101 SORUDA BİREYSEL İŞ HUKUKUNUN PROBLEMLİ ALANLARINA CEVAPLAR

- **Karşılaştırmalı Özet Yargıtay Kararları**
- **Yargı İçtihatlarındaki İstikrarsızlık**
- **Doktrin Görüşleri**
- **9. H.D.'nin- Birleşme Sonrası- Güncel İlke Kararları**
- **Covid-19 Uygulamaları, Ücretsiz İzin, Kısa Çalışma**

ÖNSÖZ

Bu kitap bilimsel bir eser niteliği taşımamaktadır. Yargıtayın ve Bölge Adliye Mahkemelerinin iş hukuku alanındaki içtihat istikrarsızlığına dikkat çekmek için yazılmıştır. Bir başka amacı da uygulamada avukatların iş hukukunda karşılaşabileceği sorulara karşılaştırmalı içtihatlar ile cevap bulmayı amaçlamıştır. Kitabın içeriğinde aynı konu hakkında yargıtayın ve bölge adliye mahkemelerinin birçok farklı kararına yer verilmiştir. Dolayısıyla bu kararlar hukuk güvenliğimizin olmadığının en açık kanıtıdır. Kitapta her ne kadar çoğunlukla son yıllara ait kararlara ve son yıllara ait ilke kararlara yer verilmiş olsa da bugün dava açtığımızda en iyi ihtimalle 5 yıl sonra yargıtaya gidecek olan dosyamız- temyiz sınırının üstündeyse-, incelemeye alındığında esasen bu kararlar da güncelliğini çoktan yitirmiş olacak, yerini başka güncel kararlara bırakacaktır. Zira daire başkanı değiştikçe ilke kararların değiştiği, hatta birer gün ara ile aynı konuda aynı daire tarafından farklı kararlar verildiğini de görmekteyiz. Bu nedenle yargıtayın eski tarihli kararlarına da kitapta yer vermek zorunlu olmuştur. İleriki dönemde tekrardan eski tarihli içtihatlara göre karar verilmeyeceğinin garantisi yoktur.

Bölge Adliye Mahkemelerinde iş davalarının %95'i kesinleştiğinden, bu mahkemeler adeta birer küçük yargıtay dairesi olmuştur. Bu nedenle içtihat farklılıkları her geçen gün adalete olan güveni azaltmaya devam etmektedir. Eylül 2020 tarihinden itibaren her ne kadar yeni 9. H.D. tarafından içtihat aykırılıkları toplantılar yolu ile giderilmeye çalışılıyorsa da- ki bu önemli ve güzel bir gelişmedir- kanunlarımızda ilke kararı diye bir kavram olmadığından, bu kararların mahkemeleri bağlayıcı etkisinden söz edilemeyecektir.

Üniversite yıllarımı doktrinden sıkılarak ve doktrinin uygulama anlamında bana hiçbir şey katmayacağını savunarak geçirdim. Oysa şimdi baktığımda doktrinin, bilimsel eserlerin ne kadar faydalı ve tutarlı olduğunu, gerçek hukuk anlamında her bilimsel görüşün kendi içinde harika gerekçeler barındırdığını görüyorum. Bu kapsamda kitapta zaman zaman doktrinin önemli yazarlarının eserlerine ve yazılarına da atıf yaptım.

Kitabın hacim olarak çok yer kaplamaması için yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararları özet halinde eklenmiş, çoğu soruda cevap olarak kişisel görüşüme de yer verilmiştir. Kitap iş hukukunun temel kavramlarını anlatmadığından, okuyucunun bu temel kavramları bildiği varsayılarak yazılmıştır.

22. H.D.'nin kapanarak, 9. H.D. ile birleşmesi sonucu, alınan ilke kararlarının neredeyse tamamı kanaatimize göre 22. H.D.'nin görüşlerini içermektedir. Dolayısıyla yeni 9. H.D., aslında 22. H.D. görünümlü bir 9. H.D.'dir. Bu nedenle uygulamadaki meslektaşlarımın ağırlıklı olarak 22. H.D.'nin kararlarını inceleyerek kendilerine yol haritası çizmelerini öneriyorum.

Uygulamada Syn. Şahin Çil, Syn. Bektaş Kar, Syn. Mehmet Çamur gibi hakimler ile doktrinde Syn. Gülsevil Alpagut, Syn. Ercüment Özkaraca, Syn. Mustafa Alp, Syn. Nurşen Caniklioğlu, Syn. Sarper Süzek gibi nice akademisyenin artmasını ve bunun sonucunda iş hukuku alanındaki içtihat istikrarsızlığının giderilerek, hukuk güvenliğimizin sağlanmasını dilerim.

Av.Batur POYRAZOĞLU
Temmuz 2021 Kadıköy

2014 Yılında Aramızdan Ayrılan
Annem Müjgan POYRAZOĞLU'nun
Aziz Hatırasına...

İÇİNDEKİLER

FAZLA MESAİ
1)FAZLA ÇALIŞMALARI ÜCRETE DAHİL EDEN SÖZLEŞME KAYITLARI GEÇERLİ MİDİR? GEÇERLİ İSE DENETİMİ NASIL OLMALIDIR?
2) ÜCRETİ ÖDENSE BİLE YILLIK 270 SAATLİK FAZLA MESAİ SINIRININ AŞILMASI HALİNDE İŞÇİ İŞ AKDİNİ HAKLI NEDENLE FESHEDEBİLİR Mİ?
3) GÜNDE 3 SAAT HAFTALIK 18 SAATLİK FAZLA MESAİ SINIRI VAR MIDIR?
4)FAZLA ÇALIŞMA TAHAKKUKLARI- BORDRO HİLESİ- DÜŞÜK ÜCRETTEN TAHAKKUK- SEMBOLİK TAHAKKUK- İHTİRAZİ KAYIT DURUMLARINDA FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATI
5) EĞİTİMLERDE GEÇEN SÜRE FAZLA MESAİ OLARAK KABUL EDİLİR Mİ? BU SÜRELER KIDEM SÜRESİNDEN SAYILIR MI?
6)GECE ÇALIŞMASI HAFTALIK 45 SAATİ GEÇMİYORSA % 50 Mİ %150 ZAMLI MI HESAPLANIR?

İBRANAME
7)İBRANAME NE ŞEKİLDE DÜZENLENMELİDİR? BANKA DIŞI YOLLARLA YAPILAN ÖDEMELERİN İBRANAMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ NEDİR?
8)TEK TEK VE MİKTAR BELİRTİLEREK İMZALANMIŞ İBRANAME EKİNDE İMZALI BORDRO VEYA MAKBUZ VAR İSE İBRANAMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ NEDİR?
9) AÇIK ORANTISIZLIK HALİNDE İBRANAME GEÇERLİ MİDİR?
10)İBRANAMEDE "YAPMADIM-ETMEDİM- ÇALIŞMADIM" ŞEKLİNDEKİ İFADELERİN İBRANAMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ NEDİR?
11) İBRANAMEDE İSTİFA BEYANI GEÇERLİ MİDİR?

FESİH
12) ÖNE GEÇEN FESİH HAKKI NEDİR?
13) İŞÇİ İSTİFA DİLEKÇESİNDE SALT ÖZEL NEDENE DAYANMIŞ İSE, DAVA DİLEKÇESİNDE BU NEDENİ AÇIKLAYIP GENİŞLETEBİLİR Mİ?
14)HAKSIZ FESİH TAZMİNATI 4857 SY.LI KANUNA TABİ İŞÇİLERE UYGULANIR MI?
15) İSTİFA DİLEKÇESİNDE NELERE DİKKAT EDİLMELİDİR? İRADE FESADI İDDİASI KAÇ YIL İÇİNDE İLERİ SÜRÜLMELİDİR?
16) İŞÇİ, YAŞ HARİÇ EMEKLİLİK KOŞULU İLE İŞTEN AYRILMADAN ÖNCE BAŞKA BİR İŞYERİ İLE SÖZLEŞME İMZALAR İSE BU HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI MIDIR?
17) YAŞ HARİÇ EMEKLİLİK NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH HAKKI KAÇ KERE KULLANILABİLİR?
18) DEĞİŞİKLİK FESHİ NEDİR? (İŞ ŞARTLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK). NAKİL YETKİSİNİN SAKLI TUTULDUĞU SÖZLEŞME KAYITLARI GEÇERLİ MİDİR?
19)İŞÇİNİN KUSURU İLE İŞ GÖRME EDİMİNİ İFADA HUKUKİ İMKANSIZLIK MEYDANA GETİRMESİ SEBEBİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHEDİLMESİ HALİNDE İHBAR VE KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANILIR MI?
20)DEVAMSIZLIK TUTANAKLARI HER GÜN İÇİN AYRI AYRI MI TUTULMALIDIR?
21)HAKSIZ FESİH GEÇERLİ FESHE TAHVİL EDİLEBİLİR Mİ?
22)MÜŞTERİDEN VEYA ÇALIŞMA ARKADAŞLARINDAN BORÇ PARA ALMAK/İSTEMEK HAKLI FESHE KONU EDİLEBİLİR Mİ?

HİZMET TESPİT DAVASI/SGK
23) DAVA AÇILMADAN ÖNCE SGK'YA BAŞVURU OLUMLU MU YOKSA OLUMSUZ DAVA ŞARTI MIDIR?
24) HİZMET TESPİT DAVASINDA DAVA AÇMA SÜRESİ NE KADARDIR?
25) HİZMET TESPİT DAVALARINDA FERAGAT MÜMKÜN MÜDÜR?
26) HİZMET TESPİT DAVASINDA EMSAL ÜCRET NE ŞEKİLDE BELİRLENMEKTEDİR?

USULE İLİŞKİN
27) ZAMANAŞIMI DEFİNDE BULUNURKEN NELERE DİKKAT ETMEK GEREKİR?

28) HANGİ TÜR ALACAKLAR BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILABİLİR? KÜLLİ TESPİT KISMİ EDA DAVASI YÜRÜRLÜKTEN KALKMIŞ MIDIR?
29) ISLAHLA DAVA TÜRÜ DEĞİŞTİRİLEBİLİR Mİ?
30) DAVA DİLEKÇESİ İLE İSTENMEYEN BİR ALACAK KALEMİ ISLAH İLE İSTENEBİLİR Mİ?
31) BOZMA KARARINDAN SONRA TALEP ARTTIRIMI YAPILABİLİR Mİ? TALEP ARTTIRIMI KAÇ KERE YAPILABİLİR?
32) BOZMADAN SONRA ISLAH YAPILABİLİR Mİ?
33)KÜLLİ TESPİT KISMİ EDA DAVASINDA TALEP ARTTIRIM DİLEKÇESİ ISLAH NİTELİĞİNDE MİDİR?
34) KISMEN ISLAH SÜREYE TABİ MİDİR?
35) DAVALI HARÇTAN MUAF İSE ISLAH İLE ARTTIRILAN MİKTAR İÇİN HARÇ ALINMASINA GEREK VAR MIDIR?
36)BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ EDİLMEMESİ KARŞI TARAF YÖNÜNDEN USULİ KAZANILMIŞ HAK OLUŞTURUR MU?
37)ASIL İŞVERENİN İLERİ SÜRDÜĞÜ ZAMANAŞIMI DEFİNDEN ALT İŞVEREN YARARLANIR MI?

KISA ÇALIŞMA/ÜCRETSİZ İZİN
38)İŞVEREN PANDEMİ DÖNEMİNDE TEK TARAFLI ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMASINA BAŞVURMADAN ÖNCE KISA ÇALIŞMA UYGULAMASINA BAŞVURMALI MIDIR?
39) KISA ÇALIŞMA UYGULAMASI İŞÇİYE HAKLI FESİH İMKANI VERİR Mİ?
40)KISA ÇALIŞMA SÜRESİ YILLIK İZİN HESABINDA DİKKATE ALINIR MI?
41)KISA ÇALIŞMA SÜRESİNİN KIDEM, İHBAR VE İŞ GÜVENCESİ SÜRESİNE ETKİLERİ NELERDİR?
42)ÜCRETSİZ İZİNDE GEÇEN SÜRELER KIDEM SÜRESİNE EKLENİR Mİ?
43)KISA ÇALIŞMA SÜRESİ İLE ÜCRETSİZ İZİNDE GEÇEN SÜRELER YILLIK İZİN ÜCRETİ SÜRESİNİN HESABINDA DİKKATE ALINIR MI?
44)İŞVEREN PANDEMİ DÖNEMİNDE İŞÇİLERİ TOPLU OLARAK YILLIK İZNE ÇIKARABİLİR Mİ? SOKAĞA ÇIKMA YASAĞI DÖNEMLERİNDE İŞÇİLERE YILLIK ÜCRETLİ İZİN KULLANDIRABİLİR Mİ? İŞÇİLERE BU DÖNEMDE AVANS İZİN VERİLEBİLİR Mİ?
45)SALGIN HASTALIKLA MÜCADELE İÇİN ALINAN TEDBİRLER KAPSAMINDA İŞÇİ VE İŞVERENLERİN FESİH HAKLARI VAR MIDIR?
46) FESİH YASAĞI DÖNEMİNDE YASAĞA AYKIRILIĞIN İŞVEREN AÇISINDAN HUKUKİ SONUCU NEDİR?

YILLIK İZİN
47)ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE YILLIK İZİN ÜCRETİ ZAMANAŞIMINA UĞRAR MI?
48)ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE YILLIK İZNE ESAS KIDEM SÜRESİ TASFİYE OLUR MU?
49) YILLLIK İZİN BELGELERİ YARGILAMANIN HER AŞAMASINDA İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?
50) YILLIK İZNİN KULLANDIRILMAMASI İŞÇİYE HAKLI FESİH İMKANI VERİR Mİ?
51) YILLIK İZNİN BÖLÜNEREK KULLANDIRILABİLİR Mİ?
52) YILLIK ÜCRETLİ İZNİNİ KULLANAN İŞÇİ BAŞKA BİR İŞTE ÇALIŞABİLİR Mİ?
53)YILLIK İZİN FORMUNDA KALAN HAKKINI İFADE EDEN GÜN SAYISI BULUNMASI HALİNDE DAHA ÖNCEKİ İZİNLERİN KULLANDIRILDIĞI KABUL EDİLİR Mİ?
54) YILLIK İZİN TALEP FORMLARI İZNİN KULLANDIRILDIĞINI İSPAT EDER Mİ?
55) BORDRODAKİ KAYITLAR YILLIK ÜCRETLİ İZNİN KULLANDIRILDIĞINI İSPAT EDEBİLİR Mİ?
56) İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN İZİN YERİNE YAPILAN ÜCRET ÖDEMELERİ GEÇERLİ MİDİR?
57) YILLIK ÜCRETLİ İZİN ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI SÜRESİ NE KADARDIR?
58) AKDİ TATİL GÜNLERİ YILLIK İZİN SÜRESİ HESABINA DAHİL EDİLİR Mİ?

KIDEM TAZMİNATI
59) ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE İLK DÖNEME İLİŞKİN KIDEM TAZMİNATI EKSİK ÖDENMİŞ İSE NE OLUR?

İHBAR TAZMİNATI

60) ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE İHBAR SÜRELERİ BİRLEŞTİRİLİR Mİ?

İŞE İADE

61) GEÇERSİZ FESİH ÖNCESİ KULLANDIRILAN İHBAR ÖNELİ GEÇERLİ MİDİR? İLK FESİHTE ÖDENEN TUTARLAR NE ŞEKİLDE MAHSUP EDİLECEKTİR?

62) İŞE İADE TALEBİNDE BULUNAN İŞÇİYE, İŞYERİNİN KAPATILDIĞI GEREKÇESİ İLE AYNI İŞVERENE AİT BAŞKA BİR İŞYERİNDE İŞE BAŞLATILMASI TALEP EDİLEBİLİR Mİ?

63) İŞÇİNİN İŞE İADE TALEBİNDE BULUNMASI GEREKEN 10 GÜNLÜK SÜRE NE ZAMANDAN BAŞLAR?

64) İŞE İADE DAVASI İLE BİRLİKTE FESHE BAĞLI İŞÇİLİK ALACAKLARI AYNI DAVADA İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

65) ARABULUCULUK AŞAMASINDA İŞÇİNİN İŞE İADE DAVASINDAN FERAGATİ GEÇERLİ MİDİR?

66) İŞE İADE DAVASININ KESİNLEŞMESİ HALİNDE İŞE İADE EDİLME TALEBİ İŞVERENİN VEKİLİNE YAPILABİLİR Mİ?

67) İŞVEREN TARAFINDAN İŞE BAŞLATILMA DAVETİ İŞÇİNİN VEKİLİNE YAPILABİLİR Mİ?

68) ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞE İADE TALEBİ HANGİ İŞVERENE YAPILMALIDIR?

69) İŞE İADE BAŞVURUSU İŞVERENE YAZILI OLARAK MI YAPILMALIDIR?

70) KARAR KESİNLEŞMEDEN İŞÇİ İŞE İADE BAŞVURUSU YAPABİLİR Mİ?

71) İŞÇİNİN İŞE İADE BAŞVURUSUNDA BULUNURKEN BAŞKA BİR İŞTE ÇALIŞMASI SAMİMİ OLMADIĞINI GÖSTERİR Mİ?

72) İŞVERENİN İŞE DAVET TEKLİFİNDE YER VERMESİ GEREKEN UNSURLAR NELERDİR?

73) İŞE İADE DAVASI DEVAM EDERKEN İŞYERİNİN KAPATILMASI HALİNDE İŞÇİ BAŞKA BİR İŞYERİNE DAVET EDİLEBİLİR Mİ? İŞ SÖZLEŞMESİNDE NAKİL YETKİSİNİN SAKLI TUTULDUĞU KAYITLAR BU KAPSAMDA GEÇERLİ MİDİR?

74) İŞVERENCE İŞE DAVET TEKLİFİ 1 AYLIK SÜRENİN SONUNA DOĞRU YAPILABİLİR Mİ?

75) İŞ GÜVENCESİ KIDEMİNİN TAMAMLANMASINA ÇOK AZ BİR SÜRE KALINAN AŞAMADA İŞVERENCE YAPILAN FESİH AKABİNDE İŞÇİ İŞE İADE DAVASI AÇABİLİR Mİ?

76) İŞE GÜVENCESİ AÇISINDAN 6 AYLIK SÜRE MADDİ HUKUKA MI YOKSA USUL HUKUKUNA MI İLİŞKİNDİR

77) İŞE İADE DAVASI SÜRERKEN İŞVERENİN İŞE DAVET TEKLİFİ GEÇERLİ MİDİR?

78) İŞE İADE İLAMINDAKİ BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİ İLE İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI İLAMLI TAKİBE KONU EDİLEBİLİR Mİ?

79) İŞÇİ BOŞTA GEÇEN İLK 4 AYLIK SÜREDE BAŞKA BİR İŞTE ÇALIŞMIŞSA BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİNDEN MAHSUP EDİLİR Mİ?

80) İŞE BAŞLATILMAMA HALİNDE KIDEM TAZMİNATINA ESAS ALINACAK ÜCRET HANGİSİDİR?

81) İŞÇİNİN EMEKLİLİĞE HAK KAZANMASI HALİNDE, İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI ALT SINIRDAN MI HÜKMEDİLMELİDİR?

82)6 AYLIK KIDEM SÜRESİNİN TESPİTİNDE ÖNCEKİ DÖNEM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENİ ÖNEMLİ MİDİR? ARALIKLI ÇALIŞMALAR BİRLEŞTİRİLİR Mİ?

83) 6 AYLIK KIDEM SÜRESİNİN TESPİTİNDE HER İKİ DÖNEM ÇALIŞMA SÜRESİ ARASINDA NE KADAR BİR UZUNLUK BULUNMALIDIR?

84)İŞÇİNİN DAVRANIŞINA YÖNELİK FESİHLERDE SON ÇARE İLKESİ UYGULANMALI MIDIR?

85) İŞE İADE TEBLİGATININ USULÜNE UYGUN YAPILAMAMASININ SORUMLULUĞU KİME AİTTİR?

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

86) BELİRLİ SÜRELİ İŞ AKDİNİN SÜRE BİTİMİ İLE KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ HALİNDE İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATI ALMA HAKKI VAR MIDIR?

EŞİT İŞLEM BORCU

87) EŞİT İŞLEM BORCU NEDİR? İŞÇİ HANGİ HALLERDE AYRIMCILIK TAZMİNATI ALIR?

ARABULUCULUK

88) MENFİ TESPİT DAVASI AÇMADAN ÖNCE ARABULUCULUĞA BAŞVURU ZORUNLU MUDUR?

89) İŞE İADE TALEBİNDE HEM ASIL İŞVERENİN HEM DE ALT İŞVERENİN ARABULUCULUK OTURUMUNA BİRLİKTE KATILIMI ZORUNLU MUDUR?

90) ARABULUCULUK SON TUTANAK ASLI MAHKEME TARAFINDAN UYAPTAN TEMİN EDİLEBİLİR Mİ?

TANIK

91) TENSİP İLE TANIK SAYISI SINIRLANDIRILABİLİR Mİ?

92)DAVA DİLEKÇESİNDE YOL VE YEMEK YARDIMINDAN BAHSEDİLMEDİYSE, TANIK BEYANLARI İLE YOL VE YEMEK YARDIMI GİYDİRİLMİŞ ÜCRETE EKLENEBİLİR Mİ?

UBGT

93) SÖZLEŞMEDEKİ KABULE RAĞMEN UBGT GÜNLERİNDE İŞE GİTMEMEK HAKLI MI YOKSA GEÇERLİ FESİH MİDİR?

HAFTA TATİLİ

94) HAFTA TATİLİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR NELERDİR? HAFTA TATİLİ GÜNLERİ TOPLU İZİN OLARAK KULLANDIRILABİLİR Mİ?

ÜCRET

95)EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI SONRASI GELEN CEVAPLAR BİRBİRİNİ TUTMUYORSA ORTALAMASI ALINABİLİR Mİ?

96)DAVA DİLEKÇESİNDE ÜCRET İÇİN YASAL FAİZ TALEP EDİLMİŞ İSE MAHKEME TARAFINDAN MEVDUATA UYGULANAN EN YÜKSEK FAİZE KARAR VERİLEBİLİR Mİ?

97)ÖNCEKİ YILLARDA ÜCRETE YAPILAN ZAM İŞVEREN AÇISINDAN BAĞLAYICI MIDIR?

98)ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN ÜCRET ALACAĞI HAKLI FESİH SEBEBİ YAPILABİLİR Mİ?

EĞİTİM GİDERİ/CEZAİ ŞART

99) EVLİLİK NEDENİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESHEDEN İŞÇİ EĞİTİM GİDERİNİ ÖDEMEK ZORUNDA MIDIR?

100)BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNDEN ÖNCE İŞVERENCE HAKLI NEDEN OLMAKSIZIN FESHİ HALİNDE CEZAİ ŞART İLE BİRLİKTE BAKİYE SÜREYE İLİŞKİN ÜCRET AYNI ANDA TALEP EDİLEBİLİR Mİ?

DENKLEŞTİRME

101)ÖRTÜLÜ KABUL İLE DENKLEŞTİRME UYGULAMASI KABUL EDİLEBİLİR Mİ?

KAYNAKÇA

-A-

AKIN, Levent "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri" Çimento İşveren Dergisi C.34, Sa. 3, Mayıs 2020

ALP, Mustafa "Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi" 2021/1

ALP, Mustafa "Covit 19 Nedeni İle Ücretsiz İzin ve Kısa Çalışma Arasında Öncelik İlişkisi İle İş Hukukunda Olası Sonuçlar Hakkında Bir Deneme", Legal Blog, 2020, https://legalbank.net

ALP, Değerlendirme, 2013

ALP, Mustafa "İşçinin Feshe Karşı Korunması"

ALPAGUT,Gülsevil "Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi" Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden, Pandemi Sürecinde İş Hukuku 2020

AYDIN syf 37-38

-B-

BASKAN, Ş.Esra "İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare(Ultima Ratio) İlkesi"

BAYCIK, Gaye 16.04.2020 Tarihli ve 7244 Sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları, http://gayebaycik.av.tr/blog-standard

BETİN, Selma/OCAK, Uğur"İşçilik Alacakları" 1.Kitap Ankara Nisan 2020 Tercih Kitapevi Yayıncılık

BETİN, Selma/OCAK, Uğur"İşçilik Alacakları" 2.Kitap Ankara Nisan 2020 Tercih Kitapevi Yayıncılık

BETİN, Selma/OCAK, Uğur"İşçilik Alacakları" 3.Kitap Ankara Nisan 2020 Tercih Kitapevi Yayıncılık

BİRBEN, Erhan "7244 Sayılı Kanun Uyarınca İşverenin İşçiyi Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sınırları", İzmir Barosu Bülteni, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku , Komisyonu 2020

-C-

CANBOLAT, Talat/KAYIRGAN, Hasan "Koronovirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları", ÇÜHFD- Arş.Gör. Ceren Damar Şenel Aramağanı, C.5 Sa.1 Nisan 2020

CANİKLİOĞLU, Nurşen "YGK Marmara Üniversitesi 08-09 Mayıs 2021 Mevzuatta Meydana Gelen Gelişmelerin Ele Alındığı 4.Yasal Gelişmeler Kongresi"

CENTEL, Tankut "Covid 19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı" Sicil İş Hukuku Dergisi" sayı 43 2020

CİVAN, Orhan Ersun " Pandeminin İş Sözleşmelerine Etkisi, Yetkin Yayınları Ankara 2021

-Ç-

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat "İş Hukuku Dersleri" Beta Yayıncılık İstanbul 2020

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, "İş Hukuku Dersleri", yenilenmiş 17. Baskı, Eylül 2014

ÇİL, Şahin "İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları", 2020 Yetkin Yayınları

ÇİL, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları

ÇİL, Şahin "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" Yetkin Yayınları Ankara 2020

-D-

DEMİR, Asiye Şahin "Yeni Koronovirüs Covid-19 Salgınının Ücretsiz İzin Uygulamasına Etkisi", Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu syf 57-58-59 Onikilevha Şubat 2021

DOĞUKAN, Kılıç "İşe İade Davası Sonrası İşe Başlama Süreci ve Samimiyet Olgusu" Seçkin Yayınları Ankara 2021

DUMAN, Barış "4857 sylı İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı" Ankara 2021 2.Baskı

DURMUŞ, Seda Arslan "İş Hukukunda Kıdem Kavramı" Onikilevha Nisan 2021

-E-

EKMEKÇİ, Ömer/ YİĞİT, Esra "Bireysel İş Hukuku Dersleri" İstanbul 2020
EKMEKÇİ, Ömer "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulamasına İlişkin Sorunlar", Sicil, Yıl 4 Sayı 14,2009
ERMUMCU,Senem Değer /İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça "4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Yıllık Ücretli İzin Uygulaması ve Avans İzin", Sicil- İş Hukuku Dergisi, syf 44, Y.2020 s.113-114
EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN/DEVRİM/BASKAN, Esra "Bireysel İş Hukuku"Beta Basım İstanbul 2020

-G-

GÖKTAŞ,Seracettin "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih"Seçkin Yayınları Ankara 2020

-K-

KAR, Bektaş, "İş Güvencesi ve Uygulaması" Yetkin Yayınları Ankara 2020
KAR, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 1046
KAYIRGAN, Hasan "Bireysel İş Hukukun Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler" Onikilevha Yayınları İstanbul Haziran 2019

-L-

LİMONCUOĞLU, S.Alp "Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu", "Zorlayıcı Sebep Kaynaklı Kısa Çalışma ve İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih Hakkı" Oniki Levha Yayınları Şubat 2021

-M-

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi "İş Hukuku" Ankara 2004

-Ö-

ÖKTEN, Tuğba Halil "İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava" Yetkin Yayınları Ankara 2020
ÖZDEMİR, Manav Eda "Covit-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi" Sicil İş Hukuku Dergisi, sy 43, 2020
ÖZKARACA, Ercüment "Aynı İşveren Yanındaki Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı", Sicil İHD, 2018/39, 90-104

-S-

SEVİMLİ, Ahmet "Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas alan Mevzuat Karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler" İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014
SÜMER, Haluk Hadi- KAYIRGAN,Hasan "İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları" 2.Baskı Seçkin Yayınları Ankara 2021
SÜZEK, Sarper "İş Hukuku" Beta Yayınları 2020 İstanbul

-T-

TAŞKENT, Savaş "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Kamu-İş, Ankara 2006, 49-85 syf 77-78
TÜLÜ, Uğur "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Belirsiz Alacak Davası Uygulaması" Onikilevha Mayıs 2021

-Y-

YABA,Tuğçe "Genel İş Koşullarının Denetimi" Dergipark, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1

http://ozgunlaw.com/tr-TR/HDetay/iscinin-iş-hukuku-kapsaminda-sahip-oldugu-yillik-izin-ve-diger-izin-haklari-487.html
https://www.facebook.com/groups/avmehmetkaya/permalink/4248041255215432

FAZLA MESAİ

1)FAZLA ÇALIŞMALARI ÜCRETE DAHİL EDEN SÖZLEŞME KAYITLARI GEÇERLİ MİDİR? GEÇERLİ İSE DENETİMİ NASIL OLMALIDIR?

