

KARAR İNCELEMESİ

KİSMİ SÜRELİ ÇALIŞMADA KIDEM TAZMİNATI

(YARGITAY 9.H.D. 21.05.2001 - E: 6063-K:8620)

Doç. Dr. Ercan AKYİĞİT
Sakarya Üniversitesi
İ.İ.B. Fakültesi

I. YARGITAY KARARI

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

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde, taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

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

2- Davalı, davalı işveren yanında işyeri hekimi olarak 11.2.1992 - 31.12.1998 tarihleri arasında haftada iki gün part-time bir çalışma usulü ile çalışmıştır. Buna göre davacının ücreti tesbit edilmiştir. Ne var ki mahkemece hükme varılırken çalışma gün sayıları toplanarak davacının hizmet süresi 718 gün bulunmuş ve buna göre kıdem tazminatına karar verilmiştir. Oysa Dairemizin yerleşik içtihadına göre davacının hizmeti 6 yıl 10 ay 20 gün sürmüş olup son ücreti göz önünde tutularak sonuca varılmaktadır. Kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen sebepten

BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.5.2001 gününde oybirliği ile karar verildi.” (9.HD.21.05.2001, 6063/8620)

II. KARARIN İNCELENMESİ:

Yargıtay 9. HD. kararındaki verilerden anlaşıldığı kadarıyla bir işveren yanında haftada iki gün süreyle işyeri hekimi sıfatıyla çalışan bir işçinin hizmet sözleşmesinin işverence feshi üzerine ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretinin ödenmesi isteğiyle işçi yerel mahkemede dava açmıştır. Yerel mahkeme işçinin (hangisi olduğu kıdem tazminatı dışında anlaşılamayan) isteğini kısmen kabul etmiştir. Öyle anlaşılmaktadır ki, yerel mahkeme işçinin çalıştığı günlerin sayısını toplayarak onlar tutarınca kıdem tazminatına hükmetmiştir. Kararın temyizi üzerine soruna eğilen Yargıtay (9.HD) ise, işçinin kıdem tazminatının işçinin çalıştığı günler değil adeta hizmet sözleşmesinin devam süresi dikkate alınarak hesaplanması gerektiğinden söz ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

III. Bilindiği üzere hukukumuzda ilk kez 3008 sy. ilk İş Kanunu ile giren ve tarihsel süreç içerisinde çeşitli aşamalardan geçen kıdem tazminatı “hizmet sözleşmesi yasaca öngörülen belirli hallerde sona eren işçiye (veya mirasçılara) asgari bir hizmet süresinin gerçekleşmesi kaydıyla ödenmesi gereken bir miktar para”dır.¹ 1475 sy. İş K.

¹ Bkz. E.Akyiğit, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 25 vd. O.Usta, İş Hukukunda Tazminatlar ve Uygulamaları, Ankara 1998, 21 vd. K.Y.Dönmez, İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 1998. C.Abbasgil, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, İstanbul 1994, 27 vd. Daha eski tarihli kaynaklar olarsa bkz. T.Sızmaoğlu, İş Akdinin Feshi ve Kıdem Tazminatı, İstanbul 1953. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 590 vd. Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, 1 vd. (Safa) Reisoğlu, 1927 sy. Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, 17 vd. M.Cuhruk, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1978, 1 vd. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, Md. 14, 432 vd.

çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için öncelikle İş K. na tabi bir hizmet akdiyle çalışma bulunmalı² sonra bu hizmet akdi kıdem tazminatına imkan verir biçimde sona ermeli³ ve nihayetinde kıdem koşulu gerçekleşmelidir.⁴ En az bir yıllık hizmet süresine (kıdeme) sahip olmak koşuluyla işçiye hizmet süresinin her bir yılı için giydirilmiş son ücretinden (İş K. 14/9-11) hesaplanmak üzere en az 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bunun sözleşmeyle artırımı mümkünse de (İş K. 14/12) yasanın artırımı üst sınır çizdiği de bilinmektedir (İş K. 14/13). İşçinin en az bir yıllık asgari kıdemi sağlamak koşuluyla yıldan artan hizmet süresi içinse orantılı ödeme yapılır.

