

HUKUK BÖLÜMÜ

T.C.
YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO: 2012 / 26702

KARAR NO: 2013/3953

TARİHİ: 04.02.2013

KARAR ÖZETİ: CİNSEL TACİZ – HAKLI NEDENLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Sürekli olarak arz eden rahatsız edici, psikolojik ve cinsel taciz boyutundaki eylemler karşısında işverenin işçilerin kişiliğini korumak ve saygı göstermek yanında işyerinde ahlak ve dürüstlük kurallarına uygun bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlü olması ve özellikle de işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olması sebebiyle işçinin diğer bir işçi tarafından cinsel tacize uğraması halinde; işverenin, tacizci işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/2-c bendi uyarınca haklı nedenle feshedeceği kabul edilmelidir.

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

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin feshinin haksız ve geçersiz olduğunu belirterek davalı tarafça yapılan feshin geçersizliği ve yasal hakları ile birlikte işe iadesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı... AŞ vekili, davacının işverenin diğer şirket olduğunu, bu nedenle husumet yöneltilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiş,

Diğer davalı ... Ltd Şti vekili ise davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı Yasanın 25/2-c bendi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu, davacının feshe konu olay ile ilgili o gün akşam alkol aldığı ve barda davalı şirketin part-time çalışan personeli bayan işçiye içki teklifinde bulunduğu anlaşıldığı, ayrıca o gün akşam gece 24.00 den sonra söz konusu bayanın otel odasını telefon ile arayarak su istediği anlaşıldığı, davacının yanlış davranışı bunlardan ibaret bulunduğu, davacının açıkça söz ile veya el ile bayan çalışana karşı bir taciz olmadığı, aldığı alkolün etkisiyle bu şekilde davrandığı, davacının bu yanlış davranışı taciz safhasına varmadığı, davacının bu şekildeki davranışı doğru bir davranış olmadığı, ancak iş sözleşmesinin feshini gerektirecek bir ağırlıkta da bulunmadığı, dolayısıyla yapılan feshin haksız bir fesih olduğu, haksız olduğu kadar aynı zamanda geçersiz bulunduğu belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

İşyeri, işverenin hâkimiyet alanını oluşturur ve işverenin işçiyi gözetim borcu, cinsel içerikli bu saldırı kimden gelirse gelsin işçiyi korumayı gerektirir.

İşçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması halinde, bu durum yasa gereği işçi tarafından işverene bildirilmeli ve gerekli önlemlerin alınması istenmelidir. İşverence cinsel taciz olayı bilinmekte veya bilinebilecek durumda ise, işçinin durumu ayrıca bildirmesine gerek yoktur.

İşverenin önlemi, işçinin maruz kaldığı olayın tekrarlanmasını engellemeye yönelik olmalıdır. Bu yönde önlemin yetersiz kalması da işçiye haklı fesih imkânı verir. Maddenin gerekçesinde, tacizin ağırlığına göre tacizcinin işine son verilmesi de işverence alınması gereken önlemler arasında sayılmıştır.

Cinsel tacizin, işyerinde çalışan bir işçi yerine bir üçüncü kişi tarafından yapılması durumunda, işverenin önlem olarak müşteriyi uyarma, müşteri ile ilgilenecek bir başka işçi görevlendirme ve eylemin ağırlığına göre müşteri ile ilişkisini kesme gibi yollara başvurusu gerekir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 417'nci maddesiyle, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür" hükmü getirilmiştir.

Somut olayda davacı alt işveren davalı ... Tic Ltd Şti işyeri bünyesinde hat besleme birimi ... takım lideri olarak yaklaşık 14 yıl çalıştığı anlaşılmıştır.

Davalı tarafından 31.10.2011 tarihli fesih bildiri ile "... şirket yetkili personeline, yine çalışanlardan olan ... (kadın işçi) tarafından 28.10.2011 tarihli şikayet dilekçesi ile bildirilen ve 22.10.2011 tarihinde gerçekleşmiş uygun olmayan durum nedeniyle 28.10.2011 tarihinde savunma istendiği, verilen savunmada şikayet konusu olayları kabul etmediği, ancak 22.10.2011 tarihinde ... Otelinde gerçekleştirilen ... Team Building 2011 etkinliğinde yaşanan uygun olmayan bu olay, yazılı şikayet ve yazılı savunma konusu edilmeden evvel, kendisi tarafından şirket yetkili personeli ... sözlü olarak, ... tanıklığında itiraf edildiği, olay ile ilgili şikayet dilekçesi ile yazılı savunması ve yapılan görüşmeler ve tüm durum değerlendirilmiş olup 4857 sayılı Yasanın 25/2-c bendi gereğince ahlak kurallarına aykırı davranılmasından ötürü iş sözleşmesinin feshedildiği"nin bildirildiği görülmüştür.

Feshe dayanak kadın işçi tarafından verilen 28.10.2011 tarihli dilekçede davacının 22 Ekim 2011 tarihinde eğitim faaliyetlerinin bitiminde verilen gala yemeğinde başlayan ve saat 00.30 sularında bulunduğu odanın davacı tarafından aranarak "odamda su kalmamış sizin odadan gelip alayım mı?" şeklinde sona eren ayrıntılı şekilde anlatılmış eylemleri belirtilmiştir. Şikayetçi kadın işçi ile aynı odada kalan şirketin bir diğer çalışanı da gecenin geç saatinde yapılan bu aramaya şahit olmuştur.

Dosyada yer alan davacı ile insan kaynakları departmanı görevlileri arasında yapılan görüşme tutanağı içeriği incelendiğinde davacının yaptığı şeyin doğru olmadığını beyan ettiği tutanak altına alınmış olup bu görüşmeyi yapan davalı şirket çalışanlarından biri tanık olarak ifadesinde de bu tutanak içeriğini doğrulamıştır.

