

HUKUK BÖLÜMÜ

Yargıtay Kararları

T.C.

YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/33127

Karar No : 2013/25090

Tarihi : 07.10.2013

KARAR ÖZETİ: İŞVERENİN EŞİT İŞLEM BORCU

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki "Farklı işlem yapılamaz" ifadesi iki benzer durum arasındaki başkalağa işaret etmektedir. Eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisellik özelliğini ortadan kaldırmadığından işveren, farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konusunda nispi bir eşit davranma borcu altındadır. İşverenin bu işlemlerde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kalmaktadır.

Dava: Davacı vekili, davacı işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması nedeni ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı ile fark ücret, fark ikramiye, fark fazla mesai, fark hafta ve genel tatil alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

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:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, Toplu İş Sözleşmesi kapsamında davalıya ait işyerinde çalışan işçinin yeni işçiler işe alınmadan önce kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek yeni bir iş sözleşmesi ile işe başlatıldığını ve ücretin düşürüldüğünü, ancak daha sonra 2004 yılında eğitim

durumu ve görevi aynı olan yeni işçileri daha yüksek ücretle işe başlatıldığını, davalı işverenin farklı ücret uygulamaları nedeniyle davacının mağdur duruma düştüğünü, davalı işyerinde çalışanlar arasında eşit davranma borcuna aykırı hareket edildiğini belirterek, eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı ile fark ücret, fark ikramiye, fark fazla mesai, fark hafta ve genel tatil alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, aynı ürün grubunda her işçinin her makinede çalışabilecek şekilde tam bir universal sistem kurulmasının işçilerin nitelik ve nicelikleri, özel becerileri gibi birçok sebeple mümkün olmadığı gibi farklı ürün gruplarında ise bu durumun kesinlikle imkânsız olduğunu, davacıların iş sözleşmelerinin 21.01.2001 günü ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek feshedilmiş olup bir kısmı için boşa geçirilerek bir kısmı için ise değişik işyerlerinde çalıştıktan sonra yeniden davalı işyerinde çalışmaya başladıklarını, davacıların kıdem başlangıçlarının 2002 yılı ortaları ve sonraları olduğunu, 2004 yılından sonra yüksek ücretle işe alındığı iddia olunan işçilerinde yeni işçiler olmayıp davacılar gibi kıdeme sahip işçiler olduklarını ve bu işçilerin ücretleri ile davacıların ücretleri arasında dikkate değer bir farklılıkta bulunmadığını, 2005 yılında kendilerine ciddi anlamda ihtiyaç duyulduğu için işe alınan söz konusu işçilerle davacılar tamamen aynı durumda olarak değerlendirilebilecek işçiler de olmadığını, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi ayırım yasağını getirmiş, ancak mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmediğini, işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasakladığını, eşit davranma borcunun tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirdiğini, davacıların taleplerinin kötü niyetli olduğunu, 2004 yılından bu tarafa geçen 6 yıla yakın sürede bahsedilen şekilde bir farklılık söz konusu ise davacıların bu uzun süre boyunca bu duruma karşı itirazlarının ve taleplerinin söz konusu olması gerekirken emeklilikleri dolmuş veya çok yaklaşmış olmaları akli sıra iş sözleşmelerinin işverenlikçe feshini sağlayarak kıdem tazminatının yanı sıra ihbar tazminatını ve işe iade süreci sonunda doğabilecek haklarını da alabilme çabası içinde girdiklerinden dava konusu uyuşmazlıkta eşit davranma ilkesine aykırılık söz konusu olmadığını, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda keşif sonrası alınan bilirkişi heyet raporuna itibar edilerek, davacının 17.04.2000 - 30.11.2000 ve 16.04.2001 - 08.07.2004 tarihleri arasında davalı işverenin alt işvereni ... Metal Ltd şirketi ve 09.07.2004 tarihinden dava tarihine kadar da davalı işyerinde çalıştığı, işyerinde universal üretim yapıldığı, davalının aynı makinelerde aynı işi yapan nitelik ve nicelik olarak farklılık arz etmeyen işlerde