"Yargıtay birçok kararında; işçinin ücretinin asgari ücretin belli bir miktar üstünde olması kaydıyla, sözleşmede öngörülen yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın temel ücretin içinde olduğuna dair sözleşme hükümlerini kabul etmektedir. Ancak yargıtayın artık ***bu içtihattan dönmesi gereklidir.*** *Fazla çalışmaları ücrete dahil eden sözleşme kayıtları kanımızca kanunun emredici hükümlerine aykırı ve geçersizdirler. İş Sözleşmesinde fazla çalışmalar karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücret içinde olduğunda dair hükmün* ***genel işlem koşul olduğu*** *ve bunun işçi aleyhine ve işveren menfaatine olduğu da açıktır. Bu şekildeki hüküm iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine de yabancı ve işçinin durumunu ağırlaştırıcı bir hükümdür. Genel olarak iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücretin içinde olduğunda dair hükümler açıkça* ***T.B.K.nın 20 ve devamı maddelerine aykırı olduğundan, geçersizdir.*** *En azından bu kayıtların genel işlem koşullarındaki denetim ölçütlerine göre bir değerlendirme yapılmadan geçerli kabul edilmesi hukuka aykırıdır. Fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme kayıtları içerik denetimine tabi tutulmalı, öncelikle açıklık (şeffaflık) ilkesine uygun olmalı, işverenin ne kadar ücret karşılığı kaç saat fazla çalışmayı talep edeceği sözleşme yapılırken öngörülebilir olmalıdır. Bunun da ötesinde, işçinin ücretinin yüksekliği, görülen işin niteliği vb. şekilde sözleşme kaydını meşru kabul etmeyi gerektiren koşullar olmadıkça, işçiye tek taraflı dikte edilen ve kanunun temel değer yargısına aykırı olarak edim-karşı edim dengesini bozan bu sözleşme kayıtları içerik denetimi ile geçersiz kabul edilmelidir. İş sözleşmelerinde eğer fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi kaydı gerekli ve uygun ise, bu kayıt kaç saat fazla çalışmanın söz konusu olduğunu açıkça içermeli, bu fazla çalışma süresi de olabildiğince az olmalı ve işçiye emsallerine göre uygun-adil bir ücret ödeniyor olmalıdır. Ancak bu esasların somutlaştırılması ve belirlenmesindeki güçlük karşısında öncelikli olarak, fazla çalışmanın ücrete dahil edilemeyeceği esası benimsenmeli, istisnaen gerektiğinde aksinin neden ve ne ölçüde haklı olduğu işverence ortaya konulmalıdır. Fazla çalışmanın tek alternatifini gene kanun koyucu aynı madde f. 4'de serbest zaman olarak emredici şekilde düzenlemektedir. Fazla çalışmanın ücrete dahil edilmeyeceğini kanun koyucunun öngörüp kanuna açıkça yazması beklenemeyeceğine göre, İş kanunu m. 41'in bu yönde emredici olduğu kabul edilebilir.* ***Fazla çalışma ücreti ödenmesi (veya serbest zaman sağlanmasının) emredici olduğunu gösteren asıl hüküm ise İş Kanunu m. 63 hükmüdür.*** *Madde 63 c. 1 uyarınca: "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir." Ücret karşılığı olan (zamlı ücret ödenmeyen) haftalık çalışma süresini 45 saatin üzerine çıkaran anlaşmalar bu hüküm uyarınca geçersizdir. Oysa fazla çalışmalar ücrete dahil edildiğinde ortaya çıkan sonuç haftalık çalışma süresinin 45 saatin üzerine çıkarılması olmaktadır. Yargıtay içtihadına göre ücrete dahil olan fazla çalışma, yıllık 270 ve haftada 5,2 saat ile sınırlı olsa bile haftalık genel çalışma süresi 50,2 saate çıkmaktadır. Bu şekilde İş Kanunu m. 63'e aykırı bir sonuca ulaşıldığı, emredici hükme aykırı davranıldığı açıktır. Ayrıca bu şekilde kanunun fazla çalışmayı yılda 270 saatle sınırlayan hükmü de amacından saptırılmış olmaktadır. Bu hükmün amacı, fazla çalışmanın, karşılığı zamlı ücretle ödense dahi sınırlanmasıdır; ücret vermeden fazla çalıştırma yaptırılması değildir. Karşılığını ayrıca fazla çalışma ücreti olarak ödemeden 270 saat fazla çalıştırma,*

iş sözleşmesindeki temel edim dengesini de işçi aleyhine bozmaktadır. Hesaba vurulduğunda, 270x1,5= 405 saatlik bir ücret işçinin yaklaşık iki aylık ücretine karşılık gelmektedir. Fazla çalışma ücretinin ayrıca ödenmesini engelleyen ücrete dahildir hükmü hemen her zaman ***işçiye müzakere imkânı bırakmadan sözleşmeye konulan bir genel işlem koşuludur****. **İşverenin önceden hazırlayıp çok sayıda sözleşmede aynı tipte kullandığı bu koşulda işçilerin bir müzakere ve pazarlık imkânı olduğu söylenemez.** Bu koşul şüphesiz işçi aleyhine ve işveren lehinedir. İşçi fazla çalışma ücretinden ve serbest zamanından yoksun kalmaktadır. Ayrıca işçi peşinen haftada 45 yerine 50,2 saat çalışmayı kabul etmiş olmaktadır ki bu da işçi aleyhine konunun ayrı bir boyutudur. İçerik denetiminin koşulları açısından konuya yaklaşıldığında, fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi ile kanunun temel amacına aykırı bir düzenleme yapıldığı ve işçinin bir zarara uğratıldığı açıktır. Kanun fazla çalışmaya zamlı ücret öngörürken işçi bundan mahrum bırakılmaktadır. Böyle bir sözleşme hükmü İş Kanunu hükümleri yanında fazla çalışmanın karşılığının ödenmesini buyuran genel hüküm niteliğindeki TBK 398'e de aykırıdır. Edim-karşı edim dengesi, işverene fazla çalışılan süre için ayrı bir ücret ödememe hakkı tanınarak bozulmaktadır. Ancak sınırlı koşullarda bu dengeyi bozmayan sözleşme kayıtlarına geçerlilik tanınabilir*." [1]

9. Hukuk Dairesi 04.01.2021 tarihli uyuşmazlıkların giderilmesine dair toplantıda bu konuda bir karar almıştır. Buna göre; fazla çalışmanın kararlaştırılan ücrete dahil olduğu yönünde geçerli bir sözleşme hükmü olduğunda, ilk olarak fazla çalışmanın yıllık 270 saati geçip geçmediği denetimi yapılır. İşçi yıl içinde bazı dönemlerde fazla çalışma yapmamış olsa dahi, her ay ödenen ücret içinde fazla çalışma ücreti yer aldığından fazla çalışma yapılan/yapılmayan dönemler ayrımına gidilmeksizin yıllık 270 saati aşan fazla çalışma olup olmadığı araştırıldıktan sonra, yıllık bazda belirlenen fazla çalışmalar 270 saatten az ise fazla çalışma ücreti hesaplanmaz. Yıllık 270 saatin aşılması halinde haftalık bazda 5.2 saati aşan fazla çalışmalar için hesaplamaya gidilir.[2]

Yeni 9. H.D. her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere bir karar almışsa da, aşağıda yer verdiğimiz karşı oyların hukuken daha geçerli olduğunu düşünüyoruz.

*"Asgari ücretin üzerinde olsa da, işçinin ücretinin emsal işçiler seviyesinde kararlaştırılması halinde fazla çalışmanın ücret içinde yer almadığı kabul edilmelidir. İşçiye çalışma karşılığı ödenmesi gereken emsal ücreti "belirli bir yükseklikte" aşan ücret kararlaştırıldığında, fazla çalışmanın temel ücret içinde ödendiği sonucuna varılmalıdır. Örneğin işyerinde formen olarak çalışan işçinin emsal ücreti 3.000 TL ise, belirtilen ücretin içinde fazla çalışmaların karşılığını da bulunduğu sonucuna varılamaz. Kuralın geçerli olabilmesi için kararlaştırılan ücretin işçinin olması gereken temel ücrete ilave olarak aylık 22,5 fazla çalışmanın zamlı ücretle hesaplanacak kısmını içermesi gerekir."***(9. H.D. 22.01.2019 Gün 2016/19514 E. karşı oy)**

"Gerek Basın İş Kanununda, gerekse diğer iş sözleşmesi ile çalışanları ilgilendiren 4857 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve genel kanun olan 6098 sayılı T.B.K.nın hizmet aktine ilişkin hükümlerde böyle bir açık kurala yer verilmiş değildir. İş Hukukuna ilişkin kurallar nispi emredicilik kuralı gereği, ancak işçi lehine düzenlenebilir. Bu tür fazla mesai yapılsın ya da yapılmasın, yapılacak fazla çalışmaların karşılığının ücretin içinde şeklindeki

[1] Prof.Dr.Mustafa ALP"Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi" 2021/1

[2] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları syf 1640

*sözleşme hükümleri nispi emredicilik kuralına aykırıdır. İş Sözleşmesinde fazla çalışmalar karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücret içinde olduğunda dair hükmün genel işlem koşulu olduğu ve bunun işçi aleyhine ve işveren menfaatine olduğu da açıktır. Bu şekildeki hüküm iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine de yabancı ve işçinin durumunu ağırlaştırıcı bir hükümdür. Genel olarak iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücretin içinde olduğunda dair hükümler açıkça TBK.'un 20 ve devamı maddelerine aykırı olduğundan, geçersizdir."***(9. H.D. 18.01.2016 Gün 2014/28580 E. karşı oy)**

Konuya ilişkin yargıtay kararlarında, asgari ücretle çalışan bir işçi için fazla çalışma ücretinin temel ücrete dahil edilemeyeceği, ücretin değişmemesi halinde veya ücret rakamının belli olmadığı sözleşmelerde fazla çalışmanın ücrete dahil olduğunun kabul edilemeyeceği, tarih bulunmayan ve ilgili maddenin yer aldığı sayfanın işçi imzasını içermemesi halinde yine fazla çalışma ücretinin ücrete dahil kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.

*"Bireysel iş sözleşmesinde, aylık ücret miktarının belirtilmediği ve 4. maddesinde "Fazla mesai karşılığı aylık ücretin içindedir; ayrıca ücret talep edilemez." hükmü yer almaktadır. Ayrıca 4. maddenin bulunduğu sayfada davacının imzası yer almamaktadır. Davacı, iş sözleşmesine itiraz etmiştir. Davacı tarafından usulüne uygun olarak imzalanmayan ve aylık ücret miktarı içermeyen iş sözleşmesindeki fazla çalışma aylık ücretin içindedir maddesine itibar edilerek davacının fazla çalışma alacağının eksik hesaplanması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9. H.D. 21.03.2016 Gün 2014/34828 E.)**

*"Asgari ücretin biraz üzerinde kararlaştırılan ücretin içinde fazla çalışma ücretlerinin bulunduğu varsıyalamaz."***(9. H.D. 02.11.2020 Gün 2016/27576 E.)**

*"İşçinin imzasını içermeyen ve ücret rakamının belirlenmediği sözleşme hükmüne göre fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kabul edilemez."***(9. H.D. 12.11.2019 Gün 2016 /8506 E.)**

*"Sözleşmede işçinin aylık ücretinin miktar olarak yazılmadığı anlaşılmakla, fazla çalışma ücretinin ücretle birlikte ödendiği hükmü geçersizdir."***(22.H.D. 26.10.2017 Gün 2015/18339 E.)**

*"Dosya içinde bulunan iş sözleşmesinde tarih bulunmamaktadır. Bu sebeple hangi tarihten itibaren sözleşmenin hüküm ifade edeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Tarih bulunmayan iş sözleşmesinin söz konusu yıllık 270 saat fazla mesai ücretinin, ücret içinde olduğuna dair hükmü geçerli kabul edilemeyeceğinden yıllık 270 saat fazla mesainin, fazla çalışma süresinden tenzili hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir."***(9.H.D. 01.03.2021 Gün 2021/1390 E.)**

*"Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde fazla mesainin ücrete dahil olduğu açıkça kararlaştırılmış olup; davacının ücreti ise asgari ücret seviyesinin üzerinde olduğundan kurala değer verilmelidir."***(9.H.D. 22.04.2019 Gün 2017/11856 E.)**

*"Asgari ücretin çok az üstünde olan bu ücret durumuna göre iş sözleşmesindeki 270 saat yıllık fazla mesai süresinin ücrete dahil olduğu hükmü geçersizdir."***(9.H.D. 26.05.2016 Gün 2015/1380 E.)**

"Asgari ücretin 1.75 fazlası olarak kararlaştırılan ücrete fazla çalışmanın dahil edildiği kararlaştırılabilir." **(İSTANBUL BAM 41. H.D. 04.06.2020 Gün 2019/489 E.)**

*"İşçiye çalışırken imzalatılan sözleşmede ücret miktarı değişmemiş ise, fazla çalışmanın ücrete dahil edildiğine dair sözleşme hükmü geçersizdir."***(9.H.D. 20.11.2017 Gün 2017/7286 E.)**

"Somut olayda; davacının 01.02.2008 tarihli iş akdinin 5. bendinde yasal fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu belirtilmiş ve aylık brüt 1.100 TL ücret belirlenmiştir. Belirlenen ücret o tarihteki ***asgari ücretin 2 katına yakın olup*** *sözleşmenin bu hükmü gereğince yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kabul edilerek buna göre bilirkişiden ek rapor alınıp sonuca gidilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."* **(9.H.D. 01.10.2014 Gün 2012/39237 E.)**

2) ÜCRETİ ÖDENSE BİLE YILLIK 270 SAATLİK FAZLA MESAİ SINIRININ AŞILMASI HALİNDE İŞÇİ İŞ AKDİNİ HAKLI NEDENLE FESHEDEBİLİR Mİ?

"Somut olayda, davacının fazla çalışma ücretinin ödendiği anlaşıldığından, bu yöndeki talebi reddedilmiştir. Kaldı ki, davacı fesih gerekçesini fazla çalışma ücretinin ödenmemesi değil, fazla çalışma saatleri olarak açıklamıştır. Bu bakımdan, davalı tarafın bu yöndeki temyiz sebebi yerinde görülmemiştir. Davalı tarafça dosyaya sunulan fazla çalışma listeleri incelendiğinde, davacının ara dinlenme süresi hariç olmak üzere günlük 11 saati aşan çalışmalarının bulunduğu tespit edilmektedir. Davacının fazla çalışma yapılmasına onay vermesi halinde dahi, bu onayın 11 saati aşan çalışma süresini kapsadığı kabul edilemez. Yapılan bu açıklamalara göre, ***fazla çalışma süresinin yıllık 270 saati geçmesi davacıya salt bu sebeple haklı fesih imkanı vermez*** *ise de, günlük çalışma süresinin 11 saati aşması "yasak çalışma" kapsamında değerlendirileceğinden, bu durumun davacıya haklı fesih imkanı tanıdığı dikkate alındığında, davalının yerinde bulunmayan tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun kararın bu ilave değişik gerekçeyle ONANMASINA..."* **(22.H.D. 24.09.2019 Gün 2016/19041 E.)- HAKLI NEDENLE FESHEDEMEZ.**

*"Ücreti verilmiş olsa dahi 270 saati aşan fazla çalışma halinde iş sözleşmesini tek taraflı sonlandıran işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekir."***(7.H.D.02.07.2015 Gün 2014/19129 E.)- HAKLI NEDENLE FESHEDEBİLİR.**

"*İşçinin yılda 270 saati fazlasıyla aşan sürelerle fazla mesailer yaptırılarak çalıştırılması anayasal dinlenme hakkına ve özellikle 4857 sylı yasanın 41/8.maddesine aykırı olduğundan, iş akdini 24/II-f maddesine uygun olarak haklı nedenle feshettiği kabul edilmelidir."***(İST. BAM 32. H.D. 10.04.2019 Gün 2017/19200 E.)- HAKLI NEDENLE FESHEDEBİLİR.**

22.H.D.'nin kararına katılmamız mümkün değildir. Zira yıllık 270 saatlik fazla mesai sınırı işçileri iş güvenliği kapsamında korumak için getirilmiştir. İşçiye ücreti ödense bile yıllık 270 saati aşar şekilde fazla mesai yaptırılması, işçinin yorulmasına neden olacak ve işçinin iş kazasına uğrama riskini arttıracaktır. Dolayısıyla bu sınırın aşılması çok net bir şekilde anayasal dinlenme hakkına aykırılık oluşturur. İşçi yılda 270 saati aşar şekilde fazla mesai yapmak istese bile, bu isteği işverence reddedilmelidir.

Aksi takdirde işçinin uğrayacağı iş kazasında, salt bu durum dahi tek başına işverenin sorumlu olmasına yol açacaktır.

3) GÜNDE 3 SAAT HAFTALIK 18 SAATLİK FAZLA MESAİ SINIRI VAR MIDIR?

*"İstinaf mahkemesi tarafından, fazla mesai süresinin haftalık 18 saati geçemeyeceği gerekçesiyle, resen haftalık 18 saat üzerinden yapılan hesaplamaya göre yeniden hüküm kurulmuştur. Ne var ki, İş Kanununda fazla mesaiye ilişkin günlük 3 saat ve haftalık 18 saat şeklinde bir sınırlama bulunmadığı gibi, dairemizin bu yönde yerleşik bir uygulaması da mevcut değildir. Bu nedenle, davacının yaptığı işin fazla mesaiye elverişli nitelikte bulunduğu da dikkate alınarak, tanık anlatımlarına göre haftalık 21 saat fazla çalışmasının bulunduğu tespitine göre makul bir indirim uygulanmak suretiyle fazla mesai ücreti alacaklarına hükmedilmesi yerinde olacak iken, yazılı şekilde hatalı gerekçe ile verilen karar bozmayı gerektirmiştir."***(9. H.D. 24.12.2020 Gün 2020/3516 E.)**

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 28.03.2019 tarihli kararına göre ise işçi, ne kadar çalışırsa çalışın, haftalık en fazla 18 saatlik fazla çalışma ücretine hak kazanabilir. Bölge Adliye Mahkemesi'nce fazla çalışma alacağı ile ilgili bir istinaf talebinde; *"tanık anlatımları ve davalının zamanaşımı itirazı da değerelendirildiğinde, davacının haftalık 45 saati aşan 24 saat fazla mesai yaptığı anlaşılmakta ise de Yargıtay'ın günlük 3 saat, haftalık 18 saat kriterinden hareketle haftalık 18 saat fazla mesai yaptığı, tanık anlatımlarından, davacının ortalama ayda 2 hafta tatili gününde çalıştığı, dini bayramlar dışındaki ulusal bayram genel tatil günlerinde çalıştığı tespit edilmiştir" gerekçesi ile davacının 18 saati aşan çalışmaları hesaplama dışında tutulmuştur.* **(İstanbul BAM 28. H.D. 28.03.2019 Gün 2017/2405 E.)**

Uygulamada özellikle yerel mahkemelerin günlük üç saatlik fazla mesai sınırı olduğunu belirten kararlarını görmekteyiz. Hatta zaman zaman bazı bilirkişiler dahi bu şekilde hesaplama yapmaktadır. Bu tür uygulamalara ve yukarıdaki BAM kararına katılmamız mümkün değildir. Zira kanunda günde 3 saatlik fazla mesai sınırı olmadığı gibi, haftalık 18 saatlik fazla mesai sınırı da bulunmamaktadır.

4) FAZLA ÇALIŞMA TAHAKKUKLARI- BORDRO HİLESİ- DÜŞÜK ÜCRETTEN TAHAKKUK- SEMBOLİK TAHAKKUK- İHTİRAZİ KAYIT

Bilindiği üzere kural olarak işçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bordronon sahteliği ileri sürülüp ispatlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordrolarda İşçinin fazla çalışmasının daha yüksek olduğu yönünde ihtirazi kaydı varsa, daha fazla çalışmasını tanık dahil her türlü delil ile ispat edebilir. İmzalı bordrolarda ihtirazi kaydı yoksa, daha fazla çalışmasını yazılı delille ispat etmesi gerekir. Yazılı deliller puantaj kayıtları, işyerine giriş-çıkış kayıtları, takograf ve benzerleridir.

*"Dairemizin uygulamasına göre imzalı ve tahakkuk içeren bordroların ait olduğu ayların hesaplama döneminden dışlanması gerekir. İmzasız, ancak tahakkuklu bordroların karşılığının bankaya ödenmesi halinde mahsup sistemi uygulanır."***(9.H.D. 22.11.2018 Gün 2015/24628 E.)**

Esas sorun çalışırken neredeyse hiçbir işçinin fazla çalışma tahakkuklu bordroya imza atarken ihtirazi kayıt koy(a)mamasıdır. Çalıştığı işinden olmamak için Türkiye'de bordrolara ihtirazi kayıt koyan işçi bulmak neredeyse imkansızdır. Bu durumda bordrolar işverenler tarafından istenildiği gibi tahakkuklar yapılmak suretiyle işçilere imzalatılmakta, işçiler fesihten sonra dava açtıklarında tanık delili ile daha fazlasını ispat edememektedir.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere fazla çalışma talep eden işçi bordroda yazılı miktarın ödenmediğini değil, bordroda gösterilen üzerinde fazla çalışma yaptığını iddia etmektedir. Dolayısıyla işçi bordroyu imzalayarak sadece o miktarda fazla çalışma ücreti aldığını kabul etmektedir. Bu nedenle imzalı ücret bordrosunun varlığı halinde de işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispatlayabilmelidir.[3]

Ancak Yargıtay bu ispat zorluğunu bir nebze yumuşatmak için bazı içtihatlar geliştirmiştir. Buna göre

a) Bordrolar imzalı ancak **tahakkuklar sembolikse**(göstermelik), bu durumda işçi daha fazla çalışmasını tanık dahil her türlü delil ise ispat edebilir. Bu durumda bordrolar dışlanmaz, mahsup sistemi uygulanarak, bordrodaki tutarlar ispatlanan miktardan mahsup edilir. Yargıtay burada ilke kararının kötüye kullandıldığını belirtmektedir.

"*Bordro imzalı olsa da bordroda fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret göstermelik ve **sembolik** olarak gösterilmiş ise bu durumda da işçi tanıkla daha fazla mesai ve tatillerde çalıştığını kanıtlarsa, bu durumda fark ücretleri hesaplanmalıdır. Mahkemece yapılacak iş tanık beyanlarının birlikte değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla mesai süresi ve çalıştığı genel tatillerin tespit edilmeli, imzalı olan ve ihtirazi kayıt içermeyen bordrolarda tahakkuk ettirildiği anlaşılan süreler ve ödemelerin hesaptan mahsup edilerek..."*(9.H.D. 06.05.2019 Gün 2016/776 E.)

