemiştir. Bakanlık tarafından işyerinde başvuru tarihi itibariyle 83 işçinin çalıştığı, bunlardan 48 işçinin davalı sendika üyesi olduğu sonucuna varılarak işyeri düzeyinde olumlu yetki tespiti yapılarak yetki tespit yazısı ilgililere gönderilmiştir.

İtiraz eden işveren, davalı sendikanın başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından şirkete ait Pınarbaşı İzmir'de bulunan fabrika işyeri için olumlu yetki tespiti yapıldığını, oysa tespite konu işyerinin işletme kapsamında olduğunu, yetki tespitinin de işletme düzeyinde yapılması gerektiğini, davalı Sendikanın gerek işyeri ve gerek işletme düzeyinde, yasal çoğunluğunun bulunmadığını, bu nedenle tespitin işçi ve üye sayısı bakımından da hatalı olduğunu belirterek Bakanlığın 10.08.2007 tarih ve 24887-36066 sayılı yetki tespitinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı Bakanlık, davacı işletmeye dâhil olduğunu iddia ettiği Yenişehir/ İzmir adresinde bulunan işyerinin farklı işkoluna girdiğini, tespitin doğru, itirazın haksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı sendika büro işyerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 17 sıra numaralı işkoluna girdiğini, kendilerinin ise 03 sıra numaralı "Petrol Kimya ve Lastik" işkolunda faaliyette bulunduklarından kendi işkollarında kurulu olan fabrika işyerinde çoğunluk tespiti istediklerini, fabrika işyerinde çalışan işçi sayısının 83 değil 65 işçi olduğunu, bu işçilerin 49'unun üyeliğine sahip bulunduklarını, ancak işverenin işyerinde sendikal örgütlenmeden haberdar olunca sendikanın yetkisini düşürmek için muvazaalı işlemlerle başvuru tarihinden sonra işe aldığı işçileri kayıt üzerinde başvuru tarihinden önce işe almış gibi gösterdiğini, bu işçilerin toplam işçi sayısında nazara alınmaması gerektiğini, belirterek itirazın reddini savunmuştur.

Mahkemece, büro ve fabrika işyerleri bir işletme olarak kabul edilip başvuru tarihi itibarıyla işletmede çalışan işçi sayısının 108, üye sayısının 48 olduğu ve davalı sendikanın çoğunluğu bulunmadığı gerekçesi ile itirazın kabulü ile Bakanlık tarafından yapılan olumlu yetki tespitinin iptaline karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden itiraz eden şirkete ait Yenişehir/ İzmir adresinde bulunan büro işyerinde tespite konu fabrika işyerinde üretilen ürünlerin maliyet ve satışlarının yapıldığı, muhasebe kayıtlarının tutulduğu ve fabrikanın bu işyerinden sevk ve idare edildiği anlaşılmaktadır. Bu işyerleri 2822 sayılı TİSGLK' nun üçüncü maddesi anlamında işletme değildir. Büro işyerinde yapılan işler, fabrikada yapılan işleri tamamlayan nitelikte işler olduğundan şirketin asıl işi olan fabrikada yapılan üretime

yardımcı iş olarak değerlendirmeli ve her iki işyeri de bir işyeri kabul edilmelidir. Bu nedenle mahkemece her iki işyerindeki işçi sayısının çoğunluk tespitinde dikkate alınması doğrudur.

Diğer taraftan davalı sendikanın cevap dilekçesinde ve yargılama aşamasında ileri sürdüğü muvazaa iddiası üzerinde durulmamıştır. İşveren tarafından dosyaya sunulan büro ve fabrikada çalışan işçilere ait işe giriş bildirgeleri incelendiğinde; fabrika işyerinde 21.06.2007 tarihinde işe alınan … adlı işçi dâhil 66 işçinin, büro işyerinde 17 işçinin işe giriş bildirgelerinin işe başlamadan önce SSK'ya verildiği, buna karşılık 02.06.2007 tarih ve sonrasında fabrikada 11-26.06.2007 tarihleri arasında işe alınan 17 işçinin, büroda 04-20.06.2007 tarihleri arasında işe alınan 10 işçinin işe giriş bildirimlerinin 13-16.07.2007 tarihlerinde SSK'ya verildiği, fabrika işyerinde başvuru tarihi dışındaki önce ve sonra olmak üzere bir yıllık süre içerisinde fabrikada 65-71 işçi, büroda da 13-17 çalışan işçi olduğu tespit edilmiştir. İşveren tarafından başvuru tarihinden önce işçi alımına neden olarak sipariş alındığı, üretimde artış olduğu iddia edilmemiş ve bu konularla ilgili delil de sunulmamıştır. Bu durumda davalı sendikanın muvazaa iddiasının gerçek olduğunun kabulü ile sonradan bildirilen işçilerin toplam işçi sayısından düşülmesi, büro ve fabrikanın oluşturduğu işyerinde başvuru tarihinde toplam 66+17=83 işçi çalıştığı, bunlardan 48 işçinin davalı sendikanın üyesi olduğu ve davalı sendikanın işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının üye çoğunluğuna sahip bulunduğunun kabulü gerekmiştir. Dolayısıyla mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve itirazın reddine karar verilmiştir.

SONUÇ : 1- … İş Mahkemesi'nin 06.03.2008 tarih ve 760-134 sayılı kararının **BOZULARAK KALDIRILMASINA,**
2- **İTİRAZIN REDDİNE,**
3- Bakiye 0,90 YTL harcın davacıdan alınarak davalı sendikaya verilmesine,
4- 500,00.-YTL vekâlet ücretinin itiraz eden işverenden alınıp aleyhine itiraz olunan Bakanlık ve Sendikaya verilmesine,
5- İtiraz eden tarafından yapılan mahkeme masraflarının üzerinde bırakılmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak 01.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/26726
Karar No **:** 2008/18679
Karar Tarihi **:** 03.07.2008
İlgili Kanun **:** 2822/15

ÖZÜ : ***İşverenin kâğıt üzerinde tespite konu işyerindeki sendika üyesi işçileri başka işyerine kaydırması muvazaalı bir işlem olarak kabul edilmelidir.***

DAVA : S. -İş Sendikası adına Avukat … ile 1-M. Kâğıt San. ve Tic. A.Ş. adına Avukat … 2- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat … 3- T-İş

Sendikası adına Avukat … aralarındaki dava hakkında … iş Mahkemesinden verilen 19.02.2008 günlü ve 1476-98 sayılı hüküm davacı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dava, olumsuz yetki tespitine ilişkindir.

İtiraz eden sendika, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurarak davalı işverene ait Giresun Kâğıt Fabrikası işyerinde çoğunluk tespiti yapılmasını istemiştir. Bunun üzerine Bakanlık tarafından anılan işyerinde 20.04.2007 başvuru tarihi itibarıyla 168 işçi çalıştığı, bu işçilerden 72 işçinin davacı sendika üyesi olduğu, buna göre davacı sendikanın işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının üye çoğunluğuna sahip olmadığı tespit edilmiş ve olumsuz yetki tespit yazısı davacıya gönderilmiştir.

Davacı sendika, davalı işverenin Giresun'da bulunan işyerinde başvuru tarihi itibarıyla çalıştıkları ve üye çoğunluğuna sahip bulundukları halde işveren tarafından sonradan SSK Giresun İl Müdürlüğüne gönderilen ek bildirge ile sendika üyesi işçilerin başvuru tarihinden önce işten çıkartılmış gibi gösterildiği, işverenin muvazaalı işlemlerin dikkate alınmaması gerektiğini belirterek Bakanlığın 06.07.2007 tarih ve 21215-30846 sayılı olumsuz yetki tespitinin iptali ile anılan işyerinde işçilerin üye çoğunluğuna sahip olduklarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, şirket merkezinin Ankara'da olduğunu ve tespite konu işyerinin işletme kapsamında olduğunu, davacı sendikanın çoğunluk sağlayamadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Diğer davalılar, Bakanlık tespitinin doğru olduğunu bu nedenle itirazın reddini istemişlerdir.

Mahkemece bilirkişi raporunun hüküm vermeye yeterli olduğu, bilirkişi raporuna yapılan itirazların sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

Davacı, karara dayanak yapılan bilirkişi raporunun maddi hataya dayandığını, rapora itirazlarının nazara alınmadığını, işyeri veya işletme düzeyinde her halde çoğunluklarının bulunduğunu belirterek kararı temyiz etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden özellikle SSK Dönem bordroları ile sonradan verilen ek prim bordroları ile işçilere ait SSK Hizmet Belgelerinden tespite konu işyerinde başvuru tarihi itibarıyla çalıştığı iddia edilen davacı sendika üyesi işçilerin işveren tarafından SSK Giresun İI Müdürlüğüne verilen e-bildirge ile başvuru tarihinde önce 01.04.2007 tarihinde işten çıkartılarak 103 işçinin 02.04.2007 tarihinde davalı işverenin Ankara'da bulunan işyerine sigorta girişlerinin yapıldığı, aynı işçilerin 11.07.2007 tarihinde yeniden tespite konu işyerine girişlerinin yapıldığı anlaşılmaktadır. Yine bilirkişi raporu incelendiğinde işten çıkartılan işçilerin üye sayısından düşürüldüğü ancak işçi sayısından düşülmediği için davacı sendikanın işyerinde çoğunluğuna sahip olmadığı gibi yanlış bir sonuca varıldığı görülmektedir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde ise, işyerinde davalı işverenin ilk bildirdiği dönem bordrolarında adları bildirilen 103 işçi de dâhil 276 işçinin çalıştığı ve bu işçilerden 174 işçinin davacı sendikanın üyesi olduğu kabul edilerek sonuca gidilmesi gerekir. Diğer bir ifade ile davalı işverenin kâğıt üzerinde başka işyerine tespite konu işyerindeki sendika üyesi işçileri kaydırması muvazaalı bir işlem olarak kabul edilmelidir.

Diğer taraftan davalı işveren, tespite konu işyerinin Ankara'da bulunan merkez işyeri ile bir işletme oluşturduğunu iddia etmiştir. Davalı işveren bu iddiasını kanıtlayamamıştır. Ancak iddianın doğru olduğu kabul edilse dahi başvuru tarihinden önce tespite konu işyerinde çıkartılıp Ankara'daki işyerine sigorta girişleri yapılan işçilerle birlikte işyerinde daha önce çalıştığı bildirilen 6 işçinin de toplam işçi sayısına eklendiğinde de davacı sendikanın işletme düzeyinde dahi çoğunluğa sahip olduğu görülmektedir. Sonuçta davacı sendikanın işyerinde çalışan işçilerin üye çoğunluğuna sahip olduğu tespit edilmiş olduğundan eksik ve yetersiz rapora dayanılarak verilen karar hatalıdır. Bu durumda, 2822 Sayılı Kanun'un 15/2. fıkrası uyarınca mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına, itirazın kabulüne karar vermek gerekmiştir

SONUÇ : Yukarıda gösterilen sebeplerle
1-) … İş Mahkemesinin 19.02.2008 tarih 2007/1476-2008/98 sayılı kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2-) İtirazın kabulü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 06.07.2007 tarih ve 21215-30846 sayılı olumsuz yetki tespitinin iptali ile anılan işyerinde işçilerin üye çoğunluğuna … İş Sendikasının sahip bulunduğunun tespitine
3-) Harçlar Kanunu gereğince 14,00 YTL harcın (Bakanlık harçtan muaf olduğundan) davalı işverenden alınarak Hazineye gelir kaydına davacı tarafından yatırılan 13,10 YTL peşin harcın istek halinde kendisine iadesine,
4-) Davacı yararına takdir edilen 500,00 YTL vekâlet ücretinin davalılar Bakanlık ve Sendikadan alınarak davacıya verilmesine
5-) Davacı tarafından yapılan yargılama giderinin davalı Bakanlık ve işverenden müştereken ve müteselsilen alınıp davacıya verilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 03.07.2008 gününde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/34774
Karar No **:** 2008/25980
Karar Tarihi **:** 09.10.2008
İlgili Kanun **:** 2822/15

ÖZÜ : ***Yetki tespitine itiraz süresi, bildirimin alındığı tarihten itibaren 6 işgünüdür. Bu süre hak düşürücü süre olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir.***

DAVA: E. A.Ş. adına Avukat … ile 1-… Sendikası adına Avukat … 2-Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat … aralarındaki dava hakkında … İş

Mahkemesinden verilen 24.07.2008 günlü ve 61-532 sayılı hüküm davacı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dava, olumlu yetki tespitine itiraza ilişkindir.

Davacı, davalı sendikanın başvurusu üzerine Bakanlık tarafından şirkete ait işyerinde olumlu çoğunluk tespiti yapıldığını, tespitin işçi ve üye sayısı bakımından hatalı olup gerçeği yansıtmadığını, işyerinde yapılan işlerin davalı sendikanın kurulu bulunduğu, "Çimento, Toprak ve Cam" işkolunda kurulu olmadığını ve davalı sendikanın çoğunluğunun bulunmadığını ileri sürerek olumlu yetki tespitinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar çoğunluk tespitinin doğru olduğunu savunarak davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece işyerinde başvuru tarihi itibariyle 44 işçinin çalıştığı, bunlardan 26 işçinin davalı sendikanın üyesi olup davalı sendikanın başvurma tarihinde işyerinde çalışan işçilerin üye çoğunluğuna sahip olduğu, işkolu tespitine ilişkin davacı işverenin bir başvurusunun bulunmadığı gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesi gereğince tespit yazısına itiraz süresi, bildirimin alındığı tarihten itibaren 6 işgünüdür. Olayımızda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 04.02.2008 tarih ve 4131 -6405 sayılı tespit yazısına karşı PTT Genel Müdürlüğü Bahçelievler PTT Müdürlüğünün 22.04.2008 tarih ve 695 sayılı yazısında belirtildiği üzere, 08.02.2008 tarihinde tebliğ edilmiştir. Söz konusu çoğunluk tespitine davacı işveren tarafından 19.02.2008 tarihinde itirazda bulunmuştur. Yukarıda belirtilen süre hak düşürücü süre olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmesi ve çoğunluk itirazının hak düşürücü itiraz süresi geçirildikten sonra açılmış olması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esası hakkında hüküm kurulması hatalıdır. Sonuç itibarıyla doğru olan kararın bu gerekçe ile **ONANMASINA**, 09.10.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/40505
Karar No **:** 2008/35251
Karar Tarihi **:** 25.12.2008
İlgili Kanun **:** 2822/15

ÖZÜ : ***İşyerinin bir kısım işlerinin ihale ile taşeron firmalara verildiği ancak işlerin yürütümü ve denetiminin asıl işverende olması sebebiyle ve hizmet sözleşmelerinde de asıl işverenin bilgisi dahilinde işçi alınıp çıkarıldığı hususları göz önüne alındığında, ihale işlemlerinin muvazaalı olduğu kabul edilerek, taşeron firmalarında çalışan işçilerin de yetki tespitinde sayı olarak dikkate alınması gerekir.***

DAVA : … İş Mahkemesinde verilen 08.10.2008 günlü ve 1656-478 sayılı hüküm davalılar avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA**, 25.12.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

MAHKEME KARARI

DAVA : Mahkememizde görülmekte bulunan tespit davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

KARAR : Davacı vekili dava dilekçesinde; Müvekkili sendikanın davalı Üniversite Rektörlüğü ile bağlı Döner Sermaye İşletmesi Kreş ve Anaokulu Md.lüğü … Hastanesi Döner Sermaye İşletmesi Sağlık Kültür ve Daire Başkanlığı Yapı İşleri Teknik Daire Bşk.lığı, Personel Daire Bşk.lığı işyerlerinde işletme düzeyinde T.İ.S. yapabilecek çoğunluğa haiz olduğunu bu sebeple 24.05.2006 tarihinde yetki tespiti için Bakanlığa başvurduğunu, alt işverenlere ilişkin 2. bir dilekçe verildiğini, 18.12.2006 tarihinde vekili sendikaya tebliğ edilen Bakanlığın 11.12.2006 tarihli olumsuz yetki tespiti yazısında taşeron firmalar dahil … Üniversitesi Rektörlüğünde … Sendikası işkoluna giren işyerinde toplam 258 işçinin çalıştığını, 35 işçinin … Sendikasının üyesi olduğunu, … Sendikasının çoğunluğa haiz olmadığının bildirildiğini bakanlığın bu tespitinin doğru olmadığını, muvazaalı işler yapıldığını beyanla Bakanlığın olumsuz yetki tespitinin iptali ile müvekkili sendikanın çoğunluğa haiz olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili savunmasında özetle; tespitin işyeri kayıtları ile üye kayıt fişlerine ve işkolları tüzüğüne uygun olarak yapıldığını, başvuru tarihi itibarıyla … Sendikasının çoğunluğa haiz olmadığını, bakanlık tespitinin iptalini gerektirecek hiçbir hukuki neden bulunmadığını beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Bakanlık vekili savunmasında ise; Bakanlıkça yapılan tespitin resmi kayıtlara göre yapıldığını beyanla davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan yetki tespiti ile ilgili prosedür dosyası ile iş müfettişinin tespitlerini içeren raporlar sendika üye kayıt fişleri davalı üniversiteden çalışan işçilere ait görev yaptıkları yerleri de gösterir listeler istenerek dosyaya konulmuştur. Davacı vekili tarafından, iddialarında ileri sürdüğü mahkememizce verilen işe iade kararlarına ilişkin Yargıtay kararları da dosyaya ibraz edilmiştir.

Davalı vekilleri her ne kadar dava dilekçesinin Bölge Çalışma Müdürlüğüne kayıt edilmeden 6 iş günlük dava açma süresinde açılmadığını beyan etmiş iseler de, Bakanlığın 11.12.2006 tarih ve 62044 sayılı olumsuz yetki tespiti yazısının 25.12.2006 tarihinde davacı sendikaya tebliğ edildiği ve bu tebligata karşı Çalışma ve Sosyal

Güvenlik Bakanlığı arşiv şube müdürlüğünün kayıtlarından 25.12.2006 tarih 147138 varide numarası alarak geçen dilekçe ile yetki tespitinin iptali için aynı tarihte mahkemeye başvurduğu ve dava dilekçesinin ilk sayfasından bu açıkça anlaşıldığından bu yöndeki usulü itirazlara itibar edilmemiştir.

Toplanan tüm delillerle birlikte dosya bilirkişi …'a tevdii edilmiş 13.08.2007 tarihli raporda Bakanlık yetki tespitinin doğru olduğu belirtilmiştir. Davacı tarafın bu rapora itirazları göz önüne alınarak dosya konusunda uzman bilirkişiye tevdii edilmek üzere … Nöbetçi İş Mahkemesine gönderilmiş … tarafından düzenlenen 13.02.2008 tarihli raporda ise, davalı üniversitenin araştırma hastanesi hariç işçi sayısının 16 olduğu 4 sendika üyesinin bulunması nedeniyle yetki koşulunun gerçekleşmediği ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 27.06.2006 tarih, 17925/18925 E-K sayılı kararları dikkate alındığında alt işverenin yanında çalışması olan 12 işçinin de asıl işverenin işçisi sayılması gerektiği bu durumda işçi sayısının 28 olduğu ve 16 işçinin davacı sendikaya üye olduğu anlaşıldığından yetki itirazının yerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bakanlığın yetki tespitinde hatalı olan husus üniversitenin bağımsız her bir işyeri için ayrı değerlendirme yapılmasıdır. Oysa üniversite yürütülen sağlık hizmetleri araştırma hastanesi tarafından yapılmakta olup bağımsız bir işyeri niteliği taşımaktadır. Üniversitenin diğer bölümlerinde ise tamamen eğitim hizmetleri verilmekte olup işyerine bağlı yerler ve eklentiler açısından da aynı iş kolunda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda araştırma hastanesinde çalışan işçilerin yetki tespitinde dikkate alınmaması geriye kalan tüm işçinin yeter sayıda tespit edilirken dikkate alınması gerekmektedir.

13.02.2008 tarihli bilirkişi raporunda sadece üniversite bünyesinde çalışan işçilerin sayısı dikkate alınmış olup alt işverenin işçileri hesaba dahil edilmemiştir. Oysa Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulunun 26-29.09.2006 tarihleri arasında işyerinde yaptığı incelemeler ve denetim sonucunda oluşturduğu ve dosyada mevcut bulunan rapor içeriği ile mahkememizce verilen 2005/1539-1397, 2005/1538-1396 Karar sayılı dosyalarında verilen kararlar ve husumet yönünden bozmaya ilişkin muvazaa işlemini onaylayan Yargıtay kararları göz önüne alındığında, üniversitenin bir kısım işleri ihale ile taşeron firmalara verdiği ancak işlerin yürütümü ve denetiminin üniversitede olması sebebiyle ve hizmet sözleşmelerinde de asıl işverenin bilgisi dahilinde işçi alınıp çıkarıldığı hususları göz önüne alındığında ihale işlemlerinin muvazaalı olduğu, temizlik işleri ihale edildiği halde üniversitede çok değişik görevlerde çalışan işçilerin de alt işverenin işçisi olarak çalışmaları dahi bu hususu açıkça göstermektedir. Bu durumda sağlık işlerinde çalışan işçiler hariç üniversitede çalışan işçiler ile taşeron firmaların da işçilerinin de yetki tespitinde sayı olarak dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Buna göre 25.07.2007 tarihli üniversite yazısında belirtildiği gibi 24.05.2006 tarihinde … Üniversitesine bağlı işyerleri ile taşeron firmalarda çalışan işçi sayısının 148, sendikalı işçi sayısının ise 80 olduğu ve %50+1 çoğunluğunun sağlandığı anlaşıldığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekmiştir. Aksi düşünce ile muvazaanın varlığı kabul edilmese bile 13.02.2008 tarihli bilirkişi raporunun sonuç bölümündeki saptamaya göre üniversite bünyesinde çalışan 28 işçinin 16'sının sendikaya üye olması nedeniyle yine yetki itirazının yerinde görülmesi gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla;
HÜKÜM: 1- Davanın kabulüne, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 11.12.2006 tarih ve 62044 sayılı olumsuz yetki tespit kararının **İPTALİNE**,
2- Peşin alınan harcın mahsubuyla bakiye harç alınmasına mahal bulunmadığına,
3- 500.-YTL ücreti vekâletin davalılardan alınıp davacıya verilmesine,
4- Davacının yaptığı 12,00 YTL Davetiye pulu, 400,00 YTL bilirkişi ücreti olmak üzere toplam 412,00 YTL Yargılama giderinin davalılardan alınıp davacıya verilmesine dair Yargıtay yolu açık olmak üzere taraflar vekillerinin yüzlerine karşı verilen karar okunup açıktan anlatıldı. 08.10.2008

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/1003
Karar No **:** 2009/1462
Karar Tarihi **:** 03.02.2009
İlgili Kanun **:** 2822/15

ÖZÜ : ***Merkez işyerinde yapılan işler, fabrikadaki işleri tamamlayıcı nitelikte ise, fabrika işyeri ile birlikte tek işyeri bulunmaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu çoğunluk tespitinin işyeri düzeyinde yapılması gerekir.***

DAVA: Davacı, Bakanlığın 26 Mart 2008 tarih 10234/015970 sayılı yazısı ile olumlu yetki tespitinin iptalini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, davayı yetki yönünden reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı … Sendikası avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Dava, işyeri düzeyinde yapılan olumlu yetki tespitine itiraza ilişkindir.

Davacı işveren, davalı sendikanın başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından şirkete ait Sakarya'da bulunan fabrika işyerinde olumlu yetki tespiti yapıldığını, tespitin hatalı olduğunu, zira şirket merkezinin Bağcılar/İstanbul adresinde olup sevk ve idarenin bu merkezden yapıldığını, projelendirme işlerinin burada yapılıp tespite konu işyerinde üretimin gerçekleştirildiğini, İstanbul/Sultanahmet ve Trabzon adreslerinde şantiyenin bulunduğunu, şirket işyerlerinde yapılan işlerin inşaat işkoluna girdiğini, bu konuda da işkolu tespit başvurusu olduğunu, davalı sendikanın işletme düzeyinde çoğunluğunun bulunmadığını belirterek Bakanlığın işyeri düzeyinde yapmış olduğu olumlu yetki tespitinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, Bakanlık tespitinin doğru olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece şirket merkezinin Bağcılar/İstanbul adresinde olduğu, fabrika işyerinin ise Sakarya'da bulunduğu, iki işyerinin birlikte işletme oluşturduğu, dolayısıyla 2822 sayılı yasanın 15. maddesi uyarınca işletme merkezinin bulunduğu yerdeki İş Mahkemesi yetkili olduğundan mahkemenin yetkisizliğine ve dosyanın istek halinde yetkili Bakırköy İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Davalı sendika, şirket merkezinden sevk ve idare edilse bile asıl üretimin Sakarya'da bulunan fabrika işyerinde gerçekleştirildiğini, merkez işyerindeki yapılan işlerin fabrika işyerine yardımcı ve tamamlayan işler olduğundan yetki tespitine itirazın da işyeri yetkisi olarak incelenmesi gerektiğini belirterek kararı temyiz etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacı işverenin Bağcılar/İstanbul adresindeki merkez işyerinde yönetim ve projelerin yapıldığı ve 16 işçinin çalıştığı, yapı projelerinin imalatının ise Sakarya'da bulunan fabrika işyerinde üretilip burada bulunan işçiler tarafından yerine monte edildiği ve fabrika işyerinde 196 işçinin çalıştığı tespit edilmiş olup bu durum mahkemenin de kabulünde olduğu anlaşılmaktadır. Merkez işyerinde fabrika işyerinden farklı ancak tamamlayan işler olduğu, fabrikadaki üretim işinden bağımsız olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla merkez işyerinde yapılan işler yardımcı iş niteliğinde olup asıl iş olan fabrika işyerinin girdiği işkolunda sayılması gerekir. Zira 2822 sayılı Yasanın 3. maddesi anlamında bir işletmeden söz edilebilmek için işyerinin aynı işkolunda kurulu birden fazla işyerine sahip bir işletme söz konusu değildir. Merkez işyerinin asıl işi tamamlayan bir yapısının bulunması nedeniyle fabrika işyeri ile birlikte tek işyeri oluşturmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu çoğunluk tespitinin işyeri düzeyinde yapılması yerindedir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15/1 maddesi gereğince bu tür itirazlar işyerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede yapılması gerektiğinden, mahkemece itirazın esasının incelenip hasıl olan sonuca göre hüküm kurulması gerekir iken yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/2061
Karar No **:** 2009/1467
Karar Tarihi **:** 03.02.2009
İlgili Kanun **:** 2822/15

ÖZÜ : ***Çoğunluk tespitine itirazlarda itiraz dilekçesinin önce Bakanlık veya ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğüne kaydettirilmesi daha sonra dava açılması gibi***

bir zorunluluk yoktur. Bu düzenlemenin sebebi, Bakanlığının çoğunluk tespitine karşı itirazda bulunulduğundan haberdar olmasını sağlamaktır.

DAVA : Davacı, Bakanlığın 19.9.2008 tarih ve 30620–45070 sayılı yetki tespit yazısının iptaline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından davalı … Sendikası'nın başvurusu üzerine davacı H. Belediye Başkanlığı işyerinde 18.08.2008 başvuru tarihi itibarıyla 77 işçinin çalıştığı, bunlardan 39 işçinin davalı sendikanın üyesi olduğu, tespite konu işyerinde çalışan işçilerin üye çoğunluğuna sahip bulunduğu saptanıp buna ilişkin olumlu yetki tespit yazısı ilgililere tebliğ edilmiştir.

Dava, 2822 sayılı yasanın 12 ve 15. maddeleri uyarınca açılmış bulunan olumlu yetki tespitine itiraza ilişkindir.

Davacı işveren, davalı sendikanın başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Belediye işyerinde olumlu yetki tespiti yapıldığını, tespitin işçi ve üye sayısı bakımından hatalı olduğunu, davalı sendikanın üye çoğunluğunun bulunmadığını belirterek yetki tespit yazısının iptalini talep etmiştir.

Davalılar Bakanlık tespitinin doğru olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dava dilekçesi bölge çalışma müdürlüğüne kayıt ettirilmeden harç ödenerek dava açılmış olduğundan davanın süre yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı işveren, davanın süresinde açıldığını belirterek kararı temyiz etmiştir.

Yetki tespitine itirazı düzenleyen 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde yetki tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren, yazının kendisine tebliğ tarihinden itibaren altı iş günü içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına veya ilgili Bölge Müdürlüğüne kayıt ettirilerek yetkili mahkemeye verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Somut olayda olumlu yetki tespit yazısı 26.9.2008 tarihinde alan davacı işveren, çoğunluk tespitine itiraz dilekçesi Bakanlığa veya ilgili E. Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne kaydettirilmeksizin 03.10.2008 tarihinde yetkili E. İş Mahkemesi'nde işbu davayı açmıştır. Daha sonra aynı yetki tespit yazısına karşı ikinci bir dilekçeyi 06.10.2008 tarih ve 15865 sayı ile E. Bölge Çalışma Müdürlüğüne kaydettirerek H. Asliye Hukuk(İş) Mahkemesi aracılığıyla E. İş Mahkemesine göndermiş ve yetki tespit yazısının tebliğinden itibaren 6 işgünü içerisinde ikinci bir dava açmış ve bu ikinci dava E. İş Mahkemesinin 2008/491 esas sayılı davası olup iş bu dava ile birleştirilmiştir.

Her ne kadar ilk itiraz dilekçesi 03.10.2008 tarihinde E. Bölge Çalışma Müdürlüğü kapalı olduğu gerekçesiyle kaydettirilmemiş ise de, davacı işveren aynı süre içerisinde, aynı çoğunluk tespit yazısının iptali için ikinci bir itiraz dilekçesini E. Bölge Çalışma Müdürlüğüne kaydettirerek H. Asliye Hukuk(İş) Mahkemesi aracılığıyla E. İş Mahkemesine 2008/491 esası sayılı dosya ile ikinci bir dava açmıştır. Açılan ikinci dava da ilk dava ile konusu, itiraz sebepleri ve tarafları aynı olması nedeniyle ilk dava ile birleştirilmiştir. Bu durumda dava dilekçesinin Bakanlığa veya ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğüne kaydettirilmeden dava açılmasının yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Çoğunluk tespitine itirazlarda itiraz dilekçesinin önce Bakanlık veya ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğüne kaydettirilmesi daha sonra dava açılması gibi bir zorunluluk yoktur. Bu düzenlemenin sebebi, Bakanlığının çoğunluk tespitine karşı itirazda bulunulduğundan haberdar olmasını sağlamaktır. Somut olayda Bakanlığın haberdar edilmesi itiraz dilekçesi süresinde E. Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne kaydettirilip yetkili mahkemede açılan ikinci dava ile sağlanmıştır.

Böyle olunca işin esası incelenerek ortaya çıkan sonuca göre bir karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/33799
Karar No **:** 2009/26113
Karar Tarihi **:** 06.10.2009
İlgili Kanun **:** 2822/16

ÖZÜ : ***Taraf olma hakkı olmayan kişi ve kuruluşlarca yapılan Toplu İş Sözleşmesi hükümsüzdür.***

DAVA : Davacı, hizmet akdi iş sözleşmesinin iptaline karar verilmesini istemiştir

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, O. Kargo Taşımacılık Dağıtım ve Depo Hizmetleri Ticaret Ltd. Şti ile T. Sendikası arasında 2822 Sayılı Kanunun 16. maddesine aykırı olarak düzenlenen "Hizmet Akdi İş Sözleşmesinin" iptalini talep etmiştir.

Davalılar usulüne uygun tebligata rağmen davaya girmemişlerdir. Yazılı bir savunuları da bulunmamaktadır.

Mahkemece, davalı taraflar arasında yapılan sözleşmenin toplu iş sözleşmesi niteliğinde bulunmadığından söz edilerek dava reddolunmuştur.

Karar davacı tarafça temyiz olunmuştur.

2822 sayılı Toplu iş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun ikinci maddesine göre, toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri ihtiva eder.

Sözü edilen kanunun toplu iş sözleşmesi yapılmasını prosedürel olarak düzenlenmiştir. Disiplin hükümleri ihtiva eder. Ağırlıklı olarak da kamu düzenindedir.

Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, toplu iş sözleşmesine taraf olacak kişi ve kuramları belirtir. 2822 sayılı Kanunun ikinci maddesine göre, toplu iş sözleşmesi işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılabilir. Dolayısıyla örgütlenmemiş işçi toplulukları toplu iş sözleşmesine taraf olamazlar. Aksi bir düzenleme 1982 Anayasasının 53. maddesine aykırılık oluşturur. Taraf olma hakkı olmayan kişi ve kuruluşlarca yapılan toplu iş sözleşmesi hükümsüzdür. Hükümsüzlük taraflar ya da üçüncü kişilerce her zaman ileri sürülebilir. Yargıç tarafından kendiliğinden gözönünde tutulabilir.

Toplu iş sözleşmesinin yasal ölçütleri taşımayan taraflarca yapılması, elde edilecek haklar açısından işçilere yeterli koruyuculuk sağlamaz. Sosyal ve ekonomik denge beklenen düzeyde gerçekleşmez. Toplu iş sözleşmesi düzeni bozulur. Örgütlülük zayıflar. Yasanın beklediği amaçtan uzaklaşılır.

Somut olayda, bir grup işçi ile işveren yetkilileri arasında "Hizmet Akdi İş Sözleşmesi" yapılmıştır. Sözleşmede sendika (T.) yetkilileri de müdahil gösterilmiştir.

Sözleşmenin ikinci maddesinde, üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesine atıfta bulunulmuştur.

Dördüncü maddesinde müdahil Sendikaya işyeri temsilcisi atama hakkı verilmiştir.

Yedinci maddede üyelik aidatları düzenlenmiştir.

Sözleşme bu niteliği ile toplu iş sözleşmesi öğelerini taşımaktadır. Bu tür sözleşmelere değer verilmesi 2822 Sayılı Kanun ve Anayasa ile getirilen hakları zayıflatacak niteliktedirler. Kamu düzenine aykırıdır, iptali gerekir. Ancak

unutulmamalıdır ki dava konusu sözleşme ile verilen haklar işverenin onayı ile oluştuğu işin iş şartı haline gelmiştir, geri alınamaz.

Öte yandan mahkemece yargıçlık mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgi ile çözebileceği bir konuda bilirkişiye gidilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesine aykırıdır.

Mahkemece yukarıda sayılan gerekçe ile davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 06.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/26211
Karar No **:** 2008/20195
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 2822/25

ÖZÜ : ***İş Sözleşmesi ile işçiye yüklenen hak ve yükümlülüklerden biri de sadakat borcudur. İşçinin izinde olması bu borcu ortadan kaldırmaz. İşçinin izinli olduğu dönemde iş sözleşmesinden doğan sadakat borcuna aykırı davranış içine girmesi, işveren için haklı nedene dayanan bir fesih sebebidir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenlerle feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, feshin geçersizliğine, davacının Limited şirket işyerine işe iadesine karar verilirken, fesihte sendikal neden kabul edilmemiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacı müvekkili işçinin, davalı üniversiteye ait hastane işyerinde asıl işte, taşeron şirketler değiştiği halde temizlik elemanı gösterilerek, işe alındığını, taşeron şirketlerin adının değiştiğini, ortaklarının aynı olduğunu, davacının temizlik elemanı olarak değil, sağlık işinde eleman olarak çalıştırıldığını, davacının sağlık iş kolunda çalışması nedeni ile S. İş sendikasına üye olduğunu, sendika üyeliği sonrası üyelikten istifa için baskı yapıldığını ve işçi çıkarıldığını, bir işçinin intihar girişiminde bulunduğunu, işyerinde yasalara aykırı uygulamalar yapıldığını, fazla mesai yapıldığını, ücretlerinin ödenmediğini, ücretin ödenmemesinin işçiye iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı verdiğini, aynı işte çalışan işçiler arasında farklı ücret verildiğini, tatil çalışmaları karşılığı ücretlerinin ödenmediğini, işçilere sık sık hakaret

edildiğini, izinlerin kullandırılmadığını, bu durumun kamuoyuna duyurulması için öğlen arası işçilerin hastane bahçesinde ve rektörlük önünde basın açıklaması yaptıklarını, bunun sonucu 20 işçinin ve davacının iş sözleşmelerinin feshedildiğini, yazılı bildirim yapılmadığını, savunma alınmadığını, çıkarılanların aktif sendika üyesi işçiler olduğunu, feshin sendikal nedene dayandığını belirterek feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı Üniversite vekili öncelikle Tıp Fakültesine karşı dava açıldığını, fakültenin tüzel kişiliği bulunmadığını, davada taraf ehliyet olmadığını belirterek, davacının işvereni olmadıklarını, diğer davalı ile aralarında asıl alt işveren ilişkisi bulunduğunu, asıl işverene karşı işe iade istenemeyeceğini, davanın husumetten reddi gerekeceğini, ayrıca davacının kanunsuz eylemlerde bulunduğunu, işi bıraktığını, alt işveren tarafından feshin haklı nedene dayandığını, davanın bu nedenle de reddi gerektiğini savunurken, diğer davalı şirket vekili, davacının iş sözleşmesinin Tıp Fakültesi temizlik işinde çalışmakta iken 20.06.2007 tarihinde işyerinde yasa dışı grev ve direnişte bulunması nedeni ile İş Kanunu'nun 25/II. h ve 2822 sayılı Toplu iş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 45/1 maddesi uyarınca feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemece, davalı Üniversitenin kamu kurumu olduğu, yardımcı iş niteliğinde olan temizlik hizmetini alt işverene verdiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca hizmet alım sözleşmesi muvazaalı olsa ve iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilse bile, davacı işçinin kamu tüzel kişiliği olan Üniversiteye işe iadesinin yasal olarak mümkün olmadığı, davacının üye olduğu sendikanın sağlık iş kolunda örgütlendiği, çalıştıran davalı alt işverenin ise genel iş kolunda faaliyette bulunduğu, davacının bir önceki alt işveren işçisi olarak çalışırken sendikaya üye olduğu, dava ehliyeti bakımından hak kaybına yol açmamak bakımından yetki verilen sendikanın dava açma ehliyeti olduğu kabul edildiği, davacının sağlık iş kolunda istihdam edilmediği takdirde, sendikanın temsil yetkisi olmadığının kabul edilmesi gerektiği, aktif husumet ehliyeti olmadığı ve davacının 20.06.2007 tarihinde diğer işçilerle birlikte eyleme katıldığı, diğer işçilerin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı aynı tarihli kararlarla kabul edilmekle birlikte, davacının bu tarihte izinli olduğu, izin gününde iş kanunları kapsamında iş yapma ve işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü bulunmadığı, yasadışı greve katılma nedeni ile feshin geçerli neden oluşturmayacağı gerekçesi ile diğer işçilerin davasının aksine feshin geçersizliğine, davacının K. Şirket işyerine işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca davacının 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmiştir. Karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, sendikanın üye işçisi adına 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca dava açabilmesi için, işçinin işverenin çalıştığı iş kolunda örgütlenen sendikaya üye olması gerekir. Davalı K. Şirketinin Genel iş, diğer davalı Üniversite Tıp Fakültesinin ise sağlık iş kolunda faaliyette bulunduğu, davacının ihale ile temizlik işini üstlenen şirket işçisi olarak sağlık işkolunda örgütlenen sendikaya üye olduğu anlaşılmaktadır. Şirketin faaliyet alanına göre, sendikanın davacı adına aktif husumete ehil olmadığı kabul edilmelidir. Ancak davalılar arasında muvazaa iddiası da bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu olgu açıklığa kavuşmuş değildir.

Ancak, davacı izinli iken çalışan işçileri ile birlikte, işten çıkarılan iki işçinin işe tekrar alınması için topluca işi bırakma eylemini gerçekleştirildiği, sendika internet sitesinde "süresiz greve başlandığı, grevin işten çıkarılanlar geri alınana, sendika muhatap kabul edilene, insanca muamele görene ve iş kanundaki çalışma ilişkilerine ilişkin hükümler uygulanana kadar devam edeceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı izinde olsa bile iş sözleşmesinin yüklediği haklar ve yükümlülükler devam eder. İzin süresi içinde işçinin temel edimlerinden iş görme edimi dışında kalan, işçinin sadakat borcu devam eder. O nedenle işçinin bu süre içinde iş sözleşmesinden doğan sadakat borcuna aykırı bir davranış içine girmesi halinde, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Davacının izinde iken diğer çalışan işçiler gibi yasa dışı eyleme katıldığı ve sadakat borcuna aykırı davrandığı sabittir. Davanın izinli olması bu eylemini haklı neden olmaktan kurtarmaz. Davacının eyleminin 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca kanundışı grev niteliğindedir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **DAVANIN REDDİNE,**
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davacıdan ayrı ayrı alınarak davalılara verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 14.07.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/13056
Karar No **:** 2009/9055
Karar Tarihi **:** 31.03.2009
İlgili Kanun **:** 2822/30

ÖZÜ : ***Ecza deposu, görülen işler bakımından eczanelerden daha kapsamlı ve eczanelere eş değer işyeri olduğundan grev ve lokavt yasağı kapsamındadır.***

DAVA : Davacı, işyerinin grev yasağı kapsamında olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Dava niteliği itibariyle ecza deposu olan …Kooperatifi işyerinin 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca grev ve lokavt yasağı kapsamında olan işyerlerinden olup olmadığının tespitine ilişkindir.