Her ne kadar davalı işveren çalışanı olup tacize uğradığını beyan eden kadın işçi, duruşmadaki beyanlarında, şikayet dilekçesinde belirtilen hususlar ile ilgili bir kısım çelişik beyanlarda bulunmuş ise de, bu çelişkili beyanlarının davacının eylemlerini ortadan kaldırmadığı, yine dinlenen davalı tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde 22 Ekim 2011 günü akşamı gala yemeği ile başlayan ve gece 00.30 sularında kadın işçinin odasının aranarak odaya gelip su almak isteğiyle sonuçlanan davranışlarının sırnaşık nitelikte süreklilik arzeden ve kadın işçiyi rahatsız eden söz ve eylemler bütünü oluşturduğunu, bu eylemlerin psikolojik ve cinsel taciz boyutunda olduğu ve bu hali ile işverenin kadın işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek yanında işyerinde ahlak ve dürüstlük kurallarına uygun bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlü olması ve özellikle de işçilerinin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu düşünüldüğünde davacının 4857 sayılı Yasanın 25/2-c bendi uyarınca iş sözleşmesinin feshedilmesinin haklı nedene dayandığı ve feshin süresinde yapıldığı sonucuna ulaşılmakla davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması hatalıdır.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Yasasınının 20/3 maddesi uyarınca hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmektedir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

- 1- Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**
- 2- Davanın **REDDİNE,**
- 3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
- 4- Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı ... TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
- 5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre ... TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
- 6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak 04.02.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ
ESAS NO : 2012/2770
KARAR NO : 2013/4106
TARİHİ : 04.02.2013

KARAR ÖZETİ: İŞ SÖZLEŞMESİNİN KANUNLA DEVRİ HALİNDE YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKININ ÜCRETE DÖNÜŞMESİ-MİLLETLERARASI ANDLAŞMALARIN ESAS ALINMASI

İşçinin iş sözleşmesinin ara vermeksizin özel bir Kanunla bir kamu kurumuna devredilmesinin sözleşmenin feshi şeklinde yorumlanamayacağı kararı yerinde olmayıp; iş ilişkisi devir ile sona ermiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca kullanılmayan izin sürelerine ait ücret, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden ödenmelidir.

Ayrıca, devirden sonra statü ilişkisi olduğundan; devir Kanunu'nda izin ücretinin ödenmeyeceği hususundaki düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanunu ile çatışması sebebiyle, Anayasanın 90. maddesi uyarınca kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmü gereğince, iş ilişkisinin sona ermesi üzerine çalışanların yasalardan doğan haklarının ödenmesini öngören uluslararası sözleşme hükümleri üst norm olarak kabul edilerek uygulanmalıdır.

DAVA : Davacı vekili, davacı işçinin ödenmeyen ikramiye ve kullandırılmayan yıllık ücretli izin alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

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:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı kurumda çalışmakta ve her yıl 4 maaş tutarında ikramiye almakta iken, Yönetim Kurulu tarafından 2004 yılında ikramiye ödemelerinin

aylık ücretlerinin içine katılarak ödenmesine karar verildiğini, ancak uygulamada bu kararın yerine getirilmediğini ve aylık ücretlerin içine katılmayan ikramiye alacaklarının ödenmediğini, çalıştığı birimin yasa ile ... Bakanlığı'na devredildiğini, iş ilişkisinin devirle sona erdiğini, kullanmadığı yıllık ücretli izin kullandırılmadığını belirterek, ikramiye ve kullandırılmayan yıllık ücretli izin alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, Ekim 2004 ayından itibaren 22.10.2004 gün ve 233 sayılı tamim ile yılda 8 defa ve 45 gün üzerinden hesaplanan ikramiyelerin 30 güne düşen miktarlarının hesaplanarak aylık ücretlere eklendiğini, davacıya tüm haklarının ödendiğini, çalıştığı iş yerinin ... Bakanlığı'na devredildiğinden iş sözleşmesinin sona ermiş olması sebebiyle yıllık izin ücretine hak kazanamayacağını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda bilirkişi raporu da dikkate alınarak, davacıya daha önce ödenen ikramiyelerin maaşlarına ilave edilmek suretiyle ödendiği, davacının davalı işverenlik nezdinde çalışırken 5947 Sayılı Yasaya göre ... Bakanlığı'na devredildiği ve çalışmalarına ... Bakanlığı'nda devam ettiği bu durumda davacının ... Bakanlığında devredilmesi olgusunun sözleşmenin feshi şeklinde yorumlanamayacağı zira ara vermeksizin sözü edilen özel yasa gereğince kamu kurumuna devredildiği bundan dolayı sözleşmesi sona ermeyen çalışması aralıksız devam eden davacının yıllık izin ücreti alacağına doğmadığı, talep edilebilir nitelikte olmadığı zira yıllık izin ücretine dönüşmesi açısından sözleşmenin feshinin gerekli olduğu, bunun yanında 5947 sayılı yasanın 16. maddesinde “personeler memur ve sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri nedeniyle iş mevzuatına göre Bakanlık veya ... tarafından herhangi bir tazminat ödenmez kullanmamış oldukları yıllık ücretli izin süreleri için herhangi bir ödeme yapılmaz” düzenlemesinin bulunduğu buna göre davacının yıllık izin ücreti alacağı talebinin yerinde olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

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

2- Uyuşmazlık 5947 sayılı kanun ile davacının çalıştığı birimin ... Bakanlığı'na devri üzerine, memur ve sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesi nedeniyle, iş mevzuatına göre kullanılmayan ücretli izin karşılığı ücrete hak kazanıp kazanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlık ile ilgili normatif düzenlemeler:

1) Anayasa'nın 50. maddesine göre "Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir".

2) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesine göre, "İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir".

3) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca ise "Yıllık izinler, amirin uygun bulacağı zamanlarda, toptan veya ihtiyaca göre kısım kısım kullanılabilir. Birbirini izleyen iki yılın izni bir arada verilebilir. Cari yıl ile bir önceki yıl hariç, önceki yıllara ait kullanılmayan izin hakları düşer".

4) Mahkemece gerekçede gösterilen ve 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen 16. maddeye göre ... Derneğine (...) ait olup 01.05.2009 tarihi itibarıyla ruhsatlı olarak işletilmekte bulunan hastane ve tıp merkezlerinden, bu Kanunun yayımından itibaren altı ay içerisinde ... Bakanlığı ile ... arasında yapılacak protokolle ... Bakanlığına devredilecek olanlarında, 01.05.2009 tarihi itibarıyla iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmakta olan ve 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48 inci maddesinde öngörülen genel ve ilgili kadro veya pozisyon için öngörülen özel şartları taşıyan personelden;

a) Tabipler ve dış tabipleri, istekleri halinde çalışmakta oldukları ildeki ihtiyaç bulunan sağlık kurum veya kuruluşlarının memur kadrolarına ... Bakanlığınca atanırlar.

b) Tabipler ve dış tabipleri dışındaki diğer personel, istekleri halinde, yaptıkları iş, eğitim durumu ve buldukları pozisyon dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşü üzerine Maliye Bakanlığının izni ile çalışmakta oldukları ildeki sağlık kurum veya kuruluşlarında Bakanlık veya döner sermaye teşkilatı adına vizeneyecek pozisyonlarda istihdam edilmek üzere, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası hükümleri uyarınca sözleşmeli personel statüsüne geçirilir.

Bu şekilde istihdam edilecek toplam tabip sayısı 180'i, sağlık personeli sayısı 490'ı ve diğer personel sayısı 705'i geçemez.