*"İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, kural olarak bordro hilesi taşımadığı sürece işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yapıldığını yazılı delillerle kanıtlanması gerekir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazî kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Keza bordro hilesi bulunmadığı ve bordro ile fazla mesai ücreti ödenmiş ve ihtirazı kayıt konmamış ise tanık beyanlarına dayalı fazla çalışma tespitinde ödenen ayların dışlanması, aksi halde ise ödenenlerin mahsup edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işverence işçilerin fazla çalışma ücreti talep etmesine engel olacak şekilde **sembolik** fazla çalışma tahakkukları yapılırsa bu aylar fazla çalışma hesabından dışlanmaz ancak yapılan fazla çalışma ödemeleri tespit edilen fazla çalışma ücreti alacağından mahsup edilir.*"**(9.H.D. 08.06.2020 Gün 2016/27594 E.)**

"Somut olayda, Mahkemece fazla mesai tahakkuku bulunan bordrolar dikkate alınmadan tüm çalışma dönemi için mahsup yada dışlama yapılmadan hesaplama yapılmıştır. Dosya kapsamında yer alan davacı tarafından imza itirazına uğramayan bordroların

[3] TÜLÜ, Uğur "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Belirsiz Alacak Davası Uygulaması" syf 265-266 Onikilevha Mayıs 2021

çoğunluğunda fazla çalışma tahakkukları bulunmakla birlikte, dosya kapsamına göre tespit edilen çalışma saatleri gözetildiğinde, davalı tarafından her ay maktu ve sembolik olarak aylık 10 saat fazla mesai tahakkuk ettirildiği anlaşılmakla, yapılacak iş şimdi ki gibi tüm dönem için hesaplanan fazla mesai ücretinden bordrolarda tahakkuk ettirilen fazla mesai ücretleri mahsup edilmeli, oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir." **(22. H.D. 24.12.2019 Gün 2016/26652 E.)**

b) Bordrolar imzalı ancak işçinin ücreti gerçek ücreti üzerinden bordrolaştırılmıyor ve **düşük ücretten fazla mesai tahakkuku yapılıyorsa**, bu durumda bordrolar dışlanmaz, mahsup sistemi uygulanır. Bu seçenekte şayet imzalı bordroda fazla çalışma saat olarak yer alıyorsa, bu işçi için bağlayıcıdır ve fazlasını ancak yazılı delil ise ispat etmesi gerekir. Bordronun gerçek ücreti yansıtmaması, işçinin tahakkukta geçen saat sayısı ile bağlı olmadığı sonucunu doğurmaz. Ancak bordrolarda fazla çalışma "saat olarak yer almıyorsa bu durumda tanıkla ispat edilebilir, ispatlanan miktardan tahakkuklar mahsup edilir.

"Dosyada 2012 ve 2013 yıllarına ilişkin imzalı ücret bordroları yer almakta, söz konusu bordrolarda her ay değişen miktarlarda fazla çalışma ücreti tahakkuklarının yer aldığı görülmektedir. Davacı tarafça da yargılama aşamasında söz konusu bordroların altında yer alan imzaya itiraz edilmediği anlaşılmaktadır. Ancak davacının 1.400,00 TL net ücret ile çalıştığı sabit olduğundan, dosya kapsamında yer alan ücret bordrolarındaki çıplak ücretin gerçek ücreti yansıtmadığı da görülmektedir. Böyle olunca imzalı ücret bordroları bulunan dönemler bakımından, tahakkuklar gerçek ücret yerine düşük ücretten yapıldığından tahakkuk bulunan bordro döneminin dışlanması yerine ***imzalı bordrolarda geçen fazla çalışma saati sayısıyla sınırlı olmak üzere*** *ancak gerçek ücretten hesaplama yapılarak ve mevcut tahakkukların da mahsubu ile yeniden fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır. Bahse konu bordrolardaki fazla çalışma ücretine ilişkin tahakkukların dikkate alınmaksızın hesaplama yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* **(9.H.D. 09.12.2020 Gün 2016/32886 E.)**

"Davacı işçinin ücreti konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu olup bordrolarda geçen ücretten daha fazla ücret ödendiği hususu yargılama ile ispatlanmıştır. Böyle olunca imzalı ücret bordrolarındaki tahakkuklar gerçek ücret yerine ***düşük ücretten yapıldığından*** *tahakkuk bulunan bordro döneminin dışlanması yerine imzalı bordrolarda geçen fazla çalışma saati sayısıyla sınırlı olmak üzere ancak gerçek ücretten hesaplama yapılarak ve mahsup yöntemi uygulanmak suretiyle yeniden hesaplama yapılmalı ve her iki alacak bakımından sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.***(9.H.D. 28.10.2020 Gün 2017/18044 E.)**

"Gerekçeli karar içeriğinde her ne kadar davacının ücretinin bölündüğüne ilişkin açıklamalar yer almakta ise de, davacının temel ücretinin bölünmek suretiyle bir kısmının bordrolarda fazla mesai ücreti olarak gösterildiğine yani bordro hilesi yapıldığına dair bir iddiası bulunmamaktadır. Ancak, bordroların davacının ***gerçek ücreti üzerinden*** *düzenlenmediği anlaşıldığından, davacının tespit edilen gerçek temel ücreti üzerinden, imzalı olan bordrolarda görünen fazla çalışma saatleri ve gün sayısına göre fazla mesai ücret alacağı belirlenerek, bordrolarda görünen tutarların* ***mahsup edilmesi*** *suretiyle fazla mesai ücretinin hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde bordrolar gözetilmeksizin*

*tanık anlatımlarına göre hazırlanan rapora dayalı olarak verilen karar hatalı bulunup, bozmayı gerektirmiştir."***(9. H.D. 22.10.2020 Gün 2017/17930 E.)**

"*Davalı tarafından ibraz edilen davacının tüm çalışma dönemine ilişkin çalışma saatlerini ve davacının imzasını içeren puantaj kayıtlatına göre davacının çalışma sistemi belirlenmiştir. Bu çizelgelere göre ücret bordrolarında değişen oranlarda fazla çalışma saat tahakkuku yapılmıştır. Bu nedene davacının imzasını taşıyan puantaj kayıtları ve ücret bordrolarındaki fazla çalışma saatinin daha fazla olduğu yönündeki iddiasını yazılı delille ispatlaması gerekir. Tanık beyanları ile aksini ispatlayamaz. Ancak davacının ücretinin asgari ücret seviyesinde ödendiği belirtelerek fazla çalışma ücretleri tahakkuk ettirildiğinden aksi ispatlanan gerçek ücretine göre bordrolda yazılı bulunan fazla çalışma saatleri ve gerçek ücreti üzerinden davacının fazla çalışma alacağı hesaplanarak tahakkuk ettirilen fazla çalışma ücretlerinin mahsubu yöntemi ile davacının fazla çalışma saatinin hesaplanması yöntemi yargıtay yerleşik içtihatlarına uygundur."***(Ankara BAM 7.H.D. 02.06.2020 Gün 2018/3450 E.)**

"Dosya içerisinde bulunan ücret bordroları incelendiğinde; bordrolarda sadece ödenen fazla çalışma tutarının yazılı olduğu, ***kaç saat fazla çalışma karşılığı ödeme yapıldığının yazılı olmadığı*** *görülmektedir. Şu halde; bordrolar ile ödendiği sabit olan fazla çalışma ücretinin zamlı olup olmadığının denetlenebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Açıklanan sebeple; Mahkemece, tanık beyanları doğrultusunda haftalık fazla çalışma saatinin tespit edilmesi, buna göre aylık fazla çalışma ücreti hesaplanarak her ay için ilgili bordroda yazılı tutarın mahsup edilmesi ve sonucuna göre davacının fazla çalışma ücreti alacağının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekirken, zamlı tahakkuk bulunduğu gerekçesiyle tüm bordrolar dışlanmak suretiyle fazla çalışma ücreti alacağının reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9.H.D. 2020/8257 E. 2020/20093 K.)**

c) Bordrolar **hileli** ise yani işçinin temel ücreti bölünerek bir kısmı fazla mesai ve/veya UBGT olarak gösteriliyorsa bu durumda işçi fazla çalışmasını her türlü delil ile ispat edebilir. Bordrodaki tutar işçinin temel ücreti olarak kabul edilir ve bu tutarlar ispatlanan fazla çalışmadan mahsup edilmez, dönem dışlanması yapılmaz.

"Dosyaya sunulan bordroların imzasız olduğu, davacıya elden ödenen avans dahil davacının banka hesabına yatırılan miktarın davacının iddia ettiği ücret miktarını doğruladığı, davacının yurtdışında olması ve bankaya yatan miktarın hangi kalemlerden oluştuğunun açıklanmaması nedeniyle ihtirazi kayıt koyup koymamasının sonuca etkili olmadığı, davalının aslında gerçek ücreti kendi savunması doğrultusunda saat ücretine göre bordrolama sureti ile düzenlediği, fazla mesai ve tatil ücreti ödenmediği halde davacıya gerçek ücreti olarak ödenen miktarı denkleştirmek için fazla mesai ve tatil ücreti yanında denkleştirilemeyen kalan miktar için çalışmadan ödenen kalem adı altında ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacının tazminat ve alacaklarının iddiası gibi gerçek ücretini gösteren bordrodaki tüm kalemleri kapsayan ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir. Mahkemece gerçek durumu yansıtmayan ve ***bordro hilesi*** *içeren bordrodaki saat ücretine göre hesaplanan alacakların hüküm altına alınması hatalıdır".***(9.H.D. 28.09.2015 Gün 2014/11074 E.)**

*"Davacının imzasını içermeyen aylık ücret bordrolarında saat ücreti ile temel ücret hesabı dışında fazla çalışma, hafta tatili ile bayram genel tatil ücreti gibi tahakkuklara yer verilerek davacının banka hesabına yatan tutar ile uyumlu bir tahakkuka gidilmiştir. Davalı işveren işçinin imzasını içermeyen ve her zaman düzenlenmesi mümkün olan bordrolarla **temel ücreti bölmek suretiyle** diğer işçilik alacaklarının da ödendiği şeklinde bir uygulama geliştirmiştir. İşçinin banka hesabına yapılan ödemelerde maaş açıklaması dışında başka bir bilgiye yer verilmemiştir. Davacının yaptığı iş, kıdemi, bordro içerikleri ve tanık beyanları ile emsal ücret araştırması gözetilerek davacı işçinin aylık temel ücretinin 1200 USD olduğu kabul edilmeli ve bordroların fazla çalışma ile tatil tahakkuklarını içermediği sonucuna varılmalı, bordrolarda aylık 1200 USD üzerinde ödeme bulunan aylar yönünden işverence yapılan ödeme miktarları o dönem muaccel olan fazla mesai ve tatil alacaklarından mahsup edilmelidir. Davacının ücretinin eksik belirlenmesi ve gerçeği yansıtmayan tahakkuklara itibarla sonuca gidilmesi isabetsizdir."***(9.H.D.29.05.2017 Gün 2015/18042 E.)**

***"**Dosyaya imzalı ücret bordrolarının sunulduğu görülmektedir. 2008/11 aydan itibaren ücret bordrolarında fazla mesai tahakkuku bulunduğu, öncesinde bulunmadığı, fazla mesai tahakkuku bulunan bordroların 2010/12 ayına kadar olanlarda fazla mesai miktarı varken saatin "0" olarak gösterildiği, 2011 yılından itibaren bordrolarda fazla mesai tahakkuklarının farklı saat ve miktar olarak gösterilmiş iken aynı net ücretin tahakkuk ettiği görülmektedir. Tüm bu hususlarla birlikte, ücret bordrolarına ilişkin bilirkişi raporunda belirtilen hususlar da dikkate alındığında fazla mesai tahakkukları olarak gösterilen miktarların ücret olarak değerlendirilmesi ve davacının fazla mesai alacağının hesaplanması gerekmektedir."* **(22.H.D. 20.02.2019 Gün 2016/5197 E.)**

d) İmzalı bordroda fazla çalışma olarak "**0"** tahakkuk gösterilmesi fazla çalışma ücretinin ödendiği veya bu çalışmaların yapılmadığı anlamına gelmez. Yargıtay uygulamasına göre "0" bir tahakkuk değildir ve bu durumda işçinin her türlü delil ile fazla çalışmasını ispatı mümkündür.[4]

"**Somut olayda davalı tarafça dosyaya sunulan ücret bordrolarının incelenmesinden fazla mesai alacaklarının bordrolarda sıfır **(0)** olarak gösterildiği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, fazla mesai alacaklarının bordrolarda sıfır (0) olarak gösterilmesi, herhangi bir tahakkuk ve ödeme içermemesi halinde davacı işçi, bu alacaklarla ilgili çalışmasını ispatlaması durumunda fazla çalışma alacağına hak kazanır. Bu nedenle dosyadaki tüm tanık beyanları bir değerlendirmeye tabi tutularak fazla çalışma alacağının hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır."(9.H.D. 17.11.2014 Gün 2013/1786 E.)**

e) Bordrolar **imzasız**, bordrolarda fazla mesai tahakkuku var ve ödeme **bankaya** yapılmış ise bu durumda daha fazla çalışma tanık dahil her türlü delil ile ispat edilir, bankaya ödenen tutarlar mahsup edilir. Ancak 9. ve 22. HD aynı dönem verdiği başka kararlarında yine eski içtihatlarına dönüş yapmıştır.

*"Dairemiz uygulamasına, tahakkuk içerse bile imza taşımayan bordroların karşılığının işçinin banka hesabına ödenmesi halinde dışlama yapılmayıp, miktar olarak mahsup yapılmalıdır."***(9.H.D. 21.05.2019 Gün 2016/2483 E.)**

[4] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları syf 1144

"İşçinin imzasını içermeyen bordrolarda fazla çalışma tahakkuku yer aldığında ve tahakkukta yer alan miktarların karşılığı banka hesabına ödendiğinde, tahakkuku aşan fazla çalışmalar her türlü delille ispatlanabilir. Tahakkuku aşan fazla çalışma hesaplandığında, bordrolarda yer alan fazla çalışma ödeme tutarları mahsup edilmelidir." **(9.H.D. 16.05.2019 Gün 2016/712 E.)**

"İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda ise işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının her türlü delil ile ispatı mümkündür." **(9.H.D. 09.12.2020 Gün 2016/33810 E.)**

İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır." **(22.H.D. 03.02.2020 Gün 2020/282 E.)**

"İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır." **(9.H.D. 17.06.2019 Gün 2016/5245 E.)**

f) Bordroda bir tahakkuk yer almadığı halde, **alt kısmına fazla çalışma yapılmadığı** veya yapılan fazla çalışmaların karşılığının ödendiği şeklinde soyut bir açıklama eklenmek suretiyle işçiye imzalatılması da ispat veya ödeme noktasında sonuca etkili değildir. Bu durumda işçi tanık dahil her türlü delil ile fazla çalışma olgusunu ispat edebilir. [5]

9.H.D.'nin 15.10.2020 tarihli toplantıda aldığı karar göre, imzalı bordrolarda fazla çalışma, hafta tatili çalışması veya ulusal bayram ve genel tatil çalışması tahakkukları varsa ve bordro ücretinin gerçeği yansıtmadığı yargılama ile belirlendiğinde, dönem dışlaması yerine mahsup işlemi uygulanır. Hesaplama imzalı bordrodan anlaşılan çalışma saatleri veya gün sayısına göre ve gerçek ücretten yapılır, bordroda yer alan ödeme tutarları mahsup edilir. İşçinin temel ücretinin bölünerek fazla çalışma, hafta tatili çalışması veya ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarını da kapsar şekilde belirtildiği hileli bordrolarda, yapılan ödeme sadece temel ücreti ilgilendirdiğinden, dönem dışlaması veya mahsup işlemleri uygulanmaz.[6]

5) EĞİTİMLERDE GEÇEN SÜRE FAZLA MESAİ OLARAK KABUL EDİLİR Mİ? BU SÜRELER KIDEM SÜRESİNDEN SAYILIR MI?

"Kıdem süresi, çalışma süresini de içine alan bir kavram olduğuna göre, eğitimde geçen süreler çalışma süresinden sayılıyorsa, evveliyetle kıdem süresinden de sayılmalıdır.

[5] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları sy 1144
[6] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları sy 1637-1638

Fiilen işyerinde çalışmaya başlamadan önce, eğitime başlayarak iş organizasyonu kapsamına giren işçinin, eğitime başladığı an kıdemi de işlemeye başlayacaktır."[7]

Yargıtay eğitimde geçen sürelerin işçiye mi yoksa işverene mi faydalı olduğu hususunda ayrım yapmaktadır. Şayet eğitimde geçen süre işverene bir fayda sağlamamış, işçiye mesleki anlamda katkı yapmışsa bu süreler fazla mesai olarak kabul edilemez. İşçiden çok işverene fayda sağlayan ya da zorunluluk kapsamında verilen eğitimler çalışma süresinden sayılır. Örneğin zorunlu iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri, işyerinde verilen rutin eğitimler ve benzerleri çalışma süresinden sayılmakta ve fazla mesai hesabına dahil edilmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun "Çalışanların Eğitimi" başlıklı 17. maddesine göre:"bu madde kapsamında verilecek eğitimin maliyeti çalışanlara yansıtılamaz. Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir".

"Kursta geçen sürede üretime yönelik bir çalışma yapılmamış, kursta alınan bilgilerden davacının mesleki yeteneği gelişmiş ve işçi lehine sonuçlar elde edilmiştir. Bu nedenlerle kursta geçen sürelerin fazla çalışma olarak değerlendirilip işçi lehine fazla mesai ücreti olarak hükmedilmemesi gerekir." **(9. H.D. 26.12.2007 Gün 2007/1129 E.)**

"Diğer yandan davacının eğitim amaçlı olarak katıldığı kongrelere yönelik de bu süreye karşılık olmak üzere haftada 7 saat fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Davacı işçi belirtilen süre içinde fiilen çalışmamış ve işverene belirtilen anlamda bir fayda sağlamamıştır. Bu nedenle davacının bilgi ve performansını arttırma amacıyla yapılan bu tür toplantılarda geçen sürenin, fazla çalışma olarak değerlendirilmesi de isabetsizdir. Açıklanan nedenlerle davacı fazla çalışma yaptığını somut delillerle kanıtlayamadığından bu talebin reddi gerekirken kabulü hatalıdır." **(9. H.D. 20.03.2017 Gün 2017/14949 E.)**

"Belirtilen tarihler arasında, davacının ileride yürüteceği iş konusunda işverence belli bir mekanda eğitildiği, bu zaman zarfında fiilen çalışmadığı sabittir. Eğitim sonrasında SGK girişi 02.10.2006 tarihinde yapılmıştır. Söz konusu eğitim sözleşme öncesi işveren bilgilendirmesi niteliğindedir. Yapılan işin gıda üretimine ilişkin ağır ve tehlikeli olması en küçük beceri eksikliğinde işçinin çalıştığı paketleme bandında ciddi kazalara yol açma riskinin büyük olması sebebi verilen eğitimde başarısız olan davacının çalışma öncesinde aldığı eğitim süresi kıdemden sayılmamalıdır. İşçinin fiilen çalışması SGK kayıtlarında yer aldığı gibi 02.10.2006-30.03.2007 tarihleri arası çalışmaya ilişkindir. Davacının kıdemi beş ay yirmidokuz gün olarak altı ayın altında kalmaktadır. Davacının iş güvencesinden yararlanma şartı gerçekleşmemiştir. İşe iade talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D.08.06.2012 Gün 2011/14966 E.)**

Kanaatimize göre yargıtayın eğitimin kime yarar sağladığı konusundaki ölçütü hatalıdır. Zira işçi esasen işverene faydalı olması ve hizmet sunması için eğitilmektedir. Dolayısıyla bu eğitim süreleri haftalık 45 saati aşıyorsa, fazla mesaiden sayılmalıdır. Ayrıca kanunda eğitimde geçen sürelerin fazla mesaiden sayılmayacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır.

[7] Dr.Seda Arslan Durmuş "İş Hukukunda Kıdem Kavramı" syf 238 Onikilevha Nisan 2021

Yine işçi eğitim süresi içinde işe fiilen başlamamış olsa bile işverenin otoritesi altına girmiştir. İşçinin işverenin otoritesi altına girmesi kıdem süresinin başlaması için yeterlidir. Bu nedenle 22. H.D.'nin yukarıdaki kararına katılmamız mümkün değildir.

6)GECE ÇALIŞMASI HAFTALIK 45 SAATİ GEÇMİYORSA % 50 Mİ, %150 ZAMLI MI HESAPLANIR?

*"Davacının bilet satış görevlisi olarak 2 gün gündüz 2 gece 2 gün dinlenme şeklinde günlük 9 saat çalışma esasına göre çalıştığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftalık çalışma saati 45 saati aşmamış ise de 4857 sayılı İş Kanununun 69. Maddesi uyarınca gece çalışmaları 7.5 saati aşamaz. Gece çalışması yasak çalışmaya girdiğinden haftalık çalışma esasına girmemektedir. Bu nedenle davacının gece çalışmaları için 7.5 saati aşan fazla mesai karşılığı ücretleri hesaplanıp talep de dikkate alınarak hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır."***(9.H.D. 09.11.2017 Gün 2015/15407 E.)- %150**

"Somut uyuşmazlıkta 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 69/3 maddesi gereğince işçinin gece çalışması 7.5 saati geçemez.Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 7.5 saati aşan gece çalışması hesaplanmış ve mahkMahkemece oysa gece çalışmaları yasak çalışma sayıldığından 7.5 saati aşan gece çalışmaların %150 zamlı hesaplanarak fazla mesai alacağının hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.emece bu alacak hüküm altına alınmıştır. Ancak bilirkişi raporunda haftalık 45 saati geçmediği gerekçesi ile gece çalışması zamlı %50 kısmı hesaplanmıştır. " **(9.H.D. 20.03.2018 Gün 2016/15212 E.)- % 150**

*"Davacının çalışma sitemine göre mahkemenin itibar ettiği bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere 6 haftalık periyot baz alındığında 5. ve 6. haftalarda 45 saati aşan çalışma yoktur. Bu haftalar için fazla mesai sadece gece çalışmasından kaynaklanmaktadır. Haftalık çalışma 45 saati aşmadığı ve fazla çalışma sadece gece çalışmasından kaynaklandığına göre 5. ve 6. haftalar fazla mesai hesabı yapılırken zamsız ödenmesi gereken kısmın maktu ücret içerisinde ödendiği kabul edilerek bu haftalara ilişkin fazla mesai hesabının 0.5 katsayıyla yapılması gerekirken 5. ve 6. haftalar için yapılan hesapta da 1.5 katsayı kullanılması hatalıdır."***(9.H.D. 05.12.2019 Gün 2017/12939 E.)- %50**

"Davacının iddia ettiği ve dosya içeriği ile kanıtlanan çalışma sisteminde 6 haftalık periyotta ilk haftadaki çalışma sistemine dönüldüğünden toplamda 6 haftalık sürede çalışılan/çalışılmayan günler tablo halinde belirtilmeli ve haftalık fazla mesai süreleri toplanıp 6 haftaya bölünmek suretiyle ortalama fazla mesai süresi belirlenmelidir. Günde 12 saat çalışma yapılmış olmakla ilke kararları gereği her gün için 1,5 saat ara dinlenme süresi düşülmeli, ayrıca gece çalışmaları da dikkate alınmalı, 45 saati aşan süre raporda fazla mesai sayılmalıdır. Haftalık 45 saati aşmasa da salt gece çalışmasından kaynaklanan fazla çalışmalar 0,5 katsayısı ile hesaplanmalıdır." **(9.H.D. 02.12.2019 Gün 2016/9172 E.)- % 50**

***"**Hükme esas alınan bilirkişi raporunda gece çalışması vardiya saatleri bölünerek ve toplam çalışma süresi haftalık 45 saatin üzerinde olduğu halde 0,50 ücret katsayısı ile çarpılarak hesaplanmıştır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden işyerinde haftalık dönüşümlü olarak gece ve gündüz vardiyalarında çalışma yapıldığı, gece çalışılan hafta cumartesi*

*yapılan yarım gün çalışmanın olmadığı, gündüz haftalık 7,5 saat fazla çalışma hesaplanmasının isabetli olduğu, ancak 20.00-08.00 saatleri arasındaki gece vardiyasında 1,5 saat ara dinlenme mahsubu ile 7,5 saati aşan 3 saatlik kısmın günlük fazla mesai olduğu, buna göre gece çalışılan haftada haftalık 15 saat fazla çalışma süresinin bulunduğu, her iki vardiyanın ortalamasının haftalık 11,25 saat fazla çalışma süresine tekabül ettiği anlaşılmaktadır. Bu miktar çalışmanın 1,50 ücret katsayısı ile çarpılarak hesaplama yapılması gerekirken gece çalışması süresinin eksik hesaplanıp eksik katsayı ile çarpıldığı rapora itibarla hüküm kurulması hatalıdır."***(9.H.D.24.02.2020 Gün 2016/18530 E.)- %150***

İBRANAME

7)İBRANAME NE ŞEKİLDE DÜZENLENMELİDİR? BANKA DIŞI YOLLARLA YAPILAN ÖDEMELERİN İBRANAMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ NEDİR?

*"Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması gerekir."***(9.H.D. 18.04.2017 Gün 2015/17421 E.)**

*"6098 sayılı Kanun'da,işverence yapılacak olan ödemelerin banka yoluyla yapılması zorunluluğunun getirilmesi, ibranamenin geçerliliği noktasında sonuca etkilidir. Ancak banka dışı yollarla yapılan ödemelerde de borç ibra yerine tamamen veya kısmen ifa yoluyla sona ermiş olur.***(22.H.D.12.02.2020 Gün 2016/29816E.)** Ödemelerin banka aracılığıyla yapılması şarttır. Banka kaydı ile ödeme yapıldığının sabit olması halinde ilgili belge makbuz hükmünde kabul edilebilir.*"***(22.H.D.27.11.2019 Gün 2017/25556 E.)**

8)TEK TEK VE MİKTAR BELİRTİLEREK İMZALANMIŞ İBRANAME EKİNDE İMZALI BORDRO VEYA MAKBUZ VAR İSE İBRANAMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ NEDİR?