Davacı işveren, davalı sendika ile aralarında toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uyuşmazlık ile sonuçlandığını, Resmi Arabulucu Raporunun tebliğ edilmesi üzerine Sendika Genel Yönetim Kurulunca 22.4.2008 tarihinde tebliğ ettiği, grev uygulamasına konu işyerinin ecza deposu olduğunu belirterek 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 30. Maddesi uyarınca grev ve lokavt yasağı kapsamında olan işyerlerinden olduğunun tespitini talep etmiştir.

Davalı sendika, davalı kooperatife ait işyerinin ecza deposu olup ilaç dağıtım işyeri olduğu, yasada da ilaç üretim ve dağıtım işlerinin görüldüğü işyerlerinin grev ve lokavt yasağı olan işyerlerinin dışında tutulduğunu, ecza deposunun eczane statüsünde olmadığını, eczanelerin grev sırasında başka dağıtım firmasından eczalarını alabileceğini dolayısıyla, işyerindeki grevin halkın sağlığını etkilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacı kooperatifin eczacıların hak ve çıkarları için kurulmuş olduğu, eczacıların bu işyerinde grev olması halinde başka bir dağıtım şirketinden ilaçları temin edebilecekleri ve karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu tarafından ertelenebileceğinden davacı işyerinin 2822 S.Y.'nın 30. Maddesinde düzenlenen "…….sağlıkla ilgili……..." grev ve lokavt yasağı kapsamında bulunan işyerlerinden olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı,"eczaneler gibi" ifadesi ile grev ve lokavt yasağı kapsamının genişletildiğini, 2822 S.Y.'ın 3. Maddesinde Bakanlar Kurulunun hangi hallerde başlamış bir grev ve lokavt ertelenebileceğinin belirtildiğini, mahkemenin bu konudaki yorumunun aynı yasanın 29, 30, 31, 32. Maddelerine gerek bırakmadığını, keza ilaçların miatlı olması ve depolarda saklanmasının gerektirdiği, hiçbir eczanenin de böyle bir deposunun bulunmadığı gibi bir grev anında eczanelerde ecza malzemesi temininde sıkıntı yaratacağını belirterek kararı temyiz etmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 2822 Sayılı Kanunun 30. Maddesinde grev ve lokavt yasağı kapsamında olan işyerleri sınırlı olarak sayılmamıştır. Aksine anılan maddenin birinci bendinde yer alan" …..Eczaneler gibi….." ifadesi ile sağlık ile ilgili olarak sayılan işyerleri ile benzer nitelikte olan yerlerin de grev ve lokavt yasağı kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir.

6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 1.Maddesinde "Eczacılık; eczane, ecza deposu, ecza dolabı…. gibi müesseseler açmak ve işletmek…." olarak tanımlanmıştır. Söz konusu yasanın bütünü incelendiğinde ecza deposu ve eczanelerin faaliyetleri, görülen işlerin niteliği işletilme ve denetim koşulları bakımından

aynı hukuki düzenlemeye tabi oldukları saptanmaktadır. Keza "Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelikte" de ecza depolarının eczanelerden farklı olarak sadece toptan ecza ticaretinin yapıldığı işyerleri olup, bu işyerlerinde izin alınmak suretiyle gerektiğinde ihtiyaç sahiplerine doğrudan dağıtım ve satış yapılabileceği belirtilmiştir.

Sonuç itibariyle ecza deposunda görülen işlerin eczanelerden daha kapsamlı ve eczanelere eş değer işyerleri olduğundan grev ve lokavt yasağı kapsamındadır.

Böyle olunca dava konusu ecza deposu işyerinin grev ve lokavt yasağı kapsamında olan yerlerden kabulü gerekir iken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1246
Karar No **:** 2008/1880
Tarihi **:** 22.02.2008
İlgili Kanun **:** 2822/39

ÖZÜ : ***Grev ve Lokavt dışı kalacak işçi sayısı bir kez tespit edildikten sonra, yapılacak her ek tespit işlemi grevi etkisizleştireceği gibi yasaya da aykırıdır.***

DAVA : Türkiye .... Sendikası adına Avukat .... ile Bölge Çalışma Müdürlüğüne izafeten Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı aralarındaki dava hakkında .... İş Mahkemesinden verilen 09.11.2007 günlü ve sayılı hüküm davacı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı sendika, aralarında toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlaması ile birlikte işverenin işletme kapsamındaki işyerlerinde grev ve lokavt dışı kalacak işçilerin sayısını belirleyip kendilerine ve ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirdiğini, tespitin itiraz edilmeksizin kesinleştiğini, ancak toplu görüşmelerin uyuşmazlık ile sonuçlanması ve işyerinde grev uygulamasının başlaması üzerine işverenin işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurarak greve katılmayacak işçi sayısının artırılmasını talep ettiğini, Bölge Çalışma Müdürlüğünün de ek tespit yaparak grev lokavt dışı kalacak işçilerin sayısını arttırdığını, bunun grevi etkisizleştirdiğini belirterek Bölge Çalışma Müdürlüğünün grev lokavt dışı kalacak işçilerin belirlenmesine ilişkin ek tespit işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece daha önce kesinleşmiş bir tespit olsa dahi Bölge Çalışma Müdürlüğünün gerekli hallerde ek tespiti yapabileceği gerekçesi ile sendikanın talebi reddedilmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 39/1. maddesinde öngörülen yönteme uygun olarak grev lokavt dışı kalacak işçiler tespit edilmiş ve tespit kesinleşmiştir. Kesinleşen bu tespitten sonra işveren, işyerlerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurarak grev lokavt dışı kalacak işçi sayısının artırılması için ek tespit talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından ek tespit yapılmıştır. Grev lokavt dışı kalacak işçi sayısı bir kez tespit edildikten sonra yapılacak her ek tespit işlemi, grevi etkisizleştireceği gibi yasaya da aykırıdır. Bu itibarla grev lokavt dışı kalacak işçiler konusunda Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından yapılan ek tespit işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sendika talebinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/33838
Karar No **:** 2009/27396
Karar Tarihi **:** 15.09.2009
İlgili Kanun **:** 2822/51
ÖZÜ* : *Grevin ilan edildiği tarihte işletmede çalışan sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün üyelikten ayrılması nedeniyle uygulanmakta olan grev etkisiz hale gelmişse, grevin sona erdirilmesine karar verilmelidir.

KARAR : Dava, 2822 sayılı Yasanın 51. maddesinin son fıkrası uyarınca grevin sona erdirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı ... A.Ş.'nin 05/12/2007 tarihinde gerçekleştirilen ihaleyle grev uygulamasına konu işyerleri de dahil şirketin iktisadi bütünlüğünün Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'ndan ihale sonucu küllen devir alındığını ve yeniden yapılandırıldığını, işletme kapsamında Merkez Gazete'de işyerleri ile diğer işyerlerinin birleştirilerek yeni bir işletme oluşturulduğunu, bu işletmeye dahil Beşiktaş ve Küçükçekmece/İstanbul ve Beştepe/Ankara adreslerinde kurulu işyerleri ile ilgili olarak davalı sendikanın Merkez .... A.Ş. ile toplu iş sözleşmesi görüşmeleri yürüttüğünü, görüşmelerin uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine davalı sendika tarafından grev kararı alınıp 13/02/2009 tarihinde uygulanmaya başladığını, bu süreçte davalı sendika üyesi işçilerin dörtte üçünden fazlasının üyelikten istifa ettiğini, greve katılan işçilerinde Merkez .... ve bağlı işyerlerinde çalışan işçiler değil, "Merkez Gazete" işçileri olduğunu, grev uygulanan işyerlerinde çalışan işçilerin hiçbirinin greve iştirak etmediğini belirterek grevin ihtiyati tedbir kararı ile durdurulmasına, 2822 sayılı Kanunun 51/4 maddesi uyarınca grevin

sona erdirilmesine, sendikanın aldığı yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sendika, grev kararının işletmeye dahil tüm işyerleri için alınıp uygulamaya konulduğunu, grevin uygulanmaya konulduğu tarihten sonra sendika üyeliğinden istifa eden işçi bulunmadığını, grevin uygulanmaya başladığı tarih esas alınarak üye sayısının dörtte üçünün azalıp azalmadığının tespitinin gerektiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece grevin uygulandığı tarihte işyerindeki sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrılmış olduğundan grevin sona erdirilmesine, kararın kesinleşmesine kadar grevin durdurulmasına ve 2822 sayılı Yasanın 51/son maddesi gereğince karar özetinin ilanına karar verilmiştir.

Davalı sendika, 10.05.2007 başvuru tarihi itibarıyla işletmeye dahil işyerlerinde çalışan 96 üyelerinin bulunduğunu, bu sayının dörtte üçünün 72 olduğunu, üyelikten istifa eden 6 işçinin grev kararı alınmadan tekrar sendikaya üye olduğu, grevin uygulanmaya başlandığı tarihte 68 işçinin üyelikten ayrıldığını, bu sayının başvuru tarihindeki üye sayısının dörtte üçünden az olduğunu, kaldı ki, grevin uygulanmaya başlandığı tarihten sonra grev uygulanan işyerlerinde çalışıp sendika üyesi olan ve halen üyelikleri devam eden işçilerin bulunduğunu ve bu üyeliklerinde üye sayısında nazara alınması gerektiğini belirterek kararı temyiz etmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 51. maddesinin son fıkrasında "Grevi uygulayan sendikanın, bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için 15. maddeye göre yetkili mahkemeye başvurabilir" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bununla grevin etkisiz kaldığı kabul edilen durumlarda mahkeme kararı ile sona erdirilmesi amaçlanmaktadır. Bunun için işçi sendikası tarafından yetki belgesinde belirtilen işyeri veya işletmeye dahil işyerlerinde usulüne uygun olarak uygulamaya konulan grevin sona erdirilmesinin istenebilmesi için grevin uygulanmaya başlamış olması, işyerinde veya işletmeye dahil işyerlerinde çalışan işçilerin, işveren sendikasının veya sendika üyesi olmayan işverenin veya işyerinde çalışan bir işçinin grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurması ve mahkemece sendikanın üye sayısının dörtte üçünün üyeliklerinin istifa, işkolu değiştirmesi, emeklilik, ölüm gibi sebeplerle sona ermesi gerekir. En önemlisi grevin ilan tarihinde işletmede çalışan sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün üyelikten ayrılması durumda uygulanmakta olan grevin etkisiz kalıp kalmadığının araştırılması, etkisiz kaldığı sonucuna varılır ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesine karar verilmelidir.

Somut olayda davalı sendika tarafından işletme toplu iş sözleşmesi için verilen yetki belgesinde işletmeye dahil olduğu belirtilen Beşiktaş/İstanbul, Küçükçekmece/İstanbul ve Beşevler/Ankara adresindeki işyerleri için 05.12.2008 tarihinde grev kararı alındığı, grev kararının aynı gün işyerlerinde ilan edildiği, 16.12.2008 tarihinde de işletmeye dahil anılan işyerlerinde grevin 13.02.2009 tarihinde uygulanmasına karar verildiği ve uygulanmaya başlandığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durumda öncelikle grevin işletmeye dahil işyerlerinde ilan edildiği

tarihte davalı sendikanın işletmede çalışan üye sayısının tespit edilip bu tarihten grevin sona erdirilmesinin talep edildiği 18.02.2009 dava tarihine kadar üyelerin dörtte üçünün üyelikten ayrılıp ayrılmadığının saptanması, daha sonra üye sayısındaki bu azalmanın işletmede uygulanmakta olan grevi etkisiz hale getirip getirmediğinin araştırılması gerekir. Eğer üye sayısının dörtte üçünün üyelikten ayrılması grevi etkisiz kılmakta ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesine aksi durumda davanın reddine karar verilmelidir.

Eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/9131
Karar No **:** 2009/25872
Karar Tarihi **:** 06.10.2009
İlgili Kanun **:** 2822/61

ÖZÜ : ***Toplu iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından iş sözleşmesi hükmü olarak devam eden kurallar gereği ödenen ücret alacakları için, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizinin uygulanması doğru değildir.***

DAVA : Davacı, ücret, ilave tediye ve ikramiye fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarının temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm temyiz itirazlarıyla davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçi işyerinde uygulanmış olan toplu iş sözleşmeleri hükümlerinin eksik uygulandığını ve süresi sona eren 14. dönem toplu iş sözleşmesinden sonra yenisi yürürlüğe girmediği için aynı toplu iş sözleşmesinin ücret artış hükümlerinin uygulanmasına devam edilmesi gerektiğini ileri sürerek ücret, ikramiye ve ilave tediye farkı isteklerinde bulunmuştur.

Mahkemece isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiş, hükmü taraflar temyiz etmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 31.12.2004 tarihinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ücret artışlarını öngören hükümlerinin yeni toplu iş sözleşmesi imzalanıncaya kadar ileriye dönük olarak ücret artışı yapılması şeklinde uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinde, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet akti hükmü olarak devam edeceği şeklindeki düzenleme, kazanılmış hakların korunması amacına yöneliktir. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlülüğü sona eren hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu itibarla mahkemece davacının bu yöne ilişkin taleplerinin reddi yerinde olmuştur.

Öte yandan, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6.maddesinde, "Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder" şeklinde kurala yer verilmiştir. İşyerinde uygulanan 14. dönem toplu iş sözleşmesi 31.12.2004 tarihinde sona ermiş ve yenisi yapılmamıştır. Bu durumda anılan toplu iş sözleşmesinin ücret ve ikramiye ödenmesini öngören hükümleri, 31.12.2004 tarihinden sonrasında da iş sözleşmesi hükmü olarak geçerliliğini sürdürür. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde ücret ve ikramiyelerin ödeneceği günü belirleyen hükümler de normatif kurallar olarak uygulanmaya devam eder. Başka bir anlatımla Borçlar Kanunu'nun 101.maddesi uyarınca işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Kararlaştırılan gün ödenmeyen ücret ve ikramiye açısından faiz hakkı doğar. Mahkemece ücret ile ikramiye alacakları için ödenmesi gereken tarihlerden itibaren kademeli olarak faize karar verilmesi de yerinde olmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde, "Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkum edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkum edilir" şeklinde kurala yer verilerek uygulanması gereken faiz türü belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinden doğan istekler bakımından sözü edilen faizin uygulanması gerekirse de, toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinin ardından iş sözleşmesi hükmü olarak devam eden kurallar gereği eksik ödenen ücret ve ikramiye bakımından 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde öngörülen faizin uygulanması doğru değildir. Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiği 31.12.2004 tarihi sonrası için hesaplanan davaya konu ücret farkı ile ikramiye alacakları iş sözleşmesinden doğmakla, anılan tarihten sonra doğan alacaklar bakımından yasal faize karar verilmelidir. Kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/30334
Karar No **:** 2008/25218
Karar Tarihi **:** 06.10.2008
İlgili Kanun **:** 2822/66

ÖZÜ : 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun uygulandığı uyuşmazlıklarda, İş Mahkemesi görevlidir.

DAVA: Davacı, pilot kaptan olarak görev yaptığı dönemde Toplu İş Sözleşmesi hükümleri uyarınca ödenmeyen lisans kaybı sigorta alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, davayı görev yönünden reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı, pilot kaptan olarak görev yaptığı dönemde Toplu İş Sözleşmesi hükümleri uyarınca ödenmeyen lisans kaybı sigorta alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının uçucu personel olarak görev yaptığı döneme ilişkin alacak isteminde bulunduğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/a maddesi uyarınca İş Kanunu kapsamında kalmadığı, iş mahkemesinin görevli olmadığı, hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık, yapılan işin hava taşıma işi olup olmadığı ve işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

İş mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir asliye hukuk mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine açılan dava "iş mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, asliye hukuk mahkemesi ara kararı ile davaya "iş mahkemesi sıfatıyla" baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde iş mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca, "deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Deniz taşıma işlerinde çalışanlar hakkında 854 sayılı Deniz İş Kanunu uygulanmaktadır. Ancak hava taşıma işlerinde çalışanlar için özel bir düzenleme yapılmadığından, Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulanmaktadır.

Ancak, hava taşıma faaliyeti yapılan işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi bağıtlanmış ise, üye sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Zira, Toplu İş Sözleşmesi ile işçi ve işveren, 4857 sayılı İş Kanunu uygulanmasa bile, anılan yasa kapsamına girmiştir.

Bunun dışında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde hava taşıma işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların kanun kapsamına girmeyeceği açıklandıktan sonra, aynı maddede, havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerinde, çalışanların 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında oldukları açıkça belirtilmiştir.

Sonuç olarak ister taşıma, ister yer hizmeti olsun, yukarıda açıklanan ilkelere göre hava işlerinde, 4857 sayılı İş Kanunu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun uygulandığı uyuşmazlıklarda, iş mahkemesi görevli olacaktır. Diğer durumlarda ise iş mahkemesi değil, genel mahkemeler yetkili ve görevli olacaklardır.

Dosya içeriğine göre, hava taşıma işinde pilot olarak çalışan davacının işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesi'nden kaynaklanan alacak isteminde bulunduğu, davacının sendika üyesi olduğu, yürürlük tarihinden itibaren Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlandığı, alacağın normatif dayanağının Toplu İş Sözleşmesi ile sözleşmenin kaynağı 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu olduğu, uyuşmazlıkta aynı yasanın 66. maddesi uyarınca iş mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmaktadır. İşin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/40711
Karar No **:** 2008/34678
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 2822/66

ÖZÜ : ***Hava taşıma faaliyeti yapılan işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi bağıtlanmış ise, sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İş sözleşmesinin geçerli neden olmadan davalı işveren tarafından feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, görev itirazı ile uçucu personel olan davacının İş Kanunu kapsamından yararlanamayacağını, davacının iş sözleşmesinin hizmetinden istifade edilmediğinden Toplu İş Sözleşmesinin atfı ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17-18. maddeleri uyarınca feshedildiğini, feshin geçerli nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine karar verilirken, işe başlatılmama tazminatı, davacı işçinin 4 aylık ücret tutarında belirlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4.maddesinin 1.fıkrasının a bendi uyarınca, "deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Deniz taşıma işlerinde çalışanlar hakkında 854 sayılı Deniz İş Kanunu uygulanmaktadır. Ancak hava taşıma işlerinde çalışanlar için özel bir düzenleme yapılmadığından, Borçlar Kanunu genel hükümleri uygulanmaktadır.

Hava taşıma faaliyeti yapılan işyerinde sendika örgütlenmesi sonucu Toplu İş Sözleşmesi bağıtlanmış ise, sendika üyesi işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Zira toplu iş sözleşmesi ile işçi ve işveren, 4857 sayılı İş Kanunu uygulanmasa bile, anılan yasa kapsamına girmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan

fesihlerdir. Bu maddede sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı işçinin davalıya ait işyerinde uçucu personel olarak çalıştığı, ancak işyerinde üye sendika ile imzalanan ve yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden yararlandığı, Toplu İş Sözleşmesi ile davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddeleri olan iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının öngörüldüğü, iş mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece işin esasına girilerek, ispat yükü kendisinde olan davalının geçerli nedeni kanıtlayamaması nedeni ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermesi isabetlidir.

Ancak işyerinde 20 yıldan fazla çalışan davacı işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın kıdem ve fesih nedenine göre davacının 6 aylık ücreti oranında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2. **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 6 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacının yapmış olduğu 72,00 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 22.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/4129
Karar No **:** 2008/756
Karar Tarihi **:** 31.01.2008
İlgili Kanun **:** 506/26

ÖZÜ : ***506 sayılı Kanunun 26. maddesinin birinci fıkrası, Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edildiğinden, artık kurumun rücu hakkının hukuki temeli "halefiyet ilkesine" değil, "basit rücu" hakkına dönüşmüştür. Bu nedenle kurum zararının rücuan ödetilmesinde, işverenin kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulmalıdır.***

DAVA : Davacı, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuan ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR : Dava, iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, yasal dayanağı oluşturan, 506 sayılı Kanunun 26. maddesindeki "Halefiyet" ilkesi uyarınca, kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından, isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken; Anayasa Mahkemesinin 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararı ile anılan yasa maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir.

Anayasanın 152 ve 153. maddelerinde öngörülen düzenlemelere göre; "Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının" Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte, elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması karşısında, "iptal kararının" Resmi Gazete de yayınlandığı 21.03.2007 tarihinden sonra; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, yürürlükteki yasaları uygulamakla yükümlü bulunan mahkemelerin ve giderek Yargıtay'ın, iptal kararı ile keenlemyekun (yok hükmünde) olan ve böylece yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulü doğal olup, bu yönde bir uygulama yapılmasına cevaz yoktur. (İÇ, BBGK. nun 1960/21 Esas ve 9 sayılı kararı; HGK nun 21.01.2004/10–44 Esas ve 19 Sayılı; ayrıca 07.04.2004 gün, 214 E ve 19 sayılı ve 2004/448 Esas ve 461 sayılı kararları)

Gerçekten de, usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir kanun hükmü, sonradan (karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından ' iptal edilirse; artık usuli kazanılmış hakka göre değil; aksine, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak; iptal kararından sonra oluşan yeni hukuki duruma göre karar verilmesi gereği vardır. (Kuru, S.4784)

Şu hale göre; 26. madde de sayılan koşullarda kurumu sigortalının ardıl'ı (halefi) olarak kabul eden anılan yasa maddesinin 1. fıkrasındaki "itiraz konusu" kuralın iptalinden sonra bu madde uyarınca açılan davalarda artık "Halefiyet ilkesi'ne" dayanılamayacağı, kurumun rücu hakkının hukuki temelinin (Halefiyet değil) bundan böyle; yasadan doğan, sigortalı ya da hak sahibi kimselerin alacaklarından bağımsız, kendine özgü "Basit Rücu" hakkına dönüşmüş olmasının kabulüyle; bu aşamadan sonra; zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle, sigortalı veya hak sahiplerine kurum tarafından bağlanan gelirin (başladığı tarihteki) ilk peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının (işverenin) kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Nitekim bu yönler, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesine yansıdığı şekilde "...kanuna uymayan eylemi nedeniyle, hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirlerin sermaye değerini kuruma ödeyen, böylece olayla bağlantısı (ilişkisi) kesilen işverenin; kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla getirilen katsayılarla, sigortalıya önceden bağlanan gelirlerde sonradan yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerinden sorumlu tutularak; sürekli dava tehdidi altında bulundurulması, Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına ait olması gereken risklerin, işverene yükletilmesi; hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi "Sosyal Hukuk Devleti" prensiplerine de aykırılık oluşturur..." denilerek; gelirlerdeki artışların tazmin sorumlularından (işverenlerden) istenemeyeceği; kesin bir anlatımla ortaya konmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleriyle (konuyu açıklayıcı özelliği itibariyle, her kesimi bu arada mahkemeleri) de bağlayıcı olduğu hususu gözetildiğinde; iptal kararı ile birlikte ortaya çıkan, bu yeni hukuki durum itibariyle; konuya uygulama açısından açıklık getirmek gerekirse; öncelikle, kurumun rücu hakkının hukuksal temeli halefiyet değil kanundan doğan (basit) rücu hakkına dayandığının kabul edilmesiyle birlikte; artık ilk peşin "değerli gelirlerin (bağlandığı tarih itibariyle) her bir hak sahibi yönünden tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gereği vardır. Bu durumda açıklıkla söyleyebiliriz ki, ilk peşin sermaye değerli gelirlerdeki artışların istenemeyeceğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Hemen belirtmek gerekirse, bundan sonra 506 sayılı yasa uyarınca açılan rücuan tazminat davalarına ilişkin olarak süregelen uygulamada olduğu üzere; maddi zarar (tavan) hesabı yapılması gerekmediği gibi; 506 sayılı yasanın 10. maddesinin uygulanmasını gerektiren durumlarda da Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki, süregelen içtihatlarla oluşturulup uygulanan prensiplerde temel farklı bir yaklaşım bulunmamaktadır. Ancak, 10. madde uygulamasında artık, tavan zarar hesabı yerine, kurumun sigortalıya başlangıçta bağladığı ilk peşin sermaye değeri üzerinden hesaplama yapılmasında herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Ayrıca yapılan tüm hesaplama uygulamalarında; tazmin sorumlusunun, sigortalıya ya da hak sahiplerine yapmış olduğu, her türlü ödeme ve ibranın da kurumun rücu alacağından düşülmesine imkân bulunmadığı göz önünde tutulmalıdır.

Öte yandan, kurumun bundan böyle artık (halef sıfatı olmadığı) sigortalının alacağından bağımsız, kanundan doğan rücu hakkına sahip olduğu gözetilerek; sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazmin sorumluları aleyhine açılan tazminat davasında alınan kusur ve hesap raporu, rücu davasında bağlayıcı olmayıp; güçlü delil niteliğinde sayılması gerekir. Ancak, bu aşamada ilave edelim ki kesinleşen önceki rücu davalarında hükmolunan miktarın mahsubu yapılırken, sigortalıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin esas alınması gerektiğinin; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirle birlikte artışlara da hükmedilmişse, artışların hükmolunacak rücu tazminatından mahsup edilmesine olanak bulunmadığı da göz ardı edilmemelidir.

Bu çevrede meseleye fiili ödemeler açısından bakıldığında ise fiili ödemenin mevcudiyeti halinde, kurumun talep edebileceği miktarın hesabının da aynı şekilde gerçekleştirilmesi gerekmekte olup; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirin kusur karşılığı, fiili ödeme miktarından düşük ise o takdirde ilk peşin sermaye değerine itibar edilmeli; aksine fiili ödeme miktarı ile peşin değerden düşük ise o takdirde de fiili ödeme miktarı esas alınmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, 506 sayılı yasaya dayalı olarak işverenler aleyhine açılan rücuan tazminat davalarında; süregelen mevcut uygulama dışında, herhangi bir etkileşim ve değişim öngörülmediğinden, Borçlar Kanunu'nun 332/1 maddesinde belirtilen işçi-işveren arasındaki akde aykırılık eylemleri ve bu çevrede maddenin 2. fıkrası gereğince işverenin akde aykırı davranışları (işçi sağlığı ve iş güvenliğinin gerektirdiği önlemlerin alınmaması vs.) sonucu, 26/1 maddeyle vaki ilişkilendirme, bir bakıma akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabii olmakla; zaman aşımının, süregelen eski uygulamalar gibi, işverenler açısından Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre belirlenmesi gerektiğinde; ayrıca,

zararlandırıcı sigorta olayına neden olan 3. şahıslar yönünden ise, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen haksız fiil zaman aşımına tabi olduğunda tereddüt yoktur. Bu arada zaman aşımının başlangıcı konusuna gelince; 506 sayılı yasada zaman aşımının (özel olarak)düzenlenmediği düşünüldüğünde; genel hükümler çerçevesinde çözüm arama gereği vardır. Gerçekten de Borçlar Kanunun 128 maddesinde: "Zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu zamanda başlar" denilmektedir. Kurum açısından alacak hakkı, bağladığı gelirin yetkili organ tarafından onaylandığı tarihte ödenebilir hale geleceğinden, muacceliyet' in onay tarihi olacağı açıktır. O halde, 26 maddeye ilişkin davalarda zaman aşımı, masraflar için sarf; gelirler için ise ilk peşin sermaye değerinin başlangıçtaki gelir bağlama onay tarihinden başlatılmalıdır.

Faiz başlangıcının da, aynı şekilde, ilk peşin değerli gelire ait tahsisin onay tarihi olduğunda kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek, iş kazası sonucu sigortalıya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin açıklanan ilkeler doğrultusunda tazminine olanak bulunan kısmının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesinde yasal zorunluluk bulunduğundan, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ : Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 31.01.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/19904
Karar No **:** 2008/16755
Karar Tarihi **:** 25.12.2008
İlgili Kanun **:** 506/62

ÖZÜ : ***Aybaşı kavramı, idari nedenlerle belirlenen aylık ödeme tarihini değil, takvim ayı başını ifade ettiğinden, TÜFE artış oranına göre aylıkların tespitinde de, ayın birinci takvim gününün esas alınması, yasa ve konuya ilişkin yerleşik içtihatların gereğidir.***

DAVA : Davacı, TÜFE artış oranlarının yaşlılık aylıklarına tam yansıtılmaması sebebiyle şimdilik 10 YTL'nin 2000 yılı Ocak ayından itibaren en yüksek işletme kredi faizi ile tahsilini istemiştir.

Mahkemece, TÜFE farklarının aylığa yansıtılmamasından doğan bir alacak olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR : Davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Yasanın 98. maddesi hükmüyle sigortalı veya hak sahiplerine bağlanacak gelir ve aylıkların ödeme tarihlerini belirlemeye yetkili kılınan Bakanlar Kurulu'nun, bu yetkiye dayanarak çıkardığı ve 05.03.1999 gün ve 23630 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 19.02.1999 gün ve 99/12473 sayılı kararname eki kararda; Mart/1999 ödeme döneminden başlayarak, gelir ve aylıkların tahsis numarasının son rakamına göre her ayın 19, 21, 22, 23. gününde birer aylık dönemlerde ve peşin ödeneceği hükme bağlanmış olmasına karşın; 506 sayılı yasanın aylığın başlangıcını belirleyen 62. maddesindeki .. "aybaşından başlayarak yaşlılık aylığı bağlanır" hükmündeki "aybaşı" kavramının ödemelerde kolaylık sağlaması için idari nedenlerle belirlenen "aylık ödeme tarihi"ni değil, takvim ayı başını ifade ettiği ve normlar hiyerarşisi göz önünde tutulduğunda, aynı yasanın Ek-38 maddesinde belirtilen, Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan bir önceki aya ait TÜFE artış oranı gözetilerek aylıkların tespitinde de, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ödeme tarihleri yerine, ayın birinci takvim gününün esas alınması, yasa ve konuya ilişkin yerleşik içtihatların gereğidir.

4447 sayılı Yasa uyarınca 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren Ek-38.maddedeki düzenlemenin 4759 sayılı Yasanın 2. maddesi ile değişikliğe uğrayarak, bağlanan gelir ve aylıklar ile Geçici 76. maddeye göre yapılan telafi edici ödemelere, "her ay ödeme tarihlerinde" bir önceki aya göre TÜFE artış oranının yansıtılacağının belirlenmiş olması karşısında, davacının aylıklarına 01.01.2000-01.06.2002 tarihleri arasındaki dönemde, takvim ayının birinci günü yani aybaşı yerine, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ödeme gününe göre TÜFE oranlarının yansıtılmasından kaynaklanan hak kaybının hesabında, söz konusu dönemde davacıya fiilen yapılan aylık ödemelerine ilişkin Kurum'un sunduğu bilgilerin yanında, anılan dönem için takvim ayının ilk günü esas alınarak yapılacak hesaplama uyarınca belirlenecek tutarın karşılaştırılması sonucunda belirlenecek farka göre davacının alacak miktarının tespitiyle davalı Kurum'un, Ocak 2000 ayı için yukarıda tanımlanan doğrultuda hesaplanan aylık farkının davacıya ödendiği yolundaki iddiasının dayanağı belgeler de getirtilip, ödemenin tespiti halinde davacının alacak miktarı olarak belirlenen tutardan mahsubu gereklidir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan yanlış değerlendirilme ile yazılı şekilde karar verilmesi, isabetsizdir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ : Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 25.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 10.HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/2133
Karar No **:** 2008/3907
Karar Tarihi **:** 24.03.2008
İlgili Kanun **:** 506/79

ÖZÜ : Sigortalılığın tespiti davalarında, işe giriş bildirgesinin verilmiş olması yeterli olmayıp, fiili olarak işyerinde çalıştığının tespiti gerekir.

DAVA: Davacı, 10.09.1979 tarihli işe giriş bildirgesiyle 1 gün asgari ücretle çalıştığının ve bu çalışmanın diğer sigortalı sürelerine eklenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

KARAR: Dava, 10.09.1979 tarihinde davacının 1 gün süre ile çalıştığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece yapılan araştırma hüküm kurmaya yeterli değildir. Yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesi olan bu tür davalarda, çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır.

Sigortalılığın tespitine ilişkin davalarda, işe giriş bildirgesinin verilmiş olması yeterli olmayıp, fiili olarak sigortalının o işyerinde çalıştığının tespiti gerekir.

Davacı ile davalı işveren arasında baba-oğul ilişkisinin bulunması, işyerinin yasa kapsamından çıkarılmasından sonra sigortalı imzasını dahi içermeyen işe giriş bildirgesi ile davacının 10.09.1979 tarihinde işe başladığının Kuruma bildirilmesi karşısında; sigortalının talep konusu ettiği günde ilgili primin işverence yatırılması gerektiği halde, işveren babanın, davacı oğlunu, sosyal güvenlik haklarından mahrum etmesinin hayatın olağan akışına ters düşeceği ve davacının fiili çalışmanın varlığını ve primin işverence yatırıldığı hususunu isnat edememiş olması nedeniyle, ispat edilemeyen davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabule karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 24.03.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/9270
Karar No **:** 2008/10126
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 506/108

ÖZÜ : 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilerek, bu tarihten önceki süreler için ödenen Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dâhil edilir.

DAVA: Davacı, … sicil numaralı işyerinde 16.06.1984 tarihinde geçen 1 günlük çalışmasının tespiti ile bu çalışmanın diğer sigortalı hizmetleri ile birleştirilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı Kurumun aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, … sicil numaralı işyerinde 16.06.1984 tarihinde bir gün süre ile çalışmanın tespitini talep etmiştir. Netice itibariyle dava; sigortalılık başlangıcının tespiti istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 108. maddesidir.

Bilindiği gibi, 506 sayılı Kanunun 60/G maddesinde "bu maddenin uygulanmasında; 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir. Ancak bu tarihten önceki süreler için ödenen Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dâhil edilir" hükmü öngörülmüştür. Maddedeki "malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanlar" sözcüklerinin, sigortalılar yararına bir yorumla, tâbi olması gerekenleri de kapsadığının kabulü gerekir.

Öte yandan davacının, aynı Kanunun Geçici 54. maddesi kapsamında 01.04.1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescili bulunmadığı da belirgindir. Bu nedenle, 01.01.1967 doğumlu olan davacı yönünden sigortalılık başlangıç tarihinin 18 yaşın doldurulduğu 01.01.1985 olarak kabulü, bu tarihten önceki hizmet sürelerinin ise, yalnızca prim ödeme gün sayısına dâhil edilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Ne var ki; bu yanlışlıkların düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ : Hükmün, Davanın kabulüne ilişkin paragraf içeriğinin silinerek yerine; "Davanın Kabulü ile davacının sigortalılık başlangıç tarihinin 01.01.1985 olduğunun tespitine, 16.06.1984 tarihindeki bir günlük çalışma süresi yönünden ödenecek sigorta priminin, prim ödeme gün sayısının hesabına dahil edilmesi gerektiğinin tespitine" sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün düzeltilmiş bu şekliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, 14.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/19982
Karar No **:** 2008/14550
Karar Tarihi **:** 11.11.2008
İlgili Kanun **:** 506/Geçici Madde 20

ÖZÜ : ***Mensupları yönünden zorunlu sosyal güvenlik kurumu niteliğinde olan vakfın, bağladığı aylıklara yapılan artış oranlarının 506 sayılı Yasa uyarınca yaşlılık aylığı alanlara yapılan artış oranından daha az olması durumunda, vakıf yönünden ek yükümlülük doğacaktır.***

DAVA : Dava, 506 sayılı Yasanın Geçici 20. maddesi kapsamında bulunan davalı vakfın mensubu olarak yaşlılık aylığı almakta olan davacının, anılan maddenin (b) bendinde yer alan; ...en az bu kanunda belirtilen yardımları sağlayacak…" hükmüne aykırı olarak, 4784 sayılı Yasada düzenlenen sosyal destek ödemesinden yararlandırılması gerektiği ve 506 sayılı Yasa hükümleri uyarınca aylık alanların aylığında yapılan oranlarda artış yapılmamış olması nedeniyle, alması gereken yaşlılık aylıklarının tespiti ile eksik ödenen aylık nedeniyle alacağından şimdilik 1.000,00 YTL'nin yasal faizi ile davalı vakıftan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamda belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR : 1- Davacının 4784 sayılı Sosyal Destek Ödemesi Yapılması Hakkında Kanun kapsamından yararlanma istemi yönünden; anılan Yasanın açık hükmü ve gerekçesi karşısında, sosyal yardım niteliğindeki sosyal destek ödemesinin sadece kanunda belirtilen yasalar kapsamındaki sigortalılara uygulanacağının ve davalı Vakıf gibi, 506 sayılı Yasanın Geçici 20. Maddesi kapsamındaki vakıf üyelerinin, madde uyarınca, 506 sayılı Yasa kapsamında bulunmadıklarının açık bulunmasına göre, mahkemenin bu talebe ilişkin red kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

2-Davacının davalı Vakıftan almakta olduğu yaşlılık aylığının 506 sayılı Yasa hükümleri uyarınca yaşlılık aylığı alanların aylığında yapılan artış oranlarında artış yapılması ile ilgili talebine gelince;

506 sayılı Yasanın Geçici 20. Maddesinin (b) bendi "Bu personelin, İş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, en az bu kanunda belirtilen yardımları sağlayacak" hükmünü içermekte olup davalı vakıf, mensupları yönünden zorunlu sosyal güvenlik kurumu niteliğindedir. Geçici 20. Madde, 506 sayılı Yasanın tüm sistemi içinde değerlendirildiğinde görüleceği üzere, bu madde de sayılan sandıklar bağlı bulundukları kuruluşların personeli hakkında yasal düzenleme alanı içinde Sosyal Sigortalar Kurumu'nun yüklendiği görevleri, sağladığı hakları o düzeyin altına düşmemek üzere yüklenmiş sandıklar olup, görevleri ve en az yükümlülükleri yasa ile belirlenmiştir. (YİBK 09.03.1983/1-1, RG; 23.06.1983/18085) Bu husus, Vakıf Senedinin 4. maddesinde; "Vakfın gayesi: a)İş bu vakıf senedi hükümleri dairesinde üyelerin emeklilik, malullük, ölüm, hastalık, analık, iş kazaları ve meslek hastalıkları hallerinde eş ve çocukları ile üyenin geçindirmekle yükümlü bulunduğu ana ve babasının hastalıklarında, Sosyal Sigortalar Kanunları ile temin edilen yardımlardan az olmamak üzere hak sahiplerine yardımda bulunmak..." olarak da açıklanmaktadır.

506 sayılı Yasanın Ek 38. maddesinde "Bu Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıklar ile Geçici 76. Maddeye göre yapılan telafi edici ödemeler, her ay ödeme tarihlerinde bir önceki aya göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açık1anan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksi artış oranı kadar artırılarak belirlenir." hükmü öngörülmüştür. Davalı Vakfın, "vazgeçilmez ve devredilemez'" nitelikteki sosyal güvenlik hakkının yaşama geçirilmesi görevini sürdüren bir sosyal güvenlik kurumu niteliğinde olduğu gözetildiğinde, bu görevi yerine getirirken Sosyal Sigortalar Kanunu'ndaki temel düzenlemelerle bağlı kalması gerekir. Geçici 20.madde kapsamında yer alan sandıklar ile 506 sayılı Yasa arasındaki ilişki, anılan Yasa'nın, bu sandıklar için bir alt sınır oluşturması ile gerçekleşir. Davalı vakıf tarafından bu alt sınır, bağladığı aylıklara yapılan artış oranlarının SSK sigortalılarına bağlanan yaşlılık aylıklarına yapılan artış oranlarının karşılaştırılması suretiyle bulunması gerekir. Artış oranının, 506 sayılı Yasa uyarınca yaşlılık aylığı alanlara yapılan artış oranından daha az olması durumunda, davalı Sandık yönünden yaşlılık aylığı artış oranı konusunda ek yükümlülük doğacağından, Vakıf senedindeki düzenlemelere göre aylıklarında artış olan kimselerin, ayrıca 506 Sayılı Yasanın aylık artışına dair hükümlerinden de yararlanmaları gerekecektir.