Kıdem tazminatı hesaplanırken işçinin önce toplam hizmet süresi (kıdemi) bulunur, sonra bir günlük giydirilmiş son ücreti saptanır. Hizmetin her bir yılı için en az 30 günlük ücreti tutarı kıdem tazminatı olarak hesaplanır. Eğer işçinin yıldan artan süresi varsa onun içinse (yıla oranla) orantılı biçimde kıdem tazminatı hesaplanır ve sonra tüm hizmet süresi için kıdem tazminatına ulaşılır.⁵

IV. Kıdem tazminatına hak kazanmanın bir koşulu, yukarıda da değinildiği üzere "1475 sy. İş. K.na Tabi Bir Hizmet Akdiyle Çalışma (nın) Bulunması"dır. İş K.ndan dışlanan hizmet akdinin (hizmetlerin) neler olduğu İş K. Md. 5 de belirtilmiş, bunun dışındaki işlerde İş K.'nun uygulanacağı öngörülmüştür (İş K.2) Ayrıca Deniz K. ve

Bas.İş K.) kapsamına giren işler ile İş K. kapsamında olsa bile süreksiz işlerde kıdem tazminatının uygulanmayacağı belirtilmiştir. (İş K. 8/2) Ancak İş K. kapsamına girdikten sonra çalışmanın öngörüldüğü hizmet akdinin tipik (normal) veya atipik iş ilişkisi (hizmet akdi) niteliği göstermesi arasında fark bulunmamaktadır. Bu bağlamda normal bir iş ilişkisi⁶ ile ondan en azından bir yönüyle kaçışı ifade eden atipik iş ilişkileri örneği olarak ödünç iş ilişkisinde⁷ evde çalışmada, dolaylı iş ilişkisinde, tele çalışmada ve kısmi süreli iş ilişkisiyle bunun değişik türlerinde kıdem tazminatının gündeme gelebileceği açıktır.⁸

V. Ancak yukarıda da değinildiği üzere kıdem tazminatına hak kazanabilmek için sadece İş K. na tabi bir hizmet akdiyle çalışmanın varlığı yetmemekte, ayrıca işçinin en az kıdem koşulunun gerçekleşmesi de gerekmektedir. O halde işçinin sahip olduğu hizmet süresi gerek kıdem tazminatına hak kazanma (asgari kıdem) ve gerekse hak kazanılan kıdem tazminatının hesabında önemli bir işlev taşımaktadır. Fakat kıdem tazminatına esas hizmet süresinin tesbitinde hangi hizmetlerin (sürelerin) hesaba katılacağı konusu genel olarak çeşitli sorun ve tartışmaları içinde barındırdığı⁹ gibi kısmi süreli iş ilişkisindeki hizmet süresinin tesbiti ayrıca önem taşımaktadır. Gerçekten de işyerindeki normal - yasal iş süresinden daha az bir süreyle çalışmayı ifade eden kısmi süreli iş ilişkisi değişik görünüm biçimlerine

² **Akyiğit**, Kıdem, 37 vd. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 14, 437 vd.

³ **Akyiğit**, Kıdem, 141 vd. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 14, 437 vd.

⁴ **Akyiğit**, Kıdem, 477 vd. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 14, 484 vd.

⁵ Fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, Kıdem, 628 vd. Usta, Tazminatlar, 615 vd. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 14, 584 vd.

⁶ Kavram için bkz. **E. Akyiğit**, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 5 vd. **Akyiğit**, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanun Şerhi, Ankara 2001, Md.1, 66 vd. **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 43 vd.

⁷ **Akyiğit**, Kıdem, 551 vd. 701 vd. **Akyiğit**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Başkasına İşçi Verme, İB. Çİş.Huk. Kom Bülteni, 1997/2, 45-83) **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi 67 vd.

⁸ Bkz. **Eyrenci**, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi süreli çalışmalar, İstanbul 1989, 21 vd. İle 64 ve **Centel**, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, 9 vd. İle 69 vd. **Gerek**, Kısmi Süreli Çalışmaların Bireysel İş Hukukumuzda Yarattığı Sorunlar, Tühis, Ağustos 90, 3-8 **Akyiğit**, Kıdem, 38 ve 43 vd. İle 530 vd. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Md. 14, 515 vd. İle 607 vd.

⁹ Bkz. **Akyiğit**, Kıdem, 493 sd. İle orada anılanlar **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, 486 vd.

sahiptir. Öyle ki, eğer çağırılma zorunluğu taşıyan bir çekirdek süre dışında işçinin iş çıktıkça çalışmaya çağırılması söz konusuysa buna "çağrı üzerine çalışma" (Abrufarbeit) denir. Caiz olanı çekirdek süre içerenidir. Buna mukabil bir işin (işverenle birlikte veya kendilerince belirlenecek esnek çalışma süreleri içinde) birden çok işçi tarafından paylaşılarak yapımı söz konusuysa "iş paylaşımını içeren iş ilişkisi" (Job-shaering-Arbeitsverhaeltnis)nden söz edilir. Fakat bir işçinin haftanın her günü yahut bir / birkaç günü normal çalışma süresinden daha az çalışması kadar haftada bir/birkaç gün tam (normal) süreyle çalışması olgularıyla da karşılaştırılabilir ve bu tür kısmi süreli çalışmaya ise "klasik tip kısmi süreli çalışma" adı verilir.¹⁰ Nitekim incelemeye çalıştığımız bu kararda da bu türe girecek şekilde "haftada iki gün çalışma"nın mevcudiyeti göze çarpmaktadır. Ancak bu haftada iki günlük çalışmada işçinin tam süreyle mi yoksa daha az süreyle mi çalıştığı açık değildir. Bununla birlikte konumuz itibariyle pek de önem taşımamaktadır.