Kadro ve pozisyonlara atanma ve geçirilmede, iş sözleşmeleri askıda bulunanlar dahil tam zamanlı çalışanlar ile emeklilik veya yaşlılık aylığı kesilmek suretiyle çalışanlar dahil herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanmamış olanlar dikkate alınır ve işlemler sağlık kuruluşunun devir tarihini müteakip personelin bir ay içerisinde yapacakları müracaatları dahil altı ay içerisinde tamamlanır.

Personele, memur ve sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri nedeniyle, iş mevzuatına göre ... veya ... tarafından herhangi bir tazminat ödenmez, kullanmamış oldukları yıllık ücretli izin süreleri için herhangi bir ödeme yapılmaz. Personelin ... devir tarihi itibarıyla ... geçen ve kıdem tazminatına esas alınabilecek hizmet süreleri; memur kadrolarına atanmalar için 08.06.1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu uyarınca ödenecek emekli ikramiyesine esas toplam hizmet süresinin hesabında, sözleşmeli personel statüsüne geçirilenler için 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre hak kazanabilecekleri iş sonu tazminatına esas toplam hizmet süresinin hesabında dikkate alınır.

5) Anayasa'nın 90/son maddesi: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

6) 3999 sayılı Kanunla kabul edilen 158 nolu Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme hükümlerine göre "Hizmet ilişkisine son verilen bir işçi, ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak, tazminatları dışında işten ayrılma nedeniyle doğan başka hakları ödenmelidir".

7) 3581 sayılı Onay Kanunu ile kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı'nın 2 nci maddesine göre taraf ülkeler adil çalışma koşulları hakkı kapsamında, çalışanlara dinlenme hakkının verilmesi gerekir.

Dosya içeriğine göre davacı davalı işyerinde iş ilişkisi kapsamında çalışırken, 5947 sayılı Yasa kapsamında dava dışı ... Bakanlığı'na işyerinin devri nedeni ile iş ilişkisi sona erdirilerek, 657 sayılı Yasa kapsamında memur veya sözleşmeli personel olarak çalışmak üzere devredilmiştir. Devirden sonra oluşan ilişki statü ilişkisidir. İş ilişkisi devir ile sona ermiştir. Davacının iş sözleşmesi devir ile sona erdiğinden, davacının ... Bakanlığı'na devredilmesi olgusunun sözleşmenin feshi şeklinde yorumlanamayacağı zira ara vermeksizin sözü edilen özel yasa gereğince kamu kurumuna devredildiği bundan dolayı sözleşmesi sona ermeyen çalışması aralıksız devam eden davacının yıllık izin ücreti alacağına doğmadığı gerekçesi yerinde değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi

uyarınca kullanılmayan izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden ödenmelidir.

Ancak yerel mahkemece ayrıca red gerekçesine, 5947 sayılı Yasanın 16 ncı maddesinde “personale memur ve sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri nedeniyle iş mevzuatına göre ... veya ... tarafından herhangi bir tazminat ödenmez. Kullanmamış oldukları yıllık ücretli izin süreleri için herhangi bir ödeme yapılmaz” düzenlemesinin bulunmasına dayandırmıştır.

Somut uyuşmazlıkta izin ücretinin ödenip ödenmeyeceği konusunda iki çatışan normatif düzenleme bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 59. maddesi, ödenmesini öngörürken, devir öngören 5947 sayılı Kanun ise ödenmeyeceğini belirtmektedir. İş ilişkisi sona eren davacının devir nedeni ile kıdeminin, memur veya sözleşmeli sürenin sonunda değerlendirileceğine ilişkin anılan yasada açık düzenleme var ve kıdemi korunmuşken, iş ilişkisi içinde kullanılmayan ve memur veya sözleşmeli statü sonunda ücrete dönüşmeyecek izinler konusunda, kanun bir koruma öngörmemiştir. Dinlenme hakkına ilişkin Anayasa’nın 50, Avrupa Sosyal Şartı’nın 2. maddeleri ile 3999 sayılı Kanunla kabul edilen ve iç hukuk normu haline gelen, iş ilişkisinin sona ermesi üzerine çalışanların yasalardan doğan haklarının ödenmesini öngören 158 nolu uluslararası sözleşme hükümleri, üst norm olup, davacı işçiye iş sözleşmesi sonunda kullandırılmayan izinleri karşılığı ücretin ödenmesini gerektirmektedir. Zira Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca İş Kanunu ile 5947 sayılı Kanunun aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde bu hükümler esas alınmalıdır.

Açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre davacıya iş ilişkisinin sona erdiği devir tarihinde kullandırılmayan yıllık ücretli izinleri saptanmalı, devir tarihindeki ücret üzerinden yıllık ücretli izin alacağı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır. Yazılı gerekçelerle reddi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 04.02.2013 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Usul ve yasaya uygun olduğunu düşündüğüm kararın onanması gerektiği kanaatinde olduğum için aksi yöndeki sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum. 04.02.2013

T.C.
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2012 / 27298
KARAR NO: 2013/4727
TARİHİ: 11.02.2013

KARAR ÖZETİ: GEÇERLİ NEDEN – DEĞİŞİKLİK FESHİ

Değişiklik feshi işyerinde geçerli nedenin ortaya çıktığı bir süreçte işverenin 22. maddeye uygun son çare olarak feshi önleyecek esaslı değişikliğe başvurması, buna karşılık işçinin bu değişikliği kabul etmemesine bağlı olarak gerçekleşen feshi ifade etmektedir. Şirket birleşmesi sebebiyle işverence hazırlanan yeni personel yönetmenliğinin aleyhte getirdiği değişiklikleri kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin değişiklik feshine dayalı olarak sonlandırılması iş güvencesinin geçerli neden esasına aykırıdır. Başka bir işyerini devralan işverenin, kendi işyerinde çalışan işçilerle uyumu sağlamak gerekçesiyle devraldığı işyerindeki çalışma koşullarını tek yanlı değiştirmek istemesi geçerli neden değildir.