çalışanlar arasında eşit davranma borcuna aykırı hareket edildiği, davacıdan daha sonra işe giren işçilerin daha yüksek ücretle çalıştıklarını, işyerinde yürürlükte bulunan TİS'in 35. maddesi yeni işçinin eski işçinin ücretlerini geçemeyeceği hükmüne yer verildiğinden işçilik alacakları ile eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edildiği, işyerinde gerek davacıların yaptıkları işler, gerekse emsal olarak gösterilen işçilerin yaptıkları işler görüldüğü, işyeri özlük dosyaları incelenmesi sonucunda; işyerinde makine iş ve işin niteliğine göre ücretle ayırım yapma uygulamasının mevcut olmadığı, davacı ile aynı işte, aynı statüde, aynı unvan, aynı nitelikte ve aynı verimde iş yapan işçilere göre daha düşük ücretle çalıştığı, kıdem olarak daha düşük kıdemdeki işçilerin ise daha yüksek ücretle çalıştığı, bunu haklı gösterecek makul, objektif ve subjektif nedenlerin var olmadığı, davalının ücret farklılığını "2005 yılında kendilerine ciddi anlamda ihtiyaç duyulduğu" gerekçesinin de makul ve haklı bir sebep olamayacağından davacı ile aynı işi yapan, aynı nitelikte ve aynı görevdeki ancak kıdem olarak daha düşük kıdemde olan 07.01.2004 tarihli işe giriş yapan işçilerle aynı ücreti alması gerektiği, buna göre fark ücret, ikramiye, fazla mesai ve tatil ücreti doğduğu, halen işyerinde çalışmakta olduklarından ücretli yıllık izin alacakları muaccel olmadığından ücretli yıllık izin talebinin yerinde olmadığı, davacının eşit davranma ilkesine aykırılık nedeniyle 4857 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca talep ettiği 4 aylık tazminat talebine gelince; iş yasasının 5. maddesinde işverenin işçiler arasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplerle farklı işlem yapması halinde 4 aylık tazminata karar verilebileceği düzenlendiği, oysa somut olayda, iş yasasının 5. maddesinde belirtilen şartların bulunmadığı gerekçesi ile eşit işlem borcu tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı istemlerinin reddine, diğer fark alacakların ise kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe: . . .

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 maddenin 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. İş Kanunu'nun' 5. maddesi ile ayrımcılık açısından doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış, ancak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık kavramları tanımlanmamıştır.

Eşit davranma borcu, işverenin, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, haksız ayırmada bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması, haklı nedenler varsa ayırmada bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder. İşverenin, işçileri arasında mutlak bir eşitlik uygulaması zorunda olduğu yönündeki anlayış eşit davranma borcunun anlamı dışında kaldığı gibi bu borca aykırılık da oluşturur. Ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin kiminle karşılaştırılacağı belirlenmesi varılacak sonuç açısından büyük önem taşımaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki "farklı işlem yapılamaz" sözleri iki benzer durum arasındaki başkalağa işaret etmektedir. Ayrımcılığın mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcu nispi bir nitelik taşır; eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisellik özelliğini ortadan kaldırmadığından işveren farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında nispi bir eşit davranma borcu altındadır. İşverenin, işyeri düzeyindeki tüm işlem ve uygulamaları eşit davranma borcuna tabidir. Ancak, kanunun kendisine tanıdığı kimi haklara ilişkin işlemlerinde, işletmenin riskini üzerinde taşımasının karşılığı olarak, işveren takdir hakkına sahip olup, buna göre hareket etmesi eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilemez.

Eşit davranma borcu, işverenin, aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı yükümlü olduğu bir borçtur. Dolayısı ile aynı işyerinde çalışmakla beraber işçi niteliği taşımayanlara karşı, yani işyerinde bulunmaları iş sözleşmesine dayanmayanlara karşı bir yükümlülük içermez. Esas itibarı ile işveren, henüz işe alınmamış kişilere veya iş sözleşmesi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. Bu nedenle 5'inci madde iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır. Kısaca işverenin çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında özellikle ücret yönünden eşit davranma borcu bulunmamaktadır.