Şimdi asıl sorun, kısmi süreli iş ilişkilerinde özellikle de haftada iki gün çalışmanın yaşandığı bir ilişkide (olayda) işçinin kıdeminin nasıl hesaplanacağıdır. Öyle ki, acaba işçinin kıdemi sadece onun fiilen çalıştığı günler ile çalışmış sayıldığı günlerden mi ibaret olacaktır? yoksa (fiilen çalıştığına / çalışma sayıldığına bakmaksızın) hizmet akdinin hukuken devam ettiği sürenin (devam süresinin) mi dikkate alınması gerekecektir? Gerçekten önem taşıyan bu soruya verilen cevaplar birlik arzetmediğinden çözümün tartışmalı olduğu görülmektedir. Öyle ki her şeyden önce konuyla ilgili (saptayabildiğimiz)

kararlarında Yargıtay'ın zikzaklar çizdiği söylenebilir. Yargıtay'a göre, haftada 3 işgünü bir işyerinde çalışan işçinin (9.HD.08.11.1977,1392/15481) ve haftada 2 tam gün yahut haftada 4 yarım gün çalışan işçinin¹¹ kıdemi hesaplanırken çalışılan günlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte, eğer işçi haftanın 5 günü fakat günde 3'er saat çalışıyorsa, bu durumda kıdem, hizmet akdinin devam süresinden ibaret olacaktır.¹² Keza haftanın her günü günde birer buçuk saat çalışan işçinin kıdeminde de hizmet sözleşmesinin devam süresine itibar edilmiştir.¹³ Haftada beş gün ve günde birer saat çalışan bir (işyeri hekimi) işçinin kıdeminde de hizmet sözleşmesinin süresinin esas alındığını söyleyebiliriz.¹⁴ Bundan çıkan sonuç, Yargıtay'ın haftanın en az 5 günü fakat isterse günde birkaç saat çalışmada "akdin devam süresi"ni; haftanın daha az sayıda gününde çalışma durumundaysa akdin devam süresini değil işçinin çalıştığı sürelerin toplamını esas aldığıdır. (Grup oluşturan şirketlerin belli bir yerde işini yapma halindeyse sorun kısmi süreli çalışmayla ilintilendirilse de bu durumun akla gelebilecek zayıf bir ihtimal olduğu kanısındayız. Bkz. **Akyiğit**, Kıdem, 531-532) Halbuki incelemeye çalıştığımız 21.05.2001 tarihli bu kararında haftada 2 gün çalışan işçinin kıdeminin onun çalıştığı günler toplamından oluşacağına dair yerel mahkeme kararını bozmuş ve işçinin "hizmeti"nin devam süresine itibar etmiştir. Net olmasa da buradaki işçinin "hizmeti"nin onun hizmet sözleşmesinin devam süresi anlamında kullanıldığı ihtimali yüksektir. Bunun işçinin "çalıştığı ve çalışmış sayıldığı süreleri" anlattığını söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Zira aksi halde işçinin kıdeminin onun çalıştığı günlerin

¹⁰ Centel, Kısmi Çalışma, 3 vd.

¹¹ 9.HD.01.05.1986, 3374/4502 - **Akyiğit**, Kıdem, 533.

¹² 9.HD.21.05.1991, 753/8770 - **Akyiğit**, Kıdem, 533-534.

¹³ 9.HD. 16.03.1978, 3256/3791 - **Cuhruk**, 45.