9.H.D. banka kanalı ile ödeme yapılmadığı için miktarlar mahsup edilemez derken**(9. H.D. 29.11.2018 Gün 2015/25475 E.)**, 22. H.D. banka kanalı dışında dahi olsa mahsup edilebileceğini belirtmektedir. **(22. H.D. 10.01.2019 Gün 2017/18959 E.)**

9. Hukuk Dairesi 04.01.2021 tarihinde bu konuda ilkesel bir karar almıştır. Buna göre; T.B.K. 420.maddesinde öngörülen bankaya ödeme zorunluluğunun ibra belgeleri için gerektiği ancak ifaya dair makbuz, bordro vs ödemelerinde bankaya ödeme şartının bulunmadığı kabul edilmiştir.Miktar içeren makbuz bordro karşılığının işçiye ödendiğini gösteren belgeler geçerli olup, işçilik alacaklarından mahsup edilir. İşçinin bu belgelere karşı irade fesadı iddiası ileri sürmesi mümkündür. Hata veya hile ile imzalatıldığı, ödeneceği vaadiyle imzaladığı şeklinde iddialar varsa tanık delili ve diğer her türlü delil ile ispatlanabilir. İrade fesadı iddiası varsa tüm deliller ile birlikte işverenin ödemeyi defter ve kayıtlarına yansıtıp yansıtmadığı da değerlendirilir.

İbraname şeklinde düzenlenen belgelerde miktar yazılı olsa dahi kanun gereği bankaya ödeme olmadığı sürece makbuz etkisinden söz edilemez.

9) AÇIK ORANTISIZLIK HALİNDE İBRANAME GEÇERLİ MİDİR?

"İbra sözleşmelerinin geçerli olması için yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibranameler kesin olarak hükümsüz olacaktır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla, açık oransızlığın bulunduğu durumlarda anılan belge ibraname değil, ancak makbuz niteliğindedir. Bu yön ise, ibranamenin verildiği tarih göz önünde tutularak zarar görenin gerçek zararının uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanması suretiyle belirleneceği hukuksal gerçeği ortadadır. Yeri gelmişken açık oransızlık (açık nispetsizlik- fahiş fark) kavramını da açıklamak gerekmektedir. İsviçre Federal Mahkemesine göre açık oransızlık, karşılıklı edimler arasında "göze çarpan aşırı bir fark" anlamına gelir. Normal bir kimsenin hayat, bilgi ve görgüsüne göre, edimler arasında olağanüstü ve aşırı bir farkın bulunması durumunda açık oransızlığın oluştuğu kabul edilir. Açık oransızlık, edimler arasında bir misline yakın, bir misli veya daha fazla fark bulunmasıdır. Gerçek anlamda bir ibranameden söz edebilmek için tanzim edilecek tutar ile buna karşılık alınacak tutar arasında açık bir oransızlığın bulunmaması gerekir. Açık oransızlığın bulunduğu durumda belge ibraname değil, ancak makbuz niteliğindedir." **(Y.H.G.K. 12.02.2019 Gün 2015/21-1323 E.)**

Kanaatimize göre örneğin işçinin gerçek alacağı 30.000 TL ise, 15.000 TL(dahil) ve yukarısı şeklindeki ödemeler açık orantısızlık oluşturmaz. Ancak 15.000 TL(hariç) ve altındaki her ödeme açık orantısızlık oluşturacağından, bu şekilde yapılan ödemelerin ibra etkisi olmayıp, sadece makbuz etkisi vardır.

10) İBRANAMEDE "YAPMADIM-ETMEDİM- ÇALIŞMADIM" ŞEKLİNDEKİ İFADELERİN İBRANAMENİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ NEDİR?

9.H.D. 6098 sylı kanun döneminde "yapmadım" şeklindeki hukuki fiiller ibraname konusu yapılamaz, bu yönden ibra geçersizdir**(9.H.D.21.03.2018 Gün 2015/11742E.)** derken, 22.H.D.ibranamede sayılan alacakların "doğmadığının, bulunmadığının" belirtilmesini geçerli saymıştır. **(22. H.D. 29.05.2019 Gün 2017/22739 E)**

11) İBRANAMEDE İSTİFA BEYANI GEÇERLİ MİDİR?

9.H.D.'ye göre ibranamede davacının işyerinden kendi isteği ile ayrıldığı yönündeki açıklaması geçerlidir. İstifa iradesinin fesada uğratıldığı süresinde ve yöntemince ispatlanmalıdır.**(9.H.D. 30.09.2019 Gün 2017/12092 E.)**

FESİH

12) ÖNE GEÇEN FESİH HAKKI NEDİR?

Örneğin işçi hakkında disiplin soruşturması devam ederken, işçi haklı nedenle sözleşmeyi feshetse bu feshe geçerlilik tanınır mı?

9 HD önceki içtihadında işçi tarafından yapılan feshin, karşı tarafın kullanması gereken fesih hakkını bertaraf ettiği ve bu nedenle hakkını kötüye kullandığından sözedilemeyeceğini; zira davacı işçinin yasal nedenlerle fesih hakkını kullandığını, bir anlamda silahını önce çektiğini, böyle olunca davacı işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını kabul etmekteyken **(9. H.D. 24.12.2015 Gün 2014/25512 E.)**, güncel içtihadında, "işveren açısından haklı fesih nedenlerinin oluşmasından sonra salt fesih prosedürünü etkisiz kılmak için işçinin kendisinden kaynaklanan derhal fesih nedenlerine dayanmasının mümkün olmayacağına, davalı işyerinde işveren açısından haklı fesih sebebi oluşturduğuna kuşku duyulmayan bir çok usulsüz işleminin ortaya çıkmasından sonra devam eden soruşturma sürecinde evlendiği ve bu durumu fesih nedeni yaptığı anlaşılmakla davacı işçinin hakkın kötüye kullanımı mahiyetindeki öne geçen feshinin hukuken korunmayacağına" karar vermiştir.**(9.H.D. 17.02.2020 Gün 2017/14500 E.)**

13) İŞÇİ İSTİFA DİLEKÇESİNDE SALT ÖZEL NEDENE DAYANMIŞ İSE, DAVA DİLEKÇESİNDE BU NEDENİ AÇIKLAYIP GENİŞLETEBİLİR Mİ?

9. H.D. özel nedenin değiştirilip genişletilebileceğine karar verirken,

"*Davacı işverene sunduğu istifa dilekçesinde nedeni açıkça göstermeyip,* ***özel nedenler*** *gerekçesine yer vermiş olup* ***fesih tarihinde ödenmemiş fazla çalışma ücreti alacağı vardır****. Bu durum davacıya 24/II-e maddesi gereği haklı fesih imkanı tanıyacağından kıdem tazminatının kabulüne karar verilmelidir."***(9.H.D. 19.11.2019 Gün 2016/36040 E)**

22. H.D. özel nedenin genişletilip değiştirilemeyeceğine karar vermiştir.

*"Davacı el yazısı ile yazdığı istifa dilekçesinde çalıştığım görevimden özel sebeplerden dolayı istifa ettiğini beyan etmiştir. Davacı özel sebeplerlerden iş sözleşmesini feshetmiş olduğundan fesih gerekçesi ile bağlı olduğu gözetilerek haklı sebebi kanıtlaması gerekmektedir. Fesih bildiriminde belirtilen " özel sebep" ibaresinin eksik ya da hiç ödenmeyen işçilik alacaklarını kapsadığı düşünülemez."***(22.H.D.16.10.2019 Gün 2017/24567 E.)**

9. HUKUK DAİRESİ 04.01.2021 TARİHLİ TOPLANTIDA BU KONUDA KARAR ALMIŞTIR. BUNA GÖRE; Özel nedenlerle istifa sonradan haklı feshe dönüştürülemez. "Görülen lüzum üzerine" istifada ise dilekçenin genel bir nitelik taşıdığı, kısa süre içinde haklı fesih nedenine dayanılabileceği kabul edilmiştir[8]

"Genel müdür yardımcısı olarak çalışan davacının özel neden olarak belirttiği fesih nedeni İş Kanununda haklı sebep olarak düzenlenmemiştir. İş sözleşmesini haklı nedenle fesih ettiğini iddia eden tarafın haklı fesih gerekçesinin ne olduğunu açıkça belirtmesi gerekir. Davacı tarafından verildiği kabul edilen yazılı fesih bildiriminde, haklarını saklı tuttuğunu belirtmiş olması ucu açık olan özel neden kavramını, işçinin daha sonra istediği şekilde

[8] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları sy 1641

doldurma hakkını vermez. Hal böyle olunca iş sözleşmesi davacı tarafından haklı neden iddia edilmeden fesih edildiğinden kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır." **(9. H.D. 22.03.2021 Gün 2021/2792 E.)**

Fesih bildiriminde fazla çalışma ücretinin ödenmemesine dayanılmışsa, ödenmeyen fazla çalışma ücreti veya hafta tatili ücretinin tespiti halinde fesih haklı olarak değerlendirilir. Ancak fazla çalışma ücretinin ödenmediğine yönelik fesih, bayram ve genel tatil ücretine kadar genişletilemez.

14)HAKSIZ FESİH TAZMİNATI 4857 SY.LI KANUNA TABİ İŞÇİLERE UYGULANIR MI?

*"6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 438. maddesi, İş Kanunu kapsamında olmayan, fakat Türk Borçlar Kanununa tabi iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı neden olmaksızın derhal feshi durumunda uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla bu tazminat 4857 sylı kanuna tabi işçilere uygulananamaz."***(22.H.D .14.05.2019 Gün 2017/22274 E.)- UYGULANAMAZ.**

"Dava konusu uyuşmazlık, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak belirsiz süreli iş akdi ile çalışan davacı işçinin, davalı işveren tarafından yapılan fesih nedeniyle T.B.K.'nın 438/f.3 maddesine istinaden talep edilen tazminata hak kazanıp kazanmadığına ilişkindir. T.B.K. 438/f.3 maddesinde yer alan ve haksız fesih tazminatı olarak da adlandırılan bu tazminat, ***Borçlar Kanununa veya iş güvencesi kapsamı dışında kalan İş Kanununa tabi belirsiz veya belirli süreli iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacaktır****. Söz konusu maddenin gerekçesine göre de, bu tazminatın hükmedilip hükmedilmemesinde ve miktarının belirlenmesinde "somut olayın bütün durum ve koşulları (tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebepler) gözönünde bulundurulacaktır. Bunun yanısıra, haksız feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığı, işçinin kişilik haklarını zedelenmesinin derecesi, işçinin birlikte kusuru da Hakimin takdirini etkileyecektir.(SÜZEK, İş Hukuku, 15 Baskı, ..., 2018, s. 736-737.) Mahkemece davalı işveren tarafından iş akdinin haklı sebeple feshedildiğine ilişkin delil sunulmadığı gerekçesiyle feshe bağlı alacak olan ihbar tazminatı ile birlikte haksız fesih tazminatına da karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak haksız fesih tazminatı T.B.K.'nın 438/f.3 maddesi kapsamında tamamen hakimin takdirine bağlı bir tazminat olup, bu tazminatın hangi sebeplerle kabul edildiğine ilişkin bir gerekçe bulunmamaktadır. Diğer taraftan, haksız fesih tazminatına hükmedilmesine ilişkin gerek madde gerekçesinde ve gerekse doktrinde belirtilen somut olayın bütün durum ve koşullarına ilişkin özel sebeplerin bulunduğu da dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Bu nedenlerle haksız fesih tazminatının reddine karar verilmesi gerekirken, gerekçesiz şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır."* **(9. H.D. 04.04.2018 Gün 2017/5587 E.)- UYGULANABİLİR.**

Öğretide Göktaş'a göre; *"T.B.K. 438/3.fıkrası hükmü, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshinde uygulanabilir. İş güvencesine tabi işçiler bakımından haksız feshin yaptırımı özel olarak düzenlendiğinden bu tazminat iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde uygulanmaz."*[9]

15) İSTİFA DİLEKÇESİNDE NELERE DİKKAT EDİLMELİDİR? İRADE FESADI İDDİASI KAÇ YIL İÇİNDE İLERİ SÜRÜLMELİDİR?

[9] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 284-285 Seçkin Yayınları Ankara 2020

İşçinin istifa dilekçesinde bir neden açıklaması halinde, belirtilen nedenle bağlı olduğu yargıtay tarafından kabul edilmektedir. İşçi daha sonra belirttiği nedeni değiştirip, genişletemez.

Özel nedenlerle istifa sonradan haklı feshe dönüştürülemez.(04.11.2020 tarihli ilke kararı) "Görülen lüzüm üzerine" nedeni ise genel bir içerik taşıdığından sonradan kısa sürede haklı fesih nedenine dayanılabilir.

İlke kararından önce 9 HD, özel nedenlerle istifanın kısa süre içinde haklı fesih nedenine dönüştürülebileceğini kabul ettiği kararı da vardır.**(9. H.D. 27.11.2019 Gün 2016/9249 E.)**

Davacı özel nedenlerden şeklinde açıklama ile sözleşmesini feshetmiş olduğundan, fesih gerekçesi ile de bağlı olduğu gözetilerek haklı sebebini ispatlaması gerekir.**(9. H.D. 25.11.2020 Gün 2016/32735 E.).** Yargıtayın bu kararından da tespit edilebileceği üzere " özel nedenler" veya " ailevi nedenler ancak evlilik tarihinden 1 yıl içinde yapılması kaydıyla evlilik sebebi ile fesih olarak yorumlanabilir.

İstifa bildiriminde belirtilen "şahsi ve ailevi nedenlerle" ibaresinin eksik ya da hiç ödenmeyen işçilik alacaklarını kapsadığı kabul edilemez. **(22.H.D. 26.12.2019 Gün 2016/25636 E.)**

Davacı "şahsi gerekçelerle" şeklindeki açıklama ile sözleşmesini feshetmiş olduğundan, fesih gerekçesi ile de bağlı olduğu gözetilerek haklı sebebini ispatlaması gerekir..**(9. H.D. 21.10.2020 Gün 2016/28668 E.)**

İstifa dilekçesinde belli bir nedene dayanılmamışsa, makul süre içinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin ileri sürülmesi mümkündür..**(9.H.D.20.10.2020 Gün 2016/28110 E.)**

İstifa dilekçesinde belli bir nedene dayanılmamışsa, makul süre içinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin ileri sürülmesi mümkündür..**(9.H.D.10.02.2020 Gün 2016/12937 E.)**

İş sözleşmesinin feshinden 3 yıldan fazla süre sonra açılan davada istifa dilekçesinin haklı feshe tahvili için gerekli olan makul süre geçmiştir..**(9. H.D. 06.10.2020 Gün 2017/16715 E.)**

Dava 3 yıl sonra açılmış olmakla bu aşamada irade fesadına dayanılması mümkün değildir..**(9. H.D. 10.06.2020 Gün 2017/15690 E.)**

İrade fesadı iddiası TBK m.39 uyarınca 1 yıl içinde ileri sürülebileceğinden istifa tarihinden yaklaşık 2 yıl sonra açılan davada istifa iradesinin fesada uğratıldığının kabulü mümkün olmaz. **(9. H.D. 30.09.2020 Gün 2016/26654 E.)**

Somut uyuşmazlıkta, dosyaya sunulan, el ile yazılı, davalının imzasını havi ve davalı tarafından imza inkarında bulunulmayan 13.01.2014 tarihli istifa dilekçesinde haklı bir nedene dayanılmamış, içeriğinde davalının ***şahsi gerekçeler*** *ile kendi isteğiyle işten ayrıldığının yazılı olduğu görülmüştür. Dosyadaki mevcut delil durumu itibariyle, davalı*

işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun ihbar öneli tanımadan sona erdirdiği, istifa dilekçesinin hile, tehdit veya ikrah yoluyla imzalatıldığının da davalı tarafından ispat edilemediği, yargılama sırasında davalının ileri sürdüğü sebeplerin soyut istifayı haklı çıkarmaya yönelik olduğu anlaşıldığından, davalının istifa iradesine değer verilerek davacı işverenin ihbar tazminatı talep etmekte haklı olduğu sonucuna varılmıştır. **(9. H.D. 01.03.2018 Gün 2018/1780 E.)**

Yukarıda sunmuş olduğum kararlara rağmen İstanbul BAM 26. H.D. aynı görüşte değildir.

*"Davacı vekili 11.03.2016 tarihli dava dilekçesi ile iş akdinin işveren tarafından haklı neden olmadan feshedildiğini, davacıdan tazminatların ödenmesi vaadiyle istifa dilekçesi alındığını iddia etmiştir. Davalı vekili davacının başka bir işyerinde çalışmak için kendi iradesi ile işten ayrıldığını davacının istifa ettiğini savunmuştur. İşten ayrılış bildiriminin kuruma(03) istifa kodu ile bildirildiği görülmüştür. Dosyaya sunulan ve davacı tarafından imzası inkar edilmeyen el yazılı dilekçenin 11.09.2007 tarihi ile " Çalışmakta olduğum ... şirketten başka bir işyerinde çalışma düşüncemden dolayı kendi isteğim ile istifa ediyorum, bilginize sunulur. 22.10.2013" olduğu görülmüştür. Davacıya ait hizmet cetvelinin incelenmesine davacının işten ayrılmasından yaklaşık 5 ay sonra yeni bir işyerinde çalışmaya başladığı görülmüştür. Yaklaşık 9 yıldır aynı işyerinde çalışan işçinin kıdem tazminatını almadan işyerinden istifa etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı görülmekle, davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kesin olarak kabulüne..."***(İST. BAM 26. H.D. 08.04.2021 Gün 2018/2036 E.)**

İlgili Bam kararına katılmamız mümkün değildir. Zira davacı el yazılı istifa dilekçesinde-matbu değil- istifa nedeni olarak başka bir işyerinde çalışacağını belirtmiştir. Dolayısıyla davacı istifadaki fesih sebebi ile bağlı olup, bu nedeni dava dilekçesinde genişletemez. İkinci olarak davacının istifa tarihi 22.10.2013 tarihi olup, davacı bu davayı 11.03.2016 tarihinde açmıştır. Davada irade fesadı iddisında bulunmadığı gibi, davacının 5 ay sonra başka bir işyerinde çalıştığı da sabittir. Kaldı ki davacı istifa akabinde bir süre sigortasız da çalışmış olabilir. Hal böyle iken özellikle kıdem süresi yüksek olan işçiler açısından sırf tazminat taleplerini kabul edebilmek için " hayatın olağan akışı" karinesinin arkasına sağınılmasını doğru bulmuyorum.

22.H.D.'nin aşağıdaki kararından da tespit edilebileceği üzere "başka bir işte çalışmak" için işten ayrılan işçi daha sonra "çalışma koşullarının uygulanmadığı" iddiasında bulunamaz.

"Davacı "başka bir işte çalışacağım" şeklindeki açıklama ile iş sözleşmesini feshetmiş olduğundan, fesih gerekçesi ile de bağlı olduğu gözetilerek haklı sebebi kanıtlaması gerekmektedir. Fesih bildiriminde belirtilen bu gerekçenin işyerinde tuvalet ihtiyaçlarını gördükleri sürelerin takibe alınması, gerçekte ödenen ücretlerin kayıtlarda gösterilmemesi, bir kısım işçilik haklarının teslim edilmeyerek yasal çalışma koşullarının uygulanmaması durumlarını kapsadığı düşünülemez. Hal böyle olunca davacının iş sözleşmesinin haklı hiçbir sebep olmaksızın istifa etmek suretiyle sona erdiğinin kabulü ile ihbar tazminatı yanında kıdem tazminatı isteminin de reddi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22. H.D. 17.06.2019 Gün 2017/22954 E.)**

16) İŞÇİ, YAŞ HARİÇ EMEKLİLİK KOŞULU İLE İŞTEN AYRILMADAN ÖNCE BAŞKA BİR İŞYERİ İLE SÖZLEŞME İMZALAR İSE BU HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI MIDIR?

9. H.D. birleşme öncesi yaş hariç emeklilik şartlarını taşıyan işçinin bu sebeple iş sözleşmesini feshetmeden önce, başka bir işverenle sözleşme hazırlığı içinde olması/sözleşme imzalaması halinde kıdem tazminatına hak kazanamayacağını kabul etmekteydi. Bazı Bölge Adliye Mahkemeleri de yargıtay gibi karar vermekteydi.

*"Dosya içeriğine göre davacı işçi 19.09.2013 tarihinde başka bir iş yeri ile iş sözleşmesi imzalamış daha sonra 30.09.2013 tarihinde de davalı iş yerinden ayrılmıştır. Davacı işçi Medeni Kanun'un 2. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. maddesi düzenlemesi karşısında fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmamıştır. Davacının iş akdini yeni bir iş bulup, iş sözleşmesi imzalaması üzerine sona erdirdiği açıktır. Hakkın kötüye kullanımını hukuk korumamalıdır. Ayrıca davacı işçi çalışması devam ederken başka bir işveren ile iş akdi imzalayarak sadakatsız davrandığından davacının kıdem tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir".***(9. H.D. 03.12.2018 Gün 2015/28570 E.)***

"Yaş hariç emeklilik kriterlerine haiz olan işçinin başka bir işyerinde çalışmak üzere sözleşme imzaladıktan sonra ayrılması halinde hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir." **(Antalya BAM 10. H.D. 2019/2699 E.)**[10]

Ancak birleşmeden sonra Eylül 2020 tarihli ilke kararı gereği bu görüşünden dönmüş ve işçinin sözleşme hazırlığı içinde olmasını veya sözleşme imzalamış olmasını hakkın kötüye kullanımı olarak kabul etmemiştir.

*"1475 sayılı Kanun'un 14/5. bendi kapsamında yaş hariç emeklilik sebebiyle ayrılmalarda işçi ayrıldığı tarihte sigortalılık süresini ve prim gün sayısını tamamlamış ise kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Zira, yasadan doğan bir hakkı bulunmaktadır. İşçinin daha sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması, ayrılmadan önce diğer işyeri ile görüşme ve hatta sözleşme yapması kanuna karşı hile olarak değerlendirilemez."***(9.H.D. 05.11.2020 Gün 2016/29768 E.)***

*"Finans şirketine mahkememizce yazılan yazıya verilen cevapta davacının 01.06.2015 tarihinde işe başladığının ve görüşme tarihinin 29.04.2015 olduğunun belirtildiği anlaşılmış olup, davacının yasal koşullara sahip olmasına rağmen, önce iş bulduğu, daha sonra ise iş sözleşmesini yaş hariç emeklilik koşullarını taşıdığı gerekçesi ile feshettiği, davacının Medeni Kanunu'nun 2. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. maddesi düzenlemesi karşısında fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmadığı, hakkın kötüye kullanımını hukukun korumayacağı gerekçesiyle kıdem tazminatı talebi reddedilmiştir.Davacının, yasadan doğan emeklilik hakkını kullanmak amacıyla iş sözleşmesini feshetmesi hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağından, Mahkemece, kıdem tazminatı talebinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9. H.D. 14.10.2020 Gün 2016/26168 E.)***

17) YAŞ HARİÇ EMEKLİLİK NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH HAKKI KAÇ KERE KULLANILABİLİR?

[10] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları sy 1468

9. H.D.'nin aşağıda yer verdiğimiz kararına göre yaş hariç emeklilik nedeniyle iş sözleşmesinin fesih hakkı sadece bir kere kullanılabilir.

"Normal tahsis amaçlı emeklilik ya da yaş hariç emeklilik koşullarının oluşması halinde ayrılmalardan doğan kıdem tazminatı hakkı bir kez kullanılabilecek haklardandır. İşçi bu hakkı bir kez kullandığında bir sonraki çalışma dönemi için bu düzenlemelere dayanarak tekrar kıdem tazminatı isteyemez. Bu itibarla Mahkemece yapılacak iş, dava dışı şirketin 21/5/2013 tarihli yazısı hakkında davacının beyanını alıp önceki çalıştığı bu şirketten ayrılış şekli ve tazminat alıp almadığı açıklattırılıp gerekirse ilgili şirketten ödeme belgeleri isteyip davacının 1475 sayılı Kanunun 14/5. maddesinde belirtilen hakkı daha önce kullanıp kullanmadığını netleştirip sonuca göre karar vermektir." **(9.H.D. 07.03.2016 Gün 2014/33390 E.)**

Yine aynı dairenin 2020 tarihli kararın göre bu hak sadece bir kez kullanılabilir. Ancak bu karar oyçokluğu ile alınmıştır.