Dosya içeriğine göre davalı işyerinde Toplu İş Sözleşmesi ile çalışan ve bir dönem iş ilişkisi kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek tasfiye edilen davacı işçinin 2001 yılında tekrar işe alındığında daha düşük ücretle işe alınıp çalıştırıldığı, bu ücretine Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren davacının iddia ettiği gibi 2004 yılında çalıştırmak üzere işe yeni işçi almıştır. Yeni alınan işçilerin ücretleri ise davacı ile aynı nitelik ve görevde olmasına rağmen daha yüksek ücret olarak belirlenmiştir. Davacı yeni alınan işçilere daha yüksek ücret verilmesinin eşit işlem borcuna aykırılık olduğunu iddia ederek aradaki fark ücretlerin kendisine ödenmesini talep etmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere işverenin aynı nitelikte olsa bile çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında eşit işlem borcu bulunmamaktadır. Zira eşit işlem borcu iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır ve iş ilişkisi kurulma aşamasında işveren yeni işçi ile ücret konusunda iradi olarak anlaşmak zorundadır. Yaptırılacak iş aynı nitelikte olsa bile işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinden daha yüksek olabilir.

Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için ücretini çalışan sendika üyesi emsal işçiye göre daha yüksek ücret kararlaştırması ve ödemesi eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. İşverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kalmaktadır. Bu nedenle davacının fark alacaklarının reddi gerekir. Esasen davacının temyiz etmediği eşit işlem borcu tazminat isteğinin reddine karar verilmesi ile bu olgu mahkemenin de kabulündedir. Fark alacakların kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
YARGITAY**

9. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/22011

Karar No : 2013/22543

Tarihi : 16.09.2013

**KARAR ÖZETİ: HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI VE İŞ
SÖZLEŞMESİNİN İŞVERENCE HAKLI NEDENLE FESHİ**

Hukuk hakimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak, aynı olay nedeniyle ceza yargılanmasında hükme dayanarak yapılan maddi olgular ile bağlıdır. Beraat kararında suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin olarak delilleriyle tespit edilmelidir.

Dava: Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatının davalıdan tahsiline 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:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin ceza mahkemesi kararı gerekçe gösterilerek feshedildiğini, oysa ceza mahkemesinde verilen kararda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini, 5271 sayılı CMUK nun 231-5 maddesi hükmünde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder şeklindeki düzenleme ile verilen kararın hukuki sonuç doğurmadığının açık olduğunu, davacının suç işlediği kabul edilerek iş akdinin feshedilmesinin hukuka aykırı olduğunu, mahkumiyet kararı bulunmadığını, feshin haklı nedene dayanmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, feshin haklı nedene dayandığını, davacının eylemlerinin ceza mahkemesi kararı ile sabit olduğunu, feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile açtığı davanın reddedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan hesap raporuna itibar edilerek, her ne kadar davacının açmış olduğu işe iade davası reddedilmiş ise de, davacı hakkında, ... 7. Asliye Ceza Mahkemesince belirtilen suçla ilgili olarak mahkumiyet kararı kurulmamış olduğu gözönünde tutularak, davalı işveren tarafından feshin haklı nedenlerle oluştuğu ispat edilemediğinden, davacının kıdem ve ihbar tazminatı talep koşulları oluştuğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Uyuşmazlık yasal grev kararı uygulaması içinde ve işyerinde işlendiği iddia edilen çalışma hürriyetini ihlal ve kanunun suç saydığı örgüte üye olmak suçlarından davacı hakkında açılan kamu davasında, verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağı ve davacının açmış olduğu feshin geçersizliği ve işe iade kararında verilen ret kararının kıdem ve ihbar tazminatı isteğini etkileyip etkilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle Ceza hukuku ve Medeni Hukuk arasındaki ilişkide T. Borçlar Kanununun 74. maddesinin değerlendirilmesi gerekir. (Eski Borçlar Kanunu Mad. 53) Maddeye göre "Hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hakiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hakimini bağlamaz" şeklinde düzenlenmiş ve kural olarak bağımsızlık ilkesi benimsenmiştir.