¹⁴ 9.HD. 23.11.2000, 12897/17227.

toplamından oluştuğunu benimseyen yerel mahkeme kararının niçin bozulduğunu anlamak güçleşir. Aslında Yargıtay'ın bu yöndeki tutumu incelediğimiz bu karardan bir yıl kadar önce verdiği bir başka kararda daha net bir şekilde dile getirilmiştir. Öyle ki Yargıtay'a göre "**Davacı işyeri hekimi olup hizmet sözleşmesine göre haftada beş gün birer saatten ayda toplam 20 saat çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde çalışma kısmi süreli çalışmadır. Kısmi süreli çalışma hallerinde, kıdem süresinin tesbitinde hizmet sözleşmesinin başladığı ve sona erdiği tarihler arasındaki zaman nazara alınmalıdır. Başka bir deyişle, davacının çalıştığı saatlerin toplanarak gün-ay ve yıla çevrilmesi doğru değildir.**"¹⁵

Uygulamaya ait bu bilgilerden sonra sorunla ilgili öğretilerdeki açıklamalara bakıldığında bir görüşün (aşağıda değinilecek kimi Yargıtay kararlarından da esinlenerek) kısmi süreli çalışan işçinin kıdeminin onun çalıştığı günlerin toplamından ibaret olacağını benimsediği görülür.¹⁶ Çeşitli ayrımlar yapmakla birlikte yine temelde Yargıtay'a katılan ve fakat kısmi süreli çalışan işçinin kıdeminin çalışılan ve çalışılmış sayılan günler toplamından oluşacağını savunanlar da vardır.¹⁷ Buna karşın baskınlık arz eden ve şahsen bizim de katıldığımız eğilimdeyse, kısmi süreli çalışan işçinin kıdeminin haftada kaç gün, günde kaç saat çalıştığına bakılmaksızın hizmet sözleşmesinin hukuken devam ettiği süreler dikkate alınarak hesaplanması gerekir.

Böylece, çalışılan / çalışılmayan süre ayrımı da bir kenara itilecektir.¹⁸ Böylece kısmi süreli çalışan işçi, tam gün süreli çalışan bir işçiye nazaran kıdem bakımından daha olumsuz bir konuma itilmemiş olacaktır. Fakat buraya dek söylenenler, (tam gün süreli çalışsaydı bile) işçinin kıdemine katılamayacak sürelerin (örneğin yasal grev / lokavtda geçmiş sürenin - Akyiğit, Kıdem 511 vd.) kısmi süreli de kıdeme katılacağı anlamını vermez. Dikkat edilecek nokta; sırf kısmi süreli çalışma nedeniyle işçinin kıdeminin hesabında farklılığa gidilemeyeceğidir.

V. SONUÇ'ta incelemeye çalıştığımız 21.05.2001 tarihli kararın Yargıtay 9.HD'nin aynı şekilde haftada 2 gün çalışan işçinin kıdemine ilgili olarak verdiği (9. HD. 01.05.1986, 3374/4502 sy) karardan tamamen farklı bir eğilimi yansıttığı görülmektedir. Aynı şekilde isabetli tutumun aynı dairenin bir başka kararında da dile getirildiğini tekrarlayalım.¹⁹ Kanımızca bu son tutum daha isabetli olup bu konudaki baskın öğretilere ve işin özüne uygun çözüm içermektedir. Ayrıca konuyla ilgili sınırını taşmamak için kısaca belirtelim ki, biz bu anlayışın sadece kıdem tazminatı çerçevesindeki kıdem hesabında değil, işçinin hizmet süresiyle ilgili diğer noktalarda da sürdürülmesinin isabetine inanıyoruz. Örneğin fesih bildirim önelerine ve yıllık ücretli izine baz alınacak hizmet süresinin hesabında durum budur.²⁰ Fakat hukuka uygun iş mücadelesi (grev/lokavt/işveren çalıştırmama yetkisi) nedeniyle askıda geçen sürenin hesaba katılması beklenmemelidir.²¹

¹⁵ 9. HD. 23.11.2000, 12897/17227.

¹⁶ **Narmanlıoğlu**, Kıdem, 341. Aynı yazar İş Hukuku I, 3. Bası, İzmir 1998, 423-425. **Tunçomağ**, İş Hukuku, 410.

¹⁷ **Usta**, 395 vd. ile 628 vd. Aynı yazar, Kıdem Tazminatı, 2. Bası, Ankara 1994, 277 vd.

¹⁸ **Eyrenci**, Kısmi Süreli, 64-66. Aynı yazar, İHD. 1991/3, 442 vd, **Reisoğlu**, 1927 sy K. 44. Centel Kısmi Çalışma, 69. Çelik, Seminer 77, 21. Ekonomi, İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, 244-245. **Akyiğit**, Kıdem, 531-53. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi 515 vd.

¹⁹ Bkz. 9.HD. 23.11.2000, 12897/17227. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi Md. 13, 309 vd.

²⁰ Bkz. **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 142 vd. ve orada anılanlar ile 9.HD. 23.11.2000, 12897/17227. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi Md. 13, 309 vd.

²¹ Fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, 230 vd. ve 9.HD. 30.09.1996, 6578/18035 Karar metni için bkz. **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin 246.