"Mahkemece, davacı tarafından 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 1/5. bendi gereğince 15 yıl prim ödeme gün sayısı ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını tamamlaması nedeniyle iş akdinin feshedildiği, davacının emeklilik için yaş dışında diğer şartları tamamladığı, daha önce ... A.Ş.'de çalıştığı ve bu işyerinden de aynı nedenle ayrılarak kıdem tazminatının ödendiği, emeklilik nedeniyle hizmet sözleşmesinin fesih hakkının bir kez kullanılabileceği gerekçesiyle kıdem tazminatı talebini reddetmiş ve karar onanmıştır." **(9.H.D. 09.03.2020 Gün 2016/15082 E.)**

Kanaatimize göre Şahin Çil'in karşı oy yazısı çok daha hukuki ve sağlam bir temele dayalıdır. Karşı oy yazısına göre;

"Yaş hariç emeklilik koşullarını sağlayan işçinin bu nedenle ayrılmasının ardından başka bir işverene ait işyerinde çalışması hakkın kötüye kullanımı olmadığına göre ikinci olarak girdiği işyerinde emeklilik kriterlerinden olan yaşı halen beklediği bir sırada ve bu defa gerçekten aktif çalışma yaşamını sonlandırmak niyetiyle ayrılmasının peşin olarak kötüniyete dayandığının kabulü isabetli değildir. Doğrudan kanuna dayanan ve farklı işverenlere karşı kullanılan bu hakkın kullanılma şeklinin hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilmesi için daha somut olguların varlığına ihtiyaç bulunmaktadır. İşçinin ikinci kez işe girdiği işyerinde işe başlama anında işçinin yaş hariç emeklilik şartlarını taşımakta olması, işçinin kötüniyetli olduğu anlamına gelmez. İşe girerken mevcut olan bir hakkın ilerde derhal fesih nedeni olarak kullanılmasını yasaklayan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Nasıl ki, işe girerken evli olan bir işçinin evlilik tarihinden itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini evlilik nedeniyle feshi, hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilemez ise, işçinin yeniden işe girdiği aşamada mevcut olan yasal bir fesih nedenini kullanması başlı başına kötüniyeti ortaya koymaz. Zira evlilik sebebiyle iş sözleşmesinin feshi hakkı, evliliği takiben bir yıl içinde oraya çıkabilecek nedenlere göre kullanılabilmelidir. Kadın işçinin işe girdiği tarihten önce evlenmiş olması bu noktada önemsizdir. Zira evlendikten sonra işe giren kadın işçi dahi bir yıl içinde evlilik kurumunun gereklerine dayalı olarak iş sözleşmesini derhal feshetme ihtiyacı ortaya çıkarsa bu hakkını kullanabilmelidir. Verilen örnekte evlilik sonrasında işe girmiş olması ve fesih hakkının bir yıl içinde kullanılabilecek olması sebebiyle işçinin süre itibarıyla kıdem tazminatı hakkıdoğmasa da, işverene ihbar tazminatı ödenesi gerekmez ve sözleşmede belli bir süre çalışmaya bağlı cezai şart söz konusu ise evlilik sebebiyle iş sözleşmesini fesheden kadın işçi, cezai şarttan sorumlu tutulamaz. Aynı durum yaş hariç emeklilik

şartlarını taşıyan işçi yönünde de geçerlidir. Kanunun aradığı şartın gerçekleşmesi halinde işçinin kıdem tazminatı alarak işyerinden ayrılabilmesine imkan tanıyan hak sürekli bir hakdır ve farklı işverenler nezdinde geçen çalışmalar bakımkından birbirinden bağımsız olarak birden fazla sayıda kullanılabilir. Aynı nedenle hakkın bir kez kullanılmasından sonra ikinci kez çalışılan işyerinde çalışma süresi bir yıldan fazla ise süreklilik arz eden fesih hakkının kullanımında kıdem tazminatı talep hakkı doğar. İşçinin ikinci yaş hariç emeklilik nedenine dayalı fesih hakkının peşinen kötüniyete dayandığı ve istifa niteliğinde olduğunun kabulü halinde, işverenin işçiden ihbar tazminatı talep hakkının da doğduğu kabul edilecektir.Yaş hariç emeklilik şartlarını taşıyan işçinin 1475 sayılı Kanun'un 14/5. bendine göre ayrılması ve kendisine kıdem tazminatı ödenmesi, bu hakkın daha sonra çalışılan işverene karşı kullanılmayacağı anlamına gelmez. Her şeyden önce Kanun'da bu hakkın sadece bir kez kullanılabileceğine dair bir kural mevcut değildir. Ayrıca bu hakkın bir kez kullanılabileceği şeklinde bir uygulama, önceki işverene tarafından kıdem tazminatı ödenip ödenmediğinin araştırılması, bu yönde bir dava açılması durumunda sonucunun bekletici mesele yapılması gibi gereksiz aşamalara neden olabilecektir. Kıdem tazminatı işçinin işinde yıpranmasının karşılığı olan özel bir tazminat türüdür. Tamamen yasal koşullara bağlı olarak ödenmektedir. 1475 sayılı Kanun'un 14/5. maddesinde, işçinin yaş hariç emeklilik şartlarını haiz olması kıdeme hak kazandıran nedenler arasında gösterilmiş olup, bu hakkın sadece bir kez kullandırılması gerektiği, bu hakka dayalı olarak kıdem tazminatı alan işçinin bir daha aynı fesih nedenine dayanamayacağı Kanunda düzenlenmemiştir. İşçinin ikinci kez çalışması peşinen kötüniyetli sayılmadığına göre ikinci kez farklı bir işverene ait işyerinde çalışan işçinin aynı hakkı kullanması doğrudan kötüniyet olarak değerlendirilmemelidir. Aksi halde, ikinci kez çalışılan işyerinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmek için, yaş dahil emeklilik hakkını kazanana kadar çalışması gerekliliği şeklinde bir sonuç ortaya çıkacaktır. Oysa yasal düzenlemeye göre yaş hariç emeklilik şartlarını sağlamış olan işçi herhangi bir aşamada kıdem tazminatı alarak ayrılabilmeli ve belli bir süre çalışmadan beklemesi halinde yaş koşulu sağlandığında kendisine yaşlılık aylığı bağlanabilmelidir. Yaş hariç emeklilik şartlarını taşıyan işçinin SGK'dan belge almak suretiyle bu hakkını birden fazla işverene ve sonsuz şekilde kullanabileceği görüşü de varsayımdan ibarettir. Yaş hariç diğer şartların kazanılması üzerine birkaç yıl için yaş koşulunun beklendiği dikkate alındığında ve ikinci hatta üçüncü kez çalışılan işyerlerinde kıdem tazminatına hak kazanmak için ayrı ayrı birer yıl çalışılması gerektiği düşünüldüğünde dayanılan yasal hakkın çok fazla sayıda kullanımı söz konusu olmaz. Kaldı ki işçisizliğin yoğun olduğu ülkemizde işçinin her defasında yeni bir işe girerek aynı beklemBunun gibi özel durumlar dışında yasanın kendisine tanıdığı açık bir hakkı kullanan işçinin salt ikinci kez çalıştığı işyerinde de yaş hariç emeklilik koşullarına dayalı fesih sebebine göre özel hiçbir ispat vasıtası olmadığı halde işçinin peşinen hakkını kötüye kullandığının kabulü yerinde değildir. Hakkın kötüye kullanımı gibi çok ağır sonuçları olan bir hukuki olgunun kesin ve inandırıcı delillerle ortaya konulması gerekir. Kanuna dayanan hakkın kullanımında hakkın kötüye kullanımı denilebilmesi için daha ağır koşulların varlığı aranmalıdır. İşçinin salt kıdem tazminatı alabilmek için yasal hakkını kullandığının somut güçlü delillerle ortaya konulması gerekir.

Yeni 9. H.D. Eylül 2020 tarihinde bu konuda ilke kararı almıştır. Buna göre; yaş hariç emeklilik kriterlerini haiz olan işçi bu yolla kıdem tazminatı alma hakkını sadece bir kez kullanabilir.

Kanaatimize göre yeni 9.H.D.'nin bu ilke kararını değiştirmesi gerekir. Zira yaş hariç emeklilik nedeniyle iş sözleşmesinin fesih hakkının sadece bir kere kullanılabileceğine dair kanunda açık bir düzenleme yoktur.

18) DEĞİŞİKLİK FESHİ NEDİR?(İŞ ŞARTLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK) NAKİL YETKİSİNİN SAKLI TUTULDUĞU SÖZLEŞME KAYITLARI GEÇERLİ MİDİR?

Değişiklik feshi 4857 sylı İş Kanunu ile ilk defa getirilen bir düzenlemedir. 4857 sylı kanunun 22. Maddesi uyarınca " İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun 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. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.

Söz konusu madde ile ilgili yargıtayın birçok farklı kararı vardır. Bu konu iş hukukunu en çok meşgul eden konulardan biridir. Özellikle işçinin başka işyerlerine naklini içeren sözleşme kayıtlarının olması halinde, işçinin bu nakle rıza gösterme zorunluluğu olup olmadığının veya bu rızanın geçerli olup olmadığının detaylıca incelenmesi gerekir. Nakil yetkisinin saklı tutulduğu sözleşmesel kayıtların genel işlem koşulu niteliğinde olup bu nedenle geçersiz olduğuna dair yargıtay kararları olduğu gibi, bu kayıtların geçerli olduğunu belirten yargıtay kararları da vardır. İşçinin yapılan değişikliğe karşı suskun kalarak yeni iş koşullarında çalışmaya devam etmesinin bu değişikliği kabul anlamına gelip gelmediği, daha sonra yapılan bu değişikliği haklı fesih nedeni yapıp yapamayacağına dair yargısal tartışmalar mevcuttur. Yine İK 22/2 hükmü, İK 22/1 hükmü ile kanaatimce çelişir haldedir. Özellikle suskan kalma(zımni kabul) anlamında işçi aleyhine olacak şekilde İK 22/2 hükmü bazı kararlarda kullanılmaktadır. Öğretide Göktaş'a göre *"iş Kanununun 22.maddesinin 1.fıkrası iş güvencesi kapsamındaki işçiler için geçerli olup, 22.maddenin 2.fıkrası iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için hüküm ifade eder."*[11] Aşağıda bu kararlara ayrıntılı olarak yer verilecek olup öncelikle doktrinde iş şartlarındaki esaslı değişikliğin ne olduğuna bakmamız gerekir

Öğretide YABA'nın görüşüne göre;"*İşyeri uygulaması oluşmaması amacı ile öngörülen bağlayıcı olmama kayıtları, işverenin belirli koşullarda sağladığı edimleri geri almasına olanak tanıyan geri alma kayıtları, işyerleri arası nakil kayıtları, belirli süre kayıtları gibi saklı tutma kayıtları da Türk Borçlar Kanunu madde 24 kapsamında değişiklik kayıtları teşkil ettiğinden denetime tabi tutulmalıdır. Yargıtay tarafından değişiklik kayıtları "genişletilmiş yönetim hakkı" olarak kabul edilmekte idi ise de* ***Türk Borçlar Kanunu madde 24 düzenlemesi ile birlikte kanaatimizce de artık bu***

[11] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 144-145 Seçkin Yayınları Ankara 2020

kayıtların yönetim hakkı kapsamına dahil edilmesi mümkün olmadığından geçersiz olur.[12]

"4857 sylı İş Kanununda öngörülen 22.madde hükmüyle işçinin çalışma koşullarında aleyhine esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde, işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş akdini feshetmek zorunda kalmaktadır. İşçinin feshe zorlanması yerine, sözleşmeyi fesih riski işverene yüklenmiştir. Değişiklik feshi hükümleri sadece iş güvencesi kapsamına değil, iş güvencesi kapsamı dışında kalan iş kanununa tabi iş ilişkilerine de uygulanır. Çünkü her şeyden önce İK 22'de herhangi bir istisna görülmemiştir. 22. Madde hükümleri bir tek belirli süreli iş sözleşmelerine uygulanmaz. Madde gerekçesi böyledir. İşverence çalışma koşullarında yapılan değişiklikler onun yönetim hakkı çerçevesinde kalıyorsa aleyhe esaslı değişiklik sayılmazlar ve İK 22'nin uygulama alınına girmezler. Bir başka deyişle işveren yönetim hakkının kapsamında bulunan konularda tek taraflı değişiklik yapabilir. İş akdinin objektif esaslı unsurlarına müdahale oluşturan, bu sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini belirli ölçüde bozan değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilir. İş görme ediminin sinallagmasını oluşturan her türlü işçi aleyhine değişiklik esaslı değişiklik niteliği taşır"[13].

"İşverence değişiklik yapma hakkının saklı tutulması(değişiklik kayıtları) öğretide bazı aksi görüşlere karşın kanımıza göre yasaklanmıştır. Anılan yasanın 24.maddesi uyarınca genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır. Bu nedenle tip iş akitlerinde veya iç yönetmeliklerde değişiklik kayıtları yer alamayacağından, bunlarda yapılacak esaslı değişiklikler ancak İK 22 hükümlerine uyulmak suretiyle gerçekleştirilebilecektir. "[14]

Aşağıda yer verilen 9.H.D.'nin iki kararı bence son derece yerinde gerekçeler barındararak, değişiklik kayıtlarının geçerli olmadığını belirtmektedir. Kanaatime göre de esas olan ahde vefa ilkesi olup bu konuda sözleşme ile değişiklik kayıtlarının saklı tutulması aynı zamanda genel işlem koşulu niteliğinde olup geçersizdir.

"Davacı, davalıya ait Kocaeli ili Derince ilçesinde bulunun işyerinde çalışırken işyerinin Gebze ilçesine taşındığını, yeni iş yeri yerleşim yerine uzak olduğu gibi bu değişiklikle ilgili rızasının alınmadığını, yazılı bildirim yapılmadığını beyan edip iş sözleşmesini fesh etmiş ve feshin haklı olduğunu ileri sürüp kıdem tazminatı istemiştir. Davalı,iş sözleşmesi ile yer değişikliğinin baştan kabul edildiğini, bunun haklı fesih nedeni yapılamayacağını savunmuş ve Mahkemece savunmaya değer verilerek kıdem tazminatı talebi red edilmiştir. Taraflar arasında geçerli olan iş sözleşmesinde ülke dahilinde başka illerde dahi çalışmanın kabul edildiğine dair hüküm bulunmakta ise de, bu hüküm Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddeleri uyarınca genel işlem koşulları ile ilgili hükümlere göre geçersizdir. Somut olayda işyeri değişikliği 4857 sayılı Yasanın 22. maddesi kapsamında davacının aleyhine iş şartlarını esaslı şekilde değiştirir nitelikte olduğu gibi, işçiye bu konuda yazılı bildirim yapılıp rızasının alındığı ve değişikliğin işçi yönünden külfetlerine yönelik olarak olanak sağlandığı da kanıtlanamamıştır. Bu halde davacı tarafça yapılan feshin haklı

[12] Arş. Gör. Tuğçe YABA "Genel İş Koşullarının Denetimi" Dergipark, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 16, Sayı 1, syf 129-159

[13] Süzek, Sarper "İş Hukuku" syf 671-672 Beta Yayınları 2020 İstanbul

[14] Süzek, Sarper "İş Hukuku" syf 679 Beta Yayınları 2020 İstanbul

*olduğu kabul edilmeli iken yazılı gerekçe ile kıdem tazminatı talebinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9.H.D. 02.03.2015 Gün 2013/13487 E.)**

"**4857 sayılı İş Kanunu'nun 22/1. madde hükmünün yukarıda belirtilen konuluş amacı ve kesin bağlayıcılığı karşısında, işverenin çalışma koşullarını değiştirebilme hakkını saklı tutan sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nakil yetkisinin geçerli olduğu kabul edilip ardından nakil işlemine uymayan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceğini kabul etmek kanunun açık düzenlemesine ve işçiyi koruma ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir. İşçiyi korumak için düzenlendiğinden şüphe edilmeyen bir kanun hükmünü işçi aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumlanması iş hukukunun temel ilkelerine uygun düşmemektedir. İş Kanununun 22. maddesinin açıkça işçiyi korumayı amaçlayan emredici hükmünün, nakil hakkının baştan sözleşme ile saklı tutulabileceğini kabul etmek, kanun koyucunun öngörmediği tazminatsız fesih sonucuna götürmektedir. Bu sonuç hem işçinin haklı nedenle fesih hakkını ortadan kaldırmakta, hem de işverene haklı nedenle fesih fırsatını doğurmak suretiyle işçiyi koruma ilkesini ihlal etmektedir. Bu nedenle somut olayda nakil yetkisini saklı tutan sözleşme hükmü geçersiz sayılmalı, çalışma koşulları esaslı tarzda değiştirilen davacının bu değişikliği kabul etmemesi nedeniyle işverence yapılan feshin haksız olduğu kabul edilerek davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmalıdır."(9. H.D. 16.04.2014 Gün 2012/7419 E.)**

Ancak 22 HD ve 7 HD'nin bu yönde çokça aksi kararı vardır. Bu dairelere göre nakil yetkisini saklı tutan sözleşme hükümleri hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olmadıkça kural olarak geçerlidir. Ancak bu daireler maalesef sözleşme hükümlerini, genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığına ilişkin denetim yapmadan değerlendirmektedir.

"İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 4.d maddesinde işverenin işçiyi başka illerde geçici veya daimi surette görevlendirebileceği kararlaştırılmıştır. Davacı görevlendirildiği yeni yere gidip işe başlamadığından, iş akdi davalı tarafından haklı olarak feshedilmiş olup kıdem ve ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece kabulüne karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(7.H.D.02.04.2014 Gün 2013/27687 E.)**

"İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma şartlarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. İşçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. Ayrıca işverenin yönetim yetkisini genişleten bu

*kayıtların verdiği yetkinin kullanımı, sözleşmede çizilen sınırlara uyularak ve iyiniyetle olmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir. İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli sebebe dayanan değişiklikler, çalışma şartlarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Somut olayda, davacının görev yeri değişikliğine ilişkin bildirime el yazısı ile transferi kabul etmediğini, tazminatlarını alarak ayrılmak istediğini belirttiği anlaşılmaktadır. Dosya kapsamından, davacının çalışma şartlarında esaslı değişiklik yönünden işletmesel gerekliliklerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, davalı işverenin sözleşmedeki nakil yetkisini kötüye kullandığı da ispat edilmiş değildir. Dairemiz uygulamasına göre de, nakil yetkisi kötüye kullanılmamışsa nakle rıza göstermemek fesih için geçerli sebep olarak kabul edilmektedir. Feshin son çare olması ilkesi bakımından ise davacı çalışabileceği iş ile ilgili bir beyanda bulunmadığı, ne gibi tedbir alınabileceği kapsamında bir iddiası olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır."***(22.H.D. 24.05.2018 Gün 2018/5340 E.)***

22. H.D. bu kararı ile kanımca ispat külfetini hatalı olarak işçiye yüklemiştir. Oysa işçi tarafından nakil yetkisinin kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde, bu hakkın objektif olarak kullanıldığını ispat külfeti işveren üzerinde olmalıdır. Bu görüşümüze uygun olarak 9. H.D. işverenin nakli zorunlu kılan objektif nedenlere ilişkin delil ibraz etmesini aramıştır.

*"Her ne kadar nakil yetkisi sözleşmeden kaynaklanmakta ise de, bu nakil yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının keyfilik ve nesnellik açısından denetime tabi tutulması gerekir. Zira işverenin sözleşmeden kaynaklanan değişlik yapma yetkisi sınırsız değildir. Bu yetkinin keyfi kullanılmaması gerekir. Davacı işçi iş sözleşmesindeki nakil yetkisinin işverence kötüye kullanıldığını ileri sürmektedir. Nakil yetkisinin kötüye kullanıldığı ileri sürüldüğünde nakli zorunlu kılan objektif nedenlerin varlığı ortaya konulmalıdır.Davacının iş sözleşmesinde işverene tanınan görev yeri değişikliği yetkisi işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere dayalı olması yönüyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca davacının fesih tarihine kadar aynı işyerinde çalıştığı ve peryodik bir rotasyon uygulamasının da bulunmadığı anlaşılmıştır. Davalı işverence nakli zorunlu kılan objektif nedenlere ilişkin delil ibraz edilmemiştir. İş Kanunu'nun 22. maddesinde, işverenin iş akdinde esaslı bir değişiklik yapmak istediği durumlarda işçinin feshe zorlanması yerine sözleşmeyi fesih riskinin işverene yüklendiği de yukarıda açıklanmakla hem davacıyı eski işyerine almayan ve hem de değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetmeyen işverenin işçinin sözleşmeyi kendisinin sona erdirdiği iddiasının da kabul edilemeyeceği, eylemli feshin 28/09/2015 tarihinde gerçekleştiği ve haklı veya geçerli nedene de dayanmadığı sabit olmakla işe iade davasının kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir."***(9.H.D. 06.02.2018 Gün 2017/515 E.)***

Yargıtayın nakil yetkisinin saklı tutulduğu sözleşmeye ilişkin bir kararında, 50 km uzaklıktaki bir şubeye nakledilen işçinin iş sözleşmesini feshetmesini haklı bulmuştur.

*"İşverene tanınan nakil yetkisi sınırsız bir yetki olmayıp, bu yetkinin objektif olarak ve dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekir. Somut olayda, davacı önceki işyerine yaklaşık 50 Km. uzaklıktaki başka bir şubeye nakledilmiştir. İşveren nakil gerekçesini ispatlayamadığı gibi, nakil yetkisini objektif olarak kullandığını da ortaya koyamamıştır. Davacı bakımından, bu naklin çalışma şartlarında esaslı değişiklik olduğu ve işverence yukarıda ifade edilen ilkelere uygun davranılmadığı açıktır. Hal böyle olunca iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından 24. maddesine göre, haklı sebeple feshedildiği kabul edilmelidir. Bu itibarla, mahkemece kıdem tazminatı yönünden davanın kabulü gerekirken, davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."***(22.H.D.27.02.2018 Gün 2017/11252 E.)***

"Yukarıda da ifade edildiği üzere anılan maddenin 2.fıkrasının 1.cümlesinde yer alan ve kanımıza göre yasaya konulması uygun olmayan hüküm, çelişki ve tereddüt yaratacak niteliktedir. Bu hükmü, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği gerçekleştirebilmek için, 1475 sylı yasa döneminde olduğu gibi, işverenin değişiklik önerisini sözlü olarak yapmasının, işçinin de bunu sözlü olarak hatta zımnen kabul etmesinin yeterli olacağı şeklinde yorumlamamak gerekir. Bu takdirde İK 22/2 hükmü İK 22/1'de getirilmiş hüküm ile çelişir, onu anlamsız hale getirir. İK 22/2, İK 22/1'i teyit eden, onu açıklayan bir düzenleme olarak kabul edilmelidir." Değişiklik talebi işçiden gelmişse İK 22/1'e uyulmaksızın tarafların anlaşmasıyla çalışma koşullarında değişiklik yapılabilir.[15]

*"Davacı, yemek ücreti talebinde bulunmuş, tanıkların yemek ücreti uygulamasının 2009 yılında kaldırıldığını belirtmeleri üzerine mahkemece davacının bu hususa rıza göstermesi gerekçe gösterilerek yemek ücreti alacağı talebi reddedilmişse de bu ret, 4857 sayılı yasanın 22. Maddesinin düzenlemesine ve bu maddenin amacına aykırıdır. 22. Madde uyarınca işçinin yazılı muvafakatini içermeyen her türlü aleyhe değişiklik geçersizdir. 4857 sayılı yasa döneminde zımni muvafakat ya da ses çıkarmama sonucu aleyhe değişikliğin işyeri şartı haline geldiğinin kabulü yasal düzenlemeye aykırıdır. Yemek ücreti talebi bu bağlamda değerlendirilip hüküm altına alınmalıdır."***(9.H.D.22.01.2015 Gün 2013/8783 E.)***

*"İşverenin yaptığı prim ödemesi, başarı veya herhangi bir kriter gözetilmeden arka arkaya 3 yıl sürmüş, 3 yıl aradan sonra tekrar etmiş olmakla bağlayıcı olmuş ve işyeri uygulaması hâline gelmiştir. O hâlde işverenin bu uygulamadan tek taraflı kararı ile dönmesi mümkün değildir. Davalı, davacının prim uygulamasından vazgeçilmesine muvafakat ettiğine dair belge sunmamıştır. Davacının 2008-2009-2010-2011 yıllarına ait priminin ödenmesi ve 2011 yılı priminin giydirilmiş brüt ücrete eklenerek bundan doğan fark ihbar tazminatının ödenmesi gerekmektedir. Davacı 2011 yılının tamamında çalışmadığından, bu yıla ait prim alacağının kıstelyevm olarak hesaplanması gerekmektedir."***(9. H.D. 16.11.2015 Gün 2014/21153 E.)***

Doktrinin ve 9. H.D.'nin, kanunun ruhuna uygun ve işçi lehine olacak şekilde uygulama ve görüşü olmasına karşın, 22. H.D.'nin suskun kalmayı zımni kabul olarak değerlendirerek işçi aleyhine verdiği kararları da mevcuttur.

"Davacı vardiyalı çalıştırılmak sureti ile çalışma koşulları aleyhine esaslı tarzda değiştirilmiş ise de davacı bu nedenle 6 iş günlük süre içinde iş sözleşmesini feshetmemiş, vardiyalı çalıştırılmasına itiraz etmediği gibi tanığının beyanı ile de sabit olduğu üzere

[15] Süzek, Sarper "İş Hukuku" syf 682-683 Beta Yayınları 2020, İstanbul

vardiyalı çalışmayı sözlü olarak ve fiilen kabul etmiş, iki - üç ay kadar süre ile vardiyalı çalıştıktan sonra işverence yapılan zammı beğenmemesi üzerine ... çalışma düzenine dönmek istemiştir. Şu halde, davacının çalışma koşullarında işverence meydana getirilen esaslı değişikliği eylemli olarak kabul ettiği ve bu kabule hukuken değer verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim Dairemizin yerleşik hale gelen içtihatları da bu doğrultudadır. (Örneğin, Dairemizin 15.06.2015 tarih 2014/11287 esas ve 2015/20545 karar sayılı, 20.04.2012 tarih 2012/3251 esas ve 2012/8223 karar)"**(22.H.D. 05.07.2018 Gün 2017/14216 E.)**

*"Davacı işe girdiğinden beri her dört ayda bir, bir aylık ücret tutarı ikramiye almakta iken davacının muvafakati alınmadan 2008 yılından sonra ikramiye ödenmesi uygulamasına son verildiği iddiasıyla ikramiye alacağı isteğinde bulunmuş, mahkemece dinlenen davalı tanıkları davacının ikramiye iddiasını doğrulamışlar, davalı tanıkları ise davalı şirketin ekonomik krizden etkilenmesi sebebi ile 2009 yılının başından itibaren ikramiye ödemesinin kaldırıldığını beyan etmişlerdir. İşyerinde davalı işverenin ikramiye ödemesine ilişkin toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesi bulunmamaktadır. İşyerindeki ikramiye ödenmesine ilişkin işyeri uygulamasının ise 2008 yılı sonundan itibaren ekonomik kriz sebebi ile davalı işveren tarafından kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Davacı, ikramiye uygulamasının kaldırıldığı 2009 yılının başından iş sözleşmesini feshettiği 24.09.2011 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüş ve ikramiyenin kaldırılmasına itiraz etmemiştir. Bu durumda uzun süre ikramiye ödenmemesinin iş koşulu haline geldiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla ikramiye isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.***(22.H.D. 11.02.2013 Gün 2012/ 12745 E.)***

"Davacı şirketin yöneticilerinin değişmesi üzerine bölge yöneticiliği işinden alınarak depo yönetimi, araçların bakım ve onarım sorumluluğu ile fabrikayla koordinasyon işi ile görevlendirilmiş, bu çalışması 19.03.2012 tarihinden 09.07.2012 tarihine kadar sürmüştür. Davacı çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapılmasına rağmen iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde 6 iş günlük süre içinde feshetmemiştir. ***Yaklaşık 4 ay sonra öngörülen işten ayrılması*** *karşısında ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş olması hatalıdır."* **(22.H.D. 15.06.2015 Gün 2014/11287 E.)**

Kanaatimizce asli edimi oluşturan ücrete ilişkin değişikliklerde İK 22/1 hükmü uygulanmalı ve işçinin yazılı muvafakati alınmalıdır. Ancak işyeri veya işin niteliğinde yapılan değişikliklerde, işçinin yapılan değişiklik karşısında suskun kalarak uzun süre çalışması halinde, İK 22/1'deki şekle uyulması zorunlu olmayıp, bu değişikliklerin işçi tarafından bağlayıcı olmadığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmelidir. Ücret harici değişikliklerde işçinin ne kadar süre sessiz kalıp çalışarak bu değişikliği kabul etmiş sayılacağına ilişkin kesin bir süre vermek mümkün değildir.

Örneğin 9.H.D.'nin 8 aylık çalışmanın zımnen kabul anlamına gelmeyeceğini belirten 2020 tarihli kararı mevcut olduğu gibi, 2 aylık çalışmanın da zımnen kabul anlamına gelemeyeceğini belirten 2014 tarihli kararı mevcuttur.

"İşçi aleyhine değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve değişikliğin işçi tarafından altı gün içinde yazılı olarak kabul edilmesi gerekir. İş şartlarının aleyhte değişiklikten sonra işçinin yazılı kabulü olmaksızın sekiz ay çalışması aleyhte değişikliği zımnen kabul ettiği

anlamına gelmez. İş yerinde mevcut olan servis yardımın kaldırılması aleyhte değişiklik anlamındadır." **(9. H.D. 24.06.2020 Gün 2016/18207 E.)**

"Davacı, önceki işyerinde güvenlik şefi iken, 31.05.2010 tarihli yazı ile gerekçesi belirtilmeden aynı görev ve unvanla yeni işyerine atanmış, davacı bu belgeyi imzalamaktan imtina etmiş, şef olarak atanmasına rağmen yeni işyerinde daha alt bir görev olan güvenlik görevliliği işi yaptırılmış, davacı bu durumun düzeltilmesini istemiş ve değişiklik yapılmayınca iş sözleşmesini 09.08.2010 günü haklı nedenle bildirimsiz olarak feshetmiştir. Davacının, iş sözleşmesindeki esaslı değişikliği kabul ettiğine dair yazılı bir belge bulunmamaktadır. Davacının yeni görev yerinde ***2 ay süreyle çalışması****, durumu kabullendiğini ve itiraz etmediğini göstermez. Zira durumun düzeltilmesi için işveren vekili ile görüşmüş ve sonuç alamadığından akdi feshetmiştir. Davacı 7 yıllık işçi olup, haklı neden olmadan işten ayrılması olağan yaşam kurallarına aykırıdır. Hukuka aykırılık durumu devam ettiğinden 6 işgünlük sürenin geçtiğinden de söz edilemez."***(9.H.D. 10.11.2014 Gün 2014/32034 E.)**

"Değişiklik önerisinin işçi tarafından reddedilmesine rağmen işverenin çalışma koşullarında tek taraflı olarak esaslı değişiklik yapmakta ısrar etmesi diğer deyişle önerisinden vazgeçmemesi ve iş akdini de feshetmemesi ihtimali vardır." İşçinin değişiklik önerisini reddetmesine rağmen işçinin ücretinde tek taraflı indirim yapmışsa veya ödemekte olduğu ikramiyeyi kaldırmışsa, işçi ücret farkının veya ikramiyenin mevduata uygukanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesini talep edebilir ya da iş görmekten kaçınabilir veyahu sözleşmeyi İK 24/II-e uyarınca iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Ücret dışında kalan değişikliklerde işçinin öneriyi reddetmesine rağmen işverenin sözleşmeyi fesih yoluna gitmeyip, yeni çalışma koşullarını işçiye dayatması halinde bu durum olayın özelliğine göre iş akdinin haksız feshini veya işveren temerrüdünü oluşturabilir. Örneğin, başka bir işyerine veya şehre naklini reddeden işçinin işyerine alınmaması, bir haksız fesih sayılır. Buna karşılık işveren işçinin çalıştığı işin niteliğinde değişiklik yapmış ve işyerine kabul etmekle beraber işçiyi reddettiği işte çalışmaya zorluyorsa, bir haksız fesih değil işveren temerrüdü söz konusu olur. Söz konusu koşulda işçinin haklı nedenle İK 24/II-f gereği fesih hakkı da vardır."[16]

Çalışma koşulları tek taraflı aleyhe değiştirilmek suretiyle işçinin feshe zorlandığı hallerde 9. ve 22. H.D.'nin farklı kararları vardır. 9. H.D. feshin işverence yapıldığını kabul ederken, 22. H.D. feshin işçi tarafından yapıldığını belirtmektedir.

*"Somut uyuşmazlıkta, 02.12.2008 tarihindeki toplantıda işverenin Kasım ayı ücretlerinin düşük ödeneceği, diğer haklarının verilmeyeceği, SSK ücretlerinin asgari ücretten devam edeceğini beyan etmesi, iş şartlarında esaslı değişikliktir. Kabul edenlerin çalışacağı, kabul etmeyenlerin çalışmayacağını belirtmesi ise, işverenin işçiyi feshe zorlamasıdır. Ancak işçinin 4857 sayılı İş Kanunu□nun 24. maddesi uyarınca kullandığı bir fesih hakkı bulunmamaktadır. Davacı işçi bilakis eski ücreti üzerinden çalışmaya hazırdır. Davacının iş sözleşmesi eylemli olarak, esaslı değişiklik ve fesih bildirimi yazılı olarak yapılmadan davalı işveren tarafından 02.12.2008 tarihinde feshedilmiştir."***(9.H.D. 25.05.2009 Gün 2009/ 17729)**

"22.H.D. kararına konu olan olayda işveren, çaycı olarak çalışan işçiden ek iş olarak temizlik işini de görmesini istemiştir. İşçi esaslı değişikliği kabul etmeyerek işe gelmemeye

[16] Süzek, Sarper " İş Hukuku" syf 684-685 Beta Yayınları 2020, İstanbul

başlamıştır. Özel daire işçinin haklı nedenle sözleşmeyi feshettiğini ve kıdem tazminatına hak kazandığını karara bağlamıştır. Oysa kanımıza göre, çalışma koşulları esaslı bir biçimde ağırlaştırılarak, işveren tarafından işçinin iş akdini feshe zorlaması halinde, ortaya bir baskı feshinin çıktığı kabul edilmeli, işçinin sözleşmeyi feshetmeyerek işe gelmemesi bir fesih iradesi değil, bu aleyhe değişikliği reddettiği ve eski koşullarda çalışmak istediği şeklinde yorumlanmalı, gerçekte fesih iradesinin işçiyi feshe zorlayan işverende bulunduğu sonucuna varılmalıdır".[17]

19)İŞÇİNİN KUSURU İLE İŞ GÖRME EDİMİNİ İFADA HUKUKİ İMKANSIZLIK MEYDANA GETİRMESİ SEBEBİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHEDİLMESİ HALİNDE İHBAR VE KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANILIR MI?

9.H.D. 27.01.2021 tarihli uyuşmazlıkların giderilmesine dair toplantıda bu konuda bir karar almıştır. Buna göre; "*işyerinde şoför olarak çalışan işçinin işyeri dışında işverene ait olmayan araç kullanımı sırasında alkollü araç kullanımı veya ehliyet ceza puanının dolması üzerine ehliyetnamesine geçici olarak el konulması durumunda, işyerinde şoför olarak çalışmasına engel olan bu durum karşısında işverenin İş Kanunu'nun 25/III maddesine göre haklı nedenle derhal fesih hakkı bulunmaktadır. Bu fesih şekline göre işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz kıdem tazminatı alır. Ehliyetnameye el konulduğunun işverene bildirilmemesi ise doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturur. Güvenlik sertifikasının herhangi bir nedenle yenilenmemesi üzerine özel güvenlik görevlisinin çalıştırılması işveren açısından mümkün olamayacağından İş Kanunu'nun 25/III maddesi kapsamına iş sözleşmesi feshedilebilir. İşçinin özel olarak işyerinden kıdem tazminatı almak suretiyle ayrılmak amacıyla bilerek ve isteyerek sertifikayı yenilememesi halinde bu davranışı sadakat borcuna aykırılık oluşturur ve bu defa haklı fesih nedenidir. İşçinin bu yöndeki özel kastı işveren tarafından ispatlanmalıdır. İşçinin işyeri dışında işlediği bir suç sebebiyle almış olduğu cezasını infazı için cezaevine girmesi halinde bu süre bir haftayı aştığında işverenin İş Kanunu'nun 25/III maddesine göre iş sözleşmesini fesih hakkı bulunmaktadır.*"[18]

"Somut olayda, davacı işçinin kendisine ait aracı alkollü kullandığı sırada yapmış olduğu kaza sonucu ehliyetnamesine 6 ay süreyle el konulmuş ve davalı tarafından bu nedenle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işverence yapılan bu fesihte ispat yükü işverende olup, mahkeme gerekçesinde feshin haksız olduğunun işçi tarafından kanıtlanamadığından söz edilerek sonuca gidilmesi hatalıdır.Yine mahkemenin gerekçesinde belirtildiği üzere işçinin işyerinde bir haftadan fazla süreyle çalışmasına engel bir durumun ortaya çıkması halinde işverenin İş Kanunu□nun 25/III. maddesi kapsamında fesih hakkı bulunmaktadır. Davalı işverenin anılan maddeye uyan feshinde, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükmü gereği işçinin ihbar tazminatına hak kazanmasına imkan bulunmamaktadır. Mahkemenin ihbar tazminatı isteğinin reddi yerindedir. Ancak sözü edilen hükme göre işverenin derhal fesih hakkı olsa da İş Kanunu□nun 25/III. maddesine göre yapılan fesihlerde işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekir. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalıdır." **(9.H.D. 17.04.2012 Gün 2009/36275 E.)- HAKLI FESİH**

[17] Alp, Değerlendirme, 2013, syf 213-214

[18] Kaynak: https://www.facebook.com/groups/avmehmetkaya/permalink/4248041255215432

"Davalı işveren nezdinde güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının alması gerekli olan özel güvenlik kartını yenileme eğitimini 25.08.2010 tarihinde aldığı sabittir. Çalışmasının sürdürebilmesi için zorunlu olan güvenlik sertifikasının geçerlilik süresi dolmasına rağmen yenilemediği, yenilemek için gerekli eğitimi 31.12.2009 tarihine kadar almadığı ve ... akdinin de işveren tarafından bu sebeple feshedildiği tüm dosya kapsamı ile sabittir. Bu durumda ... akdinin işveren tarafından 4857 sayılı Yasa'nın 25/III bendi uyarınca zorlayıcı nedenlerle feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerinde ise de 4857 sayılı Yasa 25/III gereğince ... akdinin zorlayıcı sebeplerle feshedildiğinde işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı ödeme yükümlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 23.10.2018 Gün 2018/12781 E.)-HAKLI FESİH**

Somut olayda davacı işçinin, yaptığı işle ya da işyeri ile ilgili olmayan bir suçtan dolayı (tahsis edilmemesi gereken krediyi sağlamak amacıyla dolandırıcılık yapmak) 2 yıl 8 ay 2 gün hapis cezası ile cezalandırıldığı ve bu kararın Yargıtay tarafından da onanarak kesinleştiği anlaşılmıştır.Davacı işçi, kararın kesinleşmesi üzerine 27.06.2013 tarihinde cezanın infazı için cezaevine girmiş, 22.07.2014 tarihinde koşullu salıverilmesi gerekirken Bursa 2. İnfaz Hakimliğinin 23.07.2013 tarih ve 2013/1242 E-2013/1240 K. Sayılı kararı ile 22.07.2014 tarihine kadar cezanın, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilmesi nedeniyle 27.06.2013-23.07.2013 tarihleri arasında cezavinde kalmıştır.Davacının cezaevinde hükümlü olarak kaldığı süre 4857 sayılı Yasanın 25/3 bendinde belirtilen 1 haftalık süreden fazladır. Kaldı ki davacı tutuklu ya da gözaltında kalmamış, kesinleşen cezanın infazı için cezaevine alınmıştır. Yani hükümlüdür. Yine davacının iş sözleşmesi, 4857 sayılı Yasanın 25/4 fıkrası kapsamında değil aynı Yasanın 25/3. Fıkrası kapsamında feshedildiği de açıkça bildirilmiştir.O halde mahkemece, yanılgılı değerlendirme ile iş sözleşmesinin davacının tutukluluğu nedeniyle 4857 sayılı Yasanın 25/4 fıkrası kapsamında feshedildiği değerlendirilerek sonuca gidilmesi hatalıdır. Davacının hükümlü olarak cezaevinde kaldığı süre gözetildiğinde, iş sözleşmesinin 4857 sayılı Yasanın 25/3. fıkrasında düzenlenen 1 haftadan fazla süre ile davacının işyerinde çalışmasını engelleyen zorlayıcı bir neden olduğu anlaşılmakla işe iade davasının reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(7.H.D.04.11.2014 Gün 2014/16477 E.)- HAKLI FESİH**

"Her ne kadar mahkeme kabulünde 4857 sylı yasanın 25/III maddesine dayanarak zorlayıcı sebepten bahsedilip davacının kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucuna varılmış ise de, bu gerekçenin yerinde olmadığı, asıl fesih sebebinin davacının özel güvenlik kimlik kartına işyeri dışında işlediği suç sebebiyle el konulması ve artık davalı işverenden davacıyı çalıştırmasının beklenemeyeceği bir durumun ortaya çıkması karşısında haklı değil, davacı ile aralarında doğruluk ve bağlılığa uymayacak bir fiilin varlığı nedeniyle geçerli fesih kabul edileceği kanaatine varılmakla davacının değişen gerekçeyle kıdem tazminatı alabileceği..." **(Ankara BAM 8.H.D. 24.02.2017 Gün 2017/226 E. yayınlanmamış karar)**.[19] **GEÇERLİ FESİH**

Öğretide **Kayırgan**'a göre;*"işin yerine getirilmesinde oluşan imkansızlık tarafların kusurunda meydana gelmişse bu takdirde sözleşmenin zorlayıcı nedenlere dayanılarak*

[19] Kayırgan, Hasan " Bireysel İş Hukukun Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler" syf 113-114 Onikilevha Yayınları İstanbul Haziran 2019

değil, aksine ahlak ve iyiniyet kuralları uyarınca feshin şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir. Nitekim kusur varsa zorlayıcı nedenden bahsetme olanağı bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında genel itibariyle zorlayıcı nedenlerin fesih halinde değerlendirildiği ve iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren her halin kusurlu kusursuz olmasına bakılmaksızın zorlayıcı neden sayıldığı görülmektedir. Zira bu durum yargıtayın işçiyi koruyucu eğilimini ve kıdem tazminatına hak kazanması sonucuna ulaştırma çabası ile zorlayıcı nedenin unsurlarının görmezden gelindiğini göstermektedir. Ancak Roma Hukukundan gelen bir ilke olan, hiç kimse durumunu haksızlık ederek iyileştiremez kuralı yani kimse kendi kusurundan yararlanamaz ilkesi nazara alınarak zorlayıcı nedenin varlığından söz edilmemesi gerekir".[20]

Öğretide **Çil'**e göre*; "iş kanununda mücbir sebeplere dayalı ifa engelleri bakımından düzenleme 24/III ve 25/III maddelerde zorlayıcı sebepler olarak düzenlenmiştir. Her iki madde de kusur durumuna dair bir tespitte bulunmamaktadır. İş Kanunda yer almayan haklı fesih nedenlerinin işçinin ifa engeli açıklamasıyla genişletilmesi ve kıdem tazminatı hakkının ortadan kaldırılması iş kanununun genel mantığına aykırıdır. Yargıtayın bugüne kadar zorlayıcı neden uygulamalarının isabetli olduğu ve verilen örneklerde sadece kıdem tazminatı ödenerek yapılan fesihlerin adil ve dengeli olduğudur. Konuyla ilgili yasal düzenleme bazı eksiklikler içerse de, işçinin işindeki yıpranmasının bir karşılığı olarak özel biçimde düzenlenene kıdem tazminatı hakkının korunması ve bu noktada işçinin işyeri ile ilgisiz kusuru üzerinden zorlayıcı nedeni bertaraf eden bir değerlendirmeye gidilmemesi gerekir. Eğer işçinin kusurlu olduğu hallerde zorlayıcı nedenle fesih yoluna gidilemeyeceği bir görüş olarak kabul edilirse, mevzuat çerçevesinde işverenin haklı fesih yerine geçerli nedenle feshin varlığını kabul etmek daha doğru olur."*[21]

İşçiyi çalışmaktan alıkoyan sebepler işçiden kaynaklandığında 25/III. maddesine göre işverenin, işyerinden kaynaklandığında 24/III.maddesine göre işçinin derhal fesih hakkı vardır. Zorlayıcı sebeple fesheden ihbar tazminatı ödemez, şartları var ise işveren kıdem tazminatı öder. Yargıtay zorlayıcı sebepleri kararlarında incelerken önlenemezlik ve kusur durumlarını genelde irdelemez ki bana kalırsa "kimse kusurundan menfaat sağlamamalıdır," bu nedenle zorlayıcı sebep ile ilgili yargıtayın birçok kararına katılmıyorum. Ancak kendi uygulama kriterlerine baktığımızda 22. H.D.'nin 15 gün ara ile verdiği kararlarda her iki vakada da salt işçiden kaynaklanan sebepler olmasına rağmen birincisinde "zorlayıcı sebep" kabul ederken ikincisinde "geçerli neden" kabul etmesi kendi yorum tarzında büyük bir çelişkidir.

*"Görev ve mesaisi dışında kişisel aracı kullanırken alkollü olması sebebiyle ehliyetine el konulduğunun ortaya çıkması ihtimalinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin "III" numaralı alt bendi uyarınca zorlayıcı sebebin söz konusu olacağı, bu bende göre ise işverenin kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olduğu gözden kaçırılmamalıdır."***(22.H.D. 26.03.2019 Gün 2016/6070 E.)- HAKLI FESİH**

"*Özel güvenlik görevlisi olan davacının süresi sona eren kimlik kartının yenilenmediği konusunda ihtilaf bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, davacının işyerinde*

[20] Kayırgan, Hasan " Bireysel İş Hukukun Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler" syf 87-88 Onikilevha Yayınları İstanbul Haziran 2019

[21] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları sy 934-935-936

*çalıştırılamayacağı hususu da açıktır. Hal böyle iken davacının iş akdinin feshedilmesinde geçerli bir nedenin bulunduğu ve davalı şirketçe geçerli nedenle iş akdinin feshedildiğinin kabulü gerekmektedir. Çünkü somut olayda, öngörülemeyen bir durum olmadığından ortada zorlayıcı bir sebep bulunmamaktadır. Hal böyle iken, ihbar öneli verilmeden iş akdi feshedilen davacı işçi için ihbar tazminatı verilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".***(22. H.D. 06.03.2019 Gün 2017/20814 E.).- GEÇERLİ FESİH***

20)DEVAMSIZLIK TUTANAKLARI HER GÜN İÇİN AYRI AYRI MI TUTULMALIDIR?

22. H.D. devamsızlık tutanaklarının toplu halde tutulabileceğini belirtirken,9. H.D. ise her gün için ayrı ayrı devamsızlık tutanağı tutulması gerektiğini belirtmektedir.

"Davacının dosya içeriğine göre 16-17-18.05.2005 tarihlerinde işe gitmediği, işten çıkartılan eşinin tekrar işe alınması amacıyla eylem yaptığı sabittir. Davacının fesih sebebi yapılan devamsızlık günlerinde geçerli bir mazeretinin bulunmadığı açıktır. Devamsızlık halinde devamsızlık olgusunun delili bakımından her gün için ayrı ayrı tutanak düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple mahkemenin davacının işe gelmediği hergün için ayrı ayrı tutanak düzenlenmediği bu sebeple devamsızlığın fesih sebebi yapılamayacağına ilişkin gerekçesi yerinde değildir. Davacının izinsiz ve mazeretsiz olarak üst üste üç gün işe gitmediği sabit olduğuna göre işverence yapılan feshin haklı sebebe dayandığı gözetilerek ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22. H.D. 08.04.2013 Gün 2012/20330 E.)**

"İş akdinin haklı nedenle feshedildiğini savunan işveren, bu hususu ispatla yükümlü olup davalı işveren tüm günlere yönelik toplu halde tutulmuş bir tutanağa dayanmıştır. Her ne kadar tutanak tanıkları tutanağın içeriğini doğrulamışlarsa da, tutanağın düzenlenme şekli usulüne uygun olmadığı gibi, tanıkların işveren çalışanı olmaları karşısında tanıklıklarına da ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. İşveren, her gün için tutanak düzenlememiş ve devamsızlığın sebebini araştırmamıştır. İşverenin devamsızlığı usulüne uygun şekilde kanıtlayamaması karşısında kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle reddi hatalıdır." **(9.H.D. 29.01.2015 Gün 2013/8821 E.)**

21)HAKSIZ FESİH GEÇERLİ FESHE TAHVİL EDİLEBİLİR Mİ?

"*Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce haksız fesih işlemi, usule aykırı kullanılmış süreli fesih işlemine tahvil edilerek sorun çözülmekteydi. Türk Borçlar Kanununun 438. ve 439.maddelerinde haklı nedene dayanmayan fesih bildiriminin sözleşmeyi sona erdireceği açıkça düzenlendiğinden, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra haksız feshin usulsüz süreli feshe tahvil edilmesi ve örtülü kanun boşluğunu doldurma ihtiyacı ortadan kalkmıştır.*"[22]

"Türk iş hukukunda iş güvencesi hükümlerinin mevzuata dahil edilmesinden sonra, öğreti ve uygulamada, haklı nedene dayanmayan derhal fesih işleminin geçerli nedene dayalı feshe tahvil edilebileceği kabul edilmiştir."[23]

[22] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 300-301 Seçkin Yayınları Ankara 2020
[23] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 301 Seçkin Yayınları Ankara 2020

"İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebilmesi için gerekli şekli koşullara uyulmamış olması halinde dahi, haklı neden teşkil etmeyen davranışın geçerli nedene dönüştürülmesi tartışmalıdır."[24]

"9 ve 22. H.D. işverenin yaptığı feshin haksız olduğu sonucuna varılmasının, feshin geçersiz olduğu anlamına gelmediğine karar vermektedir. Yine bu dairelere göre, işveren tarafından haklı nedene dayanılarak yapılan fesihte haklı neden bulunmadığı veya kanuni süre geçtikten sonra yapıldığı ya da kanunda ve sözleşmede öngörülen şekilde yapılmadığı anlaşılırsa, fesih nedeni yapılan davranışın geçerli neden teşkil etmesi halinde işe iade davası reddedilmelidir."[25]

"Mahkeme gerekçesinde her ne kadar savunma alınmadığına dayanılsa da haklı nedene dayalı fesih halinde savunma zorunluluğu bulunmamakta olup davacının feshe konu eyleminin haklı neden ağırlığına varmamakla birlikte geçerli fesih nedeni teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Bu bağlamda işverenden artık mevcut iş ilişkisinin devamı beklenemez. Fesih geçerli nedene dayandığı anlaşılmakla, işe iade isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir." **(22. H.D. 06.06.2016 Gün 2016/14438 E)**

"Dosya içeriğinde bulunan fesihte; davacının huzurevi genel işleyişine aykırı davrandığı, davacının kat görevlisi ile birtakım işlerin yapılması hususunda tartışma yaşandığı, davacının yaşlıların dinlendiği odaya giderek televizyon seyretmeye başladığını ve kuruluş müdürü tarafından işinin başına dönmesi istenmiş bunun üzerine davacı müdür odasına gelerek yüksek sesle "sadece beni mi görüyorsunuz, benden başka oturanlar da var, kurumu iyi yönetin" dediğini, davalı tanıklarının davacının kolundan tutarak uzaklaştırdıkları sabit olup davacının iş sözleşmesinin 01.02.2017 tarihinde feshedildiği disiplin kurulu kararının aynı eylemle ilgili olarak sonradan ikmal edildiği, davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği savunulmuş ise de, fesih öncesinde disiplin kurulu kararının olmadığı, bu durumun haklılığı etkilememekle birlikte geçerli feshi bertaraf etmeyeceği anlaşılmakla işe iade talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir." **(9. H.D. 19.12.2018 Gün 2018/4340 E.)**

"Öğretide haksız feshin süreli feshe dönüştürülmesinde,İş Kanununun 19. maddesinde öngörülen şekil şartlarına uyulup uyulmadığının da göz önünde bulundurulması gerektiği, aksi halde işverenin süreli fesih hakkını kullanırken uyması gerekli koşulları kanuna karşı hile ile bertaraf edeceği, bu suretle iş güvencesi kurumunun etkisiz ve anlamsız kılınacağı belirtilerek yargıtay uygulaması eleştirilmiştir.[26]

Göktaş'a göre;*" fesihte haklı nedenin bulunmaması halinde fesih işlemi geçerli nedene dayalı feshe tahvil edilecekse şekil şartlarının aranması gerekir. Bu sonuç, iki açıdan gereklidir. Birincisi, haksız-geçersiz fesih işlemi, tahvil edileceği geçerli nedene dayalı fesih işleminin geçerlilik şartlarını taşımak zorundadır. İş.Kan.19.maddesinde belirtilen şekil şartı geçerli nedene dayalı fesih için geçerlilik şartıdır. Maddede belirtilen şekil şartlarına uyulmadan sözleşme feshedilmişse, tek başına geçerli nedenin varlığı bir anlam ifade etmeyecektir. İkincisi bu yolla 19.madde hükmünün dolanılmasının önüne*

[24] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 302 Seçkin Yayınları Ankara 2020
[25] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 302-303 Seçkin Yayınları Ankara 2020
[26] Taşkent, Savaş "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Kamu-İş, Ankara 2006, 49-85 syf 77-78

geçilmiş olunacaktır. Aksi halde haklı bir neden bulunmamasına rağmen, İş.Kan.25.maddesi uyarınca sözleşmenin feshedildiği iddia edilerek 19.maddede öngörülen emredici nitelikteki şekil şartları uygulanamaz hale getirilmiş olur."[27]

Kanaatimizce Göktaş'ın görüşleri hem mevzuat hem de işçi lehine yorum ilkesi bakımından isabetlidir. Yeni 9. H.D.'nin yeni başkanının görüşü doğrultusunda, dairenin kararlarını değiştirmesi gerektiğini kanısındayız.

22)MÜŞTERİDEN VEYA ÇALIŞMA ARKADAŞLARINDAN BORÇ PARA ALMAK/İSTEMEK HAKLI FESHE KONU EDİLEBİLİR Mİ?

9.H.D. 2018 tarihli kararında müşteriden veya çalışanlardan borç para istenmesini haklı fesih nedeni kabul etmişken, 2019 tarihli kararında bu durumun ancak geçerli feshe konu olabileceğini belirtmiştir.

Gerçekten de müşterilerden ya da çalışma arkadaşlarından borç para istenmesi işverene İş Kan. madde 25 anlamında haklı bir fesih nedeni vermez. Kanunda bunu ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bir ihtimal bu durum işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise geçerli bir fesih nedeni yapılabilir. Hatta bu durumundaki işçi açısından kanaatimize göre iş akdini geçerli nedenle feshetmeden önce uyarıda bulunmalı, tekrarı halinde iş akdi geçerli nedenle feshedilebilmelidir. Ancak aşağıdaki kararlarda feshin son çare olma ilkesine riayet edilmediği de açıktır.

"Dosya içeriğine göre; davacının davalı şirketin mağazasında balık reyon görevlisi olarak görev yaptığı, balık reyonuna mal tedariki yapan firmadan ve aynı bölümde birlikte çalıştığı firma çalışanından para istediği ve firmadan ayrıca para aldığı tespit edilmiştir. Davalı şirket tarafından yürütülen tahkikat sonucunda işçinin iş sözleşmesinin işyeri üst disiplin kurulundan da geçilmek suretiyle doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış sebebiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının dosya kapsamına göre sabit olan bu davranışları sadakat borcunun açık ihlali olup, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranıştır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davacının doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları ile güveni kötüye kullandığı da sabit olup, davacının kıdem ve ihbar tazminatının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 16.10.2018 Gün 2015/24486 E.)- HAKLI NEDENLE FESİH**

"Davacının müşteriden borç para istemesi eylemi işyerinde olumsuzluklara neden olabileceğinden geçerli fesih nedeni sayılabilir ise de somut uyuşmazlıkta işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilmeli ve davacının ihbar ve kıdem tazminatı istekleri karar altına alınmalıdır." **(9.H.D. 04.12.2019 Gün 2016/9906 E.)- GEÇERLİ NEDENLE FESİH**

HİZMET TESPİT DAVASI/SGK

23) DAVA AÇILMADAN ÖNCE SGK'YA BAŞVURU OLUMLU MU YOKSA OLUMSUZ DAVA ŞARTI MIDIR?

[27] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 304 Seçkin Yayınları Ankara 2020

10.H.D. dava şartının tamamlanabilir olduğunu belirtirken**(10.H.D.27.12.2018 Gün 2016/3707 E.)**, 21.H.D. sonradan giderilebilecek dava şartlarından olmadığını belirmektedir.**(21.H.D. 29.11.2018 Gün 2017/3390 E.).** Y.H.G.K. ise oyçokluğu ile kuruma başvuru şartının 6100 115/2.maddesi kapsamında "tamamlanabilir dava şartı olduğuna karar vermiştir.**(Y.H.G.K. 15.09.2020 Gün 2017/10-2695 E.)**

24) HİZMET TESPİTİ DAVASINDA DAVA AÇMA SÜRESİ NE KADARDIR?

Sigortalı hizmet tespit davasını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde açmalıdır. Yılın sonundan kastedilen 31 Aralık tarihidir. 5 yıllık süre geriye doğru tespit edilebilecek süreyi değil, dava açma süresini düzenlemektedir. Bu süre yargıtay tarafından hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bu sürenin durması ya da kesilmesi mümkün değildir. Aralıklı çalışma halinde 5 yıllık sürenin her çalışma dönemi için ayrı ayrı hesaplanması gerekir.

Yargıtay önceki yıllarda -ki kanımca bu karar daha isabetlidir- Sigortalının işyerinden ayrıldıktan sonra tekrar aynı işyerinde veya aynı işverenin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması durumunda hak düşürücü sürenin ikinci çalışma esas alınarak hesaplanması gerektiğini belirtirken **(10.H.D. 22.11.1988 Gün 1988/6391 E.)**, zaman içinde bu görüşünü değiştirmiş ve sigortalının tekrar aynı işverene ait işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağını belirtmiştir.**(10. H.D. 01.10.2002 Gün 2002/6280 E., 21.H.D. 28.04.2011 Gün 2010/4807 E., Y.H.G.K .04.12.1996 Gün 1996/21-656 E.)**

25) HİZMET TESPİT DAVALARINDA FERAGAT MÜMKÜN MÜDÜR?

"Hizmet tespit davalarında feragat mümkün değildir." **(Y.H.G.K. 2016/2671 E.)**

*"Hizmet tespit davasından feragat mümkündür. Ancak bu feragat sosyal güvenlik hakkından feragat niteliği taşımaz. Hak düşürücü sürenin geçmemiş olması durumunda yeniden dava konusu yapılabilir. Davadan feragat halinde davanın reddine karar verilmesi gerekir. Ancak bu karar kesin hüküm teşkil etmez."***(21.H.D. 16.01.2013 Gün 2012/23860 E.)**

*"Hizmet tespit davasından feragat mümkün değildir. Ancak davacının davasını geri alması olanaklıdır. İleride dava açma hakkını saklı tutarak şimdilik dava geri alınabilir."***(10.H.D. 12.06.2013 Gün 2013/11506 E.)**

26) HİZMET TESPİT DAVASINDA EMSAL ÜCRET NE ŞEKİLDE BELİRLENMEKTEDİR?

Genel yargı uygulaması bu tür davalarda senetle ispat kuralının geçerli olduğudur. Ancak Y.H.G.K. 2019 yılında çok önemli bir karara imza atarak, senetle ispat kuralının geçerli olmadığını, işçinin ücretini tanık beyanları ve emsal ücret yazıları ile de ispat edebileceğine karar vermiştir. Kanaatimize göre bu karar son derece hukuki olup, uygulamanın bu şekilde ilerlemesini ümit etmekteyiz.

"İdare veya yargı makamları tarafından belirlenen ücretlerin prim hesabına esas alınabilmesi için bu tür kazançlara hak kazanmak yeterli olmamakta, işçilik alacaklarına ilişkin taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta mahkemece verilen karar sonrasında işçiye (sigortalıya) ödeme yapılmış olması aranmaktadır. Davacıya yapılan ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, hizmet akdi daha önceki bir tarihte sona erdiği takdirde ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekmektedir. Buna göre davalı tarafından davacıya, işçilik alacakları davası neticesinde ödeme yapılıp yapılmadığı belirlenerek, yapılmış ise işçilik alacağı dosyasında belirlenen ücretin son aya maledilerek prime esas kazanç olarak tespiti gerekir." **(10.H.D. 14.01.2020 Gün 2018/3423 E.)**

"...Kuruma ödenmesi gereken sigorta primlerinin hesabında gerçek ücretin/kazancın esas alınması gerekmekte olup hizmet tespiti davalarının kamusal niteliği gereği, çalışma olgusu her türlü kanıtla ispatlanabilmesine karşın ücret konusunda aynı genişlikte ispat serbestliği söz konusu değildir ve değinilen ***maddelerde yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır****. Ücret tutarı maddede belirtilen sınırları aştığı takdirde, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe sahip olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, sigortalının imzasını içeren aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle kanıtlanması olanaklıdır. Yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için tanık dinlenebileceği gibi, tespiti istenen miktar sınırı aşsa dahi varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinlenmesi mümkündür."***(10.H.D.20.01.2020 Gün 2019/3015 E.)**

"Öyle ise, davanın hizmet tespiti davası olarak nitelendirilen ve resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu, kamu düzenini ilgilendiren bir dava türü olduğu dikkate alındığında, Mahkemenin prime esas kazancı belirlerken, 1086 sayılı H.U.M.K.'un 288'inci ve 292'nci (6100 sayılı H.M.K.'nın 200'üncü ve 202'nci) maddelerindeki ***belge (senet) ile ispat kuralları ile bağlı olmaksızın topladığı deliller çerçevesinde değerlendirme yapmak sureti ile sonuca gitmesi doğru olmuştur.*** *Her ne kadar Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında Özel Dairenin yerleşmiş uygulamasının bu yönde olduğu, Hukuk Genel Kurulunca da bu uygulamanın benimsendiği, bu nedenle bozma kararının yerinde olduğu, direnme kararının bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş benimsenmemiştir."* **(Y.H.G.K. 14.03.2019 Gün 2015/10-2339 E.)**

USULE İLİŞKİN

27) ZAMANAŞIMI DEFİNDE BULUNURKEN NELERE DİKKAT ETMEK GEREKİR?

Bilindiği üzere kısmi ve/veya tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açıldığında, davalı yasal cevap süresi içinde zamanaşımı definde bulunmalıdır. Aksi takdirde cevap dilekçesini sonradan ıslah ederek dahi zamanaşımı definde bulunamaz. Cevap dilekçesini süresinde vermiş ancak zamanaşımı definde bulunmayı unutmuşsa, sonradan cevap dilekçesini ıslah ederek zamanaşımı definde bulunabilir.

"*Cevap dilekçesinde zamanaşımı defi ileri sürülmemiş ya da süresi içince cevap dilekçesi verilmemişse ilerleyen aşamalarda 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141/2 maddesi uyarınca zamanaşımı defi davacının açık muvafakati ile yapılabilir. Zamanaşımı definin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür.(Yargıtay H.G.K. 04.06.2011 gün 2010/ 9-629 E. 2011/ 70. K.) Somut uyuşmazlıkta; davalıya dava dilekçesi 30.05.2013 tarihinde tebliğ edilmiş ve davalı vekili süresinde 05.06.2013 tarihinde cevap dilekçesini sunmuş olup, her ne kadar cevap dilekçesinde davaya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmemişse de yargılama esnasında cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla davaya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmüştür.***(9.H.D. 10.12.2018 Gün 2015/25486 E.)***

Davacı şayet kısmi dava açmış ve daha sonra davasını kısmen ıslah ederek talep sonucunu arttırmış ise, yine davalının tıpkı yeni dava açılmış gibi yasal cevap süresi içinde zamanaşımı definde bulunması gerekir. "Nasılsa cevap dilekçesinde bulundum, ıslaha karşı tekrardan itirazda bulunmama gerek yok" derse ıslah ile arttırılmış miktar bakımından itirazı olmadığı kabul edilir. Davalı yasal cevap süresi içinde zamanaşımı definde bulunmamış ise, ıslah ile arttırılan miktara karşı yasal cevap süresi içinde zamanaşımı definde bulunabilir. Bu durumda mahkemece kısmi talep bakımından zamanaşımı defi değerlendirilmez, sadece ıslah ile arttırılmış kısım bakımından zamanaşımı defi değerlendirilir.

*"Yukarıda belirtildiği üzere davaya karşı yapılan zamanaşımı süresinde değil ise de ıslaha karşı yapılan zamanaşımı defii süresinde olup, Mahkemece ıslaha karşı yapılan zamanaşımı def'i değerlendirilmeden ve bu konuda gerekçe oluşturulmadan yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9.H.D.23.01.2020 Gün 2016/12256 E.)**

"*Dairemizin ... Somut uyuşmazlıkta; dava devam ederken Antalya İl Özel İdaresi'nin tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeni ile dava kendisine teşmil edilen Antalya Büyükşehir Belediyesi vekili tarafından, 19.02.2015 tarihli dilekçe ile diğer beyanlarla birlikte açıkça ıslaha karşı zamanaşımı def'inde bulunulmasına rağmen, Mahkemece gerekirse ek rapor da aldırılmak suretiyle ıslaha karşı zamanaşımı def'i değerlendirilmeden karar verilmesi hatalı olup, ..." gerekçesi ile verilen kararına karşı Yerel Mahkemece "...davalı ... vekilinin davacı tarafça yapılan ıslaha karşı süresinde zamanaşımı defini ileri sürmemesi nedeniyle zamanaşımına uğramış bir alacak kalemi bulunmadığından mahkememizce bozma ilamına konu kararda bu hususa ayrıca değinilme gereği duyulmamıştır. Davalı ... vekilinin ıslaha karşı ileri sürdüğü zamanaşımı defi süresinde değildir şöyle ki ıslah dilekçesi davalı belediyeye dosya kapsamındaki tebligat parçasından görüleceği üzere 04/02/2015 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı ... vekili ise 19/02/2015 havale tarihli (Uyap sistemi üzerinden de elektronik imzalı olarak gönderilmediği anlaşılan) dilekçede ıslaha karşı zamanaşımı defini ileri sürmüş olup 6100 Sayılı HMK'da ıslaha karşı beyanda bulunma süresini düzenleyen bir hüküm bulunmasa da gerek yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalarda (127.madde) gerekse basit usulün uygulandığı davalarda (317. madde)* ***cevap dilekçesinin tebliğden itibaren 2 haftalık süre içinde sunulmasına dair hüküm bulunduğu, bu hükmün ıslaha karşı sunulacak yazılı beyanlarda da kıyasen uygulanması gerekeceği,*** *bu kapsamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. Maddesinin 2. fıkrasında "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir." hükmünün bulunduğu, yine aynı maddenin 3. Fıkrasında "Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır." hükmüne yer*

verildiği, ***Yargıtay kararlarında da ıslaha karşı beyanda bulunma ve dolayısıyla zamanaşımı defini ileri sürme süresinin ıslah dilekçesinin tebliğinden itibaren işleyecek 2 haftalık süre içinde olması gerektiği hususunun yerleşik içtihat halini aldığı*** *ve neticeten davalı belediyenin ıslaha karşı ileri sürdüğü zamanaşımı definin süresinde olmadığı ..." gerekçesi ile direnilmiş olup, davalının zamanaşımı defini kanunî süresi içinde ileri sürmediğinden sonuca etkisinin bulunmadığı, bu nedenle direnmenin doğru olduğu, herne kadar Yerel Mahkemesi'nce önceki kararda bu durumun saptanmasına rağmen bu yönde bir gerekçe oluşturulmaması Anayasa'nın 138. ve 141. ve 6100 sayılı HMK.nın 297. maddeleri karşısında yerinde değil ise de bu hususunda direnme kararı ile gerekçelendirilip düzeltildiği anlaşılmakla, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalı vekilinin yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan direnme kararının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 4. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları uyarınca ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 25.09.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.***(9.H.D. 25.09.2019 Gün 2019/6425 E.)**

"Dava dilekçesine karşı zamanaşımı definin ileri sürülmemesi, ıslaha karşı zamanaşımı - definin ileri sürülmesine engel teşkil etmez." **(Ankara BAM 5.H.D. 05.03.2020 Gün 2018/2131 E.)**

Yine davalının ıslah dilekçesine karşı "önceki beyanlarımı tekrar ederim." açıklaması, usulünce yapılmış defi yerine geçmez.

*"Islah işleminden sonra verilen dilekçede, cevap dilekçesinin içeriğinin ve önceki beyanların tekrar edildiği şeklinde genel nitelikli açıklama, ıslaha karşı usulünce yapılmış zamanaşımı defi yerine geçmez."***(Y.H.G.K. 31.05.2017 Gün 2017/(7)22-2109 E.)**

Ancak kapatılan 7. H.D. , H.G.K. ile aynı görüşte değildir. Eski beyan ve itirazların tekrarı zamanaşımı definin de tekrarını içerir.

"Somut olayda davalı dava dilekçesine karşı süresinde zamanaşımı savunmasında bulunmamıştır. Ancak tanıklara karşı yazılı beyanda bulunurken süresinde olmasa da 09.05.2012 tarihinde zamanaşımı defi ileri sürmüştür. Davalı bilirkişi raporundan sonra da 06.11.2012 tarihinde verdiği yazılı itiraz dilekçesinde zamanaşımı savunmasında bulunmuştur.Davacı 06.11.2012 tarihinde davasını ıslah etmiştir. Aynı tarihli duruşmada 06.11.2012 tarihinde ıslah dilekçesi aynı duruşmada okunmuş, davalı vekili aynen "Biz ıslah dilekçesine karşı beyanda bulunmak için süre istiyoruz yazılı beyanlarımızı tekrarla davanın reddine karar verilmesini istiyoruz ancak mahkeme aksi kanaatte ise itirazlarımız doğrultusunda ek rapor alınmasını istiyoruz ayrıca müvekkilimiz şirkette yıllık izin defterleri mevcuttur. Dosyaya ibraz etmemiş olabiliriz ibraz etmek için süre istiyoruz." şeklinde beyanda bulunmuştur. Mahkemece davalıya ıslaha karşı yazılı beyanda bulunmak üzere iki haftalık süre verilmiştir. Davalı iki haftalık süre içerisinde yazılı cevap vermeyerek 11.12.2012 tarihli duruşmada sözlü olarak zamanaşımı defi ileri sürmüştür. Mahkemece zamanaşımının iki haftalık süre içerisinde yapılmadığı gerekçesi ile ıslaha karşı yapılan zamanaşımı defi dikkate alınmamıştır. Davalı vekilinin 06.11.2012 tarihli duruşmada ıslah dilekçesi verildiğinde savunmasında yazılı beyanlarını tekrar ettiği, mahkeme aksi kanaatte ise itirazları doğrultusunda yeniden rapor alınması talebinin 09.05.2012 ve 06.11.2012 tarihli dilekçelerindeki zamanaşımı savunmasını da içerdiği

dikkate alınmaksızın talebin süresinde yapılmadığı gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir." **(7.H.D. 11.02.2014 Gün 2013/19730 E.)**

"Somut olayda, davalı, hem dava dilekçesine karşı, hem de ıslahla artırılan miktar yönünden bilirkişi raporunun kendisine tebliği üzerine zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Davacı, bilirkişi raporu kendisine tebliğ edildikten sonra, 20.5.2013 tarihinde miktar yönünden dava dilekçesini ıslah etmiş, davalı vekili, 28.5.2013 günü duruşmada kendisine tebliğ edilen ıslah dilekçesine karşı duruşmada "önceki beyanlarımızı aynen tekrar ediyoruz" şeklinde beyanda bulunmuştur. Bu durumda, davalının önceki beyanları arasında zamanaşımı savunması da bulunduğundan ıslah edilen miktarlar yönünden de süresi içinde zamanaşımı def'inde bulunduğunun kabulü gerekir. Mahkemece bu savunmaya değer verilerek ek rapor alınarak çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, zamanaşımı savunmasından önce düzenlenen bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir." **(7.H.D. 04.04.2014 Gün 2013/25771 E.)**

*"Asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı definden sadece asıl işveren yararlanır. Alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı defi asıl işverene sirayet eder."***(9.H.D. 22.10.2020 Gün 2017/17300 E.)**

9.H.D. birleşme sonrası Aralık 2020 toplantısında şu kararı almıştır;*"cevap dilekçesi verilmemişse, olmayan bir işlemin ıslah yoluyla düzeltilmesi mümkün olamayacağından, cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla zamanaşımı definin ileri sürülemeyeceği* ***oyçokluğuyla*** *kabul edildi. Ancak cevap dilekçesi vermeyen işveren, ıslah yoluyla dava konusu miktarların arttırılması üzerine usulüne uygun olarak arttırılan kısım için zamanaşımı defini ileri sürebilir."* [28]

28) HANGİ TÜR ALACAKLAR BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILABİLİR? KÜLLİ TESPİT KISMİ EDA DAVASI YÜRÜRLÜKTEN KALKMIŞ MIDIR?

Öncelikle belirtmek gerekir ki 22.H.D.'nin kapanıp 9.H.D. ile birleşmesi sonrası Eylül 2020 tarihinde ilke kararı alınmıştır. Buna göre kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacakları işçi tarafından bilinmekle kural olarak belirsiz alacak davasına konu edilemez. Ancak hesabın unsurları olan sosyal hakların(ayni olarak sağlanan yemek, yol yardımı gibi) miktarının belirlenmesi işveren tarafından sunulacak belgelere veya yargılama ile belirlenecekse kıdem ve ihbar tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Birleşmeden sonra 9.H.D. 14.09.2020 gün ve 2016/26476 E.sylı içtihadı ile de bu konuda yukarıdaki ilkesel kararı ortaya koymuştur.

"Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Her bir davaya konu alacak bakımından, belirsiz alacak davasına ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak, belirleme yapılması gereklidir.Hakime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51,56), hakimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında,

[28] Kar, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 1046

Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, tanık anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hakimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir.6100 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanun'un 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılamaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 2013, s. 414). Keza aynı şey kısmi dava için de söz konusudur.İş Hukukundan kaynaklanan davalarda sıkça karşılaşıldığı üzere, taraflar arasında çalışma süresi ve ücret miktarı yönlerinden uyuşmazlık bulunması, alacağı belirsiz hale getirmez. Keza, işçi çalışma süresini ve ücretini belirleyebilmektedir. İşçinin ne zamandan beri çalıştığını veya ücretinin ne kadar olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına da aykırıdır. İşçinin kendisinin bilmediği çalışma süresini, tanıkların bildiğini veya bilirkişinin bileceğini farzetmek ispat kurallarına da aykırıdır. Keza tarafın yeterli şekilde somutlaştırıp kendisinin bilgisinde dahi olmadığını belirttiği bir hususun mahkemece bilinmesini beklemek de mümkün değildir.İşverenin maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini (belge ve bordro düzenleme gibi) yerine getirmemesi, tuttuğu belgelerin gerçeği yansıtmaması, davadan önce işçinin alacaklarını inkar etmesi ya da ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi davacıya kural olarak belirsiz alacak davası açma imkanını vermez. İşçi bu durumlarda dahi, alacağının miktarını veya değerini belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz." **(9.H.D. 20.01.2021 Gün 2020/4397 E.)**

"Somut olayda, dava belirsiz alacak davası olarak açılmıştır.Davacı, çalışma süresi ve ücretini bilmektedir. Bu sebeple dava konusu kıdem tazminatı, ücret, asgari geçim indirmi ve yıllık izin ücret alacaklarının miktarını belirleyebilme imkanına sahip olup, anılan alacak kalemleri yönünden belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığından belirtilen talepler yönünden davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır." **(9.H.D. 20.01.2021 Gün 2020/4397 E.)**

Yine 28 Temmuz 2020 tarihinde yürürlüğü giren 7251 sylı kanun ile belirsiz alacak davası sadece tahsil amaçlı açılabilir, kısmi eda veya tespit davası niteliğinde açılamaz. Alacak belirli hale geldiğinde hakim tarafından verilen sürede belirsiz alacak

miktarı, belirli hale çevrilmelidir; aksi takdirde davacının arttırmadığı kısmı talep etmesi mümkün olmaz.**(9.H.D. 14.09.2020 Gün 2016/26476 E.)**[29]

Dava dilekçesinde belirsiz alacak davası olarak açıldığının yazılı olması veya H.M.K. 107.maddesine dayanıldığının belirtilmesi gerekir. Dava dilekçesinde bu şekilde bir açıklamaya dayanılmamış ise, dava konusu miktarların 50-100-1000 TL gibi gösterilmesi halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilmelidir. Sonradan alacaklı tarafın davayı belirsiz alacak davası olarak nitelemesi sonuca etkili değildir.[30]

Konuya ilişkin olarak yargıtay daire kararlarının işçi aleyhine olduğu, H.G.K. kararlarının ise işçi lehine olduğu gözükmektedir.

"*Uyuşmazlık konusu kullanılmayan izin süreleri işverenden sadır belgelerin incelenmesi ile belirlenebilir. Davacının ücretinin ihtilaflı olduğu, davacı işçinin ücret bordrolarının dosyaya sunulmadığı somut olayda, kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretinin belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgeler ile tahkikata ihtiyaç duyulduğundan kıdem ve yıllık izin ücreti alacaklar belirlenebilir değildir."***(H.G.K. 05.12.2019 Gün 2016/22-1167 E.)**

*"İşçinin kullanmadığı veya kalan yıllık izinlerinin belirlenmesi işverenin sunacağı kayıtlara bağlıdır. İşçi kalan izni ile ilgili işverenden sadır belge elinde olmadığı veya açıkça kalan iznini bilmediği sürece yıllık izin ücret alacağının belirsiz olduğu kabul edilmelidir."***(H.G.K. 12.12.2018 Gün 2015/22-3890 E.)**

*"4857 sylı İş Kan.'un 8/3.maddesinde işveren açıkça işçiye varsa ücret eklerini gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlü tutulmuştur. Bu kapsamda işveren tarafından kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirerek gerekli belgeleri işçiye teslim ettiğini kanıtlamadığı sürece alacak belirsiz sayılacaktır. Zira böyle bir durumda alacağını belirleyecek verilerin elinde bulunduğundan söz etmek mümkün değildir."***(H.G.K. 26.11.2019 Gün 2016/22-1322 E.)**

"Sabit ücrete ilave olarak primle veya bahşiş usulü ile çalışan işçilerin tazminat ve alacaklara esas ücreti ancak yargılama sırasından belirlenebileceğinden bu tür ücretle çalışan işçiler belirsiz alacak davası açabilirler." **(H.G.K. 25.09.2018 Gün 2015/22-856 E.)** ve **(H.G.K. 25.09.2018 Gün 2015/22-2244 E.)**

Tanık anlatımlarına ve takdiri indirime dayalı fazla mesai, hafta tatili ve bayram genel tatil alacaklarının belirsiz alacak davası olarak açılabileceğine dair, daireler arasında herhangi bir teraddüt yoktur.

H.G.K. bu konuda işçi lehine bir adım daha atarak, diğer taraftan fazla mesai ve tatil alacakları kayda dayandığında karineye dayalı takdiri indirim yapılmasa da anılan çalışmalar karşılığı ücret alacağı işverende bulunan kayıtlar esas alınarak

[29] Kar, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 604
[30] Kar, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 606, Aralık 2020 toplantısında alınan görüş

hesaplanacağından, alacakların belirsiz alacak davasına konu edilebileceğini belirtmektedir.**(H.G.K. 18.06.2019 Gün 2017/22-2947 E.)**[31]

9.H.D. ve 22.H.D. objektif dava birleşmesi halinde, dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtirken,**(9.H.D. 26.11.2014 Gün 2014/31734 E.)** ve **(22.H.D. 10.03.2015 Gün 2013/34728 E.)** Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "alacakların birbiri ile bağlantılı olması, kanun yoluna başvurulduğunda kesinlik sınırının her bir alacak talebi yönünden ayrı ayrı değil toplam alacak miktarı dikkate alınarak belirlenmesi nedeni ile talep konusu alacaklardan biri ya da birkaçının belirsiz alacak olduğunun tespiti halinde talep konusu diğer alacakların da belirsiz alacak davasına konu olabileceğini kabul etmiştir**.** Hukuk Genel Kurulu kararının usul ekonomisine uygun olduğunu kabul etmek gerekir. **(H.G.K. 05.12.2019 Gün 2017/22-2043 E.)**[32]

Uygulamada istinaf mahkemelerinin sayısının artması ve dairelerin, H.G.K. kararlarını nazara almaması nedeniyle meslektaşlarıma tavsiyem kıdem, ihbar, yıllık ücretli izin ve ücret alacaklarını her daim kısmi dava olarak açmalarıdır. UBGT, hafta tatili, fazla mesai alacaklarını ise tanıkla ispat edecekler ise belirsiz alacak davası olarak açmaları daha doğru olur. Şayet bu alacakları belge ile ispat edecekler ise yine kısmi dava olarak açılması gerekir. Eylül 2020 tarihli ilke kararından sonra bu konu daha çok önem kazanmıştır. Zira yeni 9.H.D., kısmi dava olarak açılması gereken bir alacağın, belirsiz alacak davası olarak açılması halinde, hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddedileceğini belirtmektedir. Bir dava açtığınızda en iyi ihtimalle 5 yıl sonra yargıtaya gidecek olan dosyanız usulden red kararı ile karşılaşırsa bu sefer davanın açılması ile meydana gelen zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla neredeyse tamamı 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olan alacaklar yok olup gidecektir. Yeni 9.H.D., kapanan 22.H.D.'nin kararını benimsemiştir.

"Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarına yönelik talepler bakımından; davacı çalışma süresini, aylık ücret miktarını, fesihte tanınması gereken ihbar süresini ve kendisine kullandırılmayan izin süresini belirleyebilecek durumdadır. Giydirilmiş ücret bakımından ise, aylık çıplak ücrete ek, para veya parayla ölçülebilen menfaat bulunduğu noktasında dava dilekçesinde bir iddia yoktur. Bu itibarla, dava konusu edilen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarının davacı tarafça belirlenebilir nitelikte olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılmakla, hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 26.06.2019 Gün 2016/14409 E.)**

"Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacakları işçi tarafından bilinmekle kural olarak belirsiz alacak davasına konu edilemez. Ancak, kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas olacak giydirilmiş ücreti belirleyecek olan yemek yardımı gibi sosyal yardımların miktarı işverenin sunacağı belgelerle belli olacaksa kıdem ve ihbar tazminatı belirsiz alacak davasına konu olabilir. Bu duruma göre davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değeri belirlenebilir durumda ise dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmelidir. Davacı taraf hesap raporuna sadece ücret alacağı veya hafta tatili ücreti alacağı yönünden itiraz ettiğinden itiraz edilmemiş olan fazla çalışma

[31] Kar, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 626
[32] Kar, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 628

ücreti alacağı miktarı bakımından davalı taraf lehine usuli müktesep hak oluştuğu dikkate alınmalıdır." **(9. H.D. 12.10.2020 Gün 2016/25729 E.)**

Bu nedenle dava dilekçesinde TALEP kısmının aşağıda şekilde belirtilmesinde fayda vardır: [33]
Fazlaya ilişkin haklarımız saklı kalmak kaydıyla H.M.K. madde 109 kapsamında kısmi dava olarak şimdilik;

- ...TL Kıdem Tazminatı
- ...TL İhbar Tazminatı
- ... TL Yıllık Ücretli İzin
- ... TL Ücret Alacağı

H.M.K. madde 107 kapsamında dava değeri bilirkişi incelemesi sonucu kesin olarak belirli olduğunda, harcın tamamlanması ve arttırım dilekçesi verilmek kaydıyla, tahsil talepli belirsiz alacak davası olarak;

- ... TL Fazla Çalışma Ücreti
- ... TL UBGT Ücreti
- ... TL Hafta Tatili

olmak üzere toplam .....alacağının, kıdem tazminatı alacağına iş akdinin feshi tarihinden itibaren işleyecek en yüksek banka mevduat faizi ile, yıllık ücretli izin alacağı ve ihbar tazminatı için dava tarihinden itibaren(temerrüt varsa temerrüt tarihinden) işleyecek yasal faizi ile, diğer alacaklar bakımından ise dava tarihinden(temerrüt varsa temerrüt tarihinden) itibaren işleyecek en yüksek mevduat faizi ile birlikte davalı/davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini vekaleten talep ederim.

29) ISLAHLA DAVA TÜRÜ DEĞİŞTİRİLEBİLİR Mİ?

Birleşmeden önce 9.H.D. tam ıslah ile dava türünün değiştirilemeyeceğini kabul ederken, 22. H.D. tam ıslah ile dava türünün değiştirilebileceğini kabul etmekteydi.

"Taraflar arasında davanın belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacı, dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davası açtığını belirtmeden fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle kısmi olarak bildirdiği alacakların tahsilini talep etmiştir. Sonrasında da ***tam ıslah yapılarak usulüne uygun bir şekilde dava belirsiz alacak davasına dönüştürülmemiştir.*** *Mahkemece, davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine göre belirsiz alacak davası olduğu belirtilerek hüküm kurulmuştur. Davanın belirsiz alacak davası olarak açılmadığı açıktır.Hal böyle olunca, Mahkemece davanın kısmi dava olduğu dikkate alınarak, kısmi davaya ilişkin kurallara göre görülüp sonuçlandırılması gerektiğinin gözetilmemesi hatalı olmuştur."* **(22. H.D. 06.02.2020 Gün 2017/27204 E.)**

Birleşmeden sonra Eylül 2020 tarihli ilke kararına göre; kısmi ıslah yolu ile dava türü değiştirilemez. Örneğin belirsiz alacak davası kısmi davaya, kısmi dava belirsiz alacak davasına dönüştürülemez. Tam ıslah ile dava türünün değiştirilip değiştirilemeyeceğine dair ise karar verilmemiş, konunun sonradan tekrar gündeme alınağı belirtilmiştir.

[33] Tuğba Halil Ökten "İş Hukukunda Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava" Yetkin Yayınları Ankara 2020 syf 267-268

30) DAVA DİLEKÇESİ İLE İSTENMEYEN BİR ALACAK KALEMİ ISLAH İLE İSTENEBİLİR Mİ?

9.H.D. dava dilekçesinde belirtilen ancak davaya konu edilmeyen aynı hizmet akdinden kaynaklanan alacak kalemlerinin kısmen ıslah ile istenilmesinde usule aykırılık olmayacağını belirtmektedir.

"Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, aynı taraflar arasında aynı hizmet akdinden kaynaklanan taleplerin dava dilekçesinde istenilmese dahi ıslah dilekçesi ile istenebileceği kabul edilmiştir. Bu kabulün temel dayanakları tarafların ve hukuki ilişkinin aynı olup, aynı hukuki ilişkiye dayalı birden fazla talebin aynı davada aynı delillerle birlikte değerlendirilmesi ve usul ekonomisidir." **(9.H.D. 06.06.2017 Gün 2017/5230 E.)**

*"Dairemiz uygulamasına göre, ıslah ile dava dilekçesinde istenilmeyen alacaklar da talep edilebileceğinden, yıllık izin ücreti ile asgari geçim indirimi alacakları bakımından ıslah dilekçesi ile talepte bulunulup harcı da yatırıldığından, bu iki talep açısından dava tarihi, artık ıslah tarihidir."***(9.H.D. 13.09.2018 Gün 2016/28541 E.)**

*"Dava dilekçesinde istenen bir alacak kaleminin yerine, başka bir alacak kalemini talep etmek ancak tam ıslahla mümkün olabilir. Ancak davacının yaptığı tam ıslah değildir. Dairemiz uygulamasında ise, dava dilekçesinde talep edilmeyen bir alacak kaleminin ıslah dilekçesi ile yeni bir alacak kalemi olarak istenilmesi mümkündür. Ancak bu halde yeni istenen alacak kalemi, dava dilekçesinde istenen alacakların biri veya bir kısmının yerine ikame edilen alacak kalemi olarak değil ilk kez ıslahla istenen alacak kalemi olarak kabul edilmelidir."***(9.H.D. 30.04.2018 Gün 2018/9571 E.)**

22.H.D. ise kısmen ıslah ile dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınmasının mümkün olmadığını, bunun ancak tam ıslah ile mümkün olabileceğini belirtmektedir.

"6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 187. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya istem sonucunu değiştirebilmesi imkanını sağlamaktadır. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak, her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Başka bir anlatımla ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir davanın açılması imkanı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Somut olayda, dava dilekçesinde ilave tediye alacağı talep edilmemiştir. Davanın kısmen ıslah edilmesine dair dilekçeyle ise, dava dilekçesindeki taleplere ek olarak ilave tediye alacağı isteminde de bulunulmuştur. Dava dilekçesinde yer almayan bir istemin, belirtilen şekilde ıslah yoluyla dava kapsamına eklenmesinin mümkün olmaması sebebiyle, Mahkemece ilave tediye alacağı bakımından usulüne uygun dava açılmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, talebin esastan değerlendirilerek kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur." **(22.H.D. 06.06.2017 Gün 2017/33684 E.)**

*"Dava dilekçesinde talep edilmeyen bir alacak kalemi ancak davanın tam ıslahı ile mümkün olur."***(22.H.D. 10.10.2019 Gün 2016/19789 E.)**

Birleşmeden sonra Eylül 2020 tarihli ilke kararına göre; dava konusu alacaklarla aynı ve birbirine benzer sebeplerden doğmak ve bu alacağa ilişkin peşin harç yatırılmak kaydı ile dava konusu yapılmayan bir işçilik alacağının kısmi ıslah ile talep edilebileceği kabul edilmiştir. İstenilen alacak kalemi ilk kez talep edildiğinden, işverenin bu alacak kalemi bakımından delil sunma, itirazda bulunma, zamanaşımı defi ileri sürme hakkı vardır.

"Dava dilekçesinde talep konusu yapılmayan bir işçilik alacağı, dava konusu alacaklarla aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmak şartıyla, ayrıca bu alacağa ilişkin peşin harç yatırılmak kaydıyla kısmi ıslahla talep edilebilir. Davalının bu alacakla ilgili delil sunma, itirazda bulunma ve zamanaşımı defini ileri sürme hakkı vardır. Bu durum usul ekonomisine daha uygundur. Ancak delillerin toplandığı ve karar aşamasına gelindiği bir aşamada salt davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle ıslah yoluyla ek talepte bulunulması halinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu n 182. maddesine göre hâkim ıslahı dikkate almadan karar verebilir." **(9.H.D. 11.01.2021 Gün 2017/17980 E.)**

31) BOZMA KARARINDAN SONRA TALEP ARTTIRIMI YAPILABİLİR Mİ?

"Somut dosyamızda; dava belirsiz alacak davası olarak açılmış olup, davacı ücreti ihtilaflıdır. Şöyle ki; davacının net 2.300,00 TL ücret aldığı, işyerinde verilen bir öğün yemek ve servis imkanından yararlandığı belirtilmiştir. Davacı tanıkları ise davacı iddialarını doğrulamışlardır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise, davacı ücreti net 2.300,00 TL olduğu, davacının yemek ve servis hizmetinden yararlandığı da dikkate alınarak takdiri olarak bilirkişi tarafından yemek ve yol ücreti eklenerek giydirilmiş ücret bulunmuştur. Giydirilmiş ücretin tespitinin davacıdan şu durumda beklenemeyeceği, ücrette belirsizlik olduğu açıktır. Öyle ise davanın belirsiz alacak davası olarak kabulünün yerinde olacağı ve bozmadan sonra davacının taleplerinin artırabileceği sonucuna ulaşılacaktır. Davacının bozmadan sonra talep artırım dilekçesi verdiği ve tamamlama harcı yatırmak suretiyle taleplerini artırdığı görülmektedir. Ancak mahkemece hatalı değerlendirme ile talep artırımının ıslah olarak kabul edilmesi ve artırılan miktarların reddine karar verilmesi hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir." **(9.H.D. 12.10.2020 Gün 2018/7888 E.)**

*Belirsiz alacak davasında bozmadan sonra talep arttırımı yapılabilir.***(22.H.D. 30.05.2019 Gün 2019/4438 E.)**

*Talep arttırım işlemi ıslah olmadığından bozmadan sonra yapılan bir ıslah da söz konusu değildir.***(22.H.D. 05.11.2019 Gün 2019/4837 E.)**

*Kısmi eda külli tespit davalarında bozmadan sonra ıslah yapılamadığı gibi talep arttırımı da yapılamaz. 9 HD külli tespit kısmi eda davalarındaki talep arttırımını ıslah olarak kabul etmektedir.***(9. H.D. 04.04.2018 Gün 2018/3347 E.)**

TALEP ARTTIRIMI KAÇ KERE YAPILABİLİR?

*Belirsiz alacak davasında talep arttırımı bir kere yapılabilir.***(9.H.D. 19.12.2018 Gün 2015/28994 E.)**

*Belirsiz alacak davasında talep arttırımı bir kere yapılabilir. Arttırım yapıldıktan sonra ıslah da yapılamaz.***(9.H.D. 11.12.2019 Gün 2017/13021 E.)**

Yeni 9.H.D. birleşmeden sonra 27.01.2021 tarihli uyuşmazlık giderme toplantısında bu konuda karar almıştır. Buna göre;

Talep arttırma hakkının birden fazla kullanılıp kullanılamayacağı

Kural olarak belirsiz alacak davasında bir kez talep artışı yapılabilir. Talep artışı sonrasında ıslah veya ek dava yoluyla bakiye alacakların istenmesine engel bir durum bulunmamaktadır. H.M.K. 110. maddesi kapsamında davaların yığılması şeklinde birden çok işçilik alacağı talep edildiğinde, alacaklardan bazıları için talep artışı yapılması, diğerleri için henüz alacağın tam olarak belirlenmediği itirazında bulunulması ve daha sonra alacağın tam olarak belirlenmesi üzerine bu alacakla ilgili talep artışı yapılması mümkün görülmelidir. [34]

32) BOZMADAN SONRA ISLAH YAPILABİLİR Mİ?

"Bu konuda daireler arasında farklı görüşler vardır. 4.H.D. 1086 sayılı HUMK dönemi gibi bozma esasa yönelik ise ıslah yapılamayacağı yönünde kararlarını devam ettirirken, 9.H.D. ise H.M.K. döneminde tahkikatın bozmadan sonra da devam ettiğini ve tahkikat tamamlanıncaya kadar ıslah yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.".[35]

İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu ise oyçokluğu ile, ister usulden olsun, ister esastan olsun bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına karar vermişti.**(Y.İ.B.G.K. 06.05.2016 Gün 2015/1 E.)**

20.07.2020 tarihinde kabul edilen ve 28.07.2020 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7251 sayılı kanun ile bu durum yeniden düzenlenmiş ve bozmadan sonra ıslah yapılması 6100 sayılı H.M.K.nın 177.maddesine eklenen ikinci fıkra ile kural haline getirilmiştir. Böylece içtihadı birleştirme kararı yürülükten kaldırılmıştır. Kurala göre;" Yargıtayın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sonra erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz."

"Bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durumun ıslah ile ortadan kaldırılamayacağı konusunda ise gerekçe olarak usuli kazanılmış hak ve aleyhe bozma yasağı kavramlarına atıf yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki bozmadan veya kaldırmadan önce ıslah hakkını kullanmış bir tarafın koşulları oluşsa dahi bozmadan sonra yeniden

[34] Kaynak: https://www.facebook.com/groups/avmehmetkaya/permalink/4248041255215432
[35] Kar, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 1056-1057

ıslah yapabilmesi mümkün değildir. Zira taraf, ıslahı bir kez yapmakla bu hakkını tüketmiştir."[36]

33) KÜLLİ TESPİT KISMİ EDA DAVASINDA TALEP ARTTIRIM DİLEKÇESİ ISLAH NİTELİĞİNDE MİDİR?

Kısmi eda külli tespit davasının belirsiz alacak tahsil davasına göre olumsuz yönü, temerrüt söz konusu değil ise tespit edilen kısım için faizin dava tarihinden başlamamasıdır. Temerrüt olgusu olmadığı sürece, tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında alacağın tamamı, kısmi eda külli tespit davasında ise sadece dava dilekçesinde talep edilen kısım için dava tarihinden faiz yürütülecektir. 9.H.D.'nin uygulaması bu yöndedir.**(9.H.D. 01.10.2018 Gün 2017/20026 E.)** 9 HD'ye göre kısmi eda külli tespit davalarındaki talep arttırım dilekçesi ıslah niteliğindedir**.** Y.H.G.K. ise kısmi eda külli tespit davasında da talep arttırım dilekçesi verilebileceğini kabul ettiğinden(ıslah dilekçesi olarak görmemektedir), kısmi eda külli tespit davasının da tahsil amaçlı belirsiz alacak davası gibi değerlendirilmesi ve faizin alacağın tamamına dava veya temerrüt tarihinden yürütülmesi gerekecektir.**(H.G.K. 28.02.2018 Gün 2015/9-3139 E.)**

34) KISMEN ISLAH SÜREYE TABİ MİDİR?

Kapatılan 7.H.D. ve 22.H.D. talep halinde de geçerli olmak üzere H.M.K. 181 gereği kısmi ıslah için de 1 haftalık süre verileceğini ve süresi içinde yapılmaması durumunda ıslahın hiç yapılmamış kabul edilmesi gerektiğini belirtirken, 9.H.D. ise ıslah işleminin tahkikat bitene kadar yapılabileceğini kabul etmekteydi.

*"6100 sayılı H.M.K.'nun 181 inci maddesinde, "(1) Kısmen ıslaha başvuran tarafa, ıslah ettiği usul işlemini yapması için bir haftalık süre verilir. Bu süre içinde ıslah edilen işlem yapılmazsa, ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir." hükmü bulunmaktadır. Bu yasa maddesine göre ıslahın 1 haftalık sürede yapılması gerekmekte olup yasa maddesindeki 1 haftalık süre kanundan kaynaklanan kesin süredir. Somut olayda, mahkeme, kısmi dava olarak açılan davada, davacı vekiline ıslah için 10.01.2014 tarihinde süre vermiş, ıslah ise 1 haftalık süre geçtikten sonra 10.02.2014 tarihinde yapılmıştır. Bu itibarla süresinde yapılmayan ıslaha değer verilmesi hatalı olmuştur."***(22.H.D. 06.07.2017 Gün 2015/16593 E.)***

*"6100 Sayılı H.M.K. 177. Maddesi gereğince ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Islah için aynı Kanunun 181. Maddesi gereğince kesin süre verilebilmesi için; tarafın ıslaha başvurduğunu, kısaca ıslah ettiğini belirtmesi gerekir. Dosya içeriğine göre, Mahkemece bilirkişi raporundan sonra ortada ıslah yapılacağına dair bir usul işlemi olmadığı halde davacı vekiline davasını ıslah etmesi için kesin süre verilmiştir. Bu ara kararı yukarıda belirtilen usul kurallarına aykırıdır. Davacı vekili tahkikat bitmeden dava konusu alacakları ıslah suretiyle artırıp harcını yatırıp dilekçe verdiğine göre, ıslah dikkate alınarak alacakların hüküm altına alınması gerekir. Usule aykırı olarak verilen ara karar üzerine ıslah işleminin dikkate alınmadan karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9. H.D. 09.09.2015 Gün 2014/12327 E.)***

[36] Kar, Bektaş "İş Yargılaması Usulü" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf 1061

Birleşmeden sonra alınan Eylül 2020 tarihli ilke kararına göre; H.M.K.'nın 181.maddesi ile öngürülen süre, davacının beyanı/talebi üzerine mahkemece ıslah için verilen hallere ilişkin değildir. Zira aynı kanunun 177.maddesine göre ıslahın tahkikat bitene kadar yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre H.M.K.'nın 181.maddesinde öngürülen kesin süre, duruşmadan tutanağa geçirilmek suretiyle yapılan ıslah işleminin tamamlanması için verilmesi gereken bir süredir. Bunun dışında ıslah işlemini yapmak için süre talep edildiği haller, H.M.K.'nın 181.maddesinde öngörülen kanuni süreye tabi değildir.

"Kısmen ıslah hükümlerinin düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanununun 181. maddesinde öngörülen kesin sürenin, duruşmada tutanağa geçirilmek suretiyle yapılan ıslah işlemine ilişkin usul işlemlerinin yapılması harç bakımından tamamlanması için verilmesi gereken bir süre olduğu, bunun dışında ıslah işlemi için verilen sürelerin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 181. maddesinde öngörülen kesin süreye tabi olmadığı ve tahkikat sona erinceye dek ıslah işlemi yapılabileceği kabul edilmiş olup, buna göre ise davacının ıslah işleminin süresinde olduğu anlaşılmıştır. Mahkemece önceki maddi hataya dayalı bozma ilamına uyularak verilen karar isabetli bulunmadığından yeniden bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 24.12.2020 Gün 2020/7553 E.)**

"6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 176. maddesine göre, taraflardan her biri, yaptığı usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir. Yine aynı Kanun'un 177. maddesine göre ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Islah nedeni ile kesin süre verilebilmesi için, tarafın ıslah ettiğini bildirmesi gerekir. Islah ettiğini bildiren tarafa ıslah dilekçesini vermesi için kesin süre verilebilir. Ancak taraf ıslah yapmak için süre istemişse henüz ıslah yapmadığından kesin süre verilemez. Zira ıslah tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Islah Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 177. maddesi gereğince tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Devam eden 181. madde de ki bir haftalık süre, ıslaha başvurulması halinde ıslah ettiği usul işlemini yapması için verilir. Kısaca bu süre ıslah yapıldığı takdirde, verilen süredir. Davacı taraf ise henüz ıslaha başvurmamış, başvurmak için süre istemiştir. Davacı vekili daha sonra tahkikat bitmeden ıslah dilekçesi verdiğine göre, ıslah dilekçesi dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken ıslah talebinin reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 20.01.2021 Gün 2020/4084 E.)**

35) DAVALI HARÇTAN MUAF İSE ISLAH İLE ARTTIRILAN MİKTAR İÇİN HARÇ ALINMASINA GEREK VAR MIDIR?

Bu konuda çelişkili kararlar mevcuttur. H.G.K. 2010 tarihli kararında harç alınmasına gerek olmadığını belirtirken, 2013 yılındaki kararında harcın tamamlanması gerektiğini belirtmiştir. 9.H.D. ise 2015 tarihli kararında oyçokluğu ile harcın alınması gerektiğini belirtmiştir. Kanaatime göre davalısı harçtan muaf olan bir davada, nisbi harcın yatırılması gerektiğinin aranması hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasıdır.

"Böylece, davalı harca tabi değilse ya da harçtan muaf ise aleyhine açılan dava nispi harca tabi bir dava olsa dahi başlangıçta maktu harç alınıp yargılamaya devam edilebilmeli; sonuçta hükmedilmesi olanağı bulunmayan nispi harcın peşin miktarının yatırılmış olması aranmamalıdır. Aksine bir yaklaşım hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir ki, bunun hukuk düzenimizce korunmayacağı açıktır.Bu bağlamda, Harçlar Kanunu'nun 13/j maddesinde Genel Bütçe'ye dahil idarelerin bu Kanun'un 1 ve 3 sayılı tarifelerine

*giren bütün işlemlerinin harçtan muaf olduğu düzenlendiğinden 5018 sayılı Kanun'a ekli 1 sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri aleyhine açılacak davalar ile, özel yasalarına göre harçtan muaf olanlara karşı açılacak davalarda davacıdan peşin harç alınması gerekiyorsa, bu miktar maktu harcı geçemeyeceğinden, davacıdan maktu harç alınarak yargılamaya devam edilmelidir."O halde, eldeki davada davalı SGK'nın harçtan muaf olduğu gözetildiğinde, dava açılırken davacı tarafından yatırılan maktu harç, her halükarda Harçlar Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca dava sonunda alınması gereken karar ve ilam harcının tamamını karşılamakla, ikmali gereken harç bulunmadığı gibi; sonuçta hükmedilecek bakiye karar ve ilam harcı da bulunmadığından mahkemenin bu yöndeki direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.***(H.G.K. 03.11.2010 Gün 2010/10-550 E.)***

*"Görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce, harçtan muaf olan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı aleyhine açılan dava nisbi harca tabi bir dava olsa dahi, başlangıçta maktu harç alınıp yargılamaya devam edilebilmesi gerektiği, sonuçta davalıdan harç alınma imkanı olmadığından nispi harcın da peşin yatırılmasına gerek olmadığı, aksine bir yaklaşımın hak arama özgürlüğünü kısıtlanması anlamına geleceği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca kabul edilmemiş ve tamamlama harcı yatırılmadan mahkemece ıslah beyanına değer verilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğu, kabul edilmiştir."***(H.G.K. 04.12.2013 Gün 2013/21-445 E.)***

"*Yukarıda belirtildiği gibi, peşin harcın sonradan tamamlanması mümkün ise de, ıslah tahkikat bitinceye kadar yapılması gereken bir işlem olmakla hüküm verildikten sonra yatırılan ıslah harcı, yok hükmündeki ıslahı geçerli hâle getiremez. Nitekim Dairemizin 03.02.2014 tarih, 15307/2703 E.K. sayılı ve 13.05.2015 tarih, 11641/17641 E.K. sayılı ilamlarında da aynı sonuca varılmıştır. Davalının harçtan muaf olmasının da sonuca etkisi yoktur. Zira davalının harçtan muafiyeti hususu, hüküm aşamasında ve davanın kabul edilmesi durumunda değerlendirilecek bir konudur. Mahkemece; tamamlama harcı yatırılmayan ve dolayısıyla yok hükmünde olan ıslah beyanına değer verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, kabule göre de harçtan muaf olan davalı Bakanlığın yargılama giderlerine harç katılmak suretiyle harçtan sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.***(9.H.D. 28.09.2015 Gün 2015/23690 E.)***

36) BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ EDİLMEMESİ KARŞI TARAF YÖNÜNDEN USULİ KAZANILMIŞ HAK OLUŞTURUR MU?

"Davacı UBGT alacağı hesaplanmayan ilk bilirkişi raporuna itiraz etmediği gibi rapora itirazının bulunmadığını da belirtmiştir. Bu nedenle mahkemece UBGT alacağı hesaplayan sonraki bilirkişi raporuna itibar edilmesi mümkün değildir