Düzenlemeye göre 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 bağıllığının 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 Hakimini bağlayacağını kabule olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesindeki nedenlerle haklı olarak feshedildiği ve bu nedenle işe iade isteğinin reddine karar verildiği durumlarda, bu davadaki haklı neden yönündeki kesin tespit açılacak ihbar ve kıdem tazminatı istemini içeren tahsil amaçlı eda davasında aynı şekilde kuvvetli bir delil olarak ortaya çıkacak, unsur etkisi yaratacaktır.

Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi Disiplin Kurulu kararı ile ceza mahkemesinde açılan kamu davasında işyerinde işlediği çalışma hürriyetini tahdit ve kanunun suç saydığı yasa dışı örgüte üye olmak suçlarından eylemlerinin sabit olması ve sonuç olarak her iki suçtan 1 yıl 6 ay ceza verilmesine rağmen hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeni ile tazminatsız feshedilmiştir. Davacı tarafın feshin geçersizliği ve işe iade isteği ile açmış olduğu davada İş Mahkemesi 30.12.2008 gün ve 584-1404 sayılı kararı ile "davacının üyesi olduğu sendika tarafından her ne kadar yasal olarak grev kararı alınmış, davacı da bu greve katılmış ise de davacının bu çerçevede yasaya aykırı bir eylemin olmadığı, ancak grev sırasında davalıya ait bina ve tesislere zarar verildiği, grevin yasal olmasının çalışanlara ve kişilere başka kişilere ait mala zarar verme hakkını vermediği eylemin konusunun suç teşkil ettiği, davacının böyle bir eylemde bulunduğu ... Asliye Ceza Mahkemesi kararı ile sabit olduğu, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının eylemin varlığını yok saymadığı, tam aksine bunun sübuta erdiğini gösterdiği, bu açıdan taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, TİS hükümleri ve İş Kanununun 17. maddesinde belirtilen hükümler göz önüne alındığında disiplin kurulu kararı ile iş akdinin sona erdirilmesinin usulüne uygun olduğu, kaldı ki mahkeme kararı ile sübuta eren eylem nedeni ile taraflar arasında güven unsurunun kaybolduğu, bu açıdan iş akdinin feshinde bir usulsüzlük bulunmadığı, her ne kadar davacının eylemlerinin affi niteliğinde yeniden işe başlatıldığını ve yeni bir iş sözleşmesi kurulduğunu iddia edilmiş ve bir an için böyle olduğu kabul edilse bile yeni kurulan iş akdi bakımından 6 aylık sürenin dolmaması nedeni ile açılan dava koşulunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle davanın reddine" dair karar verdiği, kararın Dairemizin 20.07.2009 gün ve 10149 sayılı kararı ile onandığı anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta davacının iş sözleşmesinin feshine konu edilen ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007.707 E, 2008/128 K sayılı kararında Çalışma hürriyetini tahdit suçundan 6 ay ve kanunun suç saydığı örgüte üye olmaktan dolayı 1 yıl olmak

üzere toplam 1 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırıldığı, ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği görülmektedir.

Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacının fesih nedeni yapılan eylemleri ile ilgili ceza mahkemesi kararındaki tespitler karşısında hükme dayanak yapılan maddi olgular sabittir. Beraat kararının delil yetersizliğinden hukuk hakimini bağlamadığı bir ortamda, suçun unsurlarını tespit ederek maddi olguları somutlaştıran, ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönündeki ceza hakimi kararının hukuk mahkemesinden en azından unsur etkisi yaratması gerekir. Davacının işyerinde çalışma hürriyetini tahdit ve yasadışı örgüte üye olma suçunu işlediği, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunduğu, davranışının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi bentlerinde belirtilen haklı neden teşkil ettiği sabittir. Ayrıca davacının feshin geçersizliği ve işe iade davasında, aynı yönde tespit yanında işveren feshinin usulsüz olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bu tespit de unsur etkisi açıktır. Davacının iş sözleşmesi haklı nedenle feshedildiğinden, kıdem ve ihbar tazminatının reddi gerekir. Yazılı ve hatalı gerekçe ile davanın kabulü hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 16.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
YARGITAY**

9. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/20988

Karar No : 2013/21537

Tarihi : 09.09.2013

**KARAR ÖZETİ: YAŞ DIŞINDAKİ ŞARTLARI TAMAMLAYAN İŞÇİNİN KIDEM
TAZMİNATI HAKKI**

İşçi işten ayrıldığı tarihte sigortalık süresini ve prim gün sayısını tamamlamış ise kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Hakkın kötüye kullanılmadığı sürece işçinin herhangi bir neden belirterek veya belirtmeden ayrılması kıdem tazminatını hak kazanmasını etkilemez. İşçi yasadan doğan hakkını kullanmaktadır.

Dava: Davacı vekili, davacı işçinin kıdem tazminatının davalı işverenden 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 4447 sayılı yasanın 45 ve 506 sayılı kanununun 60/1.A.a.b ve 81 maddesindeki koşulları taşıması nedeni ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/5 maddesi uyarınca ayrıldığı tarihte kıdem tazminatına hak kazandığını, ancak davalı işverenin ödemediğini belirterek, kıdem tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesini önel vererek feshettiğini, fesih sebebinin istifa olduğunu, kıdem tazminatına hak kazanamayacağını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacının 05.01.2009 tarihinde emekli olmak için ayrılmadığı, işverene önel vererek iş sözleşmesini sona erdirdiği, davacının

kuruma 11.05.2009 tarihinde başvurduğu, kıdem tazminatına hak kazanmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

İşçinin öz varlığı olan emeğin sözleşmeye konu olması sebebi ile iş sözleşmesini düzenleyen kural ve kurumların ifadesi olan iş hukuku alanında, temel hak ve özgürlüklerin en geniş anlamı ile korunması ve işçi lehine yorumlanması esastır.

1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bentte, “506 Sayılı Kanunun 60 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) altbentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle” işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabileceği hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin amacı, prim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır. İşçi ayrıldığı tarihte sigortalılık süresini ve prim gün sayısını tamamlamış ise kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Hakkın kötüye kullanılmadığı sürece işçinin herhangi bir neden belirterek veya neden belirtmeden ayrılması, iş sözleşmesini önel vererek sonlandırması, kıdem tazminatını hak kazanmasını etkilememelidir. Zira yasadan doğan bir hakkı bulunmaktadır. İşçinin daha sonra bunu belgelendirmesi ve işverene sunması, kıdem tazminatına hak kazanılmasını ortadan kaldırmaz. Bu gecikme sadece muaccel olan alacağın temerrüt durumunu, dolayısı ile uygulanacak faizin tarihini etkiler.

Somut uyuşmazlıkta davacı işçi önel vererek fesih bildiriminde bulunduğu tarihte 1475 sayılı kanununun 14/5 maddesi uyarınca yaş hariç sigortalılık süresini ve prim gün sayısını tamamlamış ve kıdem tazminatına hak kazanmıştır. Davacının önel vererek iş sözleşmesini nedensiz sona erdirmesi ve daha sonra kuruma başvurarak belge alması, kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmaz. Davacının hesaplanan kıdem tazminatı bir değerlendirmeye tabi tutularak kabul edilmelidir. Yazılı şekilde reddi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
YARGITAY**

7. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/5059

Karar No : 2013/5495

Tarihi : 03.04.2013

KARAR ÖZETİ: İŞ GÜVENCESİ İÇİN 30 İŞÇİ SAYISININ BELİRLENMESİ

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde gözönünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davalı ... vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