Davaya konu uyuşmazlıkta davalı Vakıf; davacıya prim karşılığı olmaksızın emekli yardımının aylıklarına eklenmek üzere ödendiğini, emekli yardımını düzenleyen Vakıf Senedinin 59/C bendinin 13.02.2004 tarihli olağanüstü genel kurul kararı ile kaldırılmış olup, aylıklarda yapılan artışlar ile emekli yardımlarının yürürlükten kaldırılması arasında bir bağlantı bulunmadığı gibi, Vakıf Senedinde bir hüküm de bulunmadığını, 506 sayılı Yasanın Geçici 20. Maddesinde belirtilen sınırlamaya uygun olarak Vakıf Senedi hükümlerine göre yaşlılık aylığı bağlanarak ve aylıklardaki artışların yine senet hükümlerine göre gerçekleştirildiği, sandık personelinin 506 sayılı Yasa uygulamasında sigortalı sayılmaması nedeniyle, haklarında yaşlılık sigortası

uygulanamayacağını beyan etmiş, senet hükümleri, olağanüstü genel kurul kararları, davacıya ödenen aylık ve ikramiye miktarlarını delil olarak mahkemeye sunmuştur.

Belirtilen iddialar ve 506 sayılı Yasanın 77 ve 4857 sayılı Yasanın 32. Maddeleri uyarınca; prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü istihkakın ücret kapsamında değerlendirilmesi gereği de gözetilerek; Vakıf Senedi tüm değişiklikleri ile celbedilmeli, artış oranlarına ilişkin Vakıf Senedinin dayanak hükümleri, ikramiye gibi telafi edici ödemeler ile artış oranları davalı Vakıftan, 506 sayılı Yasa uyarınca yaşlılık aylığı alanların, Ek 38. maddesi hükmü uyarınca yapılan artış oranları Sosyal Güvenlik Kurumundan (devredilen SSK' dan) sorulmalı, davacının artış oranlarından kaynaklanan fark alacağının bulunup bulunmadığı, aktüerya uzmanı bilirkişi marifetiyle hesaplanarak sonucuna göre karar verilmelidir.

Açıklanan maddi ve hukuki nedenler gözetilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve yanılgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

0 halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ : Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 11.11.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/41164
Karar No **:** 2009/8092
Karar Tarihi **:** 26.03.2009
İlgili Kanun **:** 818/49

ÖZÜ : ***İşverence işçiye etkili eylemde bulunulmuş ise, kişilik hakkına saldırı gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmelidir.***

DAVA : Davacı, ihbar, kıdem ve manevi tazminat, vergi iadesi, izin ücreti ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacıya, davalı işveren vekili tarafından etkili eylemde bulunulduğu tartışmasızdır. Sözü edilen eylem tek başına BK 49. madde uyarınca kişilik hakkına saldırı olup manevi tazminatı gerektirir. Mahkemece feshin haksızlığının kabulü de bu olguyu doğrulamaktadır. Hiçbir gerekçe işçinin dövülmesini haklı kılmaz, işçinin yalnız maddi varlığı değil manevi varlığı da yasalarca koruma altındadır.

Mahkemece manevi tazminat isteğinin gerekçesiz reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/36420
Karar No **:** 2009/18300
Karar Tarihi **:** 29.06.2009
İlgili Kanun **:** 818/53
ÖZÜ : ***Ceza davası hukuk yargılamasında bağlayıcıdır. İşverence yapılan haklı fesih nedeniyle açılan davada, kamu davasının bekletici mesele yapılması, ardından bir karara varılması gerekir.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın işverence feshedildiğini, işlemlerinde yönetmeliğe tamamen uygun davrandığını, ilgili çeklerin bankalara sorulduğunu, çekler ve alıcı firmanın güvenilir olduğunun teyidinin alındığını, ayrıca sorumlu müdür ile birlik genel müdürünün onayı ile bu satış işlemlerinin yapıldığını, banka çalışanlarının dahi çeklerin sahte olduğunu anlayamadığını, söz konusu altı adet çekten sadece iki tanesinde kendisinin müdürü ile birlikte imzası bulunduğunu, diğerlerinin genel müdür ve üretim ve ticaret müdürünün imzalarını taşıdığını belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, üretim ve ticaret müdür yardımcısı olarak çalışan davacının görevi gereği Ç. M. Pazarı adlı bir İstanbul firmasına değişik tarihlerde toplam 112.357 TL tutarında satış yaptığını, bunun 36.800 TL miktarının tahsil edildiğini, firmadan alınan çeklerin 75.557 TL'sinin ise tahsil edilemediğini, bu çeklerin sahte çıktığını, söz konusu

paranın tahsil olanağının da kalmadığını, davacının yönetmeliğe uygun işlem yapmadığını, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece tanık anlatımları ve savcılık soruşturmasına göre, davacının yapılan satış sonucunda aldığı çeklerin sahteliği konusunda bir ihmalinin bulunmadığı, satış yetkisinin tek başına davacıda bulunmadığı, günün ekonomik koşulları dikkate alındığında bu tür sahtecilik olaylarına sık rastlandığı, çeki kontrol eden ilk bankacının bile gözünden kaçan taklit olayını davacının tespit edebilmesinin güç olduğu, işyerinde çalıştığı süre içinde benzer bir olayın olmadığı ve işverenin güvenini sarsacak fiillerinin bulunmadığı, çeklerin sahteliğinin tespiti ile fesih arasında geçen 4 aylık süresinde davacının çalışmaya devam ettiği, işverenin iş ilişkisini sürdüremeyecek derecede güveninin sarsılmasının söz konusu olmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı değerlendirilerek işe iadeye karar verilmiştir. Hüküm davalı vekilince temyize getirilmiştir.

Dosya içeriğine göre, sözleşmenin savunmada belirtilen nedenlerle 4857 sayılı yasanın 25/II-i maddesi gereği sona erdirildiği, bizzat işveren adına davacının ilgili çekleri keşide eden kişi aleyhine cumhuriyet savcılığına şikayette bulunduğu, ayrıca işveren tarafından da davacı hakkında görevi kötüye kullanmaktan suç duyurusunda bulunulduğu, Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığının 03.12.2007 tarihli kararı ile davacının aldığı çekler ile doğrudan ilgisinin bulunduğu belirtilerek iki soruşturma evrakının birleştirilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Savcılığı soruşturmasının devamına ilişkin bilgi bulunmamaktadır. Ceza davası maddi olayın yorumlanması açısından Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre hukuk yargılamasında bağlayıcıdır, ancak kusur açısından bağlayıcı değildir. Somut olayda Cumhuriyet Savcılığı soruşturması sonucunda kamu davası açılmışsa bu konunun bekletici mesele yapılması, ardından bir karara varılması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/13160
Karar No **:** 2009/10566
Karar Tarihi **:** 14.04.2009
İlgili Kanun **:** 818/86

ÖZÜ : ***Kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti aynı anda muaccel olduklarında, işverence yapılan kısmi ödemelere eşit olarak davaya konu isteklerden mahsup edilmelidir.***

DAVA : Taraflar arasındaki, kıdem ve ihbar tazminatı ve izin ücreti alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin

hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 14.04. 2009 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat T. B ile karşı taraf adına Avukat E.T. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, işveren tarafından yapılan kısmi ödemenin işçinin hangi alacağına mahsup edileceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın normatif dayanağı Borçlar Kanunun 84-86. maddeleridir. Borçlar Kanunun 84. maddesinde "Borçlu faiz veya masrafları tediyede gecikmiş değil ise kısmen icra eylediği tediyeyi resülmale mahsup edebilir. Alacaklı alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya sair teminat almış ise borçlu kısmen icra eylediği tediyeyi temin edilen veya teminatı daha iyi olan kısmına mahsup etmek hakkını haiz değildir" kuralına yer verilmiş; 85.maddesinde "birden fazla borçları bulunan borçlu, borçları ödemek zamanında bu borçlardan hangisini tediye etmek istediğini alacaklıya beyan etmek hakkını haizdir. Borçlu beyanatta bulunmadığı surette vuku bulan tediye kendisi tarafından derhal itiraz edilmiş olmadıkça alacaklının makbuzda irade ettiği borca mahsup edilmiş olur" hükmü öngörülmüş;

86. maddede ise "kanunen muteber bir beyan vaki olmadığı yahut makbuzda bir güne mahsup gösterilmediği takdirde, tediye muaccel olan borca mahsup edilir. Müteaddit borçlar muaccel ise tediye, borçlu aleyhinde birinci olarak takip edilen borca mahsup edilir. Takibat vaki olmamış ise tediye, vadesi iptida hulul etmiş olan borca mahsup edilir. Müteaddit borçların vadeleri aynı zamanda hulul etmiş ise mahsup mütenasiben vaki olur. Hiç bir borcun vadesi hulul etmemiş ise alacaklı için en az teminatı haiz olan borca mahsup edilir" kuralı düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri Öncelikle muacceliyet ve temerrüt kavramlarının açıklanmasını gerektirmektedir.

Muacceliyet; alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisidir. Borç muaccel olmadan borçlu temerrüdü söz konusu olmaz.

Temerrüt, en kısa tanımıyla, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hale gelmiş bir borcun ifasındaki gecikmedir ve kural olarak, bu tür (muaccel) bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer (Borçlar Kanunu md. 101/1). Başka bir ifadeyle, temerrütten söz edilebilmesi için, öncelikle muaccel bir borcun ve alacaklının o borca yönelik ihtarının bulunması gerekir. Kural böyle olmakla birlikte, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının gerekmediği bazı durumlar da vardır: Örneğin, ifa günün taraflarca birlikte kararlaştırıldığı (Borçlar Kanunu md. 101/2), borçlunun borcu ifa etmeyeceğini bildirmiş olduğu veya hal ya da durumundan bu

sonuca varılabildiği (Borçlar Kanunu md. 107/1) hallerde, temerrüdün gerçekleşmesi için alacaklının ihtarına gerek yoktur.

Buna göre tek bir borç ilişkisinin söz konusu olduğu durumda borçlu para borcunun faiz ve masraflarını ödemede temerrüde düşmemişse yaptığı kısmi ödemeyi anapara borcuna mahsup etme hakkına sahiptir. Ancak, para borcunun bir kısmı için kefalet, rehin veya benzeri bir teminat verilmişse, yapılan kısmi ödemenin teminatlı olan borca mahsubu istenemez. Bu durumda kısmi ödemenin teminatsız olan ya da teminatı daha az olan borca mahsubu gerekir. Borçlu, faiz ve masrafları ödemede temerrüde düşmüşse yaptığı kısmi ödeme öncelikle gecikmiş faiz ve masraf borçlarına mahsup edilecektir. Hukuk Genel Kurulunun 27.9.2000 tarih ve 2000/12-1148 esas, 2000/1193 karar sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, BK.nun 84. maddesi gereğince ödemelerin öncelikle asıl alacaktan düşülebilmesi için, borçlunun faiz ve masrafları ödemede gecikmemiş olması zorunludur. Gecikme ve alacaklının iradesini açıklaması halinde, ödenen kısmın öncelikle faizden düşülmesi gerekir. İcra rakibi, ödemeye ihtirazı kayıt konulması irade açıklamasıdır.

Birden fazla borcu bulunan borçlu, yaptığı ödeme ifa zamanında beyan ettiği borca mahsup edilir. Borçlu, Ödeme sırasında, yapılan ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu beyan etmemiş veya alacaklının makbuzda belirttiği borca derhal itirazda bulunmamışsa makbuzda belirtilen borca mahsup edilmelidir.

Birden fazla para borcunun olduğu borç ilişkisinde, borçlunun, yapılan kısmi ödemenin hangi borç için mahsup edildiğini belirtmemesi, alacaklının da ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu makbuzda göstermemesi durumunda, kısmi ödemenin hangi borca mahsup edileceği sorunu BK.m. 86'ye göre çözümlenmelidir. Buna göre kısmi ödeme öncelikle muaccel olan borç için yapılmış sayılır. Ödeme zamanında birden fazla borç muaccel hale gelmişse ödeme ilk takibe, konulan borca mahsup edilir. Muaccel olan borçlardan hiçbiri takibe verilmemişse kısmi ödeme ifa zamanı önce gelen borca mahsup edilmiş sayılır. Borçların ifa zamanları (vadeleri) aynı günde gelmişse yapılan kısmi ödeme borçların miktarlarıyla orantılı olarak mahsup edilir. Borçlardan hiçbirinin ifa zamanı gelmemişse, kısmi ödeme alacaklı için güvencesi en az olan borca mahsup edilmiş sayılır.

İş sözleşmesinden doğan para borçlarının kısmi ifasında mahsubun ne şekilde yapılacağı ile ilgili İş Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından Borçlar Kanunun yukarıda belirtilen genel hükümleri kapsamında sorun çözümlenmektedir. İşçinin işverenden bir alacağının, örneğin sadece kıdem tazminatı alacağının bulunduğu durumda kısmi ödeme nedeniyle mahsup işlemi BK-m.84. çerçevesinde yapılacaktır. Dairemiz uygulamasına göre temerrüde düşmüş olan işverenin yaptığı kısmi ödeme işçinin bu hususta beyanda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın öncelikle faiz ve masraflara mahsup edilmelidir.

Borcun taksitle ödenmesi konusunda yapılan anlaşma aksi öngörülmemişse, kural olarak, işçinin faiz talebinden vazgeçtiğini kapsar. Ancak, bu sonuç işverenin taksit anlaşmasına uygun hareket etmesine bağlıdır. İşverenin taksitlerden birini zamanında Ödememesi halinde işçinin faizle ilgili feragati geçersiz hale gelir ve sadece ödenmeyen taksit için değil, tüm alacak için faiz talep hakkı doğacaktır. Bu durumda ödenmiş olan

önceki taksitlerin öncelikle faiz ve masraflara mahsubu gerekecektir. Kuşkusuz taksit sözleşmesinin işçinin serbest iradesi ile meydana gelmiş olması gerekir.

İşçinin birden fazla alacağının söz konusu olması durumunda, yapılan kısmi ödemenin hangi alacağa ilişkin olduğu işveren tarafından ödeme sırasında belirtilmemiş ve işçi tarafından da bu husus makbuzda gösterilmemiş ise mahsup işlemi BK.86. madde çerçevesinde yapılacaktır. İş Kanunu'nda işçinin sözleşme ve kanundan doğan alacaklarının muacceliyet ve vade zamanları konusunda değişik hükümler öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre ücret en geç ayda bir ödenir (m.32/5). İş Hukuku mevzuatımızda Basın İş Kanunu'nun 14.maddesi hariç, ücretin peşin ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ücret çalışılan ayı takip eden aybaşında muaccel hale gelmektedir. Fazla mesai, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin muacceliyet tarihleri normal aylık ücret gibidir. İşçinin ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti sözleşmenin feshi ile muaccel hale gelir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120.maddesi uyarınca işveren kıdem tazminatı borcu bakımından iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte temerrüde düşer. Yukarıda belirtilen diğer tazminat ve alacaklar bakımından ise tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ödeme zamanı ya da işçi tarafından gönderilecek ihtarnamede belirtilen ödeme günü itibariyle işverenin temerrüdü gerçekleşir.

Buna göre örneğin; 5.000 TL ihbar tazminatı, 7.500 TL kıdem tazminatı, 2.500 TL ücret, 2.000 TL fazla mesai ve 500 TL yıllık izin ücreti alacağı olmak üzere takibe konu yapılmamış toplam 17.500 TL alacağı olan bir işçiye işveren tarafından yapılacak 15.000 TL lik bir kısmi ödeme, öncelikle muaccel olan normal aylık ücret ve fazla mesai alacağına ilişkin borçlarına mahsup edilmelidir. Kalan miktar ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti borcuna mahsup edilecektir. Anılan borçların muacceliyet tarihleri aynı olduğundan temerrüt tarihi önce gerçekleşmiş olan borca yani kıdem tazminatına mahsup edilecektir. Kalan 3.000 TL lik ödemenin ihbar ve izin ücreti borcuna mahsubu anılan borçların muacceliyet ve temerrüt tarihlerinin aynı olması nedeni ile miktarları ile orantılı olarak yapılacaktır. Kalan toplam borç 5.500 TL olup, ihbar tazminatının bu miktara oranı 5.000/5.500 = 10/11, izin ücretinin oranı 500/5, 500 = 1/11 olmakla, 3.000 X 10/11 = 2.727 TL ihbar tazminatına, 3.000 X 1/11 = 273 TL izin alacağına mahsup edilecektir. Böylece işverenin 2, 273 TL ihbar tazminatı, 227 TL izin ücreti olmak üzere toplam 2.500 TL borcu kalmıştır.

Somut olayda, davaya konu alacaklar kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti olmakla, tamamı aynı anda muaccel olmuş durumdadır. İşverence yapılan kısmi ödemeler eşit olarak davaya konu isteklerden mahsup edilmelidir. Mahkemece yapılan ödemenin öncelikle izin ücreti, ardından ihbar tazminatından mahsup edilmesi ve kalan tutarın kıdem tazminatına sayılması hatalı olmuştur.

Davalı işverence ilk taksit ödemesi dava tarihinden önce yapılmış olmakla, anılan miktar yönünden davanın reddine karar verilmeli ve red sebebiyle davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmelidir. Davacı yararına hükmedilen avukatlık ücreti de buna göre yeniden belirlenerek hüküm altına alınmalıdır.

492 sayılı Harçlar Kanunun 28. maddesinde sözü edilen karar ve ilam harcı, mahkemece hüküm altına alınan miktara göre belirlenir. Mahkemece dava açıldıktan sonra yapılan ödemeler sebebiyle hüküm altına almadığı miktar bakımından da davanın açılmasına sebebiyet verildiğinden söz edilerek, davaya konu toplam miktara göre harç hesaplanarak hüküm altına alınması da hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, Davalı yararına takdir edilen 625,00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/8261
Karar No **:** 2009/30509
Karar Tarihi **:** 05.11.2009
İlgili Kanun **:** 818/86

ÖZÜ : ***İşçinin birden fazla alacağının söz konusu olduğu durumda, yapılan kısmi ödemenin hangi alacağa ilişkin olduğu işveren tarafından ödeme sırasında belirtilmemiş ve işçi tarafından da bu husus makbuzda gösterilmemiş ise, mahsup işlemi öncelikle muaccel olan borç için yapılmalıdır.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti ile ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, işveren tarafından yapılan kısmi ödemenin işçinin hangi alacağına mahsup edileceği noktasında toplanmaktadır.

I. NORMATİF DAYANAK

Uyuşmazlığın normatif dayanağı Borçlar Kanunu'nun 84-86.maddeleridir. Borçlar Kanunu'nun 84.maddesinde "Borçlu faiz veya masrafları tediyede gecikmiş değil ise kısmen icra eylediği tediyeyi resülmale mahsup edebilir. Alacaklı alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya sair teminat almış ise, borçlu kısmen icra eylediği tediyeyi temin edilen veya teminatı daha iyi olan kısma mahsup etmek hakkını haiz değildir" kuralına yer verilmiş; 85.maddesinde "birden fazla borçları bulunan borçlu, borçları

ödemek zamanında bu borçlardan hangisini tediye etmek istediğini alacaklıya beyan etmek hakkını haizdir. Borçlu beyanatta bulunmadığı surette vukubulan tediye kendisi tarafından derhal itiraz edilmiş olmadıkça alacaklının makbuzda irae ettiği borca mahsup edilmiş olur" hükmü öngörülmüş; 86.maddede ise "kanunen muteber bir beyan vaki olmadığı yahut makbuzda bir güna mahsup gösterilmediği takdirde, tediye muaccel olan borca mahsup edilir. Müteaddit borçlar muaccel ise tediye, borçlu aleyhinde birinci olarak takip edilen borca mahsup edilir. Takibat vaki olmamış ise tediye, vadesi iptida hulul etmiş olan borca mahsup edilir. Müteaddit borçların vadeleri aynı zamanda hulul etmiş ise mahsup mütenasiben vaki olur. Hiçbir borcun vadesi hulul etmemiş ise alacaklı için en az teminatı haiz olan borca mahsup edilir" kuralı düzenlenmiştir.

II. GENEL HÜKÜMLER YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümleri öncelikle muacceliyet ve temerrüt kavramlarının açıklanmasını gerektirmektedir.

Muacceliyet, alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisidir. Borç muaccel olmadan borçlu temerrüdü söz konusu olmaz.

Temerrüt, en kısa tanımıyla, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hale gelmiş bir borcun ifasındaki gecikmedir ve kural olarak, bu tür (muaccel) bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer (BK.m. 101/1). Başka bir ifadeyle, temerrütten söz edilebilmesi için, öncelikle muaccel bir borcun ve alacaklının o borca yönelik ihtarının bulunması gerekir. Kural böyle olmakla birlikte, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının gerekmediği bazı durumlar da vardır: Örneğin, ifa gününün taraflarca birlikte kararlaştırıldığı (BK.m. 101/2), borçlunun borcu ifa etmeyeceğini bildirmiş olduğu veya hal ya da durumundan bu sonuca varılabildiği (BK.m. 107/1) hallerde, temerrüdün gerçekleşmesi için alacaklının ihtarına gerek yoktur.

Buna göre tek bir borç ilişkisinin söz konusu olduğu durumda, borçlu para borcunun faiz ve masraflarını ödemede temerrüde düşmemişse yaptığı kısmi ödemeyi anapara borcuna mahsup etme hakkına sahiptir. Ancak, para borcunun bir kısmı için kefalet, rehin veya benzeri bir teminat verilmişse, yapılan kısmi ödemenin teminatlı olan borca mahsubu istenemez. Bu durumda kısmi ödemenin teminatsız olan ya da teminatı daha az olan borca mahsubu gerekir. Borçlu, faiz ve masrafları ödemede temerrüde düşmüşse yaptığı kısmi ödeme öncelikle gecikmiş faiz ve masraf borçlarına mahsup edilecektir. Hukuk Genel Kurulunun 27.09.2000 tarih ve 2000/12-1148 Esas, 2000/1193 Karar sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, BK.nun 84. maddesi gereğince ödemelerin öncelikle asıl alacaktan düşülebilmesi için, borçlunun faiz ve masrafları ödemede gecikmemiş olması zorunludur. Gecikme ve alacaklının iradesini açıklaması halinde, ödenen kısmın öncelikle faizden düşülmesi gerekir. İcra takibi, ödemeye ihtirazi kayıt konulması irade açıklamasıdır.

Birden fazla borcu bulunan borçlu, yaptığı ödeme ifa zamanında beyan ettiği borca mahsup edilir. Borçlu, ödeme sırasında, yapılan ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu beyan etmemiş veya alacaklının makbuzda belirttiği borca derhal itirazda bulunmamışsa makbuzda belirtilen borca mahsup edilmelidir.

Birden fazla para borcunun olduğu borç ilişkisinde, borçlunun, yapılan kısmi ödemenin hangi borç için mahsup edildiğini belirtmemesi, alacaklının da ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu makbuzda göstermemesi durumunda, kısmi ödemenin hangi borca mahsup edileceği sorunu BK.m. 86'ye göre çözümlenmelidir. Buna göre kısmi ödeme öncelikle muaccel olan borç için yapılmış sayılır. Ödeme zamanında birden fazla borç muaccel hale gelmişse, ödeme ilk takibe konulan borca mahsup edilir. Muaccel olan borçlardan hiçbiri takibe verilmemişse, kısmi ödeme ifa zamanı önce gelen borca mahsup edilmiş sayılır. Borçların ifa zamanları (vadeleri) aynı günde gelmişse yapılan kısmi ödeme borçların miktarlarıyla orantılı olarak mahsup edilir. Borçlardan hiçbirinin ifa zamanı gelmemişse, kısmi ödeme alacaklı için güvencesi en az olan borca mahsup edilmiş sayılır.

III. İŞÇİ ALACAKLARI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

İş sözleşmesinden doğan para borçlarının kısmi ifasında mahsubun ne şekilde yapılacağı ile ilgili İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirtilen genel hükümleri kapsamında sorun çözümlenmektedir. İşçinin işverenden bir alacağının, örneğin sadece kıdem tazminatı alacağının bulunduğu durumda, kısmi ödeme nedeniyle mahsup işlemi BK.m.84. çerçevesinde yapılacaktır. Dairemiz uygulamasına göre, temerrüde düşmüş olan işverenin yaptığı kısmi ödeme işçinin bu hususta beyanda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın öncelikle faiz ve masraflara mahsup edilmelidir.

Borcun taksitle ödenmesi konusunda yapılan anlaşma aksi öngörülmemişse, kural olarak, işçinin faiz talebinden vazgeçtiğini kapsar. Ancak, bu sonuç işverenin taksit anlaşmasına uygun hareket etmesine bağlıdır. İşverenin taksitlerden birini zamanında ödememesi halinde işçinin faizle ilgili feragati geçersiz hale gelir ve sadece ödenmeyen taksit için değil, tüm alacak için faiz talep hakkı doğacaktır. Bu durumda ödenmiş olan önceki taksitlerin öncelikle faiz ve masraflara mahsubu gerekecektir. Kuşkusuz taksit sözleşmesinin işçinin serbest iradesi ile meydana gelmiş olması gerekir.

İşçinin birden fazla alacağının söz konusu olması durumunda, yapılan kısmi ödemenin hangi alacağa ilişkin olduğu işveren tarafından ödeme sırasında belirtilmemiş ve işçi tarafından da bu husus makbuzda gösterilmemiş ise mahsup işlemi BK.m.86.çerçevesinde yapılacaktır. İş Kanunu'nda işçinin sözleşme ve kanundan doğan alacaklarının muacceliyet ve vade zamanları konusunda değişik hükümler öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre ücret en geç ayda bir ödenir(m.32/5). İş Hukuku mevzuatımızda Basın İş Kanunu'nun 14.maddesi hariç, ücretin peşin ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ücret çalışılan ayı takip eden aybaşında muaccel hale gelmektedir. Fazla mesai, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin muacceliyet tarihleri normal aylık ücret gibidir. İşçinin ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti sözleşmenin feshi ile muaccel hale gelir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120.maddesi uyarınca işveren kıdem tazminatı borcu bakımından iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte temerrüde düşer. Yukarıda belirtilen diğer tazminat ve alacaklar bakımından ise

tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ödeme zamanı ya da işçi tarafından gönderilecek ihtarnamede belirtilen ödeme günü itibariyle işverenin temerrüdü gerçekleşir.

Buna göre örneğin; 5.000 TL ihbar tazminatı, 7.500 TL kıdem tazminatı, 2.500 TL ücret, 2.000 TL fazla mesai ve 500 TL yıllık izin ücreti alacağı olmak üzere takibe konu yapılmamış toplam 17.500 TL alacağı olan bir işçiye işveren tarafından yapılacak 15.000 TL lik bir kısmi ödeme, öncelikle muaccel olan normal aylık ücret ve fazla mesai alacağına ilişkin borçlarına mahsup edilmelidir. Kalan miktar ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti borcuna mahsup edilecektir. Anılan borçların muacceliyet tarihleri aynı olduğundan temerrüt tarihi önce gerçekleşmiş olan borca yani kıdem tazminatına mahsup edilecektir. Kalan 3.000 TL lik ödemenin ihbar ve izin ücreti borcuna mahsubu anılan borçların muacceliyet ve temerrüt tarihlerinin aynı olması nedeni ile miktarları ile orantılı olarak yapılacaktır. Kalan toplam borç 5.500 TL olup, ihbar tazminatının bu miktara oranı 5.000/5.500 = 10/11, izin ücretinin oranı 500/5.500 = 1/11 olmakla, 3.000 X 10/11 = 2.727 TL ihbar tazminatına, 3.000 X 1/11 = 273 TL izin alacağına mahsup edilecektir. Böylece işverenin 2.273 TL ihbar tazminatı, 227 TL izin ücreti olmak üzere toplam 2.500 TL borcu kalmış olacaktır.

Somut olayda, 17.10.2003 tarihli ibra sözleşmesinde belirtilen alacakların, ödendiği belirtilen 5.127.000.000. TL makbuz kabul edilip bunlardan fazla çalışma alacağına ilişkin kısma isabet eden miktar, yukarıda belirtilen esaslar dairesinde, belirlenerek bilirkişi tarafından hesaplanan fazla mesai ücretinden mahsup edilip, varsa bakiye alacağın hüküm altına alınması gerekirken, bu husus dikkate alınmadan hesaplama yapılmış olması hatalıdır.

2) Davalı işveren tarafından sunulan 17.10.2003 tarihli ibra sözleşmesinde kıdem tazminatından bahsedilmediği halde burada belirtilen 5.127.000.000.TL kıdem tazminatı olarak değerlendirilerek bu talebin reddi hatalıdır. Mahkemece davalının sunduğu 7 adet (17.10.2003 ve 16.10.2003 tarihli) kıdem tazminatı olarak ödenen ve miktar içeren belgeler değerlendirmeye tabi tutularak ilk dönem süre için hesaplanacak kıdem tazminatını karşıladığı takdirde ilk dönemin tasfiye edildiği sonucuna varılarak şimdiki gibi; bu belgelerdeki ödemeler ilk dönem çalışması için kıdem tazminatını karşılamadığı takdirde davacının tüm çalışma süresine göre kıdem tazminatının hesaplanarak ödemenin avans olduğu kabul edilip faizi ile mahsubu yapılarak kıdem tazminatı belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmiş olması doğru değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.11.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/37378
Karar No **:** 2009/12271
Karar Tarihi **:** 30.04.2009

936

İlgili Kanun : 818/118

ÖZÜ : ***Takas için iki ayrı kimsenin karşılıklı olarak birbirlerinden alacaklı olması gerekir. Alacaklar aynı türde ve muaccel olmalıdır.***

DAVA: Davacı, fark ihbar kıdem tazminatı ile yıllık izin, fark mesai, hafta tatili ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Borçlar Kanunu'nun 118/1 maddesi uyarınca, iki kişi karşılıklı olarak bir miktar parayı veya konuları itibari ile aynı türden malı birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki tarafın her biri borcunu alacağı ile takas edebilir. Sonuçta her iki borç da az olanı oranında sona erer(Eren, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası. Beta. İstanbul, s. 1261). Takas borcu sona erdiren nedenlerden biridir.

Takastan bahsedilmek için, her şeyden önce iki ayrı kimsenin karşılıklı olarak birbirlerinden alacaklı olmaları gerekir. Henüz doğmamış veya takas anında sona ermiş alacaklar takas edilemez.

Takas edilecek alacaklar aynı nitelikte, aynı türden olmalıdır. Borçlar doğdukları anda aynı türden olabileceği gibi, sonradan da aynı türden olabilirler. Ancak takas hakkının kullanıldığı anda, mutlaka aynı türden olmaları zorunludur.

Bir alacağın takası için gerekli olan bir diğer şartta alacağın muaccel olmasıdır. Alacaklı tarafından zaman itibarıyla ifası istenebilir bir borç olması gerekir. Takas edilecek alacağın muaccel olması, buna karşılık asıl alacağın(karşı taraf asıl alacağının) sadece ifa edilebilir bulunması yeterlidir.

Takas hakkını ileri sürenin alacağı, dava edilebilir bir alacak olmalıdır. Takası ileri süren tarafın alacağının tartışmalı olması, takas ileri sürülmesine engel değildir. Alacağı tartışmasız olan taraf bu takasa itiraz edebilir ve kendi alacağını dava edebilir. Takası ileri süren tarafın bunun için dayandığı alacak, talep ve dava edilebilir bir alacak olması gerekir. Bunu istisnası zaman aşımına uğramış borçlarda görülür. Zaman aşımına uğramış borç talep ve dava edilebilir olamamasına karşın, alacaklı buna takas için dayanabilir. BK.118'e göre, zamanaşımına uğrayan alacak, takas şartlarının tamamlandığı tarihte henüz zamanaşımına uğramamış idiyse, alacaklı takas talebinde bulunabilir. BK.124' e göre borçlu önceden takastan feragat edebilir. Başka bir anlatımla, daha borç ilişiği kurulurken ya da sonra, borçlu diğer tarafın alacak talebine karşı takas dermeyan etmeyeceğini taahhüt edebilir. BK.123' de takası kanunen önlenmiş bazı alacaklar sayılmıştır.

Kanun takas için bir irade açıklaması aramaktadır. Takası gerçekleştirmek için irade açıklamasına takas beyanı denir. Bu beyan bir taraflı bir hukuksal işlemdir. Bu

işlem bir yenilik doğuran hakka dayanır. Tarafların biri, borcu ile alacağını takas ettiğini karşı tarafa bildirerek, bu hakkını kullanmış olacaktır(BK. 122/1). Takas hukuki niteliği itibari ile bozucu yenilik doğuran bir haktır. Borçlunun takas hakkını kullanma isteğini, alacaklıya bildirmesi gerekir. Takas bir sözleşme olmadığı için karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Takas aynı zamanda borcu sona erdirdiği için bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle borçlunun takas edilecek alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.

BK.122/II' e göre takas halinde her iki borç, takas edilebilecekleri andan itibaren en az olan borç oranında düşer. Beyan yapılınca, bunun hükmü, takas şartları tamamlandığı ana kadar geriye etkili sayılmıştır. Böylece borçlar takas beyanının yapıldığı zaman değil, takas şartlarının gerçekleşeceği an düşmüş olacaktır. İki borç miktarca farklı ise, takas sonucunda az olan borç tamamen, diğeri ise kısmen sona erer. Mahsup alacaktan indirilme yapılması söz konusudur. Fakat indirilen miktar mukabil bir alacak değildir.

Dava dayanağı hukuki olay inkâr edilmemekle birlikte, talep sonucunu reddeden, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren yeni olayların ileri sürülmesine "itiraz" denir. Davalının açıkça itiraz ettiğini belirtmesine gerek kalmadan, dava dosyasındaki bilgilerden bir itiraz sebebinin varlığı anlaşılıyorsa, hakimin bunu re' sen (kendiliğinden) dikkate alması gerekir. Dava konusu borcun ödendiğini gösteren ücret bordroları, ibranameler, feragatnameler itiraz niteliğindedir. Her zaman dikkate alınmalıdır.

Davalının, dava dayanağı olayı ve borcun varlığını inkar etmeden, borçlu bulunduğu edimi, özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasına imkan veren hakka “def’i” denir. En tipik örneği, "zamanaşımı def’i”dir. Def’iler, dava dilekçesine cevap verilirken ileri sürülmelidir. Aksi halde, davalı "savunmanın genişletilmesi yasağı" ile karşılaşabilir. Def’iler, davada ileri sürülmedikçe hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmazlar. Takas ve mahsup bir def’idir. İleri sürülmedikçe kendiliğinden dikkate alınamaz.

Takas, karşılık dava olarak ileri sürülebileceği gibi, def’i olarak da ileri sürülebilir.

Takasın def’i olarak ileri sürüldüğü davada, takas ve mahsup sonucu kalan ve hüküm altına alınan miktar üzerinden yargılama harcı alınacak, takas ve mahsup def’i nedeni ile reddedilen miktar üzerinden ileri süren yararına vekâlet ücreti ve yargılama giderine karar verilecektir.

Somut olayda davacı, basketbol koordinatörü olarak çalıştığını belirterek fark kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacakları isteğinde bulunmuştur.

Davalı, kıdem ve ihbar tazminatının ödendiğini, iade etmediği avans miktarı toplamı 1.063 YTL' nin takas ve mahsubunun yapılmasını talep ederek davanın reddini savunmuştur.

Yargılama sırasında avans toplamı 1.063 YTL nin mahsubu sonucu, 1.349,00 YTL daha banka aracılığı ile ödeme yapıldığına ilişkin banka dekontu davalı tarafından dosyaya sunulmuştur.

Davacı ise, avans borcunun olmadığını, bu sebeple banka aracılığı ile yapılan ödemeyi fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kabul ettiğini ihtarname ile bildirmiştir. Ayrıca avans iadelerine ilişkin makbuzları dosyaya sunmuştur.

Mahkemece, takas mahsup def'i dikkate alınmadan davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı ve davalı tarafından sunulan avans ve avans iadesi makbuzları ile 11.6.2008 tarihinde yapılan toplam 1.349, 76 YTL fark ihbar ve kıdem tazminatı ödeme belgesindeki miktarların değerlendirilerek takas ve mahsubu sonucu, dava konusu alacakları belirlenmelidir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgiliye iadesine 30.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/3775
Karar No **:** 2009/16587
Karar Tarihi **:** 11.06.2009
İlgili Kanun **:** 818/125

ÖZÜ : ***Zamanaşımı alacak hakkını sona erdirmez, sadece onu eksik bir borç haline dönüştürür ve alacağın dava edilebilme özelliğini ortadan kaldırır.***

DAVA : Davacı, kıdem ve fazla çalışma alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentler dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında işçinin yapmış olduğu fazla çalışma alacağı yönünden zamanaşımı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkâr olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir. Diğer bir anlatımla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp istenmesini, önleyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

İşte bundan dolayı, yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle talep konusu hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir. Yasalarda hakkın istenebilir konumuna, diğer bir anlatımla yerine getirilmesinin gerektiği güne, ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmedikçe istenemez.

Bilindiği gibi zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Genel olarak savunma nedenlerinin ve bu arada zamanaşımı savunmasının esasa cevap süresi içinde bildirilmesi gereklidir. Ancak, 20.12.1974 gün ve 6155-17127 sayılı Daire kararında da belirtildiği veçhile (bu karar için de yukarıda anılan dergi, sayfa 637 ve devamına bakınız); savunma nedenlerinin ve savunma nedenlerinden olan zamanaşımının yasanın öngördüğü cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülmesi, diğer bir

ifade ile "savunmanın genişletilmesi", bazı kayıt ve şartlarla mümkündür (HUMK. 202/11). Bu tek şart, savunmanın genişletilmesine karşı tarafın (hasmın) muvafakatidir. Eğer karşı taraf savunmanın genişletilmesine muvafakat etmez ve dolayısıyla (savunmanın genişletildiği) yollu bir itirazda bulunursa, o takdirde ancak mahkemenin ileri sürülen savunma nedenlerini (bu arada zamanaşımı savunmasını) incelemesi olanağı yoktur; bu durumda ise mahkeme hemen savunma nedenlerini reddetmelidir. Usulün 202. 187. ve 188. maddelerinin birlikte incelemesinden çıkan sonuç budur. Özetle belirtmek gerekirse, savunmanın genişletildiği itirazı ile karşılaşılmadığı sürece zamanaşımı savunmasının geç ileri sürülmesi, incelenmesine engel değildir.

Hemen belirtmelidir ki, gerek İş Kanunu'nda, gerekse Borçlar Kanunu'nda, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur.

Bu noktada, zamanaşımı başlangıcına esas alınan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hakkının doğumu ise, işçi açısından hizmet aktinin feshedildiği tarihtir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

İşveren ve işçi arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır, işçinin sözleşmeye aykırı şekilde işverene zarar vermesi halinde, işverenin zararının tazmini amacı ile açacağı dava Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca 10 yıllık zaman aşımına tabidir.

İşverenin, işçiye hataen ödediğini iddia ettiği kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik alacaklarını geri verilmesi yönündeki istemi BK. nun 66. maddesi hükmü uyarınca, bir yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının başlangıcı işverenin geri alma hakkını öğrendiği tarihten itibaren başlar. Resmi kuruluşlarda bu zamanaşımı başlangıcı yetkili makamın öğrenme tarihidir.

Tazminat niteliğinde olmayan ücret alacakları için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/8 maddesinde 5 yıllık özel bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. 4857 sayılı Kanundan daha önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı Kanunda ücret alacaklarıyla ilgi olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Ancak uygulama ve öğretide ücret alacağına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanunu'nun 126/1 maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur.

TTK.nun 1259. maddesinin 1. fıkrasında yazılı bir yıllık zamanaşımı, aynı Kanunun 1235. maddesi uyarınca gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacaklarının bir rüçhan hakkı olarak gemi bedeli üzerindeki talebi ile ilgili olup genel anlamda, hizmet ve iş mukavelelerinden doğan ücret alacaklarının BK. nun 126. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir.

Kanundaki zamanaşımı süreleri, BK' nun 127.maddesi gereğince " tarafların iradeleri ile değiştirilemez.

İş sözleşmesi devam ederken kullanılması gereken ve iş sözleşmesinin feshi ile alacak niteliği doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir (HGK. 05.07.2000 gün ve 2000/9-1079 E, 2000/1103 K).

Sözleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar (BK. m. 128). BK. nun 101. maddesince, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

Müteselsilen borçlu olan kişilerin birbirlerine rücuunu ve bunun zamanaşımını aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği düzenler. Zira müteselsilen borçluluk muhtelif hukuki ilişkiler sonucu doğabilir. Ancak rücu hangi hukuki ilişki veya yasal nedenle doğmuş olursa olsun rücu zamanaşımı rücua neden olan ödemenin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar ve bu zamanaşımı süresi de, yukarıda açıklandığı üzere, ödemeyi yapan ve rücu eden ile edilen kişi arasındaki hukuki ilişkiye göre saptanır.

Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi ile zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu zamanda başlayacağı esasını kural olarak getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, borç belirli bir vadeye bağlanmış ise bu vadenin bittiği tarihte muacceliyet kesbedeceğinden aynı Yasanın 130. maddesi hükmü göz önünde tutularak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının hesap edilmesi gerekir. Kanun koyucu burada borçlunun temerrüde düşürülmesi esasından ayrılarak alacağın muaccel olmasını kafi görmüştür. Zamanaşımının başlaması için ayrıca borçlunun sözü geçen Yasanın 101. maddesinde yazılı şekilde temerrüde düşürülmesine lüzum yoktur.

Alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan halleri 128. maddenin 2. fıkrası düzenlemiştir. Bu hükme göre zamanaşımı haberin verilebileceği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucu burada haberin verileceği değil, verilebileceği günün zamanaşımına başlangıç olarak kabul edilmesi gerekeceğini öngörmüştür. O halde, bu durumda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilen haberin verilmesi şart olmayıp verilmesi mümkün olan zamanın tespitini yeterli görmüştür. Haber verebilme ihtiyari bir olaydır. Bu husus alacaklı tarafa bırakılmış ise alacaklı verdiği tarihten itibaren bu hakkını kullanma olanağına her zaman sahiptir. Yani verdiği tarihten itibaren her zaman borçluya verdiği şeyin ödenmesi için ihbar yapabilir. Bu itibarla borçlunun temerrüt haline düşürülüp düşürülmediği ve fiili ihbarın yapılıp yapılamadığı hususları araştırılmadan ödenmesi ihbar yapılması esasına bağlı borç ilişkilerinde zamanaşımının bu haberin verilebileceği yani para ve sairenin verildiği tarihin zamanaşımına başlangıç olarak alınması gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 131. maddesi gereğince asıl alacak zaman aşımına uğradığından faiz ve diğer ek haklarda zamanaşımına, uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur. Borçlar Kanunu'nun 133/2.

maddesince alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

Kısmi bir dava açılması halinde alacağın yalnız o kısım için zamanaşımı kesilir. Dava dışı kalan bölümü hakkında, zamanaşımı işlemeye devam eder.

Borçlar Kanunu'nun 132/4. maddesinde "Hizmet mukavelesinin devam ettiği müddetçe hizmetçilerin, istihdam edenlere karşı olan alacakları hakkında" zamanaşımının işlemeyeceği ve duracağı belirtilmiş ve hizmetçi" terimi kullanılmıştır. Bu maddenin iş sözleşmesiyle bağlı her kişiye uygulanması olanağı yoktur. Hizmetçiden kastedilen; kendisine ev işleri için ücret ödenen, iş sahibiyle aynı evde yatıp kalkan, aileden biriymiş gibi ev halkı ile sıkı ilişkileri olan kimsedir.

Borçlar Kanunu'nun 133. maddesinde zamanaşımını kesen nedenler sınırlama getirmeksizin gösterilmiştir. Bunlardan borçlunun borcunu ikrar etmesi (alacağı tanıması), bu nedenlerden biridir. Borcun tanınması, tek yanlı bir irade bildirimi olup; borçlunun, kendi borcunun devam etmekte olduğunu kabul anlamındadır. Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı vekilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması ve ayrıca zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Gerçekte de borç ikrarı, ancak, işlemekte olan zamanaşımını keser; farklı anlatımla zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonraki borç ikrarının kesme yönünden bir sonuç doğurmayacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Bu bağlamda BK. 139. maddesinden de söz edilmesi zorunludur.

Borçlar Kanunu'nun 139. maddesi zamanaşımından feragati düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme hakkından önceden feragati geçersizdir. Önceden feragatten amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken vaki feragattir. Oysa daha sonra vazgeçmenin geçersiz sayılacağına ilişkin yasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle borç zamanaşımına uğradıktan sonra borçlu zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir. Zira, burada doğmuş bir defi hakkından feragat söz konusudur ve hukuken geçerlidir. Bu feragat; borçlunun, ileride dava açılması halinde zamanaşımı definde bulunmayacağını karşılıklı olarak yapılan feragat anlaşmasıyla veya tek yanlı iradesini açıkça bildirmesiyle veyahut bu anlama gelecek iradeye delalet edecek bir işlem yapmasıyla mümkün olabileceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı definde bulunmamasıyla veya defi geri almasıyla da mümkündür.

Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı definden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır.(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19/11/1963 T. 5924-6419 sayılı kararı) Dahası, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun da bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı defini ileri sürmesi çelişkili davranış yasağını oluşturur ve MK. md. 2' ye aykırıdır. Hukuken korunamaz (HGK. 23.02.2000 gün ve 2000/15-71 E, 2000/116 K).

Borçlar Kanunu'nun 133/2.maddesi hükmü uyarınca, dava açılması veya icra takibi yapılması zamanaşımını kesen nedenlerdendir. Borçlar Kanunu'nun 135. maddesi ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.

Zamanaşımı, dava devam ederken iki tarafın yargılamaya ilişkin her işleminden ve hakimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar ve kesilmeden itibaren yeni bir süre işler (BK. m. 135-136).

Borçlar Kanunu'nun 133/2. maddesi gereğince takas defi zamanaşımını keser ve 136. maddesi gereğince de dava devam ettiği sürece hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar.

Borçlar Kanunu'nun 134.madde hükmü, "Müruruzaman müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil olmayan bir borcun müşterek borçlularından birine karşı katedilmiş olunca diğerlerine karşı da katedilmiş olur" kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser.

Bu hükmün haksız fiillerden doğan müteselsil sorumlulukta sadece tam teselsülde yani Borçlar Kanunu md. 50'ye dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulacağı; buna karşın eksik teselsülde yani Borçlar Kanunu md. 51'e dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulmayacağı kabul edilmelidir. Yine halefiyette borçlu alacaklının yerine geçtiğinden, alacaklının alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Bunun sonucu olarak halefiyetten yararlanan rücu hakkı sahibinin, diğer borçlulara rücu hakkı alacaklının sahip olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır.

Borçlar Kanunu'nun 137 maddesinde hangi hallerde zamanaşımına ilaveten 60 günlük munzam müddetten yararlanılacağı sınırlı bir biçimde sayılmış, ayrıca sayılan hususlardan dolayı daha önce davanın reddedilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemede davanın açılmamış sayılma ile sonuçlanması haline yer verilmemiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde İş Mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Bu nedenle zamanaşımı defi ilk oturuma kadar ve en geç ilk oturumda yapılabilir.

Somut olayda davacı işçi dava dilekçesinde 100 YTL fazla çalışma alacağı talep etmiştir. Davalı işveren zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Bilirkişi zamanaşımı savunmasını dikkate alarak hesaplama yapmıştır. Davacı işçi davasını ıslah ederek fazla çalışma alacağını 431,05 YTL' ye yükseltmiştir. Davalı işverence ıslah üzerine usulüne uygun biçimde zamanaşımı itirazında bulunulmuştur. Mahkemece davalı işverenin 24.10.2002 tarihinde temerrüde düşürüldüğü belirtilerek zamanaşımı sakınmasına değer verilmemiştir. Davacı işçi tarafından noter kanalıyla gönderilen ihtarname ile davalı işveren temerrüde düşürülmüştür. Temerrüt, alacağa talep edilecek faizin başlangıcı bakımından önemlidir. Ancak davalı işverene gönderilen ihtarname zamanaşımını kesmez. Zamanaşımını kesen sebepler Borçlar Kanunun 132 ve devamı maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Davacı işçinin dava dilekçesinde talep ettiği 100 YTL ile ıslah tarihinden 5 yıl geriye gidilerek yapılan hesaplama neticesinde bulunan 102,45

YTL olmak üzere toplam 202,45 YTL fazla çalışma alacağına hükmedilmesi gerekirken 431,05 YTL hükmedilmesi hatalıdır. Bu nedenle kararın bozulması gerekir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/17475
Karar No **:** 2008/11063
Karar Tarihi **:** 02.05.2008
İlgili Kanun **:** 818/161

ÖZÜ : ***Tek taraflı düzenlenen cezai şart geçerli değildir.***

DAVA: Davacı ve karşı davalı itirazın iptali ile % 40 icra inkâr tazminatına, davalı ve karşı davacı ise manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davayı kısmen hüküm altına almış, karşı davayı reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı, davalının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, çalışırken davacının sağladığı kredi imkânından yararlandığını, ancak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği için borcun tamamının muaccel hale geldiğini, yaptıkları icra takibine itiraz edildiğini belirterek itirazın iptaline ve icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesini istemiştir.

Davalı borcun kurum içinde taksitli bir borç olduğu için itiraz ettiğini, borcun tamamının muaccel hale gelemeyeceğini savunmuştur.

Mahkemece itirazın iptaline karar verilip asıl alacak cezai şart ve gecikme faizi ile icra inkâr tazminatına hükmedilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık cezai şartın tek taraflı olup olmadığı ve icra inkâr tazminatını hak edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

Davacı ve davalı arasında akdedilen 19.07.2004 tarihli sözleşmenin 10/2 maddesinde çalışana toplam kredi tutarının % 20 si tutarında tazminat ödeneceği düzenlenmiştir. Bu madde içerik itibarıyla cezai şart hükmündedir. Madde metni incelendiğinde cezai şartın tek taraflı düzenlendiği görülmektedir. Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre tek taraflı cezai şart geçerli değildir. Bu nedenle mahkemece cezai şarta karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3. Davalı yaptıkları sözleşmenin müzayaka ile imzalatıldığını borcun tamamının muaccel hale gelmediğini iddia etmiştir.

Bu durumda hakkın özü tartışmalı olduğu için icra inkâr tazminatının da reddedilmesi gerekirken kabulü doğru değildir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.05.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/26954
Karar No **:** 2009/36971
Karar Tarihi **:** 24.12.2009
İlgili Kanun **:** 818/348

ÖZÜ : ***Sözleşmeyle rekabet yasağı getirilen işçi, rekabet yasağına aykırı davranırsa, cezai şart alacağından sorumludur.***

DAVA: Davacı, ihbar tazminatı, cezai şart ve maddi tazminat alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Dava rekabet yasağının ihlali sebebiyle kararlaştırılan tazminatın ödetilmesi isteğine ilişkindir.

Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinde, "iş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışamamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler. Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir" şeklinde kurallara yer verilerek rekabet yasağının esasları düzenlenmiştir. Buna göre işçinin, işverenle ilişkide olan müşterileri tanıması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşabilmesi imkânının olduğu hallerde, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından işverenle rekabet oluşturacak şekilde kendi namına iş yapmaması, rakip bir firmada ortak olamaması ya da iş sözleşmesiyle çalışmaması şeklinde şart içeren sözleşmeler yapabileceklerdir. Borçlar Kanunun ilgili hükmünde ikinci cümlede ise rekabet yasağının kapsamı sınırlandırılmış ve işverene önemli bir zarar verilmesi ihtimalinin olmadığı durumlarda bu tür düzenlemelerin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinde ise, rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından duruma göre sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir.

Süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebilir. Aksi durum işçinin ekonomik anlamda yıkımına neden olabilecektir.

Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir. Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz, işçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir.

İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer.

İşçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra rekabet yasağına uyma yükümü, geçici iş ilişkisi sırasında da devam eder. Bu noktada işçinin ödünç alan işverene bağlı olarak yapmakta olduğu çalışmalarının da rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Rekabet yasağının ihlaline bağlı taraflarca kararlaştırılmış olan belli bir ödemeyi öngören yaptırım, niteliği itibarıyla bir cezai şart hükmüdür. Böyle olunca Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi hükmü gereğince fahiş olan cezai şartın hakim tarafından indirilmesi gerekir (Yargıtay 9.HD. 02.05.2008 gün 2007/ 17815 E, 2008/ 11014 K).

Somut olayda, davalı işçinin davacı ile aynı adreste faaliyet gösteren P. firmasında 30.12.2006 tarihinde çalışmaya başladığı dosyaya ibraz edilen iş sözleşmeleri ile sabittir. Davacı şirket ile bu firma arasında bağlantı bulunduğu sabittir. Davacı ile davalı işçinin arasında imzalanan 02.01.2006 tarihli iş sözleşmesi bulunmaktadır. İş sözleşmesi 1 yıllık olup, süre sonunda otomatikman uzatılacağı kararlaştırılmıştır. Ayrıca sözleşmede davalı işçi yönünden işten ayrıldıktan sonra 1 yıl süreyle aynı iş kolunda çalışamayacağına ilişkin rekabet yasağı getirilmiştir. Cezai şart olarak da 5 aylık brüt ücret kararlaştırılmıştır. Diğer davalı firma davacı ile aynı alanda faaliyet göstermektedir. Davalı işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı sabittir. Davacı tarafın cezai şart alacağından davalı işçi sorumludur.

3- Öte yandan davacı tarafça dosyaya ibraz edilen iş sözleşmeleri nazara alındığında taraflar arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi bulunmaktadır. Davalı işçi ihbar öneline uymadan işyerinden ayrılmıştır. Diğer davalı O. firması davalı işçinin bu durumundan haberdardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23.maddesi uyarınca davalılar davacıya karşı müştereken ve müteselsilen ihbar tazminatından sorumludur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.12.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27819
Karar No **:** 2008/25991
Karar Tarihi **:** 09.10.2008
İlgili Kanun **:** 854/20

ÖZÜ : ***Deniz İş Kanunu'nda kıdem tazminatı için ayrı bir faiz oranı belirlenmediğinden, yasal faiz uygulanması gerekirken, en yüksek mevduat faizine karar verilmesi hatalıdır.***

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına alınmıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Davacı, davalı şirkette gemi adamı olarak çalışmıştır. Mahkemece, kıdem tazminatına fesih tarihinden itibaren işleyecek en yüksek banka mevduat faizine karar verilmiştir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesinde kıdem tazminatı için ayrı bir faiz oranı ve ödeme günü belirlenmemiştir. Bu nedenle hüküm altına alınan kıdem tazminatına; ıslahla arttırılan miktar için ıslah tarihinden, dava ile talep edilen kısma dava tarihinden yasal faiz uygulanması gerekirken, yazılı şekilde faize karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/30707
Karar No **:** 2009/1788
Karar Tarihi **:** 09.02.2009
İlgili Kanun **:** 854/20

ÖZÜ : ***Kıdem tazminatı için fesih tarihinden itibaren mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz 1475 sayılı İş Kanunu'nda öngörülmüş olup, Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamının hak ettiği kıdem tazminatı için bu faiz kuralının uygulanması olanağı yoktur.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ve ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücret alacağının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Hüküm altına alınan kıdem tazminatı için fesih tarihinden itibaren mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz 1475 sayılı İş Kanunu'nda öngörülmüştür. 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamının hak ettiği kıdem tazminatı için bu faiz kuralının uygulanması olanağı yoktur. Bu itibarla hüküm altına alınan kıdem tazminatı için dava dilekçesinde istenilen miktar için dava ve ıslah ile arttırılan miktar için ıslah tarihinden itibaren 3095 sayılı yasa uyarınca yasal faiz uygulanmalıdır. (Hukuk Genel Kurulu 2003/9-80 E, 2003/130 K)

3- Kısmi davada alacağın belirlendikten sonra, kalan miktarın ıslah sureti ile arttırılarak talep edilmesi kısmi ıslah olarak kabul edilmektedir. Kısmi ıslahta ıslah işleminin yapıldığı zamana kadar yapılmış, bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılmasına imkan yoktur. Davalı taraf açılan davada zamanaşımı itirazında bulunduğu gibi, ıslah ile arttırılan kısma da süresinde zamanaşımı itirazında bulunmuştur. Bu durumda ilk dava dilekçesi ile talep edilen miktarlar dışında, ıslah işlemi ile arttırılarak talep edilen yıllık ücretli izin, fazla mesai ve UBG tatil ücretlerinin arttırılan kısımları 23.03.2006 ıslah dilekçesi tarihine göre beş yıllık zamanaşımına uğramıştır. Zamanaşımı defi dikkate alınarak, yıllık ücretli izin, fazla mesai ve UBG tatil ücret alacaklarının dava dilekçesinde talep edilen miktarlar hüküm altına alınması gerekir. Bu alacaklardan zamanaşımına uğrayan ve ıslahla arttırılan miktarlarının zamanaşımı defi nedeni ile reddi gerekir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/38038
Karar No **:** 2009/2876
Karar Tarihi **:** 18.02.2009
İlgili Kanun **:** 2004/68

ÖZÜ : ***Alacağın hak edilip edilmediğinin yargılamayı gerektirdiği durumda, alacağın likitliğinden söz edilemeyeceğinden, icra inkâr tazminatına hükmedilemez.***

DAVA : Davacı, itirazın iptali, takibin devamı ile % 40 icra inkâr tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : İşçilik alacaklarıyla ilgili olarak yapılmış olan icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında yargılama ve icra inkâr tazminatına karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Genel haciz yoluyla ilamsız icra takiplerinde borçlunun itirazı üzerine takip durur ve alacaklının takibin devamını sağlamaya yarayan imkânlarından biri İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesinde öngörülen itirazın iptali davasıdır.

İtirazın iptali davası, takip alacaklısı tarafından itiraz etmiş olan takip borçlusuna karşı açılır. İcra takibinde yer alan ve borçlu tarafından itiraza uğrayan kısım davanın konusunu oluşturur. Borcun tamamına ya da bir kısmına itiraz hallerinde olduğu gibi imzaya itiraz ile faize itiraz edilmesi durumunda da itirazın iptali davası açılabilir

İcra İflas Kanunu'nun 68 ve 68 (a) maddelerinde sözü edilen belgelerden birine sahip olmayan alacaklı, itirazın giderilmesini sağlayabilmek için yalnız itirazın iptali yoluna başvurabilir.

Borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş ya da itiraz geçerli değilse alacaklının itirazın iptali davası açmasında hukuki yarar yoktur.

İtirazın iptali davası süreye tabidir. Alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde davayı açabilir.

İcra takibi konusu alacak (davası) iş mahkemesinin görevine girmekte ise, itirazın iptali davası da iş mahkemesinde açılır (Kuru, Baki: İcra ve iflas Hukuku, İstanbul Kasım 2004, s. 223.). Buna göre davada 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca sözlü yargılama usulü uygulanır.

İtirazın iptali davasında, işçilik alacaklarıyla ilgili olarak tahsil hükmü kurulması mümkün olmaz. Yargılama sonunda icra takibine itirazın kısmen ya da tamamen iptali ile takibin devamına ya da davanın reddine dair karar verilmelidir.

İtirazın iptali davasında dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması mümkün olup, arttırılan kısım yönünden tahsil davası olarak hüküm kurulmalıdır. Davaya konu miktarın ıslah yoluyla arttırılması itirazın iptali davasının niteliğini değiştirmez ve tamamını tahsil davasına dönüştürmez.

İtirazın iptali davasında borçlunun haksızlığına karar verilmesi halinde ve alacaklının talep etmiş olması şartıyla, borç miktarının Yasada gösterilen orandan az olmamak kaydıyla icra inkâr tazminatına hükmedilir. İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 28. maddelerinin işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkâr tazminatına hükmedilemez.

Borçlu belirli bir alacak için yapılan icra takibinde borcun bir kısmına itiraz etmek istediğinde, itiraz ettiği kısmı açıkça göstermek zorundadır. Borçlu buna uymaz ve borcun tamamına itiraz ederse, itirazın iptali davası sonucunda borçlu olduğu miktar bakımından icra inkâr tazminatı ödemekle yükümlüdür (Yargıtay 9.HD.04.04.2008 gün 2007/ 14360 E, 2008/ 7511 K.).

Alacağın likit olması şartıyla, itirazın iptali davası sonunda borçlunun itirazının kısmen kabulü halinde dahi, kabul edilen kısım bakımından icra inkar tazminatına hükmedilmelidir. İcra inkâr tazminatı, asıl alacak bakımından söze konu olur. İşlemiş faiz isteği yönünden icra inkâr tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir.

İcra takibinde işlemiş faiz için de takip tarihinden itibaren faiz talep edilmiş olması durumunda, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesi, faize faiz yürütülmesi anlamına gelir ki, Borçlar Kanunu'nun 104/son ve 3095 sayılı yasanın 3. maddesi uyarınca faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Bu halde, asıl alacak bakımından takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmek suretiyle, faize faiz yürütülmeyecek şekilde hüküm kurulmalıdır.

Somut olayda uyuşmazlık icra inkâr tazminatının uygulanması noktasında toplanmaktadır. Davacının icra takibinde bulunduğu alacağın hak edilip edilmediği yönünde davalı tarafından itirazda bulunulmuştur. Başka bir anlatımla hakkın özüne itiraz söz konusu olup yargılamayı gerektirmektedir. Alacağın likitliğinden söz edilemez. H.G.K. 2002/9-511 E., 2002/501 K. sayılı hükmü de bu yöndedir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması Hukuk Genel Kurulunca da bugüne değin paylaşılmaktadır.

Mahkemece icra inkâr tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/3907
Karar No **:** 2009/28234
Karar Tarihi **:** 22.10.2009
İlgili Kanun **:** 2004/68

ÖZÜ : İşe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret likit olup, icra inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekir.

DAVA : Davacı, boşta geçen süre ve işe başlatmama alacağı için yapılan icra takibine yapılan itirazın iptali ile %40 icra inkâr tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İşçilik alacaklarıyla ilgili olarak yapılmış olan icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında yargılama ve icra inkâr tazminatına karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Genel haciz yoluyla ilamsız icra takiplerinde borçlunun itirazı üzerine takip durur ve alacaklının takibin devamını sağlamaya yarayan imkanlarından biri İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesinde öngörülen itirazın iptali davasıdır.

İtirazın iptali davası, takip alacaklısı tarafından itiraz etmiş ulan takip borçlusuna karşı açılır. İcra takibinde yer alan ve borçlu tarafından itiraza uğrayan kısım davanın konusunu oluşturur. Borcun tamamına ya da bir kısmına itiraz hallerinde olduğu gibi imzaya itiraz ile faize itiraz edilmesi durumunda da itirazın iptali davası açılabilir.

İcra iflas Kanunu'nun 68 ve 68 (a) maddelerinde sözü edilen belgelerden birine sahip olmayan alacaklı, itirazın giderilmesini sağlayabilmek için yalnız itirazın iptali yoluna başvurabilir.

Borçlu ödeme emrine itiraz, etmemiş ya da itiraz geçerli değilse alacaklının itirazın iptali davası açmasında hukuki yarar yoktur.

Ödeme emrine itiraz yasal süresi içinde değilse, takip durmadığından itirazın iptali davası açılması da mümkün değildir. Bu yöndeki dava şartı mahkemece re'sen araştırılmalıdır.

İtirazın iptali davası süreye tabidir. Alacaklı itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde davayı açabilir.

İcra takibi konusu alacak (davası) İş Mahkemesinin görevine girmekte ise, itirazın iptali davası da İş Mahkemesinde açılır (Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul Kasım 2004, s. 223.). Buna göre davada 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca sözlü yargılama usulü uygulanır.

İtirazın iptali davasında, işçilik alacaklarıyla ilgili olarak tahsil hükmü kurulması mümkün olmaz. Yargılama sonunda icra takibine itirazın kıdeme ya da tamamen iptali ile takibin devamına ya da davanın reddine dair karar verilmelidir.

İtirazın iptali davasında dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması mümkün olup, arttırılan kısım yönünden tahsil davası olarak hüküm kurulmalıdır. Davaya konu miktarın ıslah yoluyla arttırılması itirazın iptali davasının niteliğini değiştirmez ve tamamını tahsil davasına dönüştürmez.

İtirazın iptali davasında borçlunun haksızlığına karar verilmesi halinde ve alacaklının talep etmiş olması şartıyla, borç miktarının Yasada gösterilen orandan az olmamak kaydıyla icra inkâr tazminatına hükmedilir. İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. ve 28. maddelerinin işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkâr tazminatına hükmedilemez.

Borçlu belirli bir alacak için yapılan icra takibinde borcun bir kısmına itiraz etmek istediğinde, ilinti ettiği kısmı açıkça göstermek zorundadır. Borçlu buna uymaz ve borcun tamamına itiraz ederse, itirazın iptali davası sonucunda borçlu olduğu miktarı bakımından icra inkâr tazminatı ödemekle yükümlüdür (Yargıtay 9.HD. 04.04.2008 gün 2007/ 14360 E, 2008/ 7511 K.).

Alacağın likit olması şartıyla, itirazın iptali davası sonunda borçlunun itirazının kısmen kabulü halinde dahi, kabul edilen kısım bakımından icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

İcra inkâr tazminatı, asıl alacak bakımından söze konu olur. İşlemiş faiz isteği yönünden icra inkâr tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir.

İcra takibinde işlemiş faiz için de takip tarihinden itibaren faiz talep edilmiş olması durumunda, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesi, faize faiz yürütülmesi anlamına gelir ki, Borçlar Kanunun 104/son ve 3095 sayılı yasanın 3. maddesi uyarınca faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Bu halde, asıl alacak bakımından takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmek suretiyle, faize faiz yürütülmeyecek şekilde hüküm kurulmalıdır.

Somut olayda davacı işçi işe başlatılmaması nedeniyle iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği tarihteki ücreti üzerinden boşta geçen dört aylık ücret ile dört aylık işe başlatmama tazminatını talep etmiştir. Davacının iş sözleşmesinin haksız, olarak feshedildiği tarihte aldığı ücret taraflar arasında ihtilaflı değildir. Kaldı ki davalı tarafça bilirkişi tarafından yapılan hesaplamaya da açıkça itiraz edilmemiştir. Davacının talep ettiği alacak likit olup davalı tarafça da bilindiğinden mahkemece davacı lehine icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekir. Dairemizin 15.09.2009 tarih 2008/40178 Esas 2009/22974 Karar, 2008/40181 Esas 2009/22976 Karar, sayılı emsal kararı da bu yöndedir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/28136
Karar No **:** 2008/25786
Karar Tarihi **:** 07.10.2008
İlgili Kanun **:** 4046/21

ÖZÜ : ***5398 sayılı Yasa ile 03.07.2005 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde iş sözleşmesi 4046 sayılı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca feshedilen işçiler yönünden iş kaybı tazminatı 506 sayılı Yasa'nın 77 ve 78. maddelerine göre belirlenmeli, 03.07.2005 tarihi sonrasında yapılan fesihler bakımından ise, iş kaybı tazminatı hesabında asgari ücretin iki katı tutarı esas alınmalıdır.***

İş kaybı tazminatı hesaplanırken, o ay için hak kazanılan ve son ay çalışma süresine göre ödenmesi gereken ücret, prim, ikramiye gibi ödemeler esas alınmalıdır.

DAVA : Davacı, iş kaybı tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı, özelleştirme sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek Türkiye İş Kurumu hakkında açtığı bu davada iş kaybı tazminatı isteğinde bulunmuştur.

İş kaybı tazminatının yasal dayanağı 4046 sayılı Yasa'nın 21. maddesi hükmüdür. Sözü edilen hükümde, "Bu Kanuna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştirakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışanlardan iş sözleşmeleri tabi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında iş kaybı tazminatına hak kazanma koşulları gösterilmiş ve "İş kaybı tazminatı, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 77 ve 78. maddesindeki usul ve esaslar çerçevesinde belirlenecek günlük net kazanç tutarıdır" demek suretiyle hesap yöntemi açıklanmıştır. 4046 sayılı Yasa'da değişikliğin yapıldığı 5398 sayılı Yasa ile sözü edilen metin maddeden çıkarılmış ve yerine, iş kaybı tazminatının asgari ücretin 2 katı tutarında

belirleneceği hükme bağlanmıştır. O halde 5398 sayılı Yasa ile 03.07.2005 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde iş sözleşmesi 4046 sayılı Yasa'nın 21. maddesi uyarınca feshedilen işçiler yönünden iş kaybı tazminatı 506 sayılı Yasa'nın 77 ve 78. maddelerine göre belirlenmeli, 03.07.2005 tarihi sonrasında yapılan fesihler bakımından ise, iş kaybı tazminatı hesabında asgari ücretin iki katı tutarı esas alınmalıdır.

506 sayılı Yasa'nın 77. maddesi işverenlerin ödeyecekleri sigorta priminin belirlenmesine dair olup, işçinin o ay için hak ettiği ücreti, prim ikramiye gibi her çeşit istihkakların ve idare ya da yargı makamları tarafından verilen karar gereğince aynı türdeki ödemelerin prime esas alınacağı belirlenmiştir. Buna göre ücretin yanı sıra akdi ikramiye, prim, ilave tediye gibi ödemelerin bu hesaplamada dikkate alınması gerektiği açıktır. O halde 03.07.2005 tarihine kadar yapılacak olan fesihler yönünden iş kaybı tazminatının hesabında ücret, ikramiye, ilave tediye ve prim gibi ödemeler dikkate alınmalıdır. 506 sayılı Yasa'nın 77. maddesinin 2. fıkrasından yola çıkılarak, yolluk, çocuk ve aile yardımı, ölüm, doğum, evlenme yardımları, ayni ve sosyal yardımların bu hesaplamada gözetilemeyeceği belirtilmelidir. Yine 506 sayılı Yasa'nın 78. maddesinde öngörülen yasal sınırlamaların dikkate alınması gerekir.

Somut olayda, özelleştirme işlemi ve davacının iş sözleşmesinin feshi 2003 yılında gerçekleşmiş olmakla 4046 sayılı Yasa'nın 5398 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki 21. maddesi hükmüne göre iş kaybı tazminatı belirlenmesi gerekir. Anılan hükme göre ve 506 sayılı Yasa'nın 77. Maddesi uyarınca, işçiye son ay içinde ödenen ücret, prim, ikramiye gibi her çeşit istihkaklar ile idare ya da yargı makamları tarafından verilen karar gereğince aynı türdeki ödemelerin prime esas tutarına göre iş kaybı tazminatının hesaplanması gerekir. İlgili hükümde yer alan "işçinin o ay için hak ettiği ücreti, prim ikramiye gibi" sözcüklerinden son ay ödenen miktar yerine, o ay için hak kazanılan ve son ay çalışma süresine göre ödenmesi gereken miktar anlaşılmalıdır. İşçinin son birkaç yıl için hak kazandığı ancak ödenmemiş olan ücret, akdi ikramiye, ilave tediye, izin ücreti ve benzeri işçilik alacaklarının iş sözleşmesinin özelleştirme uygulamaları sebebiyle feshedildiği son ay için ödenmiş olması durumunda, toplam ödeme tutarına göre iş kaybı tazminatı hesaplaması doğru olmaz. İşverenin söz konusu ödemeleri son ay yerine bir önceki ay yapmış olması durumunda ise, son ay ödeme miktarını azaltır ve bu yorum tarzı, yapılan uygulamaya göre işçi aleyhine sonuçlar da doğurabilir. 506 sayılı Yasa'nın 77. maddesi hükmü uyarınca "işçinin o ay için hak ettiği" miktar belirlenmeli ve iş kaybı tazminatı buna göre hesaplanmalıdır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, yukarıda belirlenen açıklama ve yasal esaslar çerçevesinde hesaplama yapılmış olmakla, davacı vekilinin hesaba yönelik temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Dairemizden daha önce geçen benzer bazı davalarda daha önceki dönemler için hak edilmiş olsa da, son ay içinde yapılan ödeme tutarlarını esas alan bilirkişi raporlarına göre hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. İş kaybı tazminatı hesabına dair bu konunun kamu düzenini ilgilendirmediği anlaşılmakla, davalı tarafın bilirkişi raporlarına karşı hesap yöntemine dair açıkça itirazda bulunmadığı benzer nitelikte dosyalarda verilen ve daha önceye ait olsa da son ay için yapılan ödemeleri esas alan hesap yönteminin benimsendiği kararların bu yönde emsal oluşturması da düşünülemez.

Öte yandan karar başlığında hakim ve katip adı ile sicil numaralarına yer verilmemiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesine göre kararı veren mahkeme hakimi ile katibin adı, soyadı ve sicil numaralarının kararda yer alması gerekir. Kamu düzenini ilgilendiren bu eksiklik bozma nedenidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No **:** 2008/10-220
Karar No **:** 2008/224
Karar Tarihi **:** 05.03.2008
İlgili Kanun **:** 4447/46

ÖZÜ : ***KİT'lerde "kapsam dışı personel" adı altında, İş Kanunu'na tabi olarak çalıştırılan ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sosyal güvenlik yönünden sigortalı kabul edilip bu kurumla ilişkilendirilen işçilerin ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.***

DAVA : Taraflar arasındaki "işsizlik sigortası prim iadesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonucunda; (… İş Mahkemesi)'nce davanın reddine dair verilen 05.06.2006 gün ve 220-241 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi'nin 14.11.2006 gün ve 11079-14425 sayılı ilamıyla; (Dava, kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1995/1 Esas 1996/1 Karar sayılı kararı uyarınca Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olduğu gibi, iş güvencesi bakımından kamu personeli sayılarak kamu görevlilerinin sahip olduğu iş güvencesine sahip olmakla 4447 sayılı Kanun 51. maddede sayılan haller nedeniyle işsiz kalmalarının ve dolayısıyla işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanmalarının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmeyeceğinin tespiti ve kesintilerin şimdilik 500,00 YTL'lik kısmının Kurumca tahsil edildiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte tahsiline ilişkindir.

Mahkemece; işsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanuna tabi olduğunun tespiti ile sigortalılık statüsünün zorunlu olup, sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu, dolayısıyla davacının işsizlik sigortasından yararlanmak istememesinin mümkün olmadığı ve 4447 sayılı Kanun'un 46/3. maddesi ile anılan kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı ve davacının statüsü itibariyle bu sayılanlar içinde bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının özelleştirme kapsamında bulunan … A.Ş. bünyesinde kapsam dışı personel statüsünde çalıştığı ve ücretinden işsizlik sigortası primi kesildiği tartışmasızdır.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür". Mevzuatımızda kapsam dışı personelin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kavram; İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanları tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.

Özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında çalışan personelin statüleri hakkında çıkarılan 233, 399, 527 sayılı KHK'lar ile ek düzenlemeler yapılmışsa da kimi KHK'ların Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonucu, bu konu 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin Yasa'yla belirginleştirilmiştir. Bu yasanın, amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinin (A) bendinde, yasanın amacı belirlenmiş ve bu amaca yönelik olarak (B) bendinin (e) fıkrasında da; yasanın kapsamının, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdi ile çalışan personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalacak olanlara mali ve sosyal haklar sağlanması, (d) fıkrasında ise yine bu kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarıyla ilgili hükümler olduğu belirtilmiştir. Nitekim 21. maddesinde, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdiyle ücret karşılığı çalışanlar hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu personeli ile ilgili olarak da, kuruluşlardaki personelin nakli başlıklı 22. maddesinde, özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum veya kuruluşlarına 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/f bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak nakledilirler denilmekte, aynı maddenin (b) bendinde; ataması yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62 ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır, hükmü yer almaktadır. Geçici Madde 9'da da gerek sözleşmeli personel, gerekse de kapsam dışı personel, kamu personeli olarak kabul edilmiştir.

Anılan hükümler uyarınca, özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan, toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan, mali ve sosyal hakları kurumunca çıkarılan Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde düzenlenen, İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu açıktır.

4447 sayılı Kanun'un 46/3. maddesinin 08.09.1999 tarihinde yayınlanan ilk metninde; sadece, 506 sayılı Kanunun 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar kapsam dışı bırakılmış iken, 4571 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile işsizlik sigortası kapsamında olmayanlar yönünden genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir. 4571 sayılı Kanun ile değişik 46/3. madde ile "506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, ... 233 ve 399 sayılı KHK'lar ile 190 sayılı KHK'ya tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile

657 sayılı Kanun'a göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu kanun kapsamına dahil değildir." şeklinde hüküm yeniden düzenlenmiştir.

Ülkemizde yeni olan işsizlik sigortası uygulamasında yol gösterici olması bakımından düzenlemelerin kanun koyucu tarafından açıklanan gerekçeleri gözardı edilmemelidir. 4571 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yapılan genişlemenin madde gerekçesinde; "4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda; işsizlik ödeneğinin 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ödeneceği hükme bağlanmış, ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde bulunmayan sözleşmeli personelden işsizlik sigortası kesintisinin yapılıp yapılmayacağı hususunda bir açıklık bulunmadığından, söz konusu personelden SSK'ya tabi olanların, Emekli Sandığı'na tabi olanlara göre %2 oranında işsizlik sigortası kesintisi nedeniyle mağduriyetlerinin önlenmesini teminen 4447 sayılı Kanun 46/3. fıkranın yeni düzenlemesi metne eklenmelidir." açıklaması yer almıştır.

Anılan hükümler ve kanun koyucunun açık iradesi karşısında, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının 4447 sayılı Kanun'un 46/3. fıkrasında sayılan kamu görevlisi olduğu ve işsizlik sigortasının kapsamı içinde bulunmadığının kabulü gereklidir.

Açıklanan maddi ve hukuki nedenler gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davalı vekilinin "davanın reddine" ilişkin hükmü, temyizde hukuki yararı bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, … A.Ş.'de kapsam dışı personel olarak çalışan davacının ücretinden "işsizlik sigortası primi" adı altında yapılan kesintilerin iadesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece; kapsam dışı personelden işsizlik sigortası primi kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek "davanın reddine" karar verilmiş, Özel Daire'nin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine önceki hükümde direnilmiştir.

Uyuşmazlık; kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen "kapsam dışı personel'in İşsizlik Sigortası Kanunu'na tabi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda; sigortalılara işsiz kalmaları halinde, Kanunda öngörülen ödemenin yapılması yanında, yeni bir iş bulabilmeleri için mesleki geliştirme, yeni bir meslek edindirme ve yetiştirme eğilimi verme hizmetleri de amaçlar arasında sayılmıştır.

İşsizlik sigortası zorunlu olup, işlevini yerine getirebilmesi, uygulamanın sistematik bir bütünlük içerisinde yapılmasına bağlıdır (m. 48).

İşsizlik sigortasının kişiler bakımından kapsamı 506 sayılı Kanuna paralel bir şekilde düzenlenmiştir (m. 47/I-d). 506 sayılı Kanun anlamında sigortalılık niteliğini kazanma açısından aranan koşullar, işsizlik sigortasının kapsamı içinde aynen geçerli olmaktadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen sigortalılar (Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar) ile aynı Kanunun Geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalılar ve mütekabiliyet esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışan yabancı işçiler, işsizlik sigortasının kapsamında yer almaktadır (m. 46/2).

Kapsamda bulunmayanlar ise; 4447 sayılı Kanun'un 4571 sayılı Kanunla değişik 46. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilmektedir;

Buna göre, 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "sigortalı sayılmayanlar" işsizlik sigortasının da kapsamı dışında bulunmaktadırlar. Bunun dışında, sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu, 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu Kanun kapsamına dahil değildir. Anılan madde sınırlandırıcı nitelikte olup, kapsamının yorum yolu ile genişletilmesi düşünülemez.

Maddede "kapsam dışı personel" ifadesi yer almamış olmakla birlikte tam bir değerlendirme yapılabilmesi için tanımına ve içeriğinin belirlenmesine gereksinim vardır.

Kapsam dışı personel İş Hukuku ile ilgili bir kavramdır. Kapsam dışı bırakılma, toplu iş sözleşmesinden yararlanmama sonucunu doğurur, işçiyle işveren arasındaki bireysel iş ilişkisini, hizmet sözleşmesine dayanan olguyu etkilemez. Kapsam dışı bırakılacak olanlar, iş sözleşmeleri veya işyerinde uygulanan personel yönetmelikleri ile İş Hukukunun güvencesi altında bulunmaktadır.