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:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı ... Bankası A.Ş.'nin eski işveren ... Bank ile birleşmesini tamamladıktan sonra "Bildiri ve İnsan Kaynakları Yönetmeliği Formu" isimli bir belge imzalattığını teklif edilen yeni pozisyonun halen çalışmakta olduğu pozisyonun aksine çalışma koşullarında aleyhinde değişiklikler öngördüğünü, yapılan feshin somut bir gerekçeye dayanmadığını belirterek yapılan feshin geçersizliğine, işe iadesine, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının iş sözleşmesinin yasanın 17, 18. ve 22. maddeleri uyarınca işletmenin ve işyerinin gereklerinden kaynaklanan değişiklik feshi kapsamında geçerli nedenlerle feshedildiğini, ... Bankası A.Ş.'nin. Bank A.Ş.'yi aktif ve pasifi ile 14.02.2011 tarihinde devraldığını, birleşme nedeniyle yeniden yapılandırma zorunluluğunun doğduğunu, birleşme sonrasında yayımlanan ... Bankası İnsan Kaynakları Yönetmeliği ile birleşme öncesi uygulanan ... Bank A.Ş.'nin Personel Yönetmeliği ve ... A.Ş. İnsan Kaynakları Yönetmeliği'nin kaldırıldığını, çalışma şartlarının çoğunluğu itibariyle esaslı bir değişiklik yapılmadığını, çalışma koşullarında yeknesak bir düzenleme sağlama zorunluluğunun gereği olarak yönetmeliğin yapıldığını, yönetmeliğin çalışma koşullarında esaslı değişiklik getiren düzenlemeler bulunduğunu, fakat aynı zamanda çalışanların lehine olacak değişiklikler de getirildiğini, fakat davacının yönetmeliği kabul etmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini, yeni yönetmeliğin yaklaşık on bin çalışandan yalnızca 245 çalışan tarafından kabul edilmediğini bu da çalışanlarla banka arasında mütebakiyet sağlandığını gösterdiğini, feshin geçerli bir nedene dayandığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı ... Bankası A.Ş.'nin ... Bank A.Ş.'yi devraldıktan sonra çalışma koşullarını değiştirmesi ve davacının değişikliği kabul etmemesi nedeni iş sözleşmesi fesih edilebilmesinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı Kanunu'nun 22. maddesine göre "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. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.”

Somut olayda davacının çalıştığı ... Bank A.Ş. ile davalı ... Bankası A.Ş.'nin 25.01.2011 tarihinde yapılan genel kurul kararları ile birleştiği, birleşme sonrası davalı banka tarafından yeni bir yönetmelik hazırlanarak çalışma koşullarında getirilen değişiklikler konusunda çalışanların bilgilendirildiği, bu kapsamda davacıya da bildirimde bulunulduğu fakat davacının yeni yönetmeliğin aleyhine değişiklikler getirdiği gerekçesiyle ihtirazi kayıt koyduğu ve sonuç olarak değişiklikleri kabul etmediği görülmektedir.

Davalının birleşme nedeniyle yeni bir insan kaynakları yönetmeliği hazırlaması işletmesel bir ihtiyaç olduğu tartışmasızdır. Doktrinde belirtildiği üzere farklı çalışma koşullarının uyumlu hale getirilmesi için eşitlik ilkesine dayanılmaz. Eşitlik ilkesi işçilere çalışma koşullarının iyileştirilmesi için hak sağlayabilir, kötüleştirmek için işverene bir hak tanımaz. İş organizasyonu bakımından zorunlu olmayan çalışma koşullarının işyeri birleşmesi ile değiştirilmesine gerek olduğu kural olarak söylenemez. Örneğin devralınan işyerinde işçilere sağlanan ikramiye veya sosyal ödemelerin sürdürülmesi devralan işveren açısından hoş görünmese de, diğer işçilere bu edimlerin verilmiyor olması geçerli sebep oluşturmaz. Devreden işverenin işçilere sağladığı prim ve ikramiyeler, işçiye talep hakkı verecek bağlayıcı bir hal almışlar ise devralan işveren de bu ödemeleri yapmakla yükümlüdür. Devralınan işyerinin işçilerine farklı işlem yapılmasının işyerinde huzur ve barışı önemli ölçüde ihlal etmesi durumunda değişiklik feshi geçerli kabul edilebilir (Doç. Dr. Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.202-203). Fakat getirilen değişikliklerin geçerli nedene dayandığının ispatı açısından ölçülülük kriteri kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Yani getirilen değişikliklerin işçi işveren arasında menfaat dengesini bozup bozmadığı, değişikliklerin oranlılığı irdelenmelidir. Bunun için de aleyhe ve lehe yapılan değişikliklerin ortaya konulması ve tartılması gerekir.

Yeni yönetmelikle lehe getirilen değişiklikler: ... Bank A.Ş. uygulamasında çalışanlara evlendiklerinde banka tarafından 100 USD yardım yapılmaktayken, yeni yönetmelikle bu yardım bir Cumhuriyet altını olmaktadır. ... Bank A.Ş. uygulamasında olmayıp yeni yönetmelikle sermaye piyasası faaliyet lisansı alan çalışanlara “SPF başarı ödülü” adı altında bir ödül verilmesi öngörülmüştür.

Yeni yönetmelikle aleyhe getirilen değişiklikler: Fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edilmesi, kreş yardımının kaldırılması, çocuk yardımının (yardım alanlara aylık ücretlere

ekleme yapılarak) kaldırılması, cumartesi günlerinin yıllık izin süresinin hesabında dikkate alınması yani cumartesi günlerinin de izin süresine dahil edilmesidir. Yine doğum yardımının... A.Ş. uygulamasında bir Cumhuriyet altını iken yeni uygulamada işverenin içeriğini düzenleme yetkisi dahilinde doğum hediyesi olarak belirlendiği tespit edilmiştir.

Görüldüğü üzere lehe yapılan değişikliklerin devamlı yapılan bir ödemeye ilişkin olmadığı; evlenmek, sermaye piyasası faaliyet lisansı almak gibi şarta bağlı olarak yapılan ödemeye ilişkin olmaktadır. Fakat aleyhe değişiklikler devamlı yapılan sosyal yardımlara ilişkin olduğu gibi, değişiklikle fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edilmesiyle çalışanın aynı ücrete karşılık haftalık çalışma süresinin dolaylı olarak artırımının yolu da (yıllık 270 saat) açılmaktadır. Yönetmelikte yer almamakla birlikte bildirimde fazla çalışma ücreti alan çalışanlara son iki yılda ödenen fazla çalışma ücretinin ortalama bir rakamının aylık ücrete ekleneceği ifade edilmişse de; ifade net olmadığı gibi, son iki yılda fazla çalışma yapmamış veya az bir miktar yapanlar açısından aleyhe bir düzenleme olduğu açıktır. Yine yıllık izin süresi değişmemişse de eski ... Bank A.Ş. uygulamasında yıllık izin süresi hesabında cumartesi günleri dışlanırken, yeni yönetmelikte yıllık izin süresinin hesabında cumartesi günleri dahil edilmiştir.

Davalının yeni yönetmelikle yaptığı lehe ve aleyhe değişikliklere bakıldığında taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulduğu ve amaçla araç arasında oransızlık bulunduğu görülmektedir.

Davalının yeni yönetmelikle yaptığı ve aleyhe unsurlar içeren değişiklikleri kabul etmeyen davacının iş sözleşmesinin işverence sona erdirildiği tartışmasızdır.