Davacı vekili, davacının davalı ajans personeli olarak çalışmasına rağmen davalı ajansın 30 işçi sayısını aşarak işe iade davalarına taraf olmamak ve yüklü tazminatlar ödememek için ajansta çalışan personelin bir kısmını asıl faaliyet alanı insan kaynakları olan davalı ... şirketi üzerinden kadrolu gösterdiğini, iş sözleşmesinin geçersiz olarak feshedildiğini ve davalıların müteselsil sorumlu olduklarını belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı İdare vekili, husumetin idareye yöneltilemeyeceğini ve işyerinde çalışan sayısının 30' dan az olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiş, diğer davalı şirket vekili ise bozma kararından sonra dosyaya sunduğu dilekçesi ile davalı ajansa hizmet sağlayan bir şirket olduğunu, iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle davacının diğer davalı işçisi olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece verilen davanın reddine ilişkin kararın temyizi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesince 21.06.2012 tarih ve 2012/417 E., 2012/14213 K. sayılı kararı ile muvazanın araştırılması yönünden bozulmuş, mahkemece bozma kararına uyularak yapılan yargılama neticesinde muvazaa kabul edilerek davacının davalı İdareye iadesine, diğer davalı şirket yönünden husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yaptığı 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 Kanununun 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 bildirimini yaptığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde gözönünde 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.

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 “bodro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde gözönünde 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 çalıştırılrsa 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.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacının ... Ajansında uzman olarak görev yapmakta iken, 5523 sayılı Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkında Kanun’un 10.maddesi gereğince davalı kurumda iş sözleşmesine tabi olarak istihdam edilmiştir. İş sözleşmesi davalı şirket tarafından 24.03.2010 tarihinde tebliğ edilen bildirimle sona erdirilmiştir.

5523 sayılı Kanunun 1/2.maddesinde davalı kurumun tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmiş olup, iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından davalı kuruma bağlı ve iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçilerin gözönünde bulundurulması gerekir.

5523 sayılı Kanunun 10.maddesinin (1) nolu fıkrasında “Ajans hizmetleri, toplam sayısı 30’u geçmemek üzere, iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilen uzman personel ve destek personeli eliyle yürütülür. Sekreterlik, halkla ilişkiler, arşiv, idari, mali ve personelle ilgili işlemler gibi işleri yürütecek olan destek personelinin sayısı, Ajans toplam personel sayısının yüzde yirmisini geçemez” kuralı öngörülmüş; (8). fıkrasında ise, “ajansın, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerinde vekalet, istisna veya hizmet akdi ile yerli ve yabancı danışman ve uzmanlar istihdam edilebilir” kuralına yer verilmiştir.

Davalı kurum, fesih tarihi itibarıyla 22 işçinin çalıştırıldığına dair bir adet liste sunmuş, ayrıca davalı kurum aleyhine açılan ve temyiz incelemesinden geçen emsal dosyalardan da anlaşılacağı üzere davalı kurumun hizmet alımı suretiyle çalışanların da bulunduğu anlaşılmıştır. Ancak bu işçilerin hangi hizmet alımı için alındığı ve özellikle aralarında muvazaa kabul edilen diğer şirket bünyesinde gösterilen işçilerin bulunup bulunmadığı dosya kapsamından anlaşılammıştır.

Davalı kurumun davalı şirket dışında hizmet alımı yaptığı başka şirketlerin olup olmadığı, varsa bu suretiyle istihdam ettirdiği personelin 5523 sayılı Kanunun 10/8. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesi çerçevesinde araştırma ve incelemeye tabi tutularak, anılan düzenlemelere uygun hizmet alımı yapıp yapılmadığı, bu çerçevede çalışan personelin ne şekilde istihdam edildikleri tespit edilmeli; asgari 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacakları açıklığa kavuşturulduktan sonra davacının iş güvencesi kapsamına girip girmediği belirlenmeli, muvazaa olduğu anlaşılan diğer şirket bünyesinde olup davalı kurumda çalıştırılan işçilerin de ayrıca belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalı Ajansa iadesine, 03.04.2013 gününde oybirliği ile KESİN olarak karar verildi.