İşçiler ya yasadan ötürü zorunlu olarak kapsam dışı kalmakta, ya da toplu iş sözleşmesinin tarafları serbest iradeleri ile bazı işçi gruplarını kapsam dışı bırakmaktadırlar. Bunlar hizmet akdiyle çalışan, İş Kanunu'na, sosyal güvenlikleri yö-

nünden ise 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi kişiler olup, kapsam dışı bırakılmaları, bunların işçilik sıfatını, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmaları olgusunu etkilememektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, 5. maddesinde ise; bu Kanuna tabi kurumların, dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramayacakları kurala bağlanmıştır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/a maddesinde ise, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin; memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş, bu düzenlemede ayrıca bir "kapsam dışı personel" ifadesine yer verilmemiş, (e) bendinde; işçilerin bu Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 25. maddesinin (c) fıkrasında sözleşmeli personelin ücretinin nasıl saptanacağı, 25 ve devamı maddelerinde diğer mali ve sosyal haklar düzenlenmesine karşın, bu düzenlemeler içinde de kapsam dışı personele yer verilmemiştir. Kapsam dışı personel mali ve sosyal haklar yönünden 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelere tabi tutulmamıştır.

Haklarında, statü hukukuna ilişkin hiçbir yasal düzenleme bulunmayan, sadece KİT'lerce kendi durumlarına uygun yönetmelikler çıkartılan kapsam dışı personelin Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" tanımı içerisinde kabulüne yasaca olanak bulunmamaktadır.

Kapsam dışı personel kamu hukukunda iş gücünün istihdamını belirleyen -statü hukukuna tabi- bir çalışma statüsü değildir. Kapsam dışı bırakılan işçiler, işverenleri ile olan çalışma ilişkilerine hizmet akdi çerçevesinde devam etmektedirler. Sınırlı olarak belirtilen istihdam türlerine toplu sözleşmenin taraflarınca yeni bir statü eklenemez.

Kapsam dışı personelin, 4571 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile işsizlik sigortası kapsamında bulunmadıkları yönünde açıklık getirilen "sözleşmeli personel"e benzer şekilde gibi değerlendirilmeleri gerektiği yönündeki düşünceye gelince;

KİT personel rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK ile de 657 sayılı Kanun'da aynı adı taşımakla birlikte farklı bir sözleşmeli personel uygulamasına gidildiği görülmektedir.

Sözleşmeli personel; kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığı'nın görüşleri alınarak Bakanlar Kurulu'nca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri olarak tanımlanmaktadır (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4/B).

Bunların dışında 399 sayılı KHK'nın istihdam şekillerinde sözleşmeli personel ibaresi yer almış ve 3/C maddesinde; "...teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu KHK'da belirtilen hukuki esaslar

çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel" olarak tanımlanmıştır.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan sözleşmeli personel, 399 sayılı KHK hükümlerine tabi bulunmaktadır. Bu KHK'da hüküm bulunmayan konularda ise 657 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaktadır.

Görüldüğü gibi, işçi niteliğinde bulunan kapsam dışı personelin, farklı esaslara ve statüye tabi tutulmuş olan sözleşmeli personel gibi ele alınarak değerlendirilmeleri mümkün bulunmamaktadır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Kanunu'nun, özelleştirme programına alınacak kuruluşlardan personel naklini düzenleyen 22. maddesinde (kapsam dışı personel) ifadesine yer verilmiş olması, Yasanın amaç ve kapsamıyla ilgilidir.

Anılan Yasa, özelleştirme uygulamalarını düzenlemeye, özelleştirmeye tabi yerlerde çalışanların mali ve sosyal haklarını güvence altına almaya yöneliktir.

Nitekim 1. maddesinde; özelleştirme uygulamaları kapsamında bulunanlara mali ve sosyal haklar sağlanması amacından söz edilmektedir. Özelleştirme uygulamalarına ilişkin bir yasa ile kamuda çalışanların istihdam ilişkilerinin düzenlenmesi beklenmemelidir. KİT'lerde çalışan ve özelleştirme uygulamalarında nakle tabi tutulan kapsam dışı personelin, sözleşmeli personel gibi (kamu personeli olarak) nitelendirilmeleri, yasanın amacına da aykırı bulunacaktır.

Kaldı ki, 2005 yılında anılan maddede yapılan değişiklik ile (kapsam dışı personel) ifadesi yerine; "İş Kanunlarına tabi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel" ifadesine yer verilerek, duruma açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

Belirtilen düzenlemeler hep birlikte değerlendirildiğinde; KİT'lerde "kapsam dışı personel" adı altında, İş Kanunu'na tabi olarak çalıştırılan ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sosyal güvenlik yönünden sigortalı kabul edilip bu kurumla ilişkilendirilen davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.10.2007 gün ve 2007/10-663 Esas, 770 Karar sayılı kararında da bu hususlar vurgulanmaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular karşısında mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ : 1- Davalı vekilinin (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyizde hukuki yararı bulunmadığından temyiz dilekçesinin **REDDİNE**,

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarının (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**, davacıdan alınması gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 05.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/43695
Karar No **:** 2009/32928
Karar Tarihi **:** 02.12.2009
İlgili Kanun **:** 4688/2

ÖZÜ : ***Geçici Personel, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na göre kurulan sendikalara üye olabilir.***

DAVA: … İş Mahkemesinde verilen 13.10.2009 günlü ve 429-526 sayılı hüküm davalılar avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA**, 02.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

MAHKEME KARARI

Davacı vekili mahkememize verdiği 28.04.2009 tarihli dava dilekçesinde, 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi hükümlerine göre çalışan kamu görevlilerinin, 4688 sayılı yasa hükümlerine göre kamu görevlileri sendikalarına üye olabileceklerinin ve anılan kişilerin sendika üyelik ödentilerinin sendikalara yatırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davada görevli mahkemenin idare mahkemesi olması gerektiğini, geçici personelin işçi ve memur olmadıklarını belirterek açılan davanın reddini istemiştir.

Taraflarca İbraz olunan tüm belgeler dosyaya konulmuş, bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır.

Tüm deliller toplandıktan sonra bilirkişi incelemesi yaptırılmış, bilirkişi tarafından tanzim olunan 28.09.2009 tarihli bilirkişi raporu dosyaya ibraz edilmiştir.

Mahkememizce sendikanın geçici personeli üyeliğe kabul ettiği anlaşıldığından, dava açma yetkisi olduğu kabul edilmiştir,

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun Kapsam başlıklı 2. Maddesinde, "Bu Kanun, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekte görevli oldukları kamu hizmetlerinin görüldüğü genel, katma ve özel bütçeli idareler ile özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı kuruluşlarda, kamu iktisadi teşebbüslerinde, özel kanunlarla veya özel kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan banka ve teşekküller ile bunlara bağlı kuruluşlarda ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileri hakkında' düzenlemesi bulunmaktadır.

Anayasanın 128, Maddesinde, kamu görevlilerinin "memurlar" ve "diğer kamu görevlilerinden" oluştuğu belirtilmektedir Ancak Anayasada kamu görevlisi tanımı bulunmamaktadır.

Anayasanın belirtilen maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri, memurlar ile diğer kamu görevlileri eliyle görülür..." denilmektedir. Bu maddede görüleceği şekilde kamu görevlileri tanımı yapılmamakta, kamu görevlileri tarafından yapılması gereken görevlerin tanımı yapılmaktadır.

Doktrinde Kamu Görevlisi "bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevliler..."olarak ifade edilmektedir.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde kamu görevlileri "Memurlar" , "Sözleşmeli personel", "Geçici personel" olarak gruplara ayrılmaktadır. Anayasanın 128. Maddesi, kamu görevlilerini "Memurlar" ve "Diğer kamu görevlileri" olarak ikiye ayırdığına göre, "Sözleşmeli personel ve geçici personel" diğer kamu görevlileri kapsamına girmektedir.

Devlet Memurları Kanunu'nun 4. Maddesinin C bendine göre geçici personel, "Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğunda, Devlet Personel Dairesinin ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimse" olarak tarif edilmektedir.

Diğer kamu görevlileri kapsamına giren Sözleşmeli Personel ve Geçici personelin durumları da kamu hukuku durumudur. Ancak bunlar tek taraflı değil, iki taraflı bir sözleşmeyle göreve başladıklarından akdi bir durumda bulunurlar. Sözleşmeli olarak çalışan geçici personelin durumu da idare tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenip, idare tarafından tek taraflı olarak değiştirilebilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 6. Maddesinin 1-e) fıkrasında, kamu görevlisi deyimi kamusal faaliyet yürütülmesine, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak belirtilmiştir.

Bütün bu anlatımlar karşısında Kamu Görevlileri Kapsamında yer alan ve 657 sayılı Yasanın 4. Maddesinin C bendinde tarifi yapılan Geçici Personelin de Kamu

Görevlileri Sendikalarına üye olabilecekleri mahkememizce kabul edildiğinden davanın kabulüne karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlere dayanılarak
1- **DAVANIN KABULÜNE,**
-657 Sayılı Kanunun 4/C maddesi hükmüne göre sözleşmeli olarak çalışan kamu görevlilerinin 4688 Sayılı Yasa doğrultusunda memur sendikalarına üye olabileceklerinin tespitine,
2- Kurum harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına,
3- Davacı tarafından harcanan toplam 950 TL mahkeme masrafının davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
4- Davacı vekili için yürürlükte bulunan Avukatlık Ücret Tarifesine göre ölçümlenen 573 TL ücreti vekâletin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
5- 8 gün içinde Yargıtay 9 H.D. yolu açık olmak üzere, davacı vekilinin ve davalı vekilinin yüzlerine karşı verilen karar açıkça okunup usulen tefhim kılındı 13.10.2009

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/38766
Karar No **:** 2009/36799
Karar Tarihi **:** 22.12.2009
İlgili Kanun **:** 4721/2

ÖZÜ : ***Kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağı temel hukuk ilkelerindendir. İşçinin 5 yıl geçtikten sonra irade fesadı ve muvazaa iddiasıyla hak talebi dürüstlük kuralına aykırıdır.***

DAVA : Taraflar arasındaki, ücret farkı, fazla çalışma farkı, ikramiye farkı, gece çalışma alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçeklesen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 22.12.2009 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat E. M ile karşı taraf adına Avukat O. A ve T.T U geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü;

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

2- Davacı işçi açmış olduğu bu davada, işyerinde sendika üyesi olarak çalıştığı sırada, 2002 sonu ya da 2003 başlarında işverence iş sözleşmesinin feshedilmiş gibi gösterilerek bir ay kadar alt işveren işçisi gibi sigorta primlerinin ödendiğini, daha sonra yeniden davalı işveren kadrosuna alınarak ücretinin düşürüldüğünü ve toplu iş

sözleşmesi ücret artışlarının düşük ücrete göre yapıldığını ileri sürerek, toplu iş sözleşmesinden doğan ücret ve diğer fark işçilik alacaklarının ödetilmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, işçilerin talebi üzerine sendikanın da bilgisi dahilinde iş sözleşmesinin feshedildiğini ve kıdem tazminatının ödendiğini, alt işveren işçisi olarak çalışmaya başladığını, bir süre sonra yeniden yapılanma girişiminden bir sonuç alınamayınca yeniden davalı işveren nezdinde işe alındığını, 2002 ya da 2003 yılında gerçekleşen bu işlemin ardından işçilerin ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin işyerinde çalışmaya devam ettiklerini ve gerçekte davacı işçi tarafından hakkın kötüye kullanıldığını savunmuştur.

Mahkemece, davacının da aralarında bulunduğu 300 kadar işçinin iş sözleşmelerinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde feshedilmiş gibi gösterilerek alt işverende düşük ücretle işe başlatıldıkları, bir ay sonra yeniden işverende girişi yapılarak düşük ücret üzerine toplu iş sözleşmesinin zamlarının uygulandığı, amacın toplu iş sözleşme hükümlerini bertaraf etmek olduğu ve muvazaaya dayandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, daha önce ödenen kıdem tazminatının işçinin ilerde kıdem tazminatına hak kazanması durumunda faizleriyle beraber mahsup edileceği belirtilerek bir mahsup işleminin uygulanmadığı açıklanmıştır.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, işyeri Ç. Çelik Anonim Şirketine ait iken 26.11.2001 tarihinde davalı şirket tarafından devralınmıştır. Aynı dönemde ülkemizde 21 Şubat 2001 tarihinde başlayan ve etkileri uzun süre devam eden bir ekonomik kriz ortaya çıkmış ve davalı işveren toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca işçi ücretlerini ödemeye devam etmiştir. 2002 yılı sonlarına gelindiğinde, davalı işveren üretim faaliyetinin sürdürülebilmesi için işçilere kıdem tazminatının ödendikten sonra ücretler düşürülerek alt işveren işçisi olarak çalışmalarını önermiş, kabul etmeyenlerin ise ihbar ve kıdem tazminatlarının ödeneceğini bildirmiştir. Davacı işçiye görev değişikliği bildirilmiş ve davacının 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II- e bendi uyarınca iş sözleşmesini feshettiği yönünde dilekçesi alınmıştır. Daha sonra davacı işçiye aynı gün kıdem tazminatı ödenmiştir. Dosya içeriğine göre, işçilerin büyük bir kısmı kıdem tazminatını tam olarak almışlar ve bir ay kadar alt işveren işçisi olarak gösterilmişler ardından yeniden davalı işveren kadrosuna alınmışlardır. Bu arada işçi ücretleri düşürülmüş ve toplu iş sözleşmesinin daha sonraki periyodik ücret artışları işçilerin almakta oldukları bu ücretlere uygulanmıştır. Davalı işverenin teklifini kabul etmeyen 50 kadar işçinin ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek iş sözleşmeleri feshedilmiştir.

Somut olayda, davacı işçi 2002 sonu ve 2003 başlarında gerçekleşen bu uygulamada iradesinin fesada uğratıldığını baskı sonucu belgelerin imzalatıldığını ileri sürmüş ise de, olayın üzerinden yaklaşık 5 yıl geçmesine rağmen bu irade fesadını ileri süren bir talepte bulunmamıştır. Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde, " Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akıt ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder" şeklinde kurala yer verilmiştir. Buna göre davacı işçinin 5 yıla yakın bir sürenin geçmesinin ardından baskı

ve tehdit iddialarına dayanarak talepte bulunması Borçlar Kanunu'nun 31. Maddesine aykırılık oluşturur

Davacının dava dilekçesindeki iddialarından biri de, muvazaalı şekilde alt işveren işçisi olarak bir süre çalıştırıldığı ve ardından yeniden işveren kadrosuna alındığı şeklindedir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. İşyerinde devreden işveren Ç. Çelik Anonim Şirketi döneminden itibaren alt işverenine uygulamalarının geçerli olduğu anlaşılmakla, sözü edilen uygulamaların o tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiği açıktır. Bu itibarla 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işverenle ilgili hükümlerinin somut olay yönünden uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Kaldı ki, davacı işçi kıdem tazminatının ödenmesi karşılığında alt işveren işçisi olarak çalışmayı kabul etmiş ve buna dair belgeleri imzalayarak bir anlamda muvazaanın tarafı olmuştur. Kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağı da temel hukuk ilkelerindendir. Bu nedenle asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı şeklinde bir iddia ile hak talebi somut olay yönünden yasaya uygun olarak değerlendirilemez.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, bir tarafta oluşturulan güvenin korunması ilkesi de önem taşır. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına ilişkin hükümler yanında, tarafların sözlü veya yazılı davranışları bu güven ortamını sağlayabilir. Sağlanan güvenin, güven sorumluluğu kapsamında, hukuken korunması gerekir. Güven sorumluluğunda taraflar birbirlerinden bekledikleri güveni boşa çıkarmamalıdır. Bu bağlamda sözlü ifadeler, çeşitli vesika ve belgeler örtülü irade davranışları da sayılabilir.

Açık irade beyanının korunması pek sorun yaratmasa da örtülü irade beyanının aynı kolaylığı taşıdığından söz edilemez. Ancak bu halde de ortada korunması gereken bir güven söz konusu ise hukuken de bir sonuç doğurması kaçınılmazdır. Güven sorumluluğuna yaklaşımında bir diğer yön dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklere aykırı davranmanın söz konusu olmasıdır. Davacı işçi kıdem tazminatını tam olarak almış ve süregelen ekonomik kriz döneminde değerlendirmiştir. Aynı zamanda işyerinde çalışmaya devam etmiş ve ücretlerinin eksik ödendiği konusunda bir itirazını ileri sürmemiştir. Bu yönüyle işverende 2002 ve 2003 yıllarında gerçekleşen işlemlerin geçerliliği yönünden bir güven duygusu oluşmuştur. Hatta devam eden süreçte işçi ve işveren sendikaları birbiri ardına üç ayrı toplu iş sözleşmesi imzalamışlar ve işçilerin almakta oldukları ücretlerine göre ücret artışlarını belirlemişlerdir. Bu durumda işçi sendikasının da içinde bulunduğu doğal bir süreç işlemiştir. İşçinin bu davranışları, daha önceye dayanan iddialarından vazgeçtiği ve toplu iş sözleşmesinde düzen ilkesi gereği kurulan yeni şartları kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Davacı işçinin davranışları ve işleyen sürecin davalı işveren yönünden oluşturduğu güvenin korunması gerekir.

Medenî Kanunda yer alan dürüstlük ilkesi (TMK m. 2) genel bir hukuk ilkesi olup usul hukukunda da geçerlidir. Devletin bir kurumu olan mahkemenin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyuşmazlığı çözümlemesi düşünülemez. Ayrıca dürüstlük kuralı, kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirir. Çünkü

davanın usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medenî usul hukukunda da geçerli olması ve hâkim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olur. Dürüstlük kuralı, işlemlerin yorumlanması, tamamlanması, yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinde göz önünde tutulur. Dürüstlük kuralına uymak, taraflar açısından bir yükümlülüktür.

Davacı işçinin geçersiz olduğunu ileri sürdüğü işlemi bizzat imzasıyla gerçekleştirdiği, kriz ortamında aldığı kıdem tazminatını değerlendirdiği, uzun yıllar çalışmaya devam ettiği düşünüldüğünde, yaklaşık 5 yıl bir süre geçtikten sonra bu davayı açarak irade fesadı ve muvazaa iddialarıyla hak talebi, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Ödenen kıdem tazminatı önceki hizmet dönemini ekonomik değer açısından karşılamış olup, bu şekilde önceki çalışma dönemi tasfiye edilmiş durumdadır. Dairemizin emsal nitelikteki 12.06.2008 gün ve 3216/15280 sayılı kararı da aynı yöndedir. Tarafların sonraki bir süreçte ücreti belirleyerek yeni bir iş ilişkisi içine girmeleri mümkün olup, sonraki dönemde işçi ve işveren sendikaları tarafından imzalanan toplu iş sözleşmeleri ile mevcut durum benimsenmiştir. Somut olaya özgü tarihsel süreç, işçi ve işveren işlem ve eylemleri dikkate alındığında güven teorisi çerçevesinde mevcut davanın reddine karar verilmelidir. Mahkemece, yazılı şekilde isteğin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, Davalı yararına takdir edilen 625,00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/44880
Karar No **:** 2008/34859
Karar Tarihi **:** 22.12.2008
İlgili Kanun **:** 4853/Ek-1

ÖZÜ : 31.12.2007 tarihinden itibaren, Tasarruf teşvik kesintisi, katkı payı ve nema alacaklarından sorumluluk Hazine Müsteşarlığına aittir.

DAVA: Davacı, tasarruf teşvik ve nema alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı işçi davalı belediye hakkında açtığı bu davada, işyerinde çalıştığı dönemde 3417 sayılı Yasa uyarınca tasarruf kesintisi ile işveren katkı payı

ödemesinin yapılmadığını ileri sürerek, tasarruf teşvik ve nema alacağı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren vermiş olduğu cevapta, 5393 sayılı Yasa uyarınca tasarruf ve teşvik borçlarının Hazine Müsteşarlığı tarafından yeniden yapılandırıldığını ve sorumluluğun Sosyal Güvenlik Kurumuna ait olduğunu savunmuş, husumet yokluğu itirazında bulunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Tasarruf teşvik kesintisi ve katkı payı ödemeleri, 18.03.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3417 sayılı yasa ile öngörülmüş, anılan yasanın 6. maddesine göre anılan ödemelerin ilgili adına açılacak banka hesabına yatırılmaması durumunda, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun tahsil görevinin olduğu açıklanmıştır.

3417 sayılı Yasa 24.04.2003 tarih ve 4853 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmış ve sözü edilen yasanın 7. maddesinde, "3417 sayılı Kanunun mülga 2 nci maddesi kapsamındaki hak sahipleri tarafından bu Kanun kapsamına giren alacaklarla ilgili olarak yargı mercilerine açılmış ve devam eden davalar ile icra takipleri hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır" şeklinde kurala yer verilmiştir. 4853 sayılı Yasanın 8. maddesinde ise, tasarruf teşvik kesintileri ile katkı paylarının süresinde işverence yatırılmaması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından primlerin tahsiline ilişkin hükümler çerçevesinde tahsil edileceği açıklanmıştır.

Öte yandan, 4853 sayılı Kanuna 26.12.2006 tarihinde 5568 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 1 hükmü doğrultusunda, tasarruf teşvik hesaplarına dair tüm varlık ve yükümlülükler 31.12.2007 tarihi itibarıyla Hazineye devredilmiş durumdadır. Anılan hükümde, "Mülga 09.03.1988 tarihli ve 3417 sayılı Kanunla kurulan ve bu kapsamda hak sahiplerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere 24.04.2003 tarihli ve 4853 sayılı Kanunla tasfiye edilen Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabına ait tüm varlık ve yükümlülükler, 31.12.2007 tarihine kadar Hazineye devrolunur. Devre ilişkin hususları belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yetkilidir. Devir tarihinden sonra hak sahiplerine yapılacak her türlü ödeme, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi kayıtları esas alınarak Banka tarafından gerçekleştirilir. Bu ödemelere ilişkin bilgi ve belgelerin Hazine Müsteşarlığına iletilmesini takiben söz konusu ödeme karşılığı tutarlar Müsteşarlık bütçesine bu amaçla konulacak ödenekten karşılanmak suretiyle hak sahibine ödenmek üzere bankaya aktarılır. Konusu suç teşkil eden fiillerden kaynaklanan ödemeler hariç hak sahiplerine fazla ödeme yapıldığının tespiti halinde, bu tutarların tahsilinden vazgeçilerek terkin edilir ve Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi yönünden gerçekleşmiş ödemelere ilişkin tüm hak ve yükümlülükler kendiliğinden sona erer" şeklinde kurala yer verilmiş olmakla tasarruf teşvik kesintisi, katkı payı ve nema alacaklarından sorumluluk Hazine Müsteşarlığına ait olmalıdır.

Mahkemece, sorumluluğun Hazine Müsteşarlığına ait olduğu kabul edilmeli ve davanın davalı işveren yönünden de husumet yokluğu sebebiyle reddine karar verilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/37306
Karar No **:** 2009/12996
Karar Tarihi **:** 11.05.2009
İlgili Kanun **:** 4853/Ek-1

ÖZÜ : ***Tasarruf teşvik kesintisi ve nema alacağı Hazinenin sorumluluğunda olup, halefiyet esasına göre Hazine davaya dahil edilmeli ve alacağın varlığının saptanması halinde, Hazinenin sorumluluğuna gidilmelidir.***

DAVA : Davacı, tasarruf teşvik kesintisi ve nema alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın … Büyükşehir Belediye Başkanlığı yönünden reddine, diğer davalılar yönünden kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı … Genel Müdürlüğü avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili, davacının davalı U. Belediyesinde işe başladığını, U. Belediyesinin 5216 sayılı Yasa kapsamında davalı … B.Şehir Belediyesine devredildiğini, davacının en son bu Belediyeye bağlı diğer davalı … Genel Müdürlüğü'nde çalıştığını, davacının ücretinden 3417 sayılı Yasa uyarınca 2000 yılı Mayıs ayına kadar kesinti yapılmasına rağmen, işveren katkısı ile birlikte bankaya yatırılmadığını ve nemalandırılmadığını belirterek, tasarruf teşvik kesintisi ve nema alacağının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

… B. Şehir Belediye vekili, davacının … Genel Müdürlüğü'ne devredilen personel olarak çalıştığını, Belediyeye husumet yöneltilemeyeceğini savunurken, U. Belediye vekili, davacının tüm özlük hakları ile nakledildiğini, sorumlulukları bulunmadığını beyan etmiş, diğer davalı vekili ise davanın reddi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemece, Davacının … B. Şehir Belediye Başkanlığı çalışanı olmadığı, U. Belediye Başkanlığı'nda işe başladığı, bu işyerinde iken işverenin 3417 sayılı Yasa gereği kesinti yapmasına rağmen, kesilen ve işveren katkı payını yatırmadığı, davacının buna göre tasarruf teşvik kesintisi ve nemasının hesaplandığı, birleştirilen ek dava tarihine göre devreden işverenin 2 yıl sorumluluğunun geçtiği, ilk davada talep edilen miktar ile sorumluluğu bulunduğu, davalı … Genel Müdürlüğü'nün devralan olarak sorumlu olduğu gerekçesi ile hesaplanan tasarruf teşvik kesintisi ve nema alacağının tahsiline karar verilmiştir.

Tasarruf teşvik kesintisi ve katkı payı ödemeleri, 18.03.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3417 sayılı Yasa ile öngörülmüş, anılan yasanın 6. maddesine göre kesintilerin ilgili adına açılacak banka hesabına yatırılmaması durumunda, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun tahsil görevinin olduğu açıklanmıştır.

3417 sayılı Yasa 24.04.2003 tarih ve 4853 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmış ve sözü edilen Yasanın 7. maddesinde, "3417 sayılı Kanunun mülga 2 nci maddesi kapsamındaki hak sahipleri tarafından bu Kanun kapsamına giren alacaklarla ilgili olarak yargı mercilerine açılmış ve devam eden davalar ile icra takipleri hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır" şeklinde kurala yer verilmiştir. 4853 sayılı Yasanın 8. maddesinde ise, tasarruf teşvik kesintileri ile katkı paylarının süresinde işverence yatırılmaması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından primlerin tahsiline ilişkin hükümler çerçevesinde tahsil edileceği açıklamıştır.

Tasarruf teşvik kesintisi, işveren katkı payı ve bunların neması işçiye ait bir hak olsa da, yasa gereği işverenden tahsil yükümü Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait olmakla, anılan kurum tarafından tasarruf teşvik kesintisinin yasalar uyarınca tahsil edilmiş olması halinde, işverenin yükümlülüğünün devam ettiğinden söz edilemez. Aksi halde davalı belediyenin aynı borç sebebiyle mükerrer şekilde sorumluluğuna gidilmiş olur. Tasarruf teşvik kesintisi ile katkı payını tahsil eden Sosyal Sigortalar Kurumu'nun, 4853 sayılı Yasanın 7. maddesi gereği ilgilinin T.C. Ziraat Bankası nezdindeki hesaplarına yatırması gerekir.

4853 sayılı Kanuna 26.12.2006 tarihinde 5568 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 1 hükmü doğrultusunda, tasarruf teşvik hesaplarına dair tüm varlık ve yükümlülükler 31.12.2007 tarihi itibarıyla Hazineye devredilmiş durumdadır. Anılan hükümde, "Mülga 09.03.1988 tarihli ve 3417 sayılı Kanunla kurulan ve bu kapsamda hak sahiplerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere 24.04.2003 tarihli ve 4853 sayılı Kanunla tasfiye edilen Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabına ait tüm varlık ve yükümlülükler, 31.12.2007 tarihine kadar Hazineye devrolunur. Devre ilişkin hususları belirlemeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan yetkilidir. Devir tarihinden sonra hak sahiplerine yapılacak her türlü ödeme, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi kayıtları esas alınarak Banka tarafından gerçekleştirilir. Bu ödemelere ilişkin bilgi ve belgelerin Hazine Müsteşarlığı'na iletilmesini takiben söz konusu ödeme karşılığı tutarlar Müsteşarlık bütçesine bu amaçla konulacak ödenekten karşılanmak suretiyle hak sahibine ödenmek üzere Bankaya aktarılır. Konusu suç teşkil eden fiillerden kaynaklanan ödemeler hariç hak sahiplerine fazla ödeme yapıldığının tespiti halinde, bu tutarların tahsilinden vazgeçilerek terkin edilen ve Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi yönünden gerçekleşmiş ödemelere ilişkin tüm hak ve yükümlülükler kendiliğinden sona erer" şeklinde kurala yer verilmiş olmakla, tasarruf teşvik kesintisi, katkı payı ve nema alacaklarından sorumluluk bu tarihten itibaren Hazine Müsteşarlığı'na geçmiştir.

Davacının 3417 sayılı Yasa döneminde iken davalı … Genel Müdürlüğü'ne 5216 sayılı yasa kapsamında devredilen U. Belediyesi'nde çalıştığı ve ücretinden 3417 sayılı Yasa gereğince kesinti yapılması ve işveren katkı payı ile bankaya yatırılması gerektiği, ancak yatırılmaması nedeni ile devreden ve devralan işverenlerin sorumlu olduğu uyuşmazlık dışıdır. Dava açıldığı tarihte de sorumlulukları devam etmektedir.

Ancak dava devam ederken, 31.12.2007 tarihi itibari ile 4853 sayılı Yasanın Ek 1. maddesi uyarınca tasarruf teşvik hesaplarına dair tüm varlık ve yükümlülükler Hazineye devredilmiştir. Söz konusu alacak bu tarih itibari ile hazinenin sorumluluğundadır. Halefiyet esası hazine davaya dahil edilmeli, dava dilekçesi hazineye tebliğ edilmeli sonuçta alacağın varlığının saptanması halinde hazinenin sorumluluğuna gidilmeli, dava açılmasına neden olan diğer davalılar hakkında hüküm kurulmamalı ve devir nedenleri ile lehlerine vekalet ücretine ve yargılama giderine karar verilmemelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No **:** 2009/9-480
Karar No **:** 2009/596
Karar Tarihi **:** 23.12.2009
İlgili Kanun **:** 4853/Ek-1

ÖZÜ : ***5393 sayılı Belediye Kanunu'nun Geçici 5. Maddesi kapsamında uzlaşma kapsamına alınan davalı Belediyenin tasarruf teşvik kesintisi, işveren katkı payı, nema alacaklarına ilişkin borçlarından olan sorumluluğunun uzlaşma kapsamına alınan borç miktarı kadar kısmının SSK ya ve Hazineye ait olduğu kabul edilmelidir.***

DAVA : Taraflar arasındaki tasarruf teşvik ana para ve nema alacağı davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; G. Asliye Hukuk (İş mah. sıfatıyla) Mahkemesince davalı belediye yönünden davanın kabulüne, davalı S.G.K. yönünden ise davanın reddine dair verilen 11.09.2007 gün ve 2006/1 96 E.- 2007/198 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 30.04.2009 gün ve 2007/41483 E.- 2009/12151 K. sayılı ilamı ile;

(... Davacı işçi işyerinde çalıştığı dönemde 3417 sayılı yasa uyarınca tasarruf kesintisi ile işveren katkı payı ödemesinin yapılmadığını ileri sürerek, tasarruf teşvik ve nema alacağı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren vermiş olduğu cevapta, 5393 sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca belediyenin borçlarının hazineye devredildiğini savunmuş, husumet yokluğu itirazında bulunmuştur.

Davalı SGK Başkanlığı mahkemenin yargı yolu açısından görevsiz olduğunu, kurumlarının dava konusu alacaktan sorumlu tutulamayacaklarını savunmuştur.

Mahkemece, Belediye borçlarının hazineye geçtiğinin savunulduğunu, bunun devlet kurumları arasındaki ilişki olduğu için alacaklıya karşı işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiş, SSK yönünden dava husumetten reddedilmiş davalı Belediye yönünden istek hüküm altına alınmıştır.

Tasarruf teşvik kesintisi ve katkı payı ödemeleri, 18.03.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3417 sayılı Yasa ile öngörülmüş, anılan yasanın 6. maddesine göre anılan ödemelerin ilgili adına açılacak banka hesabına yatırılmaması durumunda, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun tahsil görevinin olduğu açıklanmıştır.

3417 sayılı Yasa 24.04.2003 tarih ve 4853 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmış ve sözü edilen yasanın 7.maddesinde, "3417 sayılı Kanunun mülga 2 nci maddesi kapsamındaki hak sahipleri tarafından bu Kanun kapsamına giren alacaklarla ilgili olarak yargı mercilerine açılmış ve devam eden davalar ile icra takipleri hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır" şeklinde kurala yer verilmiştir. 4853 sayılı yasanın 8.maddesinde ise, tasarruf teşvik kesintileri ile katkı paylarını süresinde işverence yatırılmaması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından primlerin tahsiline ilişkin hükümler çerçevesinde tahsil edileceği açıklanmıştır. Tasarruf teşvik kesintisi, işveren katkı payı ve bunların neması işçiye ait bir hak olsa da, yasa gereği işverenden tahsil yükümü Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olmakla, anılan kurum tarafından tasarruf teşvik kesintisinin yasalar uyarınca tahsil edilmiş olması halinde işverenin yükümlülüğünün devam ettiğinden söz edilemez. Aksi halde davalı belediyenin aynı borç sebebiyle mükerrer şekilde sorumluluğuna gidilmiş olur. Tasarruf teşvik kesintisi ile katkı payını tahsil eden Sosyal Sigortalar Kurumunun, 4853 sayılı yasanın 7.maddesi gereği ilgilinin Z. Bankası nezdindeki hesaplarına yatırması gerekir.

Öte yandan, 4853 sayılı Kanuna 26.12.2006 tarihinde 5568 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 1 hükmü doğrultusunda, tasarruf teşvik hesaplarına dair tüm varlık ve yükümlülükler 31.12.2007 tarihi itibarıyla Hazineye devredilmiş durumdadır. Anılan hükümde, "Mülga 9/3/1988 tarihli ve 3417 sayılı Kanunla kurulan ve bu kapsamda hak sahiplerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere 24/4/2003 tarihli ve 4853 sayılı Kanunla tasfiye edilen Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabına ait tüm varlık ve yükümlülükler, 31/12/2007 tarihine kadar Hazineye devrolunur. Devre ilişkin hususları belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yetkilidir. Devir tarihinden sonra hak sahiplerine yapılacak her türlü ödeme, Z. Bankası Anonim Şirketi kayıtları esas alınarak Banka tarafından gerçekleştirilir. Bu ödemelere ilişkin bilgi ve belgelerin Hazine Müsteşarlığına iletilmesini takiben söz konusu ödeme karşılığı tutarlar Müsteşarlık bütçesine bu amaçla konulacak ödenekten karşılanmak suretiyle hak sahibine ödenmek üzere Bankaya aktarılır. Konusu suç teşkil eden fiillerden kaynaklanan ödemeler hariç hak sahiplerine fazla ödeme yapıldığının tespiti halinde, bu tutarların tahsilinden vazgeçilerek terkin edilir ve Z. Bankası Anonim Şirketi yönünden gerçekleşmiş ödemelere ilişkin tüm hak ve yükümlülükler kendiliğinden sona erer" şeklinde kurala yer verilmiş olmakla tasarruf teşvik kesintisi, katkı payı ve nema alacaklarından sorumluluk Hazine Müsteşarlığına ait olmalıdır. Bu sebeple mahkemece Hazine Müsteşarlığına husumet yöneltilerek yargılamaya devam edilmeli toplanacak

delillere göre sonuca gidilmelidir. Yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır...), Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Dava; tasarruf teşvik ana para ve nema alacağı istemine ilişkindir.

Mahkemenin davalı Sosyal Güvenlik Kurumu yönünden davanın reddine, davalı belediye yönünden ise davanın kabulüne dair verilen karar yukarıda belirtilen nedenle bozulmuş, mahkemece davalı Sosyal Güvenlik Kurumu yönünden yasal düzenlemenin tahsil görevi dışında müteselsil borçluluğu öngörmemesi nedeniyle davanın reddine, davalı belediye yönünden ise bozmaya konu yasanın, dava açıldıktan sonra yürürlüğe girdiğinden her davanın açıldığı tarihte yürürlükteki mevzuata göre çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Davaya konu alacak isteminden davalıların sorumluluklarının bulunup bulunmadıkları ile uzlaşma kapsamına alınan belediye borçları bakımından husumetin Hazineye yöneltilip yöneltilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Davalıların sorumluluklarının bulunup bulunmadıklarının tespiti bakımından maddi olgunun açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

Sosyal Sigortalar Kurumu A. sigorta il müdürlüğünün 15.12.2006 tarihli yazısı ile; kurumlarında G. Belediye Başkanlığı adına işlem gören işyeri dosyalarında 506 sayılı Kanun gereği sigortalı olarak çalışan işçilerden yapılan tasarruf teşvik kesintilerinin, G. Belediye Başkanlığı tarafından Z. Bankası M. şubesi nezdindeki tasarruf teşvik kesintileri hesabına süresinde ödenmediğinden kurumları tarafından icra takibine alınmış olduğunu, hatta bir kısmının tahsil edilerek ilgili banka şubesine ödendiğini, bir kısmının ise halen icra takibinde olduğunu ve 5272 sayılı Belediyeler Kanunu gereği uzlaşma kapsamına alınmış olan ve takibi devam eden meblağların tahsilinden sonra Z. Bankası M. Şubesi nezdindeki anılan hesaba aktarılacağını, ancak tasarruf teşvik kesintilerinin kurumları tarafından aylık ve üç aylık icmal bilgileri ile takip edilmekte olduğunu, tasarruf teşvik kesintisi aylık bildirgesi şahıs bazında olmayıp işyeri bazında olduğundan ve işveren G. Belediye Başkanlığı tarafından üç aylık şahıs icmal formlarının da kurumlarına verilmemesi nedeniyle davacı hakkında herhangi bir bilginin bulunmadığı bildirilmiştir.

Hazine müsteşarlığı belediye uzlaştırma komisyonunun 02.05.2006 tarihli kararına göre, davalı belediyenin Sosyal Sigortalar Kurumuna, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ile diğer kamu kurumlarına olan borçları ile ilgili olarak yapılan takas, mahsup ve kesinti işlemlerinin bir tablo halinde belirtilip, belediyenin bu borçlarının 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun Geçici 5.maddesi ve 2005/8928 sayılı Bakanlar Kurulu kararında belirtilen esaslar çerçevesinde uzlaşma kapsamına alınarak davalı belediyenin genel bütçe gelirlerinden her ay ayrılacak paylardan kesilerek, alacaklı

kuruluşlara ödenmesine karar verilmiş, davalı belediye tarafından da bu uzlaşma tutanağı imzalanmıştır.

Davalı belediye başkanlığı 09.01.2007 tarihli yazısı ile, yukarıda belirtilen uzlaştırma komisyonu kararına atıf yapılmak suretiyle tasarruf teşvik kesinti ve nema alacaklarına ait ödemenin, sosyal sigortalar müdürlüğünce yapılacağını bildirmiştir.

1-Davalı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespiti açısından yasal mevzuat hükümlerine de değinilmek suretiyle açıklamalarda bulunulması yararlı görülmüştür.

01.04.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun ile çalışanların tasarruflarının artırılması amacı güdülmüştür.

3417 sayılı Yasanın tasarruf hesabı başlığını taşıyan 4.maddesinde; Kurumlar bu Kanun hükümleri çerçevesinde çalışanların aylık ve ücretlerinden yapacakları tasarruf kesintisi ile sağlanacak Devlet katkılarını aylık ve ücret ödemesinin yapıldığı ayı takip eden ayın sonuna kadar Z. Bankasında personeli adına açtıracakları Tasarrufu Teşvik Hesabına yatırırlar. İşverenler işçilerinin ücretlerinden yapacakları tasarruf kesintileri ile sağlayacakları işveren katkılarını tahakkuk ettirerek, ücret ödenmesinin yapıldığı ayı takip eden ayın sonuna kadar Z. Bankasında işçileri adına açtıracakları Tasarrufu Teşvik Hesabına yatırırlar.

Anılan Yasanın ödemelerin zamanında yapılmaması başlığını taşıyan 7.maddesinde ise; işverenlerin, ücretlerden yapacakları tasarruf kesintileri ile sağlayacakları işveren katkılarını 4 üncü maddede belirtilen süreler içinde ilgililerin banka hesaplarına yatırmamaları halinde, yatırılması gereken miktarlar resen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumu'nca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak alınacak gecikme zammı ile birlikte ilgili banka hesabına yatırılır."hükmü getirilmiştir.

29.04.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanun'un 10.maddesi ile 3417 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

4853 sayılı Kanunun 1. maddesinde amacının, 3417 sayılı Kanun uyarınca açılmış bulunan Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabında biriken paraların tasfiyesi ve bu hesaptan hak sahiplerine yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olarak açıklanmıştır.

Anılan Kanunun 7.maddesinde; 3417 sayılı Kanunun mülga 2 nci maddesi kapsamındaki hak sahipleri tarafından bu Kanun kapsamına giren alacaklarla ilgili olarak yargı mercilerine açılmış ve devam eden davalar ile icra takipleri hakkında bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Kanunun 8.maddesinde ise, 3417 sayılı Kanun hükümlerine göre, ücretlerden yapılması gereken tasarruf kesintileri ile katkı paylarını süresi içinde ilgililer adına

açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan işverenlerden; yatırılması gereken miktarlar ile gecikme zammı, resen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumunca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak Z. Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırılacağı öngörülmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.05.2007 gün ve 2007/21-228 E.-247 sayılı kararında; çalışanların zorunlu olarak tasarrufa teşvik edilmesi ve bu tasarrufların değerlendirilmesi kapsamında oluşan hukuki ilişkinin borçlusunun işveren olduğu, davalı Kurumun, borç ilişkisinden doğan edimi ifayla yükümlü olan, kendisinden edimin ifası istenen kişi konumunda bulunmadığı, 4853 sayılı Kanundan doğan yükümlülüğün kapsamının, sigortalı nam ve hesabına tahsilden ibaret olduğu, mevzuatında öngörülmemesi karşısında, Kuruma verilen bu görev ve yetkinin aynı zamanda müteselsil borçluluğu kapsamadığı belirtilmiştir (Aynı yönde H.G.K.'nun 04.07.2007 gün ve 2007/10-433 E.-455 K. sayılı ilamı).

3417 ve 4853 sayılı Kanunlar uyarınca tasarrufu teşvik alacaklısına sağlanmaya çalışılan güvence; işveren karşısında güçsüz konumda bulunan çalışanın, belirtilen kesinti, katkı payı ve nema toplamı yönünden oluşan alacağını kamu alacağı seviyesine çıkararak, onun 6183 sayılı Kanun uyarınca davalı Kuruma tanınan olağanüstü takip ve tahsil yollarından yararlandırılmasını sağlamak şeklinde belirmektedir (H.G.K.'nun 04.07.2007 gün ve 2007/10-433 E.-455 K.; H.G.K.'nun 02.05.2007 gün ve 2007/21-228 E.-247 K. sayılı ilamlarının gerekçesinden).

4853 sayılı Kanunun 8.maddesinde, Kurumun haciz yoluyla tahsil ettiği tasarruf teşvik kesintisi ile katkı payını ilgilinin Z. Bankası nezdindeki hesabına yatırmakla yükümlü olduğu belirtildiğinden, haciz yoluyla tahsil edilen miktar yönünden işverenin tasarrufu teşvik kesintisi ve nema alacağından sorumlu olduğu kabul edilemez. Aksi halde, davalı belediyenin aynı borç sebebiyle mükerrer şekilde sorumluluğuna gidilmiş olunur.

Kurumun yasadan kaynaklanan tahsil yükümlülüğünü gerçekleştirdikten sonra işverenden tahsil ettiği miktarı, sigortalısının bankadaki hesabına yatırma görevi bulunmaktadır. Bu görevin yerine getirilmemesi halinde, Kurum en azından sebepsiz zenginleşen konumunda olacaktır. Bu durumda tahsil edilen miktar yönüyle davalı Kurumun, sigortalısına karşı hukuki sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut olayda; G. Belediye Başkanlığı adına işlem gören işyeri dosyalarında 506 sayılı Kanun gereği sigortalı olarak çalışan işçilerden yapılan tasarruf teşvik kesintileri G. Belediye Başkanlığı tarafından Z. Bankası M. şubesi nezdindeki tasarruf teşvik kesintileri hesabına süresinde ödenmediğinden A. sigorta il müdürlüğü tarafından icra takibine alınmış olduğu, bir kısmının tahsil edilerek ilgili banka şubesine ödendiği, bir kısmının ise halen icra takibinde olduğu ve Belediyeler Kanunu gereği uzlaşma kapsamına alınmış olduğu, takibi devam eden meblağların tahsilinden sonra Z. Bankası M. şubesi nezdindeki tasarruf teşvik kesintileri hesabına aktarılacağı Kurumca belirtildiğine göre, 4853 sayılı Kanunun 8.maddesi gereği, Kurum haciz yoluyla tahsil ettiği tasarruf teşvik kesintisi ile katkı payını ilgilinin Z. Bankası nezdindeki hesabına yatırmakla yükümlü olup, haciz yoluyla tahsil edilen

miktar yönünden işverenin tasarrufu teşvik kesintisi ve nema alacağından sorumlu olduğu kabul edilemeyeceğinden mahkemece, haciz yoluyla Kurumca tahsil edilen miktarın kim adına ve hangi hesaba yatırıldığı, her bir işçi yönünden tahsil edilen miktarların ayrı ayrı bankada açılan tasarrufu teşvik personel hesabına yatırılıp yatırılmadığı araştırılmalı, Kurumun tahsil ettiği miktarı davacı adına açılmış hesaba yatırılmamış olması halinde yasadan kaynaklanan görevini yerine getirmemiş olacağı gözetilerek, bankaya yatırılmayan tasarrufu teşvik kesintisi ve nema alacağından sorumlu olacağı gözetilerek karar verilmelidir.

2-Davalı belediye yönünden yapılan değerlendirmede ise;

13.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanunu Geçici 5.maddesinde yer alan "Belediyeler ve bağlı kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası belediyelere ait şirketlerin, 31.12.2004 tarihi itibariyle kamu kurum ve kuruluşlarından olan kamu ve özel hukuka tâbi alacakları, bunların diğer kamu kurum ve kuruluşlarına olan borçlarına karşılık olmak üzere 31.12.2005 tarihine kadar takas ve mahsup edilir. Bakanlar Kurulu bu süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkilidir. Bu madde kapsamındaki alacak ve borç ifadesi bu alacak ve borçlara ilişkin fer'ileri ve cezaları da kapsar.

Yukarıdaki fıkra kapsamında yer alan kuruluşların takas ve mahsup işlemine konu olan veya olmayan borçları, genel bütçe vergi gelirlerinden her ay ayrılacak paylarının yüzde kırkını geçmemek üzere kesinti yapılarak tahsil edilir." hükmü ve 2005/8928 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında yer alan esaslar çerçevesinde, Kurumca icra kanalı ile tahsil edilmeyen ve tüm işçileri kapsayan tasarrufu teşvik kesintilerini de kapsayan davalı belediyenin Sosyal Sigortalar Kurumu'na ve diğer kurumlara olan borçlarının ödenmesi ile ilgili olarak G. Belediyesi ile Hazine Müsteşarlığınca uzlaşmaya varıldığı ve davalı belediyenin genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan paylarından her ay taksitler halinde kesilmek suretiyle borçların tasfiyesi işlemlerinin başlatıldığı belirgindir.

Uzlaşma kapsamında tahsil edilecek tasarruf teşvik kesintisi ile katkı payını tahsil eden tasarruf teşvik kesintisi, işveren katkı payı ve bunların neması işçiye ait bir hak olsa da; yasa gereği, işverenden tahsil yükümü Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olmakla, Kurum tarafından tasarruf teşvik kesintisinin uzlaşma kapsamında tahsiline başlanmış olması halinde işverenin yükümlülüğünün devam ettiğinden söz edilemez. Aksi halde, davalı belediyenin aynı borç sebebiyle mükerrer şekilde sorumluluğuna gidilmiş olacaktır.

Hal böyle olunca, 5393 sayılı Kanunun 5.maddesi kapsamında uzlaşma kapsamına alınan tasarrufu teşvik kesintisi, katkı payı ve nema alacaklarından sorumluluğun S.S.K. ve Hazineye ait olduğu kabul edilmelidir.

Hazinenin sorumluluğunun 4853 sayılı Kanuna 26.12.2006 tarihinde 5568 Kanun ile eklenen Ek madde 1 hükmüne dayandırılması halinde, özel sektörün de sağlaması gereken katkı payı ve nema alacağından da, hazinenin sorumlu olduğu sonucu ortaya çıkar. Ancak somut olayda bu hükmün uygulanmasının mümkün olmadığı açıktır.

Böylece davalı belediyenin sorumluluğunda bulunan tasarrufu teşvik kesintisi, katkı payı ve nema alacaklarının uzlaşma kapsamına alınan borç miktarı kadar sorumluluğu ortadan kalkacağından husumetin de Hazineye yöneltilmesi gerekecektir.

Hazinenin ise, davalı belediyeye ait tasarrufu teşvik kesintisi, katkı payı ve nema alacaklarına ilişkin borçlarını yapılan uzlaşma kapsamında davalı belediyenin genel bütçe vergi gelirlerinden ayrılan paylarından her ay taksitler halinde kesilmek suretiyle S.S.K.'na ödemesi halinde, ödediği miktar kadar sorumluluğun S.S.K.'na ait olacağı her türlü duraksamadan uzaktır.

Davalı Belediye tarafından Z. Bankasına yatırılan tasarrufu teşvik kesintisinin bulunması halinde ise, hesapta bulunan tasarrufu teşvik kesintisi ve nemasından tarafların sorumlu olmayacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

Yerel mahkemece, yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde araştırma, inceleme ve değerlendirmede bulunmak suretiyle davalı belediye bakımından husumetin hazineye yöneltilerek davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekir.

Böylece yukarıda belirtilen hukuki olgulara dayanmayan yerel mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

Şu durumda, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacı vekili ve davalı belediye vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/22442
Karar No **:** 2008/21643
Karar Tarihi **:** 22.07.2008
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***Memur ve sözleşmeli personel statü hukukunu ilgilendirdiğinden, idare ile çıkacak olan uyuşmazlıklar, İş Mahkemelerinde değil, İdari Yargı yerinde çözümlenmelidir.***

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatlarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava, dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacının çalışmalarının İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı ve buna göre İş Mahkemesinin görevli olup olmadığı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında, İş Kanununun 4. maddesinde belirtilen istisnalar dışında kalan bütün işyerlerinde, işverenleri işveren vekillerine ve çalışma şekline bakılmaksızın işçilere bu kanuna uygulanacağı belirtilerek, geniş bir şekilde kanunun kapsamı ortaya konulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamının belirlenmesi noktasında sorun daha çok, statü hukukuna tabi kamu çalışanları ile yine kamuda çalışan işçiler arasındaki ayrım noktasında ortaya çıkmaktadır. T.C. Anayasası'nın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" şeklinde kurala yer verilmiştir.

657 sayılı Yasanın 4. maddesinde ise, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle görüleceği hükme bağlanmıştır. Aynı yasanın (A) bendinde, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılacağı, ayrıca maddede sözü edilen kurumlar dışındaki kurumlarda, genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanların memur oldukları hükme bağlanmıştır.

Memur, sözleşmeli personel ve işçinin ortak noktası ücret karşılığı bağımlı çalışmalarıdır. Ancak memur, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde görevlendirilmiş olup, işe alınması atama şeklinde idari bir işlemle gerçekleşmektedir. Yine memurların çalışma koşulları, hakları, ödev ve sorumlulukları ve memurluğun sona ermesi önceden yasa ile kesin olarak belirlenmiştir. Bu konularda memur ile onu atayan idare arasında farklı bir uygulamanın kararlaştırılması söz konusu olmaz.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesinde ise, "kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti" yapanların sözleşmeli personel oldukları açıklanmıştır.

Öte yandan, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 s. KHK nin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiştir. Aynı maddenin (b) bendinde, "Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin karlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle kuruluşunun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülür. Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürülür. Bunlar hakkında bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır" şeklinde kurala yer verilerek, anılan kurumlarda çalışanlar bakımından memur kavramı ortaya konulmuş ve (c) bendinde ise, " (b) bendi dışında kalan sözleşmeli personel, teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel" sözleşmeli personel olarak ifade edilmiştir.

Şu hale göre, 657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde açıklanan işlerde, özel bir meslek bilgisi ve uzmanlığı olan kişilerin, Bakanlar Kurulu Kararı ile geçici olarak çalıştırılan ve 399 Sayılı KHK'nin 3/b maddesi uyarınca genel idare esaslarına göre hizmet yürüten, memur ve işçi sayılmayan çalışanlar sözleşmeli personel olarak ifade edilmelidir. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre, sözleşmeli personele de 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanır. Ayrıca 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Kamu iktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli personel çalıştırılmasının esasları belirlenmiştir.

Sözleşmeli personel de kural olarak sosyal güvenlik sistemi açısından memurlar gibi Emekli Sandığına tabidir. Ancak, Kamu iktisadi Teşebbüslerinde çalışanlar açısından, işçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçiş ya da daha önce sözleşmeli personel olarak görev yapmış olanların bir süre sonra işçi olarak çalıştırılmaya başlandığı uygulamalara gidildiği görülmektedir. Bu durumda daha önce işçi olarak çalışan ve Sosyal Sigortalar Kurumuna prim ödeyen çalışanın, görev ve unvanında yükselme sonucu sözleşmeli personel olarak atanması halinde sosyal güvenlik yönünden aynı uygulamaya devam edildiği ve Sosyal Sigortalar Kurumu ile olan bağlantısı devam ederek, sözleşmeli personel olarak çalıştığı dönemde dahi primlerin Sosyal Sigortalar Kurumuna ödenmesi mümkündür. Bazen de bunun aksine, Emekli Sandığı ile bağlantısı olan sözleşmeli personel işçi statüsüne geçirilmiş olmasına rağmen, anılan sosyal güvenlik kurumu ile olan bağlantısı devam ettirilmiştir. Bu durumda sosyal güvenlik açısından çalışanın bağlı olduğu kurum statüyü belirlemek açısından tek başına yetersiz kalmaktadır. Dairemizin 28.10.2004 gün ve 2004/ 13887 E, 2004/ 24490 K. sayılı kararı da bu yöndedir.

Memur ve sözleşmeli personel statü hukukunu ilgilendirdiğinden, idare ile çıkacak olan uyuşmazlıklar İş Mahkemelerinde değil, idari yargı yerinde çözümlenmelidir. Uyuşmazlık Mahkemesinin 1995/1 Esas 1996/1 Karar sayılı ilke kararında, özelleştirme kapsamında olsun ya da olmasın Kamu iktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli personel statüsünde çalışanların, kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu kurala bağlanmıştır.

Somut olayda, davacının 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi kapsamında sözleşmeli personel olarak çalıştığı dava dilekçesindeki açıklamalar ile işveren cevabı ve tip sözleşme içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkeme kararında da davacının sözleşmeli personel olduğu açıklandığı halde, davanın görev yönünden reddi yerine işin esasına girilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/29872
Karar No **:** 2008/25202
Karar Tarihi **:** 06.10.2008
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***İcra takibine konu edilen senet işe girerken işveren tarafından teminat amacı ile alınmış ise geçersiz sayılmalı ve bu uyuşmazlık iş ilişkisinden kaynaklandığından, İş Mahkemesi görevli olup, işin esasına girmelidir.***

DAVA : Davacı, hakkında icra takibinin iptali ile davalılara borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, dava dilekçesinin görev yönünden reddine, dosyanın görevli Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili müvekkilinin işe başvurduğunda işe alınma şartı olarak diğer işçiler gibi boş senet imzalayıp davalı şirkete teslim etmek zorunda kaldığını, daha sonra iş sözleşmesinin haksız feshi nedeni ile davacı ve arkadaşlarının davalı şirket aleyhine işçilik alacaklarının tahsili için dava açtığını, davanın kabul edildiğini, ancak bu aşamada davacının hiç tanımadığı ve alacak verecek ilişkisi olmayan diğer davalının müvekkil işçi aleyhine boş senedi doldurarak icra takibi yaptığını, senet üzerinde iki ayrı yazı olduğunu, senetlerin teminat senedi olarak verildiğini ve davalı işveren şirket

tarafından ciro edilmeksizin boş kısımları doldurularak işleme koyulduğunu, bu boş senetlerin işçilik alacakları davası açıldığında feragat etmeleri için baskı aracı olarak kullanıldığını, şirketin diğer davalıya senetleri vererek takip yaptırdığını belirterek takibin iptaline ve borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece takip dayanağı senedin işçilik alacakları ile ilgisi olduğunun senet metninden anlaşılamadığı, senedin alacaklı ve borçlusu itibari ile taraflar arasında iş ilişkisi bulunmadığı, iş mahkemesinin görevli olmadığı gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

Ticaret Hukuku hükümlerine dayalı senetlerin, teminat kaydı içerdiğinde, poliçe, bono veya çek olma vasfını kaybettiği, geçerli olmadığı bilinmektedir. İşçi ve işverenin taraf oldukları iş ilişkisinde başlangıçta işe girerken, bazı iş kollarında işverenin teminat amacı ile bu tür senetler aldığı uygulama ile anlaşılmaktadır. Kuşkusuz bu durumun kanıtlanması halinde bu şekilde alınan senet, teminat senedi niteliğinde sayılmalıdır.

Diğer taraftan, İş Hukuku; işçi ve işveren ilişkisinde, işverenin sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku alanında ayrılmış ve farklı kurallar getirerek gelişmiştir. Bu nedenle iş hukukunda, düzenlenen belgelere karşı işçi lehine tanık dinletilmesi yoluna gidilmektedir.

Dosya içeriğine göre, davacı gibi birden fazla işçinin davalılardan şirket aleyhine işçilik alacakları için dava açtıkları, açılan davaların işçiler lehine sonuçlandığı, bu aşamada dava açan davacı dâhil diğer işçiler aleyhine işveren olmayan diğer davalı gerçek şahıs tarafından işçilik alacağı davasına yakın miktar içeren senede icra takibine geçildiği ve davacı ve diğer işçilerin işçilik alacaklarına haciz uygulaması yapıldığı, davacı dahil diğer işçiler aleyhine yapılan icra takibinde senetlerdeki yazıların iki ayrı kalemle yazıldığı ve özellikle kriminal rapora göre işçilerden alınan senetlerin işçi adı ve adresi dışında kalan vade tarihi, alacaklı ismi, alacak miktarı ve vade tarihinin aynı kalemle yazıldığının sabit olduğu, icra takibine geçen davalı gerçek şahsın Bursa iline yaklaşık 1.000 km uzaklıkta bir mesafede ikamet eden biri olduğu anlaşılmaktadır. Aynı işyerinde çalışan birçok işçinin tanımadıkları kişilerle alacak verecek ilişkisine girmeleri ve hiç yokken senet vermeleri hayatın olağan akışına uygun değildir. Kriminal rapor, davacı ve diğer işçilerin davalı şirket aleyhine işçilik alacakları için açtıkları dava dosyası, bu davanın bitmesi aşamasında diğer gerçek kişi davalı tarafından işçilik alacağı miktarına yakın miktar içeren senede icra takibi yaptığı dosya ve işçilik alacağına haciz uygulanması ile tanık beyanları bir arada değerlendirildiğinde, davacı aleyhine icra takibine konu edilen senedin işe girerken, ad ve adres hanesi doldurulmuş, diğer kısımları boş bırakılmış şekilde davalı işveren şirket tarafından teminat amacı ile alındığı anlaşılmaktadır. İşçilik alacakları ile ilgili davadan sonra senedin diğer kısımları doldurularak ve alacaklı diğer davalı gerçek şahıs gösterilerek icra takibi yapılmıştır. Senet teminat senedi olduğundan geçersizdir. Davacı ile davalı şirket arasında iş ilişkisi bulunmaktadır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu gereği iş mahkemesi görevlidir. Davacı işçinin davalılara borçlu olmadığı anlaşıldığından, işin esasına girilerek davanın kabulü yerine yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27814
Karar No **:** 2008/25988
Karar Tarihi **:** 09.10.2008
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***Ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışanlar İş Kanunu kapsamı dışında olduklarından, bu kişilerle ev sahibi arasındaki uyuşmazlıkların İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, ihbar kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Uyuşmazlık yapılan işin ev hizmeti olup olmadığı ve işçinin İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş Mahkemelerinin görev alanını hâkim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava "İş Mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile "İş Mahkemesi sıfatıyla" baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde, iş mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca, "ev hizmetlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Kısaca, ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi, gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil, görevli hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukuki ilişkilerde Borçlar Kanunu'nun hizmet aktine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Çalışmayan aile bireylerini evden alarak, alışverişe, şehir içinde gezmeye götüren, boş zamanda ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şoförün de ev hizmeti yaptığı ve iş kanunu kapsamında olmadığı kabul edilmelidir.

Buna karşın evde hastaya bakan hemşire ev hizmeti yapmış sayılmaz. Ev sahibine ait ev ve bahçesinde ev hizmeti yanında bekçilik yapan ve ağırlıklı hizmeti bekçilik olan işçi, iş kanunu kapsamında sayılmalıdır.

Somut olayda, dosya kapsamına göre davacının evde temizlikçi olarak çalıştığı anlaşıldığından, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/3681
Karar No **:** 2009/880
Karar Tarihi **:** 02.02.2009
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***Menfi tespit davasında adli yargı yeri görevli ise de, sözleşmeli statüde çalışan kişi ile işyeri arasında iş ilişkisi bulunmadığından, uyuşmazlığın iş mahkemesinde değil, genel hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, kurum davalı işyerinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesi kapsamında çalışan ve icra takibi ile kıdem ve ihbar tazminatı talep eden davalıya borçlu olup olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı kurum davacının kurumda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 4/B maddesi kapsamında çalıştırıldığını, sözleşmesinin 31.12.1999 tarihinde feshi nedeni ile davalının kıdem tazminatı ile fesih tarihinden takip tarihine kadar işlemiş faiz alacağını talep ettiğini, ödeme emrinin yanlış yere tebliği nedeni ile takibe itiraz edilemediğini, takibin kesinleştiğini, davalının sözleşmeli personel olması nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı hakkı bulunmadığını, bu şekilde takibe itiraz ettiklerini, davalının kıdem ve ihbar tazminatı talep etme hakkının bulunmadığını, kısaca borçlu bulunmadığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının sözleşmeli personel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 4/B maddesi kapsamında çalıştırılmasına rağmen Sigorta Sigortalar Kurumuna tabi tutulduğunu, iş hukuku kapsamında kaldığını, fesih nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı hakkı doğduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının sözleşmeli personel statüsünde çalıştığı kabul edilmesine rağmen, davacının sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği kanıtlanmadığı, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Bir kişinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca ihbar tazminatına ve aynı yasanın 120. maddesi yollaması ile 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanması için, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 1/1 maddesi ve 2/1 maddesi kapsamında iş sözleşmesi ile çalışması gerekir. Zira anılan yasanın 1. maddesinin 1. fıkrasında "Bu Kanunun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek" olduğu belirtilirken, 2. maddesinin 1. fıkrasında da işçi, işveren ve iş ilişkisi tanımlanarak, "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkinin ise iş ilişkisi" olduğu açıkça ifade edilmiştir. İş sözleşmesi tarafların karşılıklı serbest iradesi ile kurulan bir iş ilişkisidir. Taraflardan birinin serbest iradesinin bulunmadığı durumda iş ilişkisinden söz edilemez.

Davalı kurumun normatif dayanağını oluşturan 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek 3 maddesinde göre "Denizcilik Müsteşarlığında müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, 1 inci hukuk müşaviri, genel müdür yardımcısı, müsteşarlık müşaviri, daire başkanı, hukuk müşaviri, bölge müdürü, bölge müdür yardımcısı, gemi sörvey kurulu başkanı, liman başkanı, gemi sörvey kurulu uzmanı, denizcilik uzmanı, şube müdürü, uzman, mühendis, kaptan, istatistikçi, matematikçi, fizikçi, biyolog, mütercim, çözümleyici, programcı ve denizcilik uzman yardımcısı kadroları karşılık gösterilmek kaydıyla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın Maliye Bakanlığı'nın da görüşü alınarak, sözleşmeli personel istihdam edilebilir. Bu suretle çalıştırılacakların sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ile her çeşit ödemeler en yüksek Devlet memurunun aldığı maaş, ikramiye, fazla mesai, tazminat, yan ödeme ve benzeri parasal ödemeler toplamını geçmeyecek şekilde Bakanlar Kurulunca tespit edilir. Sözleşme ile çalıştırılacak personel, istekleri üzerine T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler.

Anayasanın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde hükmüyle, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin iş hukuku kurallarına bağlı bulunan işçilerden farklı olarak statü hukuku içinde yer almaları esası benimsenmiştir. Nitekim bu esasa uygun olarak sözleşmeli personele ilişkin düzenleme yapan çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde sözleşmeli personelin işçi statüsünde olmadığı belirtilmiştir.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesine göre sözleşmeli memur "Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri" olarak tanımlanmıştır.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5/c ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/c maddesinde, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekte idari mahkemelerin görevli olduğu hükme bağlanmıştır.

Sözleşmeli personel ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde, idari sözleşmelerin; kamu tüzel kişileri tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile tek yanlı olarak düzenlenen, yazılı, tip sözleşmeler olduğu belirtilmekte, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarında da, idari sözleşmelerle ilgili hususlardan doğan anlaşmazlıkların idari yargı yerinde çözümleneceği vurgulanmaktadır.

Ancak, sözleşmeli olarak statü hukuku kapsamında çalışan davalı, davacı kurum aleyhine kıdem ve ihbar tazminatının tahsili için 2004 sayılı İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca icra takibinde bulunmuştur. Davalı kurum yapılan icra takibi nedeni ile aynı kanunun 72. maddesi gereği borçlu bulunmadığını belirterek menfi tespit davası açmıştır. Anılan maddenin son fıkrasında göre, "Menfi tespit ve istirdat davaları, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği gibi, davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir". İcra ve İflas Kanunu'nun değişik 72. maddesine göre açılan menfi tespit davasının, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli ise de, davacı kurum ile davalı arasında iş ilişkisi bulunmadığından, uyuşmazlığın genel hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. İş mahkemesi sıfatı ile işin esasına girilerek yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalı bulunmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 02.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/2153
Karar No **:** 2009/10426
Karar Tarihi **:** 13.04.2009
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***Vakıf Üniversitesinde çalışan akademik personel ile üniversite arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde İş Mahkemeleri görevlidir.***

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın görev yönünden reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:
KARAR: Davalı vakıf üniversitesinde 2005 yılından bu yana profesör doktor kadrosunda çalışan davacı, iş sözleşmesinin davalı tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı üniversite vekili, öncelikle görev itirazı ile vakıf üniversitesi olsa da davacı gibi öğretim üyelerinin devlet kurumlarındaki elemanlarla aynı nitelikte olduğunu, atama tasarrufu ile atandığını, Danıştay'ın emsal kararı bulunduğunu, akademik personelle ilgili uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğini, idari nitelikte ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını, işe iade isteyemeyeceğini, ayrıca sözleşmesinin de performansının yeterli olmaması nedeni ile feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının davalı vakıf üniversitesinde profesör olarak çalıştığı, işe alınması ve işe son verilmesinin 2547 sayılı YÖK Kanunu'na göre değerlendirileceği, bu hususta görevli mahkemenin idare mahkemesi olduğu gerekçesi ile dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 2. maddesi uyarınca "Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Yüksek Öğretim Kurulu'nun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak

meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır". Aynı Kanun'un Ek 5. maddesine göre "Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Mütevelli heyet üyeleri, vakıf yönetim organı tarafından dört yıl için seçilir, süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Mütevelli heyet üyelerinin yaş sınırlaması hariç devlet memuru olma niteliklerine sahip bulunmaları ve en az üçte ikisinin lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olması gerekir. Mütevelli heyet üyeleri kendi aralarından bir başkan seçer. Mütevelli heyet vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini temsil eder. Vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri Yükseköğretim Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanır. Mütevelli heyet; vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devredebilir. Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar, Yüksek Öğretim Kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamaları izler, ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür".

Aynı Yasa'nın 31. maddesinde, üniversitelerde görev yapacak öğretim görevlilerinin görevlendirme şekli belirtilmiştir. Buna göre "Öğretim görevlileri; üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu Kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi bir dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim-öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarındaki çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler. Öğretim görevlileri, ilgili yönetim kurullarının görüşleri alınarak fakültelerde dekanların, rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanlarının önerileri üzerine ve rektörün onayı ile öğretim üyesi, öğretim üye yardımcısı ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler veya kadro şartı aranmaksızın ders saati ücreti veya sözleşmeli olarak istihdam edilebilirler. Öğretim üyesi kadrolarına öğretim görevlileri en çok iki yıl süre ile atanabilirler; bu süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yarar görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanabilirler. Atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunların yeniden atanmaları mümkündür". 36. maddede profesörlerin üniversitede devamlı veya kısmi statüde çalışacakları belirtilmiştir.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23/2. maddesi uyarınca "Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanun'da devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır".

Dosya içeriğine göre, davacının davalıya ait Üniversitede Eğitim Fakültesi İngilizce Öğretmenliği Bölümü'nde münhal bulunan profesör doktor kadrosunda öğretim görevlisi olarak 01.10.2005 tarihinde öğretim ve eğitim yılı ile sınırlı ve yenilenen iş sözleşmeleri ile çalıştığı, iş sözleşmesinin 29.05.2008 tarihli bildirim ile "2007-2008 yılı öğretim elemanları performans değerlendirmesi sonuç raporunda performansının yeterli bulunmadığı, 2008-2009 eğitim ve öğretim yılı için sözleşmesinin yenilenmeyeceğinin uygun görüldüğünün mütevelli heyeti tarafından bildirildiği, bu görüş nedeni ile 31.07.2008-31.07.2009 tarihlerini kapsayan bir yıl süreli hizmet sözleşmesinin

yenilenmeyeceği gerekçesi ile feshedildiği, sözleşmenin sona ermesinden itibaren davacıya kıdem tazminatı ve işçilik alacaklarının ödendiği anlaşılmaktadır.

Davalı vakıf üniversitesi, kamu hizmeti gören ve kanunla kurulmuş bir üniversitedir. Davacı ise; kanunla kurulmuş bu vakıfta çalışan ve niteliği itibari ile 2547 sayılı Yasa kapsamında kamu hizmetini yürüten bir görevlidir. Burada önemli olan husus, davacının bu görevi neye istinaden yürüttüğü, yani bu görevinde ne şekilde istihdam edildiğidir. İncelenen dosya içeriğine göre davacı; davalı üniversitede üstlendiği görevi, davalı vakıf ile yaptığı bir sözleşme gereği yürütmüştür. Anılan sözleşme, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesine istinaden ve bu maddenin verdiği yetkiye göre yapılmıştır. Anılan maddeye ve yapılan sözleşmeye göre, davalı ile davacı arasındaki ilişki; özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisidir (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı 18.03.1985 gün ve 1985/2 E., 1985/8 K.). Davalı vakıf üniversitesinin, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olması, davacının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ortadan kaldırmaz. Davacı ile davalı üniversite arasında iş ilişkisi bulunmaktadır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, uyuşmazlıkta İş Mahkemesi görevlidir.

Mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.
SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.04.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/379
Karar No **:** 2009/12327
Karar Tarihi **:** 04.05.2009
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***Çırak ile işveren arasında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çıkan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, İş Mahkemesidir.***

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-Uyuşmazlık davacının çırak olarak çalışıp çalışmadığı ve İş Kanunu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş Mahkemelerinin görev alanını hâkim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava "İş Mahkemesi sıfatıyla" açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda, Asliye Hukuk Mahkemesi ara kararı ile davaya "İş Mahkemesi sıfatıyla " baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde İş Mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri İş Mahkemeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendi uyarınca, "İşçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77-89 hükümleri hariç çıraklar hakkında" bu kanun hükümleri uygulanmaz.

3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu'nun 3/C maddesine göre çırak, "çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi ve beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişi" olarak tanımlanmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda 18 yaşını bitirmemiş çıraklar İş Kanunu kapsamı dışında sayılmışken, 4857 sayılı İş Kanunu'nda böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısı ile 4857 sayılı İş Kanunu zamanında kişi 18 yaşını bitirse bile, mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını almaya devam ediyor ve gelişmesi gerekiyor ise çıraklık konumu değişmeyecektir. Çırak ile işveren arasındaki uyuşmazlık İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Zira işveren ile çırak arasında iş ilişkisi var ise de yapılan iş gereği, çırak İş Kanunu hükümlerinden yararlanamamaktadır.

Ancak çırak ile işveren arasında İş Kanunu'nun 77 ila 89. maddeleri arasında iş güvenliği ile ilgili bir uyuşmazlık doğması halinde, görevli mahkeme yasanın açık hükmü gereği İş Mahkemesi olacaktır.

Dosya içeriğine göre, 03.03.1977 doğumlu olan davacının 01.01.1990 tarihinde 13 yaşında davalı işyerinde çalışmaya başladığı kabul edilmiştir. Davacı dava dilekçesinde 01.01.1990 da işyerine çırak olarak girdiğini belirtmiştir. 1475 sayılı İş Yasası'nın 5/6 maddesi gereğince 18 yaşını bitirdiği tarihe kadar davacı hakkında İş Yasası hükümlerinin uygulanma olanağı yoktur. Böyle olunca işe giriş tarihinin 18 yaşını bitirdiği tarih olarak kabul edilerek alacaklarının bu tarihten itibaren hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2009/18529
Karar No **:** 2009/13229
Karar Tarihi **:** 12.05.2009
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : İdari yargı ve adli yargı uyuşmazlığının mahkemece tek bir talep gibi kabul edilerek reddi yerine, profesyonel sendika yöneticiliği ile ilgili uyuşmazlığın İş Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.

DAVA : Davacı, sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, görev yönünden davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Dava, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi gereğince profesyonel sendika yöneticisi iken amatörlüğe geçirilme nedeniyle eski işine başlatılması ve 5620 S.K.'nun 1. ve 2. maddeleri uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı, Türkiye … İşçileri Sendikasının … Şubesinde profesyonel yönetici olarak görev yapmakta iken 01.10.2007 tarihinde amatör yöneticiliğe geçirildiğini, bunun üzerine Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi gereğince eski işine iadesine ve 5620 sayılı yasa gereğince kadrolu işçi statüsüne geçirilmesini talep ettiğini, ancak davalı idarenin talebine herhangi bir yanıt vermediğini belirterek 2821 S.Y'nın 29 ve 5620 S.K. 1. ve 2. maddeleri uyarınca iş yerinde sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacının …İşletme Müdürlüğünde mevsimlik işçi olarak çalışır iken profesyonel sendika yöneticiliğine seçilerek işyerinden ayrıldığını, dolayısıyla çalıştığı işyeri itibariyle .... Mahkemelerinin yetkili olduğunu, sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi talebine ilişkin işlemin idari bir işlem olup İdari Yargıda görülmesi gerektiğini savunarak yetki ve görev itirazlarında bulunmuştur. Ayrıca 2821 sayılı Yasanın 29. maddesinde belirtilen şekilde sendika yöneticiliği sona ermediği ve 5620 sayılı Yasaya göre 2006 yılında 6 aydan fazla fiilen işyerinde çalışmasının bulunması gerektiği, davacının böyle bir çalışmasının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davacının sürekli işçi kadrosuna geçirilmesini talebinin davalı idare tarafından reddi işlemin 5620 sayılı Yasa gereğince idari bir işlem olduğu, idari işlemin usulüne uygun yapılıp yapılmadığının idari yargının denetimine tabi bulunduğu, dolayısıyla idari yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçelerinde iki taleplerinin olduğu, bunlardan birincisinin 2821 s.y.nın 29. maddesi gereğince sendika yöneticiliğinde profesyonellikten amatörlüğe geçirildiğinden işveren nezdinde eski işine başlaması, diğeri de 5620 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddeleri uyarınca sürekli kadroya geçirilmesine isteğine yöneliktir. Mahkemece 2821 s.y. 29 maddesi uyarınca eski işine başlama talebinin de görev yönünden reddedildiğini, oysa bu talebin Sendikalar Yasası uyarınca ele alınıp sonuçlandırılması gerekir. Kararın bozulmasını talep etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının işbu dava ile iki ayrı istekte bulunduğu, bunlardan ilk isteğinin işyerinde yetkili sendikanın şube yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alındığı, daha sonra 2821 s.y. nın 29. maddesi gereğince sendika yöneticiliğinde profesyonellikten amatörlüğe geçirildiğinden işveren nezdindeki eski işine başlaması, diğer isteğinin de 5620 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddeleri uyarınca mevsimlik işçi statüsünden kadrolu işçi statüsüne geçirilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu isteklerden 5620 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddeleri uyarınca sürekli kadroya geçirilmesi isteğinin davalı tarafından reddedilmesi işlemi, idari bir işlem niteliğinde olup idari yargının denetimine tabi olduğundan bu uyuşmazlık ile ilgili verilen karar yerindedir. Ancak davacının diğer talebi 2821 sayılı Yasanın 29. maddesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olup, aynı yasanın 63/son fıkrası yollamasıyla 5521 sayılı Yasanın 1. maddesine uyarınca iş mahkemesince çözümlenmesi gerekir.

Böyle olunca mahkemece Sendikalar Yasası'nın 29. maddesi uyarınca davacının profesyonel sendika yöneticiliğinin sona ermesi nedeniyle eski işine başlatılması isteğinin esastan incelenmesi ve ortaya çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir iken, iki ayrı uyuşmazlığın tek bir talep gibi kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

992

Esas No **:** 2008/9938
Karar No **:** 2009/25731
Karar Tarihi **:** 05.10.2009
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***Devlet Memurları Kanunu'na göre Geçici Personel olarak çalışan ve işçi sayılmayan personelle ilgili uyuşmazlığın çözüm yeri İdari Yargıdır.***

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacı 15.03.2001 - 29.12.2006 tarihleri arasında zincirleme sözleşmelerle çalıştığını, emeklilik nedeniyle davalı işyerinden ayrıldığını belirterek kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti isteklerinde bulunmuştur.

Davalı, 657 Sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 4/c maddesi gereğince 27.8.1979 tarih ve 7/18200 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile tip sözleşme hükümlerine istinaden geçici personel olarak çalıştığını, davacının işçi statüsünde olmadığını görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece istekler kabul edilmiştir. Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlığın normatif dayanakları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu 4/c, 1475 sayılı İş Kanunu 1 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddeleridir. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/c maddesin de "bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir" düzenlemesine yer verilmiştir.

Somut olayda dosya içerisinde mevcut bilgi ve belgelere göre, davacının 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/c maddesiyle 53 sayılı Devlet İstatistik Enstitüsünün Görev, Yetki ve Kuruluşu Hakkındaki Kanun'un 13. maddesi uyarınca geçici personel olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Anılan yasaların hükümleri doğrultusunda her yıl çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararlarına uygun olarak davacı ile davalı kurum arasında geçici personel istihdamına yönelik sözleşmeler imzalanmıştır. Gerek davacının tabi olduğu yasa hükümleri, gerek yapılan sözleşmelerin içeriği dikkate alındığında taraflar arasında bir hizmet sözleşmesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davacı, Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığında genel nüfus, genel tarım, genel sanayi ve işyerleri sayımları ile hane halkı gelir ve tüketim harcamaları, gelir dağılımı anketleri, çevre istatistikleri ile ilgili olarak yapılacak

envanter çalışmalarında kullanılan soru kağıtları veya formların doldurulması, kontrolü değerlendirilmesi ve benzeri işlerle ilgili diğer hizmetlerde sözleşmede belirtilen ücret ve süre sınırları içinde çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdendir.

Davacının bu konumu itibariyle uyuşmazlığın çözüm yeri İdari Yargı olmalıdır. Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 05.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/25540
Karar No : 2009/32235
Karar Tarihi : 17.11.2009
İlgili Kanun : 5521/1

ÖZÜ : 5620 sayılı Yasadan kaynaklanan düzenleyici işlem niteliğindeki uyuşmazlığın çözüm yeri İdari Yargıdır.
DAVA: Davacı vekili tarafından verilen 10.06.2009 tarihli dilekçede, Dairemizin 02.04.2009 tarih, 2007/38102 E. ve 2009/9174 K. sayılı onama kararının maddi hataya dayalı olarak verildiği ileri sürülerek, davanın görev yönünden reddine dair karar verilmesi talebiyle sözü edilen onama kararının ortadan kaldırılması talep olunmuştur. Bahsi geçen dilekçe ve ekindeki evrak ile dosya yeniden incelendi gereği düşünüldü;

KARAR: Davacının talebinin 5620 sayılı yasa uyarınca daimi kadroya atanması gerektiğinin tespiti, aksi yöndeki kurum işleminin iptali ile daimi kadroya atanmasına karar verilmesi olmakla, uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümünün gerektiği açıktır. Görev hususu kamu düzenini ilgilendirmekte olup, re'sen dikkate alınmalıdır. Aynı işverenle ilgili olarak Dairemizin 18.02.2009 gün ve 2007/ 38055 E, 2009/ 2883 K. sayılı kararında da uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğuna dair karar verilmiştir. Yerel mahkemece işin esasına girilerek davanın reddine karar verilmiş olup, Dairemizce anılan kararın onanmasına dair kararının maddi hataya dayandığı anlaşılmakla Dairemizin sözü edilen kararı ortadan kaldırılarak aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.

Davacı vekili, müvekkili davacının davalı idarede 1992 yılından bu yana çalışmakta olduğunu, 2005 yılında 183 gün, 2006 yılında 120 gün bir fiil çalışmış olduğunu, doğum yapması sebebiyle 83 gün izin kullandığını, 5620 sayılı Kanundan faydalanmak için davalı idareye başvurduğunu, davalı kurumun talebini kabul etmediğini belirterek davacının daimi kadroya alınamayacağına dair 02.07.2007 tarih, 8530 sayılı işleminin iptali ile sürekli işçi kadrosuna alınması gerektiğinin tespitine ve sürekli işçi kadrosuna alınmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının 5620 sayılı Kanun gereğince sürekli işçi kadrolarına geçirilme şartlarını taşımadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının 2006 yılındaki çalışmasının 6 aydan az olduğu, 5620 sayılı Kanundan yararlanma şartlarını taşımadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Uyuşmazlığın normatif dayanağı 04.04.2007 tarihinde kabul edilen ve 21.04.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5620 sayılı Kanunun 1, 2, 3, Geçici 1 ve 3. maddeleridir.

5620 sayılı Kanunun m. l.de bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan geçici işçilerin sözleşmeli personel pozisyonlarına veya sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşul ve yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre maddede belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçinin sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi için 2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle geçici işçi olarak çalışmış olmak gerekir. Aynı düzenlemede 2005 veya 2006 yıllarında aynı şartlarda çalışıp da askerlik, doğum veya sağlık kurulu raporuyla belgelendirilen sağlık sorunları sebebiyle iş sözleşmeleri askıda kalanların da bu hüküm kapsamında değerlendirileceği öngörülmüştür.

Sözü edilen Kanunun m.3'e göre bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 1 inci madde kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılamaz. Ancak mevsimlik ve kampanya işleri ile orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde bir malî yılda 6 aydan az olmak üzere vize edilecek geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılabilir. Bu şekilde çalıştırılacak işçiler için her malî yılda maddede belirtilen mercilerden geçici iş pozisyon vizesi alınması zorunludur. Söz konusu vize işlemi yapılmaksızın geçici işçi çalıştırılamaz ve herhangi bir ödeme yapılamaz. İl özel idareleri ile bunların müessese ve işletmelerinde (Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan şirketler hariç) bu fıkra hükümlerine göre geçici işçi çalıştırılabilmesine ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenir.

5620 sayılı Kanunun 2.maddesinin (2) numaralı bendinde "Bu Kanunun 1 inci maddesi kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda çalışan geçici işçilerden bu Kanunun yayımı tarihi itibarıyla; bağlı bulundukları sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlardan bu tarih itibarıyla kadınlarda 56, erkeklerde 58 yaşını doldurmuş olanlar, sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmezler, bunların iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirilir" kuralına yer verilmiştir.

5620 sayılı Kanunun Geçici m. 1' e göre "kanunda belirtilen şartları taşımadıkları için sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu Kanunun 3.maddesi kapsamına girmeyen geçici işçiler, ilgili idare, kurum ve kuruluşlarda bir mali yılda 6 aydan az olmak üzere bu Kanunun 3.maddesinde belirtilen usule göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılmaya devam olunabilir". Maddenin 2.fıkrasında sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyenlerin 2006 yılındaki çalışma sürelerini aşmamak kaydıyla bu Kanunun

3.maddesinde belirtilen usule göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında istihdam edilmeye devam olunacağı belirtilmiştir. Yine maddenin 3.fıkrasına göre maddenin birinci ve ikinci fıkrası kapsamına girenlerin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazandıkları tarihte iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenerek feshedilir.

Kanunda belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçinin sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi için 2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle geçici işçi olarak çalışmış olmak gerekir. 2005 veya 2006 yıllarında aynı şartlarda çalışıp da askerlik, doğum veya sağlık kurulu raporuyla belgelendirilen sağlık sorunları sebebiyle iş sözleşmelerinin askıda kaldığı süreler 6 aylık sürenin hesabında göz önünde bulundurulacaktır. İkinci önemli koşul ise, sözü edilen 6 aylık sürenin usulüne uygun alınmış vizeye bağlı olarak geçmiş olmasıdır. İşçinin 2006 yılındaki çalışma süresi 6 ay veya daha fazla olmasına rağmen, bu çalışması usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonunda geçmemiş ise, sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi mümkün olamayacaktır.

5620 sayılı Kanun mevcut düzenlemesi ile iki halde iş sözleşmesinin feshedilebileceğini düzenlemiştir. Bunlardan ilki kanunun 2/2 maddesi uyarınca, yayımı tarihinde kapsama girsin ya da girmesin bayanlarda 56, erkeklerde 58 yaşını dolduran ve emekliliğe hak kazananların iş sözleşmelerinin feshidir. İkincisi ise kanunun Geçici 1/3 maddesine göre kapsama girmeyen ve geçici suretle çalıştırılmaları gereken personelin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığına hak kazanmasıdır.

5620 sayılı Kanun m. 3'te kanunun yayımı tarihinden itibaren mevsimlik ve kampanya işleri ile orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde bir malî yılda 6 aydan az olmak kaydıyla vize edilecek geçici iş pozisyonlarında çalıştırılacak işçiler hariç olmak üzere m. 1 kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarında geçici işçi çalıştırılamaz. Sözü edilen hüküm kanunun yayımı tarihinden sonraki uygulamaya ilişkindir. Kanunun yayımı tarihinde geçici işçi olup da sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşullarını taşımayanların durumu ise Geçici m. 1' de düzenlenmiştir. Buna göre 2006 yılındaki çalışması 6 aydan az veya çalışması 6 aydan fazla olup da bu süreyi usulüne uygun alınmış vizeye tabi geçilmemiş olan işçinin bir malî yılda 6 aydan az olmak üzere usulüne göre yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılabilir.

5620 sayılı Kanun belli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanma koşullarını taşımayan geçici işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bunlar haricinde kalan geçici işçiler, sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşullarını taşısın taşımasın iş sözleşmeleri anılan kanuna dayanılarak doğrudan feshedilemez.

Kadro tahsisi idari bir işlemdir. İdari işlem tesis edecek şekilde yargı kararı verilemez. İdarenin 5620 sayılı yasa kapsamında sürekli işçi veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesi için düzenlediği kadro tahsis işlemi bir idari işlem olup, bu işlemin iptaline yönelik uyuşmazlığın, kısaca sürekli işçi kadrosunda bulunması gerektiği yönündeki istemin idari yargı yerinde çözülmesi gerekir. Zira 5620 sayılı Yasadan kaynaklanan düzenleyici işlem niteliğindeki uyuşmazlığın çözüm yeri İdari Yargıdır.

Somut olay bakımından davacının davalı idarece sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi ya da geçirilmemesi idari bir işlemdir. İdari işlemin iptaline ve sürekli işçi kadrosuna geçirilme isteğinin idari yargı yerinde karara bağlanması gerekir. Başka bir anlatımla idari işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı olduğundan dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile işin esasına girilerek davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.11.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No **:** 2009/9-512
Karar No **:** 2009/525
Karar Tarihi **:** 18.11.2009
İlgili Kanun **:** 5521/1

ÖZÜ : ***İş mevzuatına tabi olarak çalışan personelin toplu iş sözleşmesine göre kapsam dışı bırakılması söz konusu olup, 399 sayılı KHK ye göre çalışan personelin başka bir kamu kuruluşuna nakli sırasında çıkan uyuşmazlıklar idari yargı yerinde, iş mevzuatına tabi personelin nakli ile ilgili uyuşmazlıklar adli yargı yerinde görülmelidir.***

DAVA : Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (… Onaltıncı İş Mahkemesi)'nce fazla mesai alacağı yönünden karar verilmesine yer olmadığına, diğer talepler yönünden davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.09.2007 gün ve 2005/1218-2007/526 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 13.06.2008 gün ve 2008/20288-15401 sayılı ilamı ile; (...Davacı, ücret alacağı, ilave tediye ve ikramiye fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Davacı vekili, Dairemizin 27.12.2007 gün ve 2007/40234 sayılı bozma kararının maddi hataya dayandığını ileri sürerek, maddi hatanın giderilmesi isteğinde bulunmuştur.

Dairemiz kararında maddi hata yapıldığına dair dilekçede özetle, davacının 2000 yılında kapsam dışı statüye geçtiği, bozma kararında ise kapsam içi olduğunun yazılı olduğu ifade edilmiştir.

Dosya ve eklerinin yeniden incelenmesinde gerçekten de davacının 2000 yılından itibaren, dava konusu alacakların talep edildiği 2004 yılı sonuna kadar kapsam dışı tekniker olarak çalıştığı, böyle olunca anılan tarihlerde özelleştirilmeyen davalı ile davacı arasındaki uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğu anlaşılmakla, Dairemiz

kararının maddi hataya dayandığı görülmekle ortadan kaldırıldı, gereği konuşulup düşünüldü:

Dosyanın yeniden yapılan incelemesi sonucunda;

Davacı dava dilekçesinde davalıda 399 sayılı KHK gereğince sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken, 21.12.2000 tarihinden sonra iş mevzuatına geçirilmesine rağmen ücret ve ikramiyesinin eksik ödendiği iddiası ile fark ücret ve ikramiye isteğinde bulunmuş, mahkemece 15.10.2000-15.01.2004 arası fark istekleri hüküm altına alınmıştır.

Davacının 15.01.2004 tarihine kadar 399 sayılı KHK gereğince kapsam dışı statüde çalıştığı tarafların da kabulündedir. Davalının 14.11.2005 tarihinde %51 hissesi özelleştirilerek kamu kurumu niteliği bu tarihe kadar devam etmiştir. Bu durumda dava konusu dönemde idari yargı görevli olduğu halde görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; ücret farkı, ikramiye farkı ile fazla mesai ücretinin tahsili istemine ilişkindir.

Davacının davalı T. AŞ işyerinde 399 sayılı KHK'ya göre sözleşmeli statüde tekniker unvanı ile çalıştığı, 2000 yılında imzaladığı hizmet akdi ile iş mevzuatına tabi hale geldiği, hizmet akdinde yine unvanının tekniker olarak yazılı olduğu, iş mevzuatına kapsam içi olarak geçtiği, sendika üyesi olarak TİS'den de yararlandığı konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Mahkemece kapsam dışı teknik uzman seviyesinde çalıştığı kabul edilerek kapsam içi olduğu tarihten yasal düzenlemenin yapıldığı 15.08.2004 tarihine kadar kapsam dışı teknik uzmana ödenen ücret ile davacıya ödenen ücret farkının ve buna bağlı olarak akdi ve yasal ikramiye ile fazla mesai farkı yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire'ce yukarıda açıklanan nedenlerle hüküm bozulmuş, mahkemece ilk hükümde direnilmiştir.

Uyuşmazlık; davaya bakma görevinin adli yargıya mı yoksa idari yargıya mı ait olduğu noktasında toplanmaktadır.

4502 sayılı Yasa'nın geçici 4. maddesinde yer verilen "Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte T.'da 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olarak kadrolu veya sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta olanlardan isteyenler iş mevzuatına tabi personel statüsüne geçirilir. İş mevzuatına tabi personel statüsüne geçmek istemeyenlerin mevcut statü, sosyal ve özlük haklarıyla istihdamlarına devam olunur." hükmü ile, iş mevzuatına geçmek istemeyen 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi kadrolu veya sözleşmeli personelin statüleri, sosyal ve özlük hakları korunmak suretiyle ve görevde yükselmelerine de olanak sağlayacak biçimde düzenlenmiştir.

Davacı T. AŞ işyerinde 399 sayılı KHK'ya göre sözleşmeli statüde tekniker unvanı ile çalışırken 29.01.2000 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4502 sayılı Kanunun Geçici 4. maddesi hükmü uyarınca, 2000 yılında kendi iradesi ile imzaladığı hizmet akdi ile iş mevzuatına tabi hale gelmiştir.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun Değişik 1. maddesinin 7. fıkrasında, "Türk Telekom, bu Kanun ve Özel Kanun hükümlerine tabi bir anonim şirkettir. Bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere kamu iktisadi teşebbüsleri de dahil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat Türk Telekom'a uygulanmaz" hükmüne yer verilerek, Türk Telekom'a özgü farklı bir statü oluşturulmuştur.

Aynı Kanun'un ek 22. maddesinin, Değişik l/a fıkrasında ise, "Personelin statüsü: (Ek ibare: 12.05.2001-4673/6 md.) Türk Telekom'daki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar, Türk Telekom Yönetim Kurulu üyeliklerine atanacaklarda Devlet memurluğuna atanabilme genel şartlarına sahip olma ve en az dört yıllık yüksek öğrenim görme şartları aranır. (Mülga ikinci ve üçüncü cümle: 16.06.2004-5189/12) Bunların dışında kalan personel iş mevzuatı uyarınca istihdam edilir. İş mevzuatına göre istihdam edilenlere ilişkin kayıt ve şartlar Yönetim Kurulu tarafından tayin olunur." hükmü öngörülmüştür.

Türk Telekom Yönetim Kurulu, anılan Yasa hükmü doğrultusunda yaptığı düzenlemeyle iş mevzuatına göre istihdam edilenleri kapsam içi ve kapsam dışı olarak sınıflandırmıştır. Ancak, bu sınıflandırma sonucu kapsam dışı sayılan personel de yine bütünüyle iş mevzuatına tabi olarak istihdam edilmekte olup, söz konusu personelin Türk Telekom'un statüsü itibariyle kamu personeli sayılmaları mümkün görülmemektedir.

Öte yandan, Türk Telekom personelinin statüsünü belirleyen 406 sayılı Kanunun Ek 22. maddesinin 4502 sayılı Kanun'la 29.01.2000 tarihinde yürürlüğe konulduğu gözetildiğinde, bu Kanun hükümlerinin yürürlükte olmadığı sırada verilen Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 22.01.1996 günlü, E: 1995/1, K: 1996/1 sayılı ilke kararının dava konusu uyuşmazlıkta uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Davacı, Davalı T. A.Ş. işyerinde 399 sayılı KHK'ya göre sözleşmeli statüde tekniker unvanı ile çalıştığı sırada 29.01.2000 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 4502 sayılı Kanunun Geçici 4. maddesinden yararlanarak, 2000 yılında kendi iradesi ile imzaladığı hizmet akdi ile iş mevzuatına tabi hale gelmiştir. Davaya konu edilen

alacaklar davacının iş mevzuatına geçtiği tarihten sonraki döneme ait alacakları içermektedir.

406 sayılı Yasa'da, 4502 sayılı Yasa ile getirilen Ek madde 22 ve Geçici madde 4'de işyerinde uygulanacak personel rejimi düzenlenmiştir.

Davalı T. A.Ş.'de uygulanmakta olan personel rejimi; kadrolu personel ve iş mevzuatına geçen ve bu mevzuata tabi olarak çalışan personel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kadrolu personel; 657 sayılı Yasa'ya tabi çalışan devlet memurları ile 399 sayılı KHK hükümlerine göre çalışan sözleşmeli personeli kapsamaktadır.

İş mevzuatına geçen ve bu mevzuata tabi olarak çalışan personel ise; toplu iş sözleşmesi kapsamına dahil edilen sendikalı olması zorunlu, kapsam içi denilen personel ile toplu iş sözleşmesi kapsamına dahil edilmeyen, kapsam dışı denilen personeli kapsamaktadır.

İş mevzuatına tabi olarak çalışan personelin neye göre TİS kapsamı içinde veya dışında olacağı da TİS hükümlerine göre belirlenmiştir.

Dolayısıyla 399 sayılı KHK uyarınca çalışan sözleşmeli personel ile iş mevzuatına tabi olarak çalışan kapsam içi ve kapsam dışı personelin hukuki durumu aynı değildir.

Karışıklık iş mevzuatına tabi olarak çalışan kapsam dışı personele daha sonradan verilen bir başka kamu kurumuna nakil hakkından kaynaklanmaktadır.

Yani özelleştirmenin tamamlandığı tarih olan 14.11.2005 tarihine kadar, çalışanın istediği veya istihdam fazlası olarak değerlendirilen işverenin talebi ile Devlet Personel Dairesi Başkanlığı'na bildirilen ve özelleştirme ile birlikte bir başka kamu kurum veya kuruluşuna nakli sağlanan personel ile ilgili anlaşmazlıklarda idari yargının görevli olduğu konusunda bir kuşku bulunmamaktadır.

Ancak, Devlet Personel Dairesi Başkanlığı'na bildirilmemiş ve özelleştirmeden sonra da işyerinde çalışmaya devam eden gerek kapsam içi, gerekse kapsam dışı personel ile ilgili uyuşmazlıklarda adli yargı görevlidir. Çünkü gerek kapsam içi olsun, gerekse kapsam dışı olsun bu tür çalışanlara iş mevzuatı hükümleri uygulanacaktır. Bu uyuşmazlıkların tek bir yargı yerinde görülmesi ve çözümlenmesinde de gerek hukuki istikrar, gerekse usul ekonomisi ilkeleri yönünden büyük yarar bulunduğu da kuşkusuzdur. Yukarıda da izah edildiği gibi bu personel ile ilgili artık idari değil, adli yargı görevlidir.

Danıştay'ın son yıllarda verdiği kararlar da bu yöndedir (Danıştay Beşinci Dairesi'nin 01.04.2008 tarih, 2007/7257 Esas, 2008/1798 Karar sayılı kararı). Yargıtay'ın istikrar kazanmış görüşü de aynı yöndedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.2008 gün ve 2008/9-597-588 sayılı ilamı (ve 20 emsal Dosya)).

Bu nedenle, iş mevzuatına tabi hizmet akdi imzalamak suretiyle çalışan davacı ile davalı Türk Telekom arasındaki uyuşmazlığın görüm ve çözümü adli yargıya ait olduğundan, yerel mahkemenin adli yargının görevli olduğu yönündeki kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Ne var ki, işin esasına yönelik davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekmektedir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemenin adli yargının görevli olduğu yönündeki kararı doğru olmakla birlikte, işin esasına yönelik davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'ne Gönderilmesine, 18.11.2009 gününde, oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/245
Karar No **:** 2008/2294
Karar Tarihi **:** 25.02.2008
İlgili Kanun **:** 5521/5

ÖZÜ : ***İş Mahkemeleri Kanunu'na göre açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görüleceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de görülebilir. Bu kural emredici olduğundan, başka bir mahkemenin sözleşme ile yetkili kılınması imkânı yoktur.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, hafta tatili, izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, yetkisizlik kararı vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı, davalıya ait eczane işyerinde çalıştığını belirterek, işçilik alacakları isteğinde bulunmuş, mahkemece dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu yetkisizlik kararı verilmiştir.

Kararı temyiz eden davalı; davacının dilekçesine hata ile işyeri adresi olarak ev adresini yazdığını, yargılamanın uzamaması için kararı temyiz etme yoluna gittiklerini belirtmiştir.

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca "İş Mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz." Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, emredici kural olduğundan bu iki mahkeme dışında başka bir mahkemenin sözleşme ile yetkili bulunması imkânı yoktur. Diğer taraftan yetkinin kamu düzenine ait olduğu hallerde yetki itirazı ilk itiraz değildir. Taraflar her zaman bu itirazda bulunabilecekleri gibi mahkemede her zaman kendiliğinden yetkili olup olmadığını inceler.

Somut olayda dosya üzerinde yetkisizlik kararı verilmiştir. Mahkemece oturum açarak taraf teşkili yapmak, yukarıda yasal düzenleme doğrultusunda karar vermektir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/1930
Karar No **:** 2008/20009
Karar Tarihi **:** 14.07.2008
İlgili Kanun **:** 5521/5

ÖZÜ : ***İşçinin daimi olarak çalıştığı en son işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması gerekir. Geçici olarak görevlendirildiği yer mahkemesinin yetkili olması düşünülemez.***

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı yetki yönünden reddetmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, davalı şirkete bağlı olarak İzmir-Aliağa'da çalışmakta iken, geçici olarak görevlendirildiği Kırıkkale Bölgesinde bulunduğu sırada, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, şirket merkezinin İstanbul-Büyükçekmece'de olduğunu, ayrıca davacının son görev yerinin Kırıkkale olması nedeni ile Kırıkkale veya Bakırköy iş Mahkemelerinin yetkili olduğunu, davanın yetkisiz mahkemede açıldığını belirterek davanın yetki yönünden reddi ile dosyanın yetkili Bakırköy iş Mahkemesine gönderilmesini, esas yönünden ise iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece 5521 sayılı Kanunun 5.maddesi gereği davanın davacının çalıştığı Kırıkkale İş Mahkemesi veya davalı şirket merkezinin Büyükçekmece olması nedeniyle Bakırköy İş Mahkemesinde açılması gerektiği, Karşıyaka İş Mahkemesinin yetkili olmadığı gerekçesi ile dava dilekçesinin yetki yönünden reddine ve dosyanın talep halinde yetkili Bakırköy Nöbetçi iş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesi uyarınca "İş Mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri yer mahkemesinde de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. "Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, emredici olduğundan uyuşmazlığa bu yer mahkemeleri dışında başka mahkemede bakılamaz. İş yargılaması hukukunda yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan, bunun yargılamanın her aşamasında ve re'sen dikkate alınması gerekir.

Somut olayda, davalı şirket merkezinin İstanbul-Büyükçekmece olması nedeniyle davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinin Bakırköy İş Mahkemesi olduğu açıktır. Davacının işini yaptığı işyerinin neresi olduğu konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı işçi, daimi olarak çalıştığı işyerinin Aliağa olduğunu geçici olarak Kırıkkale'de görev yaptığı sırada iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürmüş ve işini yaptığı yer mahkemesinin Karşıyaka İş Mahkemesi olduğunu ileri sürmüştür. Davalı işveren ise şirketin Aliağa'da merkez veya şubesinin bulunmadığını, davacının son olarak çalıştığı yerin Kırıkkale olması nedeni ile anılan yer mahkemesinin yetkili olduğunu savunmuştur.

Belirtmek gerekir ki, işçinin daimi olarak çalıştığı en son işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması gerekir. Geçici olarak görevlendirildiği yer mahkemesinin yetkili olması düşünülemez.

Davacı tarafça temyiz aşamasında dosyaya sunulan Büyükçekmece 5.Noterliğinin 25.06.2007 tarih ve 23610 sayılı ihtarnamesinde davalı işverence Kırıkkale'de ki görevlendirmenin geçici olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Mevcut olgular karşısında davacının Kırıkkale'den önce daimi olarak çalıştığı işyerinin Aliağa olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu konuda taraflardan delilleri toplanarak, sonucuna göre yetki konusunda bir karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.07.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/38292
Karar No **:** 2009/22626
Karar Tarihi **:** 14.09.2009
İlgili Kanun **:** 5620/1

ÖZÜ : 5620 sayılı Kanun uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilme şartlarından birisi, işçinin vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle geçici işçi olarak çalışmış olmasıdır.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, iş sözleşmesinin davalı işverence tek taraflı olarak askıya alınmak suretiyle feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini, buna bağlı işe başlamama tazminatı ile boşta geçen dört aylık ücret ve diğer haklarının belirlenmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının 5620 sayılı Kanun gereğince sürekli işçi kadrolarına geçirilme şartlarını taşımaması nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının 2006 yılındaki çalışma süresinin 6 aydan fazla olduğu, sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerekirken iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

I- NORMATİF DAYANAK

Uyuşmazlığın normatif dayanağı 04.04.2007 tarihinde kabul edilen ve 21.04.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5620 sayılı Kanunun 1, 2, 3, Geçici 1 ve 3. maddeleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18,19, 20 ve 21. maddeleridir.

5620 sayılı Kanun m. 1'de bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan geçici işçilerin sözleşmeli personel pozisyonlarına veya sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşul ve yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre maddede belirtilen kamu, kurum ve

kuruluşlarında çalışan işçinin sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi için 2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle geçici işçi olarak çalışmış olmak gerekir. Aynı düzenlemede 2005 veya 2006 yıllarında aynı şartlarda çalışıp da askerlik, doğum veya sağlık kurulu raporuyla belgelendirilen sağlık sorunları sebebiyle iş sözleşmeleri askıda kalanların da bu hüküm kapsamında değerlendirileceği öngörülmüştür.

Sözü edilen Kanunda m.3'e göre bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 1. madde kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılamaz. Ancak mevsimlik ve kampanya işleri ile orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde bir mali yılda 6 aydan az olmak üzere vize edilecek geçici iş pozisyonlarında işçi çalıştırılabilir. Bu şekilde çalıştırılacak işçiler için her mali yılda maddede belirtilen mercilerden geçici iş pozisyon vizesi alınması zorunludur. Söz konusu vize işlemi yapılmaksızın geçici işçi çalıştırılamaz ve herhangi bir ödeme yapılamaz. İl Özel İdareleri ile bunların müessese ve işletmelerinde (Türk Ticaret Kanunu) hükümlerine göre kurulmuş (plan şirketler hariç) bu fıkra hükümlerine göre geçici işçi çalıştırılabilmesine ilişkin usul ve esasları İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenir.

5620 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı bendinde "Bu Kanunun 1. maddesi kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarda çalışan geçici işçilerden bu Kanunun yayımı tarihi itibarıyla; bağlı bulundukları Sosyal Güvenlik Kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlardan bu tarih itibarıyla kadınlarda 56, erkeklerde 58 yaşını doldurmuş olanlar, sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmezler, bunların iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenmek suretiyle sona erdirilir" kuralına yer verilmiştir.

5620 sayılı Kanun'un Geçici m.l'e göre "Kanunda belirtilen şartları taşımadıkları için sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçişi yapılamayan ve bu Kanunun 3. maddesi kapsamına girmeyen geçici işçiler, ilgili idare, kurum ve kuruluşlarda bir mali yılda 6 aydan az olmak üzere bu Kanunun 3. maddesinde belirtilen usule göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılmaya devam olunabilir". Maddenin 2. fıkrasında sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyenlerin 2006 yılındaki çalışma sürelerini aşmamak kaydıyla bu Kanunun 3. maddesinde belirtilen usûle göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında istihdam edilmeye devam olunacağı belirtilmiştir. Yine maddenin 3. fıkrasına göre maddenin birinci ve ikinci fıkrası kapsamına girenlerin bağlı bulunduğu Sosyal Güvenlik Kurumundan yaşlılık veya emeklilik aylığı bağlanmasına hak kazandıkları tarihte iş sözleşmeleri tüm yasal hakları ödenerek feshedilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinde öngörülen iş güvencesi hükümleri feshe karşı işçiyi korumayı sağlamak üzere kabul edilmiştir. "Fesih" olarak nitelendirilemeyecek askıya alma hallerinde, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlandırma olanağı bulunmamaktadır.

II. NORMATİF DAYANAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Sürekli İşçi Kadrosuna Geçirilme Koşulları Yönünden:

Kanunda belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçinin sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi için 2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle geçici işçi olarak çalışmış olmak gerekir. 2005 veya 2006 yıllarında aynı şartlarda çalışıp da askerlik, doğum veya sağlık kurulu raporuyla belgelendirilen sağlık sorunları sebebiyle iş sözleşmelerinin askıda kaldığı süreler 6 aylık sürenin hesabında gözönünde bulundurulacaktır. İkinci önemli koşul ise sözü edilen 6 aylık sürenin usulüne uygun alınmış vizeye bağlı olarak geçmiş olmasıdır. İşçinin 2006 yılındaki çalışma süresi 6 ay veya daha fazla olmasına rağmen, bu çalışması usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonunda geçmemişse sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, vize alınmasının idarenin sorumluluğunda olduğundan söz edilerek anılan koşulun gerçekleşmiş olduğu varsayılamaz.

B. Belirli Yaş Sınırında Olan ve Emekliliğe Hak Kazananlar Yönünden:

5620 sayılı Kanun mevcut düzenlemesi ile iki halde iş sözleşmesinin feshedilebileceğini düzenlemiştir. Bunlardan ilki Kanunun 2/2 maddesi uyarınca, yayımı tarihinde kapsama girsin ya da girmesin bayanlarda 56, erkeklerde 58 yaşını dolduran ve emekliliğe hak kazananların iş sözleşmelerinin feshidir. İkincisi ise Kanunun Geçici 1/3 maddesine göre kapsama girmeyen ve geçici suretle çalıştırılmaları gereken personelin bağlı bulunduğu Sosyal Güvenlik Kurumundan yaşlılık aylığına hak kazanmasıdır.

Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan geçici işçinin Kanunun yayımı tarihi itibariyle emeklilik hakkını kazanmakla birlikte bu tarih itibariyle kadınlarda 56, erkeklerde 58 yaşını doldurmuş olanlar sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeyip, bunların iş sözleşmelerinin tüm yasal hakları ödenmek suretiyle feshedilmesi gerektiği öngörüldüğünden, işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle feshi kanuna uygun ve geçerli kabul edilmelidir.

C- Geçici İş Pozisyonunda Çalıştırma Yönünden:

1- Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçmeyi Kabul Etmeyenler

Kanunda belirtilen koşulları taşıdığı halde sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyenlerin 2006 yılındaki çalışma sürelerini aşmamak kaydıyla bu Kanunun 3. maddesinde belirtilen usule göre vizesi yapılacak geçici iş pozisyonlarında istihdam edilmesi mümkündür. Sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyen işçinin yukarıda belirtilen yaş sınırı ve emekliliğe hak kazanma durumu söz konusu değilse iş sözleşmesi bu nedenle doğrudan feshedilmemeli, her yıl 2006 yılındaki çalışma süresini geçmemek üzere usulüne uygun vizesi yapılacak geçici iş pozisyonunda istihdamı sağlanmalıdır.

2- Sürekli İşçi Kadrosuna Geçirilme Koşullarını Taşımayanlar

5620 sayılı Kanun m.3'te Kanunun yayını tarihinden itibaren mevsimlik ve kampanya işleri ile orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde bir mali yılda 6 aydan az olmak kaydıyla vize edilecek geçici iş pozisyonlarında çalıştırılacak işçiler hariç olmak üzere m.l kapsamındaki idare, kurum ve kuruluşlarında geçici işçi çalıştırılamaz. Sözü edilen hüküm, Kanunun yayımı tarihinden sonraki uygulamaya ilişkindir. Kanunun yayımı tarihinde geçici işçi olup da sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşullarını taşımayanların durumu ise Geçici m.1'de düzenlenmiştir. Buna göre 2006 yılındaki çalışması 6 aydan az veya çalışması 6 aydan fazla olup da bu süreyi usulüne uygun

alınmış vizeye tabi geçirmemiş olan işçinin bir mali yılda 6 aydan az olmak üzere usulüne göre yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılabilir,

a) İş Sözleşmesinin Askıya Alınması:

Sözleşmeli personel statüsüne geçmeyi kabul etmeyen geçici işçinin 2006 yılındaki çalışma süresini aşmamak kaydıyla geçici iş pozisyonunda çalıştırılmak üzere iş sözleşmesinin askıya alınması gerekebilir.

Sürekli işçi kadrosuna geçirilme koşullarını taşımayan işçinin iş sözleşmesi bu nedenle feshedilemez. 5620 sayılı İş Kanunu Geçici m.1 uyarınca her yıl 6 ayı geçmemek kaydıyla usulüne uygun olarak vizesi alınacak geçici iş pozisyonunda çalıştırılmak üzere iş sözleşmesi askıya alınabilir.

İşveren tarafından iş sözleşmesinin 5620 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri çerçevesinde bir mali yılda 6 aydan az çalıştırılmak üzere askıya alınması halinde, askıya alınanın tek taraflı olduğundan söz edilerek "fesih" mahiyetinde olduğu kabul edilemez. Zira Kanuna dayanılarak yapılan bu tür bir işlemde işçinin muvafakatinin alınmasına gerek yoktur. Esasen işverenin de bu noktada serbest irade ile hareket ettiği söylenemez. Başka bir anlatımla, askıya alma işleminde davalı idarenin inisiyatifi bulunmadığından tek taraflı yapıldığı şeklinde nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin sürekli işçi kadrosuna geçirilme koşullarını taşımasına rağmen iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda askıya alınanın yasal şartları taşımadığı da dikkate alınarak "tek taraflı" işveren feshi olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

b) İş Sözleşmesinin Feshedilmesi:

5620 sayılı Kanun belli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanma koşullarını taşımayanların geçici işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bunlar haricinde kalan geçici işçiler, sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşullarını taşısın taşımasın iş sözleşmeleri anıları Kanuna dayanılarak doğrudan feshedilemez. Kanunda belirtilen yaş sınırında olmayan ve emekliliğe hak kazanmayan geçici işçiye, 5620 sayılı Kanun'a dayanılarak iş sözleşmesi feshedilmeden önce yine Kanunda belirtilen süre ile sınırlı olmak kaydıyla vizesi yapılacak geçici işçi pozisyonda çalıştırmak üzere iş sözleşmesinin askıya alınması teklif edilmelidir. Kanuna göre mümkün olan bu işlem, aynı zamanda feshin son çare olması ilkesinin de gereğidir. İşçinin yapılan teklifi kabul etmemesi halinde yapılacak fesih geçerli nedene dayanacaktır. Bu nedenle sürekli işçi kadrolarına geçirilme şartları taşımayan işçinin geçici iş pozisyonunda çalışmak üzere iş sözleşmesinin askıya alınması yolu denenmeden doğrudan feshe başvurulması feshin geçersizliğine yol açacaktır.

c) Geçici İşçinin Sürekli İşçi Kadrosuna Geçirilmemesi İşleminin Niteliği

Kadro tahsisi idari bir işlemdir. İdari işlem tesis edecek şekilde yargı kararı verilemez, İdarenin 5620 sayılı Yasa kapsamında sürekli işçi veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesi için düzenlediği kadro tahsis işlemi bir idari işlem olup, bu işlemin iptaline yönelik uyuşmazlığın, kısaca sürekli işçi kadrosunda bulunması gerektiği yönündeki istemin idari yargı yerinde çözülmesi gerekir. Zira 5620 sayılı Yasa'dan kaynaklanan düzenleyici işlem niteliğindeki uyuşmazlığını çözüm yeri İdari Yargıdır.

III. SOMUT OLAY YÖNÜNDEN İRDELEME

Dosya içeriğine göre, davacı işçinin davalı Belediyeye ait işyerinde 15.08.2004 tarihinde aynı Belediyenin Tiyatro Müdürlüğünde, 08.09.2006 tarihinden itibaren de Temizlik İşleri Müdürlüğü'nde aralıksız olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin 5620 sayılı Kanun uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilme şartlarını taşımadığı için davalı işverence feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının 2006 yılındaki çalışma süresi 6 aydan fazla ise de, sürekli işçi kadrosuna geçirilmek için yukarıda belirtildiği gibi 2006 yılı çalışmasının usulüne uygun olarak alınmış vizeye tabi olarak geçmiş olması gerekir. Bu konuda araştırma ve inceleme yapılmadan salt 2006 yılındaki çalışma süresinin 6 aydan fazla olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/34332
Karar No **:** 2009/2754
Karar Tarihi **:** 17.02.2009
İlgili Kanun **:** 5953/1

ÖZÜ : ***Radyo ve televizyon kanalında haber muhabiri olarak çalışan kişi, Basın İş Kanunu'na tabi olduğundan, işçilik alacaklarına ilişkin ibranamenin bu kanın hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir.***

DAVA : Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, fazla çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı işçi, işyerinde gazeteci olarak çalıştığını ileri sürerek, ihbar ve kıdem tazminatı, izin ücreti, fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerinin ödetilmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalıştığını, karşılıklı mutabakatla iş sözleşmesinin sona erdirildiğini ve işverenin ibra edildiğini savunmuş, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının haber kameramanı olarak yaptığı işin fikir ve sanat işi kapsamında olmadığı gerekçesiyle çalışmaları Basın İş Kanunu kapsamında sayılmamış

ve hesaplamaların 4857 sayılı İş Kanunu'na göre yapıldığı bilirkişi raporu ile ibranameye değer verilerek davaya konu isteklerin reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacı işçinin 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamında gazeteci olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasanın 1. maddesinde, "Bu Kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir" şeklinde kurala yer verilerek Kanunun kapsamı ve gazeteci tanımı ortaya konulmuştur. Buna göre Kanun kapsamında kalan işyerleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları olarak sıralanabilir. Kanunda bahsi geçen "gazete" ve "mevkute" gibi kavramların nesne anlamında olmadığı günlük gazete ya da daha uzun dönemsel yayınların basıldığı yer olan işletmenin anlaşılması gerektiği açıktır. Bununla birlikte gazete ve dönemsel yayının Türkiye'de yayımlanması bir başka zorunluluktur. Bahsi geçen dört tür işyerinde fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar, Kanunda gazeteci olarak adlandırılmıştır.

Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibariyle, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayımlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Dairemizce elektronik gazetelerin yayın koordinatörlüğünü yapan bir çalışanın 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un kapsamında gazeteci olduğu kabul edilmiştir. (Yargıtay 9. HD 17.04.2007 gün 2006/33909 E, 2007/11104 K.)

Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya ilgili alanlarda çalışmayı ifade eder. Buna göre; Yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Ancak aynı tür işyerlerinde teknik sorumlu, şoför, sekreter, muhasebe elemanı, satış ve pazarlama gibi işlerde çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilemezler.

Öte yandan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 38. maddesinde, özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanların da 5953 sayılı Kanunun kapsamında olduğu açıklanmıştır. Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar yönünden fikir ve sanat işi yapma koşulu söz konusu değildir. Ancak haberle ilgili birimde çalışma kavramı, haberin oluşumuna doğrudan katkı sağlama olarak değerlendirilmelidir. Buna göre haber müdürü, muhabir, foto muhabiri, spiker, haber kameramanı gibi çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, uplink görevlisi, şoför, diğer teknik ve idari

personel haberin oluşumuna doğrudan katkısı olmadıklarından gazeteci kavramına dahil değildir.

Somut olayda, davacının davalıya ait özel radyo ve televizyon kanalında haber muhabiri olduğu uyuşmazlık dışıdır. Böyle olunca davacının çalışmaları 3984 sayılı yasanın 38. maddesi uyarınca 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un hükümlerine göre değerlendirilmelidir. Anılan yasa, davaya konu işçilik alacaklarına hak kazanma ve hesap yönlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklıdır. Böyle olunca davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti bakımından hesaplamalar 5953 sayılı yasanın 5., 6. ve 29. maddelerine göre yapılmalı ve bakiye bir hakkın olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Dosya içinde davacı gazetecinin imzasını taşıyan ve davaya konu işçilik alacaklarının sayıldığı ibraname bulunmakta ise de, davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında kaldığı işverence ileri sürüldüğüne göre, ibranamenin 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un uygulanmasından doğabilecek olan fark istekleri kapsaması düşünülemez.

Belirtmek gerekir ki, savunmayla çelişen ibranameye bu yönüyle değer verilemez. Böyle olunca ibranamenin de alınacak olan bilirkişi hesap raporunun ardından mahkemece yeniden değerlendirilmesi gerekir. Mahkemece eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/30660
Karar No **:** 2009/8953
Karar Tarihi **:** 31.03.2009
İlgili Kanun **:** 5953/1

ÖZÜ : ***Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışan ve haberin oluşumuna doğrudan katkıda bulunanlar "gazeteci" kavramına dahildir.***

DAVA : Davacı kıdem, ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve yüzde beş fazla ödeme alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı açmış olduğu bu davada işyerinde Basın İş Kanunu'na tabi olarak çalıştığını, işe iade davası sonunda süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmadığını ileri sürerek, kıdem, ihbar, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve yüzde beş fazla ödeme alacaklarının ödetilmesi isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren davacının Basın İş Kanunu kapsamında çalışmadığı yönünde açık bir itirazda bulunmamıştır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının program yönetmeni olması sebebiyle Basın İş Kanunu yerine 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında çalıştığından bahisle hesaplamalara gidilmiştir. Davacı vekili Basın İş Kanunu'ndan söz ederek hesaplamalara itiraz etmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacı işçinin 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamında gazeteci olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı yasanın 1. maddesinde, "Bu Kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır, Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir" şeklinde kurala yer verilerek Kanunun kapsamı ve gazeteci tanımı ortaya konulmuştur. Buna göre Kanunun kapsamında kalan işyerleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları olarak sıralanabilir Kanunda bahsi geçen "gazete" ve "mevkute" gibi kavramların nesne anlamında olmadığı günlük gazete ya da daha uzun dönemsel yayınların basıldığı yer olan işletmenin anlaşılması gerektiği açıktır. Bununla birlikte gazete ve dönemsel yayının Türkiye 'de yayınlanması bir başka zorunluluktur. Bahsi geçen dört tür işyerinde fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar, Kanunda gazeteci olarak adlandırılmıştır.

Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Dairemizce elektronik gazetelerin yayın koordinatörlüğünü yapan bir çalışanın 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un kapsamında gazeteci olduğu kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 17.04.2007 gün 2006/33909 E, 2007/11104 K.)

Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya ilgili alanlarda çalışmayı ifade eder. Buna göre, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak

değerlendirilmelidir. Ancak aynı tür işyerlerinde teknik sorumlu, şoför, sekreter, muhasebe elemanı, satış ve pazarlama gibi işlerde çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilemezler.

Öte yandan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınlan Hakkında Kanun'un 38. maddesinde, Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanların da 5953 sayılı Kanunun kapsamında olduğunu açıklanmıştır. Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar yönünden fikir ve sanat işi yapma koşulu söz konusu değildir. Ancak haberle ilgili birimde çalışma kavramı, haberin oluşumuna doğrudan katkı sağlama olarak değerlendirilmelidir Buna göre haber müdürü, muhabir, foto muhabiri, spiker, haber kameramanı gibi çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, uplink görevlisi, şoför, diğer teknik ve idari personel haberin oluşumuna doğrudan katkısı olmadıklarından gazeteci kavramına dahil değildir.

Somut olayda, davacının program yönetmeni olduğu açıklanmış olmakla, işyerinin özelliği ve fiilen yaptığı işi yukarıdaki esaslar dahilinde değerlendirmeye alınmalı ve uygulanması gereken yasanın 4857 sayılı İş Kanunu ya da 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'dan hangisi olduğu belirlenmelidir. Gerekirse bilirkişiden hesap raporu alınarak bir çözüme gidilmelidir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/14130
Karar No **:** 2008/8314
Karar Tarihi **:** 14.04.2008
İlgili Kanun **:** 5953/6

ÖZÜ : ***Basın İş Kanunu'na göre, bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdemi, yeni işe giriş tarihinden itibaren hesaplanır. Bu kural en az 5 yıllık çalışma şartını yerine getiren gazetecinin kıdeminin sıfırlanmasını değil, aynı dönem için birden fazla kıdem tazminatı almamasını sağlamak için düzenlenmiştir.***

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ve Ulusal Bayram, Genel Tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinledikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2- Davalı işyerinde spor sayfa sekreteri olarak çalışan davacı, ücretlerinin zamanında ödenmediğini, fazla mesai yaptığını, tatillerde çalıştığını, bu çalışmaları karşılığı ücretlerin de zamanında ödenmediğini, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini belirterek, ayrıca kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece, davalı işveren tarafından davacının ücretinin ihtardan sonra, 02.10.2003 tarihinde yatırıldığı, ücretinin geç ödendiği, fazla mesai ücretlerinin ödenmediği, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı, istifa iradesi olmadığı, kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmiştir.

Davacının faaliyet alanı basın ve yayıncılık olan davalı işyerinde, spor sayfa sekreteri olarak çalıştığı, bir nevi fikir ve sanat işi yaptığı ve 5953 sayılı yasanın 1. maddesi uyarınca gazeteci olduğu tartışmasızdır. Basın İş Kanunu'na tabi çalışanların ücretlerinin yasanın 14.maddesi uyarınca her ay peşin ödeneceği, vaktinde ödenmediği takdirde geçecek her gün için %5 fazlası ile ödenmesinin zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta davacının Eylül 2003 ayı ücretinin peşin ödenmediği, davacının ödenmesi için ihtar çektiği ve ihtarnamenin tebliği ve iş sözleşmesinin feshedildiğinin kabul edildiği 01.10.2003 tarihinden sonra işveren tarafından ödendiği anlaşılmaktadır. Bunun dışında davacı basın çalışanının fazla mesai yaptığı, tatillerde de çalıştığı ancak ücretlerinin ödenmediği de sabit olmuştur.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 7. maddesinde "gazetecinin ihbar öneli vererek her zaman iş sözleşmesini feshedebileceği" belirtilirken, 11/1 maddesinde ise işçinin ihbar öneli beklemeksizin ancak, "Bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde" iş sözleşmesini feshedebileceği, bu maddenin ikinci fıkrasında da tazminata hak kazanacağı düzenlenmiştir. Basın İş Kanunu'nda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesindeki gibi ücretlerin zamanında ödenmemesi nedeni ile işçinin bildirimsiz iş sözleşmesini fesih hakkı ve kıdem tazminatına hak kazanacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yönde yasada açık bir boşluktan söz edilebilir. Zira açık boşluk, düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine göre cevap verilmesi gereken bir soruna kanunun cevap verememesi olarak tanımlanmaktadır. Somut uyuşmazlığa kanunun ne lafzına, ne de onun yorumu ile elde edilen içeriğine olumlu veya olumsuz herhangi bir çözüm getiren kurala rastlanmazsa, bu durumda açık boşluk vardır. (KIRCA, Ç, Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 2007. Sayı: 1, s: 94)

Karşı görüş olarak, Basın İş Kanunu kapsamındaki gazetecinin ücretlerinin zamanında ödenmemesi nedeni ile kanunun 14. maddesinde geçecek her gün için %5

fazla ödeme öngörüldüğü, gazetecinin bu hükümden yararlandığı, bu nedenle açık bir boşluktan söz edilemeyeceği belirtilebilir. Ancak günlük %5 fazla ödeme ile ilgili düzenleme Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulaması gereği Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca çok büyük oranda takdiri indirime tabi tutulmakta ve bir nevi bu düzenlemede de "örtülü (gizli) boşluk" kabul edilmektedir. Örtülü boşluk, kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında bir sınırlamayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluk olarak tanımlanmaktadır. Örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, düzenleme somut olaya uygun bulunmamaktadır. (KIRCA, Ç, s:96) Basın İş Kanunu'ndaki %5 fazla ödeme, kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, negatif eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu için örtülü boşluk kabul edilerek ve bu boşluk amaca uygun sınırlama ile doldurularak Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri uyarınca bir indirime tabi tutulmaktadır.

Yukarda açıklandığı gibi, Basın İş Kanunu'nda ücretlerin zamanında ödenmemesi nedeni ile fesih hakkının kullanılamaması yönünde yasada açık boşluk, günlük %5 fazla ödeme yapılacağı yönünde ise bir örtülü boşluk bulunmaktadır. Örtülü boşluk Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ile Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri uyarınca bir sınırlamaya tabi tutularak giderilmektedir. Ancak bu giderilirken, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biri olan ücretin ödenmemesi halinde, fesih hakkının tanınmaması, yeni bir eşitsizlik durumu yaratacaktır. Basın İş Kanunu'nun 11/1 maddesindeki hallerin sınırlı olmadığı ve ücreti ödenmeyen işverenin bu tutumunun kanuna ve sözleşmeye aykırı olduğu, bu durumun da kusur sayılması gerektiği öğretide ileri sürülmektedir (Akyiğit, E. Ücretin Zamanında Ödenmemesi Gazeteciye Akdi Fesih İmkanı Verir mi? Yargı Dünyası, Mart 2002, S: 75, Sayfa: 23). Sözleşmeye aykırı davranış sonucu meydana gelen eşitsizliğin ve fesih hakkı yönünden açık boşluğun giderilmesi gerekir. Açık boşlukların doldurulmasında öncelikle somut olaya uygulanacak kuralın tespiti için yorum yapılmalı ve kıyas yoluna başvurulmalıdır. (KIRCA, Ç, s: 97)

İşverenin ücret ödeme, işçiyi koruyup gözetme, eşit davranma borcu gibi borçları, iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde "işçinin muhik sebeplerin bulunması halinde ihbar olmaksızın iş sözleşmesini feshedebileceği, akti icra etmemekte haklı gösteren her halin muhik sebep olduğu, aynı yasanın 345. maddesi uyarınca da, muhik sebepler bir tarafın akte riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde bu tarafın diğer tarafa, onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı fer'i menfaatler de nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasiyle mükellef olacağı" açıkça düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu, Genel Özel Kanunda düzenleme olmaması halinde, genel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği tartışmasızdır. Ücretin zamanında ödenmemesi iş sözleşmesinin açıkça ihlali ve muhik bir nedendir. Kanunda ücretin özel bir biçimde korunması ve geç ödenmesinden dolayı günlük %5 fazla ödeme öngörülmesi, muhik nedenle fesih olanağını ortadan kaldırmaz. Ayrıca yukarda açıklandığı gibi, açık boşluk halinde somut olaya uygulanacak kuralın tespiti için yorum yapıldığında ve kıyas yoluna başvurulduğunda, öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e maddesinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Basın İş Kanunu'na tabi çalışan işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi nedeni ile iş

sözleşmesini bildirimsiz feshinde belirtilen hükümler nedeni ile kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece haklı nedenle basın iş çalışanın iş sözleşmesini feshettiği ve kıdem tazminatına hak kazanması yönündeki gerekçesi açıklanan hukuksal olgular nedeni ile doğru bulunmuştur.

Ancak Basın İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca, gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması için meslekte en az 5 yıllık kıdeminin olması gerekir. Ancak, bir defa 5 yıllık kıdemin kazanılması durumunda her bir işveren yanında yeni bir 5 yıl kıdem şartı aranmaz. Gazetecinin meslek kıdemi, gazetecinin meslekte geçirdiği toplam süreyi ifade eder. Kıdem tazminatı ve yıllık izin bakımından meslek kıdemi, gazetecinin gazetecilik mesleğine ilk girişinden itibaren geçerli olmaktadır. Gazetecinin meslek kıdeminin belirlenmesinde, Başbakanlık Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü'nün kayıtları ile 9. madde uyarınca işvereninin verdiği beyannamedeki bilgilerin işlendiği sicil kayıtları esas alınır. Ancak gazetecinin meslek kıdeminin daha önce başladığını her türlü yazılı belge ile kanıtlayabilmesi gerekir. Gazeteci ile işveren arasında yazılı bir sözleşme yapılmamış olması ya da işe başladığının ilgili kurumlara bildirilmemesi hallerinde dahi, meslek kıdeminin her türlü delille ispatı mümkündür.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 8. fıkrasında, bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdeminin yeni işe giriş tarihinden itibaren hesaplanacağı kuralı mevcuttur. Anılan hüküm, uygulamada gazetecinin kıdemini sıfırlaması olarak bilinse de, en az 5 yıllık meslek kıdeminin sıfırlanması söz konusu olmaz. Bahsi geçen düzenleme, gazetecinin aynı dönem için birden fazla kıdem tazminatı almamasını öngörmektedir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işyerinde 08.02.1999-01.10.2003 tarihleri arasında çalıştığı ve işyerindeki hizmetinin 5 yıldan az olduğu, ancak davacının sicil kaydına göre daha önce başka işyerlerinden çalışmalarının olduğu anlaşılmaktadır. Davacının meslekte beş yıl kıdeminin olup olmadığı ve davalı yanında geçen hizmeti nedeni ile kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesi için, davalı işyerinden önce Basın İş Kanunu kapsamında çalışıp çalışmadığı ve toplam Basın İş Kanunu'nun kapsamındaki hizmetinin toplam beş yılı doldurup doldurmadığının araştırılması gerekir. Mahkemece davacının meslekte beş yıllık kıdemi belirlenmeden kıdem tazminatına karar verilmesi hatalıdır.

3- Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftalık 15 saatlik fazla mesaisinin 3 saatinin saat 24.00'den sonra olduğu ve %100 zamlı ödenmesi gerektiği belirtilerek hesaplama yapılmamıştır. Ancak işveren tarafından ibraz edilen son bir aylık puantaj kayıtlarında davacının işyerinde saat 24.00'den sonra çalışmasının olmadığı anlaşılmaktadır. Kayıt sunulduğunda bunlara değer verilmesi gerekir. Bu nedenle davacının tüm çalışma süresine göre haftalık fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatillerdeki çalışmaları belirlenmeli, hak kazanacağı bu çalışmalara karşılık alacaklar hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.04.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı davalı yanında 5953 Sayılı Basın İş Yasasına tabi olarak çalıştığı ücret ödemelerinin zamanında yapılmadığı, Eylül 2003 maaşının da hiç ödenmediğini bu nedenle ... Noterliği'nin 14.10.2003 tarih ve 28828 yevmiye nolu ihtarnamesiyle durumu işverene bildirip iş akdini tek taraflı olarak haklı nedenle feshederek kıdem tazminatı ve bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı işveren davacının iş akdini kendisi istifa ederek sona erdirdiğini, kıdem-ihbar tazminatına hak kazanmadığını, davalıdan herhangi bir alacağı bulunmadığını belirtip davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği kabul edilerek, kıdem tazminatı talep gibi diğer işçilik alacakları da kısmen hüküm altına alınmıştır.

Davalı tarafın temyizi üzerine özel dairece yerel mahkeme kararı "davacının davalı işyerinde 08.02.1999-01.10.2003 tarihleri arasında çalıştığı ve işyerindeki hizmetinin 5 yıldan az olduğu, ancak davacının sicil kaydına göre daha önce başka işyerlerinden çalışmalarının olduğu anlaşılmaktadır. Davacının meslekte beş yıl kıdeminin olup olmadığı ve davalı yanında geçen hizmeti nedeni ile kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesi için, davalı işyerinden önce Basın İş Kanunu kapsamında çalışıp çalışmadığı ve toplam Basın İş Kanunu kapsamındaki hizmetinin toplam beş yılı doldurup doldurmadığının araştırılması gerekir. Mahkemece davacının meslekte beş yıllık kıdemi belirlenmeden kıdem tazminatına karar verilmesi hatalıdır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftalık 15 saatlik fazla mesaisinin 3 saatinin saat 24.00'den sonra olduğu ve %100 zamlı ödenmesi gerektiği belirtilerek hesaplama yapılmamıştır. Ancak işveren tarafından ibraz edilen son bir aylık puantaj kayıtlarında davacının işyerinde saat 24.00'den sonra çalışmasının olmadığı anlaşılmaktadır. Kayıt sunulduğunda bunlara değer verilmesi gerekir. Bu nedenle davacının tüm çalışma süresine göre, işyerinden puantaj kayıtları istenmeli, bu kayıtlara göre davacının haftalık fazla çalışma ve ulusal bayram, genel tatillerdeki çalışmaları belirlenmeli, hak kazanacağı bu çalışmalara karşılık alacaklar hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır." Gerekçesiyle oyçokluğu ile bozulmuştur.

Çoğunluk kararı ile azınlık görüşü oranındaki uyuşmazlık, davacının işyerinden ücretlerinin zamanında düzenli olarak ve son aylık ücretinin de ödenmemesi nedeniyle sözleşmeyi feshedip, kıdem tazminatı talep hakkı olup olmadığının noktasında toplanmaktadır.

Davacının faaliyet alanı basın ve yayıncılık olan davalı işyerinde, spor sayfa sekreteri olarak çalıştığı, yaptığı işin 5953 sayılı yasanın 1.maddesi kapsamında olduğu çekişmesizdir.

5953 Sayılı Basın İş Yasası'nda gerek önceki 1475 Sayılı Yasanın 16.maddesi gerekse yürürlükteki 4857 sayılı İş Yasası'nın 24/II-e maddesinde belirtildiği gibi ücretlerinin zamanında ödenmemesinin işçiye haklı fesih hakkı vereceği şeklinde bir düzenleme yoktur.

5953 Sayılı Yasada ücretin zamanında ödenmemesinin neticeleri aynı yasanın 14/2. maddesinde "Gazetecilere ücretlerini zamanında ödemeyen işverenler, bu ücretleri, her gün için %5 fazlasıyla ödemeye mecburdurlar." şeklinde düzenlemeye yer vermiştir.

Aynı şekilde 5953 Sayalı Yasanın 11.maddesi bu kanuna göre çalışanın hangi durumda (haklı nedenle) fesih hakkı olduğunu düzenlemiştir.

Buna göre "Bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref ve şöhretini veyahut umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdar edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde" gazeteci akdi derhal feshedip kıdem tazminatı talep edebilecektir.

Madde metninden de anlaşıldığı gibi düzenleme çok dar tutulmuştur. Yasada yer almayan ücretin zamanında ödenmemesi hususu, işçiye haklı fesih hakkı verip kıdem tazminatı almasına olanak yoktur.

Yüksek YHGK.'nun 16.05.2001 gün 2001/9-417 E, 2001/419 K, Yargıtay 9.HD 28.06.2007/34521 E, 2007/21159 K, Yargıtay 9. HD 24.02.2003/11580E, 2004/311 9 K Sayılı kararları da aynı görüş ve doğrultudadır.

Davacının kıdem tazminat talebinin kabulü şeklinde hüküm altına alınan yerel mahkeme kararının yukarda açıklanan nedenlerle reddine yönünde karar verilmek üzere kesin olarak BOZULMASI doğrultusunda karar verilmesi gerekirken, dairenin araştırmaya yönelik bozma düşüncesine katılamıyorum.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2007/27731
Karar No **:** 2008/7815
Karar Tarihi **:** 08.04.2008
İlgili Kanun **:** 5953/12

ÖZÜ ***:*** ***Basın işçisinin iş sözleşmesinin hastalık nedeni ile geçerli sebebe dayanarak feshinde, işçinin istirahat rapor süresinin 6 aydan az olmaması gerekir.***

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı işyerinde muhabir olarak Basın İş Kanunu'na tabi olarak çalışan davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, 5953 sayılı Basın İş Kanunu 6/son ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının rahatsızlığı nedeni ile 29 Mart-17 Nisan 2006 tarihleri arası rapor aldığını, şifahi olarak bildirmesine rağmen sunmadığını, rapor bitiminde işbaşı yapmadığını, yakınları ile yapılan telefon görüşmelerinde sağlığı nedeni ile acil bir durumunun olmadığının öğrenildiğini, kendisi ile bağlantı kurulamadığını, 03.05.2006 tarihinde işyerine gelerek daha önce aldığı raporları ibraz ettiğini, raporun 01.06.2006 tarihine kadar olduğunu, daha sonra 25.06.2006 tarihine kadar uzatıldığını, rapor bitimi de yıllık izne çıktığını, açıklanan nedenlerle gerekli verimi sağlayamadığını, sürekli haber gerektiren çalışma pozisyonu ile ilgili görevleri ifa edemediğini ve şirket kurallarını ihlal ettiğini, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yetersizliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshedildiğini davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının hastalığı nedeni ile yaklaşık 3 ay süre ile istirahat raporu aldığı, yaptığı işin devam eden bir iş olduğu, makul olmayacak derecede uzayan raporu nedeni ile iş sözleşmesinin devamının işveren açısından beklenmez bir hale geldiği, sık rahatsızlık nedeni ile çalışamaz hale gelmenin ve işin yapılmasını engelleyen hastalığın, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan neden olduğu, bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesi uyarınca işçinin savunmasının alınmasını gerektirmediği, feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 116. maddesi ile değişik 6/son fıkrası uyarınca, "İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri kıyas yoluyla basın çalışanları hakkında uygulanır". Aynı Kanun'un 12. maddesine göre de, "Gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akdi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle akdin feshi cihetine gidilebilir". 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının f bendinde, "Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık" nedeni ile feshin geçerli bir neden oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Diğer taraftan 4857 İş Kanunu'nun 19. maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise, bu şekilde bir yükümlülük yüklememektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması,

bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.

Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren davacının uzun süreli rapor alması, verim sağlayamaması, sürekli haber gerektiren çalışma pozisyonu ile ilgili görevleri ifa edememesi ve şirket kurallarını ihlal etmesi gibi, davacıdan kaynaklanan davranış ve yetersizliklere dayanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesinin açık düzenlemesi karşısında, bu durumlarda davacı işçinin savunmasının alınması zorunludur. Mahkemenin yazılı şekilde yetersizlikte savunma alınmayacağı şeklindeki gerekçesi doğru değildir.

Somut uyuşmazlıkta, gazeteci olan ve Basın İş Kanunu'na tabi davacının 29.03.2006 tarihinden 25.06.2006 tarihine kadar aralıksız rahatsızlığı nedeni ile raporlu olduğu, rapor dönüşü izin kullandığı ve iş sözleşmesinin izin dönüşü çalışırken yukarıda belirtilen nedenlerle feshedildiği anlaşılmaktadır. Basın İş Kanunu'na tabi çalışan gazetecinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3.f bendi uyarınca bekleme süresi, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca 6 aydır. Davacının istirahat raporu 6 aydan az olduğundan, iş sözleşmesinin bu nedenle feshedilmesi, belirtilen hükümler nedeni ile geçersizdir. Kaldı ki davacı rapor bitimi izin almış ve izin bitimi de çalışmaya devam etmiştir. Davalı işveren bunun dışında, davacının görevleri ifa edemediğini ve şirket kurallarını ihlal ettiğini kanıtlamış değildir. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;
1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
2- **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE VE DAVACININ İŞE İADESİNE,**
3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine,
4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine,
5- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6- Davacının yapmış olduğu, 36,50 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500,00 YTL ücreti vekâletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, 08.04.2008 gününde kesin olarak oybirliği ile karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/33967
Karar No **:** 2009/1799
Karar Tarihi **:** 09.02.2009
İlgili Kanun **:** 6772/1

ÖZÜ : ***Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanunla kurulan üniversitelerin, devlete bağlı kuruluş olduğu ve bütçeden pay aldığı, özel bütçeli idare olduğu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında sayıldığı, bu sebeplerle 6772 sayılı yasa kapsamında kalan bir kuruluş olduğu sabit olup, bu işyerlerinde iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin ilave tediye alacağından yararlandırılması gerekir.***

DAVA : Davacı, 6772 sayılı yasa kapsamında ödenmeyen ilave tediye alacağının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davalının 6772 sayılı yasa kapsamında kalmayan kurum olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davalı üniversiteye ait Araştırma Uygulama Hastanesinde Röntgen Teknisyeni olarak iş sözleşmesi ile çalışan davacı, 6772 sayılı Yasa kapsamında ödenmeyen ilave tediye alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davalının 6772 sayılı Yasa kapsamında kalmayan kurum olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacı işçi ile davalı işveren arasında ilave tediye alacağı uyuşmazlık konusudur.

İlave tediye alacağının kapsamı, yararlanacaklar, yararlanma şartları, miktarı ve ödeme zamanı 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı müesseselerde Çalışan İşçilere ilave Tediye Yapılması Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir. Kanun 1. maddesinde devlet ve ona bağlı kurumların hangileri olduğu, ayrıca yararlanacak kişiler açıkça belirtilmiştir.

Buna göre;
A. İşveren kapsamı yönünden devlete ve ona bağlı olmak üzere,
Genel, Katma ve Özel bütçeli daireler,
Sermayesi değişen kurumlar,
Sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan şirket ve kurumlar ve bunlara bağlı kuruluşlar,
Belediyeler ve belediyelere bağlı kuruluşlar,
3460 ve 3659 sayılı kanun kapsamına giren, sermayesinin tamamı devlete ait olan veya bu sermeye ile kurulan iktisadi devlet kuruluşları,

Yukarda belirtilenlerden olmayan diğer kurum, banka ve ortaklıklar olarak yasada açıkça belirtilmiştir.

3460 sayılı yasa bugün itibari ile yürürlükte olan bir yasa değildir. 3659 sayılı yasa ise, banka ve devlet kurumlarında çalışan memurların aylıkları ile ilgili düzenleme getirmiş ve halen yürürlüktedir. Bu yasanın 1. maddesinde, kapsama giren kurumlar daha ayrıntılı açıklanmıştır.

Bu kapsamda yukarda belirtilen kurumlarca, sermayesinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan kuruluşlar ve bunların aynı nispette iştirakleriyle vücut bulan kurumlar, ticaret ve sanayi odaları ve borsalar veya satın alınıp belediyelere bağlanan müesseseler de kanun kapsamına alınmıştır.

Keza 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri ekli cetvellerde sayılmıştır. Bu cetvellerde Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu idareleri, Özel Bütçeli idareler, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Sosyal Güvenlik Kurumlarında çalışanların kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

Sonuç itibari ile, 6772 sayılı Yasanın kapsam bakımından, devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir.

B.İşçi yönünden kapsama gelince:

İş Kanunu kapsamına girsin girmesin, yukarıda belirtilen devlet ve ona bağlı kurumlarda İş Kanunu'nun 1. maddesindeki tanıma göre işçi sayılan herkes bu alacaktan yararlanacaktır. Kanun, 4857 ve 1475 sayılı İş Kanunu'ndan önceki İş Kanunu'na atıfta bulunmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu işçi tanımına 2. madde de yer vermiştir. Buna göre "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi" denir. O halde bir iş sözleşmesine dayanarak, yukarda belirtilen kurumlarda çalışan her işçiye ilave tediye ödemesinin yapılması gerekir.

C.Ödenecek ücret yönünden kapsam:

Maddenin son cümlesinde yukarda belirtilen işyerlerinde çalışan işçilere ücret sistemleri ne olursa olsun her yıl için birer aylık ücret tutarında ilave tediye ücreti ödeneceği belirtilmiştir. Devlet ve ona bağlı maden işletmelerinin yeraltında çalışan işçilere, ayrıca bir aylık ödeme dışında birer aylık daha ödemenin yapılacağı kanunun 2. maddesinde açıklanmıştır.

Kanunun 3. maddesinde, işçilere her yıl için birer aylık (yeraltında çalışan işçilere her yıl için ikişer aylık) ilave tediye dışında, birer aylık ücret istihkaklarını geçmemek üzere Bakanlar Kurulu kararı ile aynı oranda bir ilave tediye ödemesi yapılabileceği belirtilmiştir.

Keza kanunun Ek 1. maddesi ile ilave tediyelerin Toplu İş Sözleşmesi ile kararlaştırılması halinde buna sınır getirilmiş ve "Bu Kanun uyarınca işçilere yapılan

ilave tediyelerden ayrı olarak, her yıl için her biri bir aylık istihkakları tutarını (hafta ve genel tatil ücretleri dahil) geçmemek şartıyla toplu iş sözleşmeleri ile en çok iki ikramiye daha verilebilir" düzenlemesine yer verilmiştir. Toplu İş Sözleşmesi ile yukarda belirtilen kurumlarda çalışan işçilere en çok iki ay daha ilave tediye ödeneceğinin kararlaştırılabileceği, bu miktar üzerinde ödeme yapılacağı şeklindeki düzenlemenin yasal sınırı aşan miktarda geçersiz olacağını kabul etmek gerekir.

Kanun, kapsam içinde olmayan ancak Toplu İş Sözleşmesi uygulanacak işyerleri içinde Ek 2. madde ile bir sınırlama getirmiş ve kapsamda kalmayan işyerlerinde Toplu İş Sözleşmeleri ile en çok 4 aylık, yeraltındaki işyerlerin de ise en çok 5 aylık ilave tediye oranında ücret ödeneceği kuralına yer vermiştir. Ancak bu tür işyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi ile kararlaştırılan bu tür ödemeleri ilave tediye olarak değil, akdi ikramiye olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

Kanunun 4. maddesine göre, ilave tediye alacağının ödeme zamanını, Bakanlar Kurulu belirler. Bakanlar Kurulunun kararı ile ilave tediye alacağı muaccel hale gelir. Ödeme zamanı belli taraflarca kararlaştırılmadığından, Borçlar Kanunu 101. maddesi uyarınca, temerrüt için alacaklının ihtarına gerek vardır. İlave tediye alacağı yasadan kaynaklandığından, talep halinde temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesi gerekir.

Aynı madde de ilave tediye alacağının nasıl hesaplanacağı ve kesinti yapılıp yapılmayacağı belirtilmiştir. Buna göre aylık olarak bu alacağın hesaplanmasında, fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, ayni yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete dahil olan ödemeler dikkate alınmaz. Bu düzenleme nedeni ile ilave tediye alacağının bir ay için 26 gün üzerinden hesaplanması gerekir.

İlave tediye alacağından sigorta primleri kesilmez. Keza bu alacak işçinin borcundan dolayı haczedilemez.

İlave tediye alacağı, ödeme tarihinde işçinin işinden ayrılmış olup olmadığına bakılmaksızın hak edilen yıl içinde o yerde veya aynı idare, teşekkül ve müesseseye ait muhtelif yerlerde geçmiş olan hizmetlerinin toplamı oranında ve son çalıştığı yerde ödenir. İşçi tam yıl çalışmamış ise, ilave tediye o yıl için kıstelyevm esasına göre hesaplanıp ödenecektir.

İşçinin ilave tediye alacağına, esas olacak çalışma süresinin hesaplanmasında, iş sözleşmesinin devamı müddetine rastlayan yasal ve idari izinler, hastalık izinleri, hafta tatili ile ulusal, bayram ve genel tatil günleri, çalışılmış gibi hesaba katılır.

Davalı Üniversitenin Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanunla kurulduğu, devlete bağlı kuruluş olduğu ve bütçeden pay aldığı, özel bütçeli idare olduğu sabittir. Nitekim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında davalı üniversite de sayılmıştır. Davalı üniversite 6772 sayılı yasa kapsamında kalan bir kuruluştur. Bu işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan davacı işçinin ilave tediye alacağından yararlandırılması gerekir. Davacı işçinin ilave tediye alacağı yukarda belirtilen açıklamalar kapsamında belirlenmeli, hesap bilirkişisinden rapor alınmalı ve bir değerlendirmeye tabi tutularak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde istemin reddi hatalıdır.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No **:** 2008/618
Karar No **:** 2009/16603
Karar Tarihi **:** 11.06.2009
İlgili Kanun **:** 7201/21

ÖZÜ : ***Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddianın ileri sürülmesi, savunmanın yapılabilmesi ile delillerin eksiksiz olarak toplanılıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile mümkündür.***

DAVA : Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, ücret ve yıllık ücretli izin alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddianın ileri sürülmesi, savunmanın yapılabilmesi ile delillerin eksiksiz olarak toplanılıp tartışılabilmesi öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır. Hasımsız davalar hariç olmak üzere dava dilekçesi ile duruşma gün ve saati karşı tarafa tebliğ edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan, davaya bakılamaz, yargılama yapılamaz.

Dava ile ilgili olan kişilerin davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için, tebligatın usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin muhataba bildirilmesi gerekmektedir. Duruşma günü ile tebligatın çıkarıldığı tarih arasında makul bir süre olmalıdır. Aksi takdirde tarafların hukuksal dinlenme ve savunma hakkı kısıtlanmış olur. Duruşma gün ve saatinin kalemden öğrenilmesine yönünde usul ve tebligat hukukunda düzenleme olmadığından, bu yönde verilen bir karar yasaya aykırı kabul edilecektir.

Aksine düzenleme olmadıkça mahkeme kararının taraflara tebliği gerekir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre iş mahkemelerinde verilen kararlarda temyiz süresi tefhim veya tebliğden itibaren 8 gündür. Mahkemece karar yüze karşı tefhim edildiğinde, tefhim edilen kısa kararın HUMK.'un 383 ve devamı maddelerine uygun olması gerekir. Aksi takdirde usulüne uygun tefhimden söz edilemeyecek, temyiz süresi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacaktır.

Yargılama sırasında yapılan tebliğlerle ilgili tebliğ mazbatalarının ve tebligatla ilgili diğer belgelerin dosyaya konulması gerekir.

Tebligat Kanunu ve bu kanunun uygulanması için çıkarılan tüzüğün hükümleri tamamen şeklidir ve titizlikle uygulanması gerekir. Dolayısı ile bir davada yapılan tebligatların usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını hâkim doğrudan, kendiliğinden denetlemelidir.

Adreste tebligat esası kabul edildiğinden, tebligatın tebliğ yapılacak gerçek veya tüzel kişinin bilinen en son adresinde yapılmalıdır. Adresten kastedilen bir kimsenin oturduğu veya çalıştığı yerdir. Asıl olan tebligatın, tebligat evrakında belirtilen adrese götürülerek muhatabın kendisine yapılmasıdır. Adres niteliğinden bulunmayan yerlere, örneğin inşaat halinde tebligat yapılmamalıdır. Tebligat evrakına adresin doğru ve okunaklı olarak yazılması gerekir. Bir kişinin adresinden başka bir yerde tebligat yapılabilmesi o kişinin tebligatı kabul etmesine bağlıdır. Ev adresine çıkarılan tebligatın, ev adresinde yapılamaması halinde iş adresine yapılırsa geçerli kabul edilmelidir.

Aksine hüküm bulunmadıkça tebligat giderlerini tebliğin yapılmasını isteyen peşin olarak ödemelidir. Tebliğ gideri verilen süre içinde yatırılmaz ise, tebliğ isteyen kişi bu işleminden vazgeçmiş sayılır. Dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği için tebliğ gideri peşin verilmemiş ve verilen makul süre içinde yattırılmaz ise, dava hakkında HUMK.'un 409. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekir.

Tebligat yapılacak kişi, tebliğ evrakında belirtilen adreste bulunmaması ve bu nedenle tebligat yapılaması halinde adres araştırması yapılmalıdır.

Tebligatın muhatabı adresinden oturmakla birlikte, tebliğ yapıldığı sırada kendisi veya kendisi adına tebliği alacak kimseler adreste bulunmaz, kısaca adres kapalı ise, adreste bulunmama nedeninin komşu, yönetici, kapıcı, muhtar, ihtiyar heyeti, meclis üyesi, zabıta veya memurlardan öğrenilmesi, tebliğ tutanağına yazılması ve beyanına başvurulan kişiye imzalatılması, imzadan çekinilmesi halinde tebliğ mazbatasına bunun da yazılması ve tebliğ evrakını dağıtan memurun imzalaması gerekir. Dağıtım saatinden sonra muhatap veya tebliği alacak kimseler dönecek ise, tebliğin Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre, birkaç gün adreste yoklar ise aynı kanunun 20. maddesine göre yapılacaktır. 21. maddeye göre yapılan tebligatta, 2 no.lu ihbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih tebliğ tarihi sayılırken, 20. maddeye göre tebliğde, tebliğ 2 no.lu ihbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarihten itibaren 15 gün sonra tebliğ edilmiş sayılacaktır. 2 no.lu ihbarname kapıya asılması dışında tebliğ evrakının dağıtım yapan memur tarafından muhtar, ihtiyar heyeti üyeleri, zabıta amir veya memurlarından birine imza karşılığı teslim edilmelidir. Kapıya yapıştırılan ihbarnameye de tebliğ evrakının teslim edildiği görevlinin adı ve soyadı yazılmalıdır. Tebliğ evrakını alan bu kişiler, tebligat evrakını muhataba teslim etmelidir. Ayrıca bu işlemlerden sonra tebliğ olunacak kişiye keyfiyetin haber verilmesi için en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya bildirim yapılması zorunludur. Tebligat işlemlerinde bu sıraya uyulmalıdır. Aksi halde tebliğ usulsüz ve geçersiz olur.

Tebligat kural olarak muhataba yapılmalıdır. Muhatap, adresinde bulunmadığı takdirde onun yerine tebligatı kabule yetkili kişilere yapılması gerekir. Muhatabın konut adresinde süreklilik arz edecek şekilde konutta birlikte oturan aile halkından biri veya varsa birlikte oturan hizmetçi tebligatı almaya yetkili kişilerdir. Yetkili kişilerin görünüşe nazaran 18 yaşından aşağı olmaması ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmaması gerekir. Tebligat yapılacak gerçek kişi işyeri, işletme veya iş sahibi ise, işyerinde bulunmaması halinde daimi işçisine yapılan tebligat geçerli olacaktır.

Tebligat yapılacak kişi veya adına kendisine tebligat yapılacak kimse adreste bulunmakla birlikte tebliğden imtina ederlerse, bu durum tebliğ evrakına yazılmak şartı ile tebliğin Tebligat Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca yukarda belirtilen şekilde yapılmalıdır. Yalnız bu durumda komşu, yönetici veya kapıcıya haber verilmesine gerek yoktur.

Tebligat yapılacak kişinin nereye gittiği ve ne zaman döneceği belli değilse, tebligatı alacak kişi ölmüş veya gösterilen adreste daimi olarak ayrılmış ve yeni adresi de tebligat memurunca saptanmamış ise tebligat evrakına bu durum açıkça yazılmalı ve tebligat evrakı bila tebliğ çıkış merciine iade edilmelidir.

Daha önce usulüne uygun tebligat yapılan adresin değiştirilmesi halinde, kişinin yeni adresini bildirmesi gerekir. Yeni tebligatlar artık yeni adrese yapılmalıdır. Bildirilmez veya yeni adrese tebligat yapılamadığı takdirde, Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca önceki bilinen adresine yapılacaktır.

Tebligat Kanunu'nun 35/son maddesi ile daha önce tebligat yapılamayan adrese de aynı madde uyarınca tebliğ yapılma olanağı getirilmiştir. Buna göre taraflar arasında yapılan, imzası resmi makamlar önünde ikrar olunmuş sözleşmelerde belirtilen adresler ile kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, ticaret sicillerine ve esnaf ve sanatkârlar sicillerine verilen en son adreslerdeki değişiklikler hakkında da 35. madde hükümleri uygulanmalıdır.

Vekâletname sunulduktan sonra tebligatların vekile yapılması gerekir. Vekil ile takip edilen davada asil duruşmada bizzat bulunsa dahi tebliğin ona değil, vekiline yapılması zorunludur. Vekile çıkarılan tebligat, kendisine veya kendisi yerine sekreteri veya kâtibine tebliğ edilmelidir. Ancak isticvap, yemin gibi şahsa bağlı işlemlerde, tebligatın vekile değil, bizzat bu işlemi yapacak asile yapılması yasal zorunluluktur.

Tebligatın muhataba yapılabilmesi için, muhatabın medeni hakları kullanma ehliyetine, kısaca fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyetine sahip olmayan kişilere tebligat yapılamaz. Tebligatın kanuni temsilcisine yapılması gerekir. Ancak bir meslek veya sanatla uğraşan ve ayırt etme gücüne sahip küçükler veya kısıtlılar, bu meslek ve sanatın icrasından doğan borçlardan bizzat sorumlu olduklarından, bizzat bu konuda kendilerine tebligat yapılması tebliği usulsüz ve geçersiz kılmaz.

Tebligat Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca "Tüzel kişilere tebliğ, yetkili temsilcilerine, bunlar birden fazla ise yalnız birine yapılır". Temsile yetkili kişinin herhangi bir nedenle tebliğ yapıldığı sırada işyerinde bulunamadıkları veya bizzat alamayacak durumda oldukları takdirde, kendisinden sonra gelen bir kimse veya evrak

müdürüne, bu durumda olanaklı değil ise, tüzel kişinin o yerdeki memur veya işçilerinden birine yapılmalıdır. Bu sıraya uyulması gerekir. Aksi takdirde usulsüz tebligat söz konusudur. Tüzel kişiliği olmayan, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi anlamında işveren olan kamu kurum ve kuruluşları adına çıkarılan tebligatın kurumun yetkili temsilcisine tebliği gerekir (Dairemizin 03.11.2008 gün ve 2008/4948 Esas, 2008/29807 Karar sayılı ilamı).

Somut uyuşmazlıkta, davacı, iş akdinin işveren tarafından haksız olarak sona erdirildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret alacağı ve izin ücreti isteklerinde bulunmuştur.

Davalı taraf duruşmalara katılmadığı gibi yazılı beyanda da bulunmamıştır.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık, tebligatın yanlış adrese yapılması nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığı noktasında toplanmaktadır.

Dava dilekçesinde davalı adresi Rami Kışla Cad. Paşmakçı san SİLİ. Blok K:3 No: 73 Bayrampaşa/İstanbul olarak gösterilmiş, dava dilekçesi de tebligat kanununun 21.maddesine göre bu adrese yapılmıştır. 24.02.2006 günlü Türkiye Ticaret Sicili gazetesinde davalı şirketin ticaret merkezinin İstanbul Güngören Kale Kilit Cad. Amiral sokak No:9 olduğu yazılı olduğu halde, daha sonra 05.06.2006 tarihinde açılan davada işyeri adresinin yanlış yazılması nedeniyle tebligatın usulüne uygun yapılmadığı, dolayısıyla davalı tarafın davadan bilgi sahibi olmadığı gibi, delil ve belgelerini sunma imkanı da bulunmadığı, bu haliyle savunma hakkının kısıtlandığı görülmektedir.

Mahkemece yapılacak iş, davalının İstanbul Güngören Kale Kilit Cad Amiral Sokak No:9 adresine tebligat yapılıp davalı tarafın savunması ile birlikte delil ve belgelerini sunmasını sağlayıp sonucuna göre karar vermek gerekirken, eksik incelemeye göre karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.