Değişiklik teklifinin kabul edilmemesi üzerine İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi de bu durumda 18 ile 21. madde hükümlerine göre dava hakkına sahiptir. Esasen eldeki dava da bu gerekçeyle ikame edilmiştir. Değişiklik feshinin yargısal denetimi ayrı bir işleyişe tabi tutulmamış konu iş güvencesi hükümlerine atıfla düzenlenmiştir. Bu durumda yasada 22. madde ile yeni bir geçerli neden olgusu ihdas edildiğinden söz edilemez. İspat yükü işverende olmak üzere 18. maddede sıralanan geçerli nedenler burada da geçerli feshin bir unsuru olarak araştırılacaktır. Somut olayda davalı yanın değişiklik gerekçesinde; devir, yeniden yapılanma, iş organizasyonu gerekleri olarak açıklandığından fesihte geçerli nedeninin bulunup bulunmadığının bu nedenlerle sınırlı olarak incelenmesi gerekir. İşletme gerekleriyle geçerli bir fesihte amaç istihdam fazlalığının fesih yoluyla tasfiyesi olup uyumsuzluğa konu davada böyle bir unsur söz konusu değildir. Davalı işverence dayanılan değişiklik gerekçesi temelde işyeri devrine dayanmaktadır. İş

Kanunu'nun 6. maddesine göre devir tarihinde yürürlükte olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçmekte, akdin aynı koşullarda sürekliliği güvence altına alınmaktadır. Başka bir işyerini devralan işverenin, kendi işyerinde çalışan işçilerle uyumu sağlama gerekçesiyle devraldığı işyerindeki çalışma koşullarını tek yanlı değiştirmek istemesi geçerli neden değildir. Böyle bir değişiklik doğrudan işyeri devrinin sonucu olup 6. maddeye aykırıdır. Fesih bildiriminde de dayanılan rasyonel işletmecilik anlayışının, bir işletme devralınırken oradaki iş koşullarının ne olduğunun, devrolunan iş sözleşmelerinin hangi hak ve borçları içerdiğinin de araştırılıp öğrenilmesini gerektirdiği tartışmasızdır. Aksi halde işyeri devralandıktan sonra çalışma koşullarının değiştirilmesi ve kabul etmeyenlerin sözleşmeleri de değişiklik feshine dayalı olarak sonlandırılabilir şeklindeki değerlendirme iş güvencesinin geçerli neden esasına aykırıdır.

Değişiklik feshi, işyerinde geçerli nedenin ortaya çıktığı bir süreçte işverenin 22. maddeye uygun son çare olarak feshi önleyecek esaslı değişikliğe başvurması, buna karşılık işçinin bu değişikliği kabul etmemesine bağlı olarak gerçekleşen feshi ifade etmektedir. Değişiklik teklifinin reddi tek başına geçerli neden değildir. Davalı işverence, işçiye yapılan kreş ve çocuk yardımı ile fazla çalışma ücretine yönelik değişikliklerin nasıl bir işletmesel nedenle fesih sonucu doğuracağı ve bundan kaçınmak için fesihden önce söz konusu değişikliklere başvurduğu açıklanmamıştır. Ayrıca bu hususlar işyerindeki işin akışı ve ifa şekline bağlı çalışma şartlarından değildir. İşletme risklerini işveren taşımakta olup ücret ve eklerinin indirilmesi girişimi bu riskin belli ölçüde işçilere aktarılması anlamındadır.

Böyle bir sonuç ancak ekonomik kriz gibi dönemlerde ve işyerinin ayakta kalmasını zorunlu kıldığı istisnai hallerde ve geçici bir uygulamaya yönelik ise kabul edilebilir. İş Hukukunun ve İş Kanununun öngördüğü eşit işlem yapma borcu bir kısım işçilerin var olan haklarının işverence ortadan kaldırılarak eşitliğin sağlanmasını değil çalışma koşullarının iyileştirme yoluyla bu haklara sahip olmayanlara aynı imkanların tanınmasını gerektirmektedir.

Buna göre işverence yapılan değişiklik feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi yönünde hüküm kurulması hatalı olup; 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda belirtilen nedenlerle

1- Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE,** davacının **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 (beş) 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 ... TL vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yapılan ... TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8- Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, 11.02.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

T.C.
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2012/35856
KARAR NO: 2013/10606
TARİHİ: 01.04.2013

KARAR ÖZETİ: İŞ GÜVENCESİNDE 6 AYLIK KIDEM KOŞULU - DÜRÜSTLÜK KURALI

4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi hükümlerini düzenlerken birtakım sınırlandırmalar getirmiştir. Bunlardan bir tanesi de işçinin 6 aylık kıdeme sahip olmasıdır. İşçinin iş sözleşmesinin 6 aylık kıdem koşulunu doldurmasına yakın bir süre kaldığında feshedilmesi halinde; bu sınırlayıcı hükmün dar yorumlanması, hakkın kullanılırken dürüstlük kuralına uyulması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket ederek, somut olayın özelliğine göre 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir.

DAVA: Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca 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:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davalıya ait işyerinde idari işler sorumlusu olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini, işe iade davasını açmasını engellemek için 6 aylık kıdem süresinin dolmasına, 1 gün kala hiç bir gerekçe olmadığı halde işten çıkartıldığını belirterek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı işveren vekili, davacının 6 aylık kıdeme sahip olmadığını, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını, iş sözleşmesinin de davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, 818 sayılı Borçlar Kanununun 154. maddesine göre; “şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnüniyet kaydelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur” hükmünü içermekte olup, aynı şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da 175. maddesinin de aynı kuralı tekrarladığı, davacının 6 aydan 1 gün eksik çalıştığı kabul edilse bile sürenin geçmesine davalı taraf mani olduğundan 6 aylık sürenin geçmiş varsayılacağı, 4857 sayılı Kanunun 18. maddesine göre 30 işçi ve 6 aylık kıdem süresinin gerçekleştiği, davacının iş sözleşmesinin davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilmesine rağmen 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesi uyarınca savunmasının alınmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

İş Hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu iş güvencesi hükümlerine yer vermiş ve genel olarak, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilemeyeceğini düzenlerken, aynı düzenlemelerde sınırlamalar yer vermiş ve işyerinden otuzdan az işçi çalışıyor, işçinin işyerinde altı aydan az kıdemi var, işçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor veya işçi işveren vekili veya yardımcısı konumunda çalışıyor ise iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı belirtilmiştir. Bu sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerekir. İşçinin 6 aylık kıdeme sahip olması da sınırlandıran hükümlerden biridir.

Diğer taraftan, 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.” Objektif iyi niyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında

dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.

İşçinin iş sözleşmesinin altı aylık kıdem koşulunu doldurmasına yakın bir süre kaldığında feshedilmesi halinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmalı bir sorundur. Dairemiz son yıllarda yukarıda belirtilen sınırlandıran hükümlerin dar yorumlanması, hakkın kullanılırken dürüstlük kuralına uyulması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket ederek, somut olayın özelliğine göre 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmektedir.

Somut uyuşmazlıkta 26.01.2011 tarihinde işe başlayan davacının iş sözleşmesi 25.07.2011 tarihinde, ay olarak süreye vurulduğunda 5 ay 29 gün sonra davranışlarından kaynaklanan nedenle, ancak savunması alınmadan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedilmiştir. Öncelikle davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilip, savunması alınmadığından geçerli nedene dayanmadığı gibi altı aylık kıdem koşuluna bir gün kala iş sözleşmesinin bu şekilde feshi dürüstlük kuralına aykırıdır. Davalının davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile hareket ettiği açıktır. Diğer taraftan davacının başlangıç olan 26.01.2011 tarihi ile fesih bildiri yapılan 25.07.2011 tarihinde çalıştığından, altı aylık kıdeme sahip olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarı ile mahkemece davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı ilave gerekçeler ile **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 01.04.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyerinde aralıklarla dahi olsa altı aylık çalışma koşulu dava şartı niteliğinde olup nisbi emredici düzenlemede öngörülen bu süre bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine kısaltılabileceği gibi tamamen de kaldırılabilir.

Somut olayda; davacı işçinin davalıya ait işyerinde 26.01.2011 tarihinde çalışmaya başladığı, iş sözleşmesinin işverence 25.07.2011 tarihli bildirimle sona erdiği anlaşılmakta olup, Sayın çoğunluk tarafından verilen onama kararında işçinin işyerinde 25.07.2011

tarihinde de çalışmış olmasına göre altı aylık kıdeme sahip olduğunun kabulü gerektiği yolundaki görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır. Zira gerek 1086 sayılı HMUK.nın 161. md. ve gerekse 6100 sayılı HMK.nın 91/2 md.ne göre ay olarak tayin olunan süre başladığı güne karşılık gelen günün tatil saatine kadar geçen zamandır. Davacı işyerinde 26.01.2011 tarihinde çalışmaya başladığına göre altı aylık kıdem 26.07.2011 tarihinde tamamlanacaktır. Davacı, davalı işyerinde altı aydan kısa süre çalıştığından iş güvencesi hükümlerinden yararlanma imkânı bulunmamaktadır.

Sayın çoğunluk tarafından 5 ay 29 gün kıdemi bulunan davacının iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu, davalı işverenin davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile hareket ettiği, hakkın dürüstlük kuralına uyularak kullanılmasının zorunlu olduğu ve aksine davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağı yolundaki ilave gerekçeyle yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmiş ise de; yasada öngörülen sürenin gerçekleşmesine bir gün kala gerçekleşen fesihle dürüstlük kuralına aykırı davranış nedeniyle sürenin dolduğu varsayımının, hangi sürelerin bu tür davranışlarda dikkate alınması gerekeceği sorunu ortaya çıkarması kaçınılmazdır. Örneğin; benzeri durumlarda dürüstlük kuralına aykırı olarak 5 ay 25 gün sonunda işten çıkarılan bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı ya da 11 ay 29 gün çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin aynı saikle sona erdiği halde de bir yıllık çalışma süresine bağlı kıdem tazminatı ve yıllık izin ücretine hak kazanacağı sonucuna götürecektir. Sürenin dolmasına 1 gün kala işten çıkarılan bir işçiyle örneğin 3 gün kala sözleşmesi feshedilen işçi bakımından ayırımın sınırları muğlaktır ve her durumda, daha önce kabul edilen süreden 1 gün daha az çalışmış işçiler yönünden aksine karar vermek izaha muhtaç kalacaktır. Yasadaki süre, başkaca bir akdi hüküm bulunmadıkça, asgarîdir ve kanun 5 ay 29 (yahut 28) gün değil; 6 aylık kıdemli işçileri kapsama almaktadır.

Bozucu yenilik doğuran fesih hakkı, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler yönünden, feshin haksız/usulsüz nitelik taşıyıp taşımadığına yahut kötüniyetli olup olmamasına bakılmaksızın yürürlükteki iş ilişkisini sona erdirme yönündeki sonucunu doğurmaktadır. Sayılan nitelermeler tazminat alacakları bakımından belirleyici olup, akdin ortadan kalktığına dair maddi ve hukuki sonucu değiştirmemektedir.

2 yıl süreli bir iş sözleşmesi örneğin işverence 1 yıl, 11 ay, 29. günde sürenin hitamına 1 gün kala haksız feshedildiğinde, nasıl akdin sürenin bitimi nedeniyle sona erdiği sonucuna ulaşılamaz ve işçinin kıdem tazminatı talebi reddedilemez, değerlendirmenin sürenin sona ermesinden önce akdin işverence feshine göre yapılması gerekir ise burada da aynı durum geçerlidir.

Ayrıca Medeni Kanunun 2. maddesinin özel bir görünümü olan Türk Borçlar Kanunu'nun 175. maddesine (eski Borçlar Kanunu'nun 154. md.) göre bir şartın gerçekleşmesine iki taraftan biri doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranışla engel olursa o şartın gerçekleşmiş sayılacağı öngörülmüş ise de yasada şart kavramını içeren düzenlemeler bütün olarak değerlendirildiğinde "şartın" kanun hükmünden değil, işlemi yapan tarafların irade beyanlarından kaynaklanması gerektiği açıktır. BK'da bu bağlamda düzenlenen müessese, sözleşmenin tarafların iradesiyle şarta bağlı akdedilmesi hali olup, bir kanun hükmünden doğan hukukî şart (condicio juris) değildir ve bu kavram esasen gerçek anlamda şart da değildir (Eren, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 1115-1119). Eldeki uyuşmazlıkta altı aylık kıdem koşulunun dayanağı hukuksal işlem olmayıp İş Kanunu'nun 18. maddesi olduğundan ve bizatihi yasanın uygulama alanının sınırlarını çizdiğinden kıyasen dahi uygulama olanağı bulunmadığı gibi fesih hakkının kötüye kullanılması halinde aynı yasanın 17. maddesinde getirilmiş bulunan kötüniyet tazminatı hükmü dikkate alındığında özel yasada düzenleme bulunan halde genel hükümlere dayanılmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Tüm bu sebeplerle yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşü ile onama yönünde oluşan çoğunluk kararına katılamıyoruz. 01.04.2013

T.C.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2012/21256

KARAR NO : 2013/11389

TARİHİ : 08.04.2012

KARAR ÖZETİ: GEMİADAMLARI İÇİN 6 AYLIK ASGARİ İŞ GÜVENCESİ – KAPTANIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesinde gemiadamı ile işveren veya işveren vekili arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin gemiadamının işe alınmasından itibaren 6 ay geçmedikçe bildirimli fesih yoluyla feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu süre bitmeden iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız fesih edilmesi durumunda, gemiadamı kalan süreye ait bakiye süre ücretini talep edebilir. Ancak sözleşmenin haklı nedenle feshi halinde bu süre aranmayacaktır. Somut uyuşmazlıkta bakiye süre ücreti hüküm altına alınırken feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı gerekçelendirilmemiştir.

Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca; kaptan, bütün işlerinde, özellikle ifası kendisine düşen sözleşmelerin yerine getirilmesinde tedbirli bir kaptan gibi ha-

reket etmek zorundadır. Gemiadamı olan kaptanın özen yükümlülüğü bunu gerektirir. Kaptan, kusuruyla yol açtığı zararlardan, özellikle yasada belirtilen görevlerini yapmamasından doğacak zararlardan dolayı, yolcular da dahil, gemi ve eşyayla ilgili herkese karşı sorumludur.

DAVA: Davacı karşı davalı vekili, davacı gemiadamının sözleşme gereği çalıştığı günler ve yasa gereği en az 6 ay asgari süreli sözleşmeyle çalışması nedeni ile bu süre ücret alacağından davalı - karşı davacıdan, davalı - karşı davacı vekili ise, davalı gemiadamının verdiği zarar ve zimmetinde kalan para nedeni ile oluşan alacağın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacı - karşı davalının davasının kısmen kabulüne, karşı davanın ise reddine karar verilmiştir.

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

YARGITAY KARARI

A) Davacı-Karşı Davalı İsteminin Özeti:

Davacı-karşı davalı vekili, davacı-karşı davalı gemiadamının kaptan olarak davalıya ait gemide belirsiz süreli iş sözleşmesi ile 09.08.2006 tarihinde çalışmaya başladığını, ancak iş sözleşmesinin uzak yol seferlerinde iken gönderilen mesaj ile feshedildiğini, sonradan gerekçe olarak geminin satılmasından söz edildiğini, Deniz İş Kanunu uyarınca gemiadamı ile asgari en az 6 ay süre ile çalışma zorunluluğu bulunduğu, bu süre dolmadan iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek, çalıştığı süre için ödenmeyen ücret ile 6 aylık asgari süre nedeni ile bakiye süre ücretinin davalı - karşı davacıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, aynı isteği birleştiren davada miktar arttırarak tekrarlamıştır.

B) Davalı-Karşı Davalı Cevabının Özeti:

Davacı-karşı davacı vekili ise gemi kaptanı olan davacının yük almak için Fas'a gittiğini, Limana gittiğinde hazırlık mektubunu Yükleme Limanı Acentesine vermesi gerekirken, kiracı firmanın operasyon merkezine gönderdiğini, yapılan bir kısım yazışmalar neticesinde bu durumun düzeltildiğini, ancak bu durumdan dolayı yükleme acentesine hazırlık mektubunun çok geç verildiğini, yükleme işleminin başladığında ise davacının balastı zamanında bastırmaması nedeni ile yüklemede gecikme yaşandığını,

davacının kusurundan dolayı şirketin zarara uğradığını, bunun dışında tamimlerde gemi limanından ayrılmadan önce kaçak yolcu var mı diye kaptan tarafından kontrol yapılması gerektiğini, davacının bu kontrolü yaptırmadan geminin limandan ayrıldığını, seyir halinde iken gemide 3 tane kaçak yolcu bulunduğunu, şirketin bu nedenle ceza ödemek zorunda kaldığını, davacının iş sözleşmesinin işvereni zarara uğratması nedeni ile feshedildiğini, ücretinin ödendiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuş birleştirilen dosyada ise derdestlik itirazında bulunmuştur.

Birleştirilen karşı dava ile de davacının yüklemeyi geç yapması, kaçak yolcu alması nedeni ile verdiği zarar yanında davacının görevden ayrılırken yeni kaptana gemi kasasını USD eksik teslim ettiğini belirterek bu zararlarının davacı-karşı davalı gemiadamından tahsiline karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, davacının iş akdinin feshinde davalı tarafın iddialarına dair sebepler ifade edilmediği, davacının iddia edilen hatalarından sorumlu tutulabileceği tutanak ya da belgelerin dosyada bulunmadığı, bu durumların davacıdan kaynaklandığının tam olarak tespit edilmediği, davacı-karşı davalının davasında haklı olduğu ve davalı-karşı davalı tarafın iddialarını ispat edemediği, davacının en az 6 aylık çalışması gerektiği ve bu süre içinde davalı şirketten sonra başka bir şirkette çalıştığı tespit edildiğinden Yargıtay Kararları doğrultusunda alabileceği ve yeni çalıştığı yerde aldığı ücretler arasındaki ücret farkını da hak ettiği gerekçesi ile davacı-karşı davalının davasının kısmen kabulüne, birleştirilen davalı-karşı davacının davasının reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

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

2. Usul açısından:

a) Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı açıklanmış, aynı zorunluluk 6100 sayılı HMK.'un 297. 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 varılmasının 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).

Gemiadamının veya işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini, bildirimsiz fesih hakkı Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak madde 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, bir alt sınır belirlenmiş ve gemiadamı ile işveren veya işveren vekili arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe bozulmayacağı kuralını getirmiştir. Altı aylık bu sınır bildirimli fesih için getirilmiştir. Sözleşmenin haklı nedenle feshi halinde bu süre aranmaz; gemiadamının altı aylık süresi dolmadan önce de sözleşmenin bildirimsiz feshi mümkündür.

Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesi, belirtilen asgari sürede iş sözleşmesinin bildirimli fesih yoluyla fesh edilemeyeceği ve sürenin bitiminden sonra tarafların gerekli bildirim süresini tanıyarak sözleşmeyi feshedebilecekleri kuralını getirmiştir. Deniz işinin özelliğinden nedeni ile gemi ile uzun yola gidecek gemiadamlarına altı aylık asgari bir iş güvencesi getirilmiştir. Ancak bu süre sadece gemiadamı lehine değil, işveren açısından da öngörülmüştür. Her iki tarafı da bağlar. Kısaca gemiadamının altı aylık süresi dolmadıkça her iki taraf da bildirimli fesih hakkını kullanamaz. Bu süre bitmeden iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi durumunda, gemiadamı kalan süreye ait bakiye süre ücretini talep edebilir (Yargıtay 9.HD. 24.10.2011 gün ve 2009/24817 E, 2011/39003 K).

Deniz İş Kanunu'nun 18. maddesine göre "iş sözleşmesinin işveren veya işveren vekili tarafından feshedilmesi halinde sebepleri ile birlikte gemiadamına yazılı olarak bildirilmesi şarttır. Bildirim imkanı olmayan hallerde durum bir tutanakla tespit olunur". Buradaki yazılı bildirim şartı bir ispat şartıdır.

Somut uyuşmazlıkta davacının bakiye süre ücreti hüküm altına alınırken, yukarıda belirtilen normatif hükümler dikkate alınmamış, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı gerçekleştirilmemiş ve bu şekilde usule aykırı davranılmıştır.

b) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu derdestlik konusunu dava şartı olarak düzenlemiştir. HMK 114/1 maddesinde aynı davanın, daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması gerektiği dava şartı olarak belirtilmiştir. 6100 sayılı HMK 448. maddesine göre “Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır”. 450. maddesinde “(1) 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.” düzenlemesi mevcuttur. Anılan düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere 6100 sayılı HMK hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal yürürlüğe girecektir. 1086 sayılı HUMK döneminde açılan davalara ilişkin olarak eski kanun hükümlerinin uygulanması istisnai olarak HMK geçici 1 ve 2. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, 6100 sayılı HMK'nın yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, ile senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmaz. Kanun açıkça bir istisna getirmediğine göre dava şartı olarak düzenlenen derdestlik müessesesinin 1086 sayılı HUMK döneminde açılan davalarda da uygulanması gerekecektir. Her iki davanın aynı sayılması için gerekli şartlar bakımından maddi anlamda kesin hüküm ile derdestlik arasında hiçbir fark yoktur. O nedenle bu dava ile görülmekte olan başka bir davanın aynı dava olduğunu söyleyebilmek için; maddi anlamda kesin hükümdeki gibi; her iki davanın taraflarının, dava konusunun ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir. İki davanın taraflarının aynı olması için tarafların her iki davada da aynı sıfatla davacı veya davalı sıfatıyla hareket etmiş olmaları gerekmez. Derdestlik itirazında dava sebebinden maksat da hukuki sebepler değil davanın dayanağını teşkil eden vakialardır. Her iki davanın taraflarının, konusunun ve dava sebeplerinin aynı olduğu kanısına varılırsa, 1086 sayılı HUMK 187/4 ve 194 maddeleri gereği ikinci davanın açılmamış sayılmasına, 6100 sayılı HMK 114/1 ve 115/2 maddesine göre ise davanın usulden reddine karar verilmelidir.

Davacı - karşı davalı vekili fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ücret ve bakiye süre ücretini talep ederek 17.11.2006 tarihinde dava açıldıktan sonra, birleştirilen 2009/312 Esas sayılı dava dosyasında da aynı isteklerle, bu kez miktarı artırarak talepte bulunmuş, davalı ise derdestlik itirazında bulunmuştur.

Mahkemece derdestlik itirazı konusunda karar verilmediği gibi, birleştirilen dava olmasına rağmen usuli açıdan da olsa olumlu ya da olumsuz bir hüküm tesis edilmemiştir.

Mahkemece birleştirilen davacı-karşı davalının bu davası hakkında derdestlik itirazı incelenmeden olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi usulü açıdan bozma nedeni yapılmıştır.

3. Esas açısından:

a) Davacı - karşı davalının Deniz İş Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışsa bile asgari 6 ay çalışmadan iş sözleşmesinin haklı neden olmadan feshi halinde fiilen çalıştığı süre mahsup edildikten sonra kalan bakiye süre için ücreti hesaplanması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı fiilen 43 gün çalışmıştır. Buna göre bakiye süresi 4 ay 17 gündür. Bu süre için bakiye süre ücreti hesaplanması gerekirken, 5 ay 17 gün üzerinden bir ay fazla olarak hesaplanması hatalıdır.

b) Ücretin süresinde ödenmemesi halinde Deniz İş Kanunu'nda, İş Kanunu'nda açıkça öngörüldüğü şekilde bir faiz türü öngörülmediğinden bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile farklı bir faiz türü belirtilmedikçe ücret ve ücret niteliğindeki alacaklara temerrüt tarihinden yasal faiz uygulanmalıdır. Mahkemece davacının ücret ve bakiye süre ücretine yasal faiz yerine en yüksek mevduat faizi uygulanması isabetsizdir.

c) Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca, kaptan, bütün işlerinde, özellikle ifası kendisine düşen sözleşmelerin yerine getirilmesinde tedbirli bir kaptan gibi hareket etmek zorundadır. Gemiadamı olan kaptanın özen yükümlülüğü bunu gerektirir. Kaptan, kusuruyla yol açtığı zararlardan, özellikle yasada belirtilen görevlerini yapmamasından doğacak zararlardan dolayı, yolcular da dahil, gemi ve eşyayla ilgili herkese karşı sorumludur. Donatanın emrine uyması kaptanı sorumluluktan kurtarmaz. Durumu bilerek kaptana emir vermiş olan donatan da sorumludur. Kaptan, denizcilikte geçerli olan kurallar uyarınca; geminin aşırı derece yüklenmemesine, gerekli safranın gemide bulunmasına ve geminin ambarının taşınacak olan eşyayı kabule ve korumaya elverişli bir şekilde donatılmış olmasına dikkat etmelidir. Kaptan, yabancı bir ülkede bulunduğu sırada o ülke devletinin mevzuatına, özellikle kolluk, vergi ve gümrük kurallarına uymamasından doğan zararları ve gemisine harp kaçağı niteliğinde sahip olduğunu bildiği veya bilmesi gereken eşyayı yüklemesi sebebiyle ortaya çıkan zararı da tazmin ile yükümlüdür.

Davalı-karşı davacı gemisahibi işveren birleşen davada, karşı dava olarak davacı kaptanın özen yükümlülüğüne, Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı olarak yüklemeyi zamanında yapmaması, gemiye kaçak yolcu alması nedeni ile işverenin zararına neden olduğunu, ayrıca görevini teslim ederken, gemideki kasayı eksik teslim ettiğini ve zimmetinde işverenin parası kaldığını belirterek bu zararlarının tahsilini talep etmiş, kasa teslim tutanağı, açığı talep eden ihtarname ile yükleme ve kaçak yolcu ile ilgili İngilizce belgeler sunmuştur. Mahkeme bu konuda iş müfettişinden rapor alınarak istemin reddine karar verilmiştir. Sunulan belgeler tercüme ettirilmeden, davacı-karşı davalının ilgili normatif hükümler kapsamında sorumluluğu belirlenmeden, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi ile sonuca gidilmesi ayrı bir bozma nedeni yapılmıştır. İngilizce belgeler tercüme

edilmeli, kaptanın sorumluluğu ile ilgili gerekirse hukukçunun da aralarında bulunduğu, mali ve kusur bilirkişisinden oluşan bilirkişi heyetinden rapor alınmalı, kusura göre varsa davalı-karşı davacının zararı hüküm altına alınmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.