T.C.
YARGITAY
7. Hukuk Dairesi
Esas No : 2013/3516
Karar No : 2013/11865
Tarihi : 24.06.2013

KARAR ÖZETİ: KULLANDIRILMAYAN YILLIK İZİN ALACAĞI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesine göre iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödenmesi gerekir. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. İş sözleşmesinin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmamaktadır.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi taraf vekillerince istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

- 1- Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayanağı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davacının tüm davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.
- 2- Davacı, iş sözleşmesinin işverence haksız olarak, feshedildiğini iddia ederek, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren, davacının devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini, davacının yıllık izne hak kazanmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, feshin haklı nedene dayandığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine, yıllık izin alacağı bakımından ise, alınan bilirkişi raporu doğrultusunda kabule karar verilmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık, işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 59 uncu 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, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının 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 Yasanın 59 uncu 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 Kanunun 54 üncü maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında, işçinin aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştığı 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 zorunludur. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün değildir. Önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri, 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 süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri

ya da işyerlerindeki sonraki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenmelidir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde, 4857 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen yasal ya da arttırılmış bildirim öneleri ile 27 nci madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez. 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. Yasada, sözleşmenin feshi anı yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak kabul edilmiştir. 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 İş Kanununun 34 üncü maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir.

Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden taktiri indirim yapılması doğru değildir.

İşe iade davası sonunda işçinin işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesi feshedilmiş sayıldığından, izin ücreti hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihte alması gereken ücret dikkate alınmalıdır.

İşverenin işçiyi işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiği için, kullanılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullanılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 sayılı Yasanın 53 üncü 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 bulunduğu tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.

Somut olayda; davacının çalışma süresine göre 3 yıllık kıdemine göre 42 gün yıllık izne hak kazanıldığı kabul edilerek, 42 gün üzerinden yapılan hesaplama doğrultusunda yıllık izin alacağına karar verilmiştir. İşveren tarafca dosyaya gönderilmiş olan davacıya ait belgeler içinde 03.11.2010 tarihli işveren yetkililerince imzalanmış, personel bazında izin kullanım listesi mevcut olup, söz konusu liste içeriğine göre davacının 2007 yılı için hak ettiği 14 günlük iznini 2007 yılı içerisinde, 2008 yılı için hak ettiği 14 günlük iznini ise 2008 yılı içerisinde kullandığı görülmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda söz konusu belge içeriği tartışılmadığı, gibi mahkemece de, davacının yıllık izinlerini kullanıp kullanmadığı hususu araştırılmamıştır. O halde, davacının 2007 ve 2008 yıllarında izin kullanıp kullanmadığına ilişkin belgeler ile işveren tarafca dosyaya ibraz edilmiş olan personel bazında izin kullanım listesine ilişkin tüm bilgi ve belgeler istenilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yıllık izin alacağına karar verilmiş olması bozma nedenidir.

O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazı kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde davalıya iadesine, aşağıdaki yazılı temyiz harcının davacıya yükletilmesine 24/06/2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
YARGITAY**

7. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/11838

Karar No : 2013/12597

Tarihi : 03.07.2013

KARAR ÖZETİ: FAZLA ÇALIŞMA VE GECE ÇALIŞMASI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirlenmiştir. Bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceği kabul edilmektedir. İşçilerin gece çalışmaları günde 7,5 saati geçemez. Gece çalışması haftalık 45 saati geçmese bile günde 7,5 saati aşan gece çalışmaları için fazla çalışma ücreti ödenmelidir.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

- 1- Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.
- 2- Davacı vekili; Davacının, 01.04.2008 tarihinden itibaren davalılardan... Belediye başkanlığının üst işverenliğinde güvenlik elemanı olarak 15.08.2009 tarihine kadar bu işverenin kontrol ve sorumluluğunda belediye yetkililerinden talimat almak suretiyle çalıştığını, diğer işveren üst işverenin tasarruf yapmak için işçi çıkardığını belirterek iş sözleşmesinin haksız olarak sona erdiğini, işe girişte boş kağıda imza ve boş teminat senedi alındığını, 12/24 nöbet esasına göre çalıştığını, haftalık 45 saat aşan çalışmaların ücretinin ödenmediğini, dini ve milli bayramlarda çalışmasına rağmen bu çalışmalarının ücretlerinin verilmediğini, iddia ederek, kıdem tazminatı ile fazla mesai alacağı, ulusal bayram genel tatil, alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Belediye vekili; zamanaşımı itirazında bulunduğunu, davacının diğer davalının işçisi olduğunu ihale konusu işlerde çalıştırıldığını, bu nedenle müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, davacının iş sözleşmesinin kendisinin sona erdirdiğinden, kıdem ve ihbar tazminat hakkı bulunmadığını, dini ve milli bayram çalışma ücretlerinin ödendiğini belirterek, davalı ... Güvenlik Ltd. Şti vekili; diğer davalıdan ihale ile aldığı işte davacının 01.04.2008-14.08.2009 dönemi için işe alındığını, diğer davalının personel azaltılması yönündeki talebi doğrultusunda davacının iş sözleşmesinin sona erdirildiğini, kıdem ve ihbar tazminatının ödendiğini, milli ve dini bayram çalışma ücretlerinin bordro ile ödendiğini, izinlerini kullandığını, çalışmanın postalar halinde 8 saatten üçlü vardiya şeklinde olduğunu, nadiren izinli personel olması durumunda çalışma 12 saat çalışma ve 24 saat dinlenme şeklinde olduğunu, haftada bir gün tatil olduğunu 45 saati aşan çalışma bulunmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Fazla çalışma ücretlerinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 63 üncü maddesinde çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile bu normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir. Yasanın 41 inci maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olup, 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda bir hafta 3 gün diğer hafta ise 4 gün çalışma yapılacağından, yukarıda bahsedilen 63 uncu madde hükmü gereğince, haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılması nedeniyle, bu çalışma sisteminde işçi ilk bir hafta (3x3=) 9 saat takip eden hafta ise (4x3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır.

Çalışma şeklinin 24 saat mesai 48 saat dinlenme şeklinde olduğu durumlarda ise, işçi birinci hafta 3 gün ikinci ve üçüncü haftalar 2 gün dördüncü hafta yine 3 gün çalışacağından, ilk hafta (3x3=) 9 saat, ikinci ve üçüncü haftalarda (2x3=) 6 saat, dördüncü hafta ise yine (3x3=) 9 saat fazla çalışmış sayılacaktır.

1475 sayılı önceki İş Yasasında günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, söz konusu Yasanın yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşen, 24 saat çalışıp 48 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda, haftalık 45 saatlik normal çalışma süresinden fazla çalışma yapılması mümkün olmadığından, işçinin fazla çalışma yaptığıının kabulü mümkün değildir. Ancak değinilen Yasa döneminde gerçekleşen 24 saat mesai 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda, 4 gün çalışılan haftalarda (4x14=) 56 saat çalışma yapılacağından, sadece bu haftalarda işçinin haftalık (56-45=) 11 saat fazla çalışma yaptığıının kabulü gerekir.

4857 sayılı Yasanın 41 inci maddesinin dördüncü fıkrası, işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı bir saat otuz dakika, fazla süreli çalışmada ise bir saat onbeş dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin de sözleşmelerle arttırılması mümkündür.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirim gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan fazla çalışma miktarına göre takdir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirim gidilmemelidir.

İşçilerin gece çalışması günde 7,5 saati geçemez. (İş Kanununun 69/3.md.) Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa bile günde 7,5 saati aşan gece çalışmaları için fazla çalışma ücreti ödenmelidir.

Somut olayda, davacı güvenlik görevlisi olup 12 saat çalışıp ardından 24 saat dinlenmektedir. Vardiya dönüşlerinde ise bu dinlenme 36 saate çıkabilmektedir. Yapılacak iş davacının fazla çalışma süresini her hafta itibariyle ayrı ayrı hesaplamak vardiyanın geceye gelmesi halinde 7,5 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu kabul edilerek kararı davacının temyiz etmediği gözetilerek, çıkacak sonuca göre bir karar vermektir.

Mahkemece hatalı bilirkişi raporu esas alınarak sonuca gidilmesi bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 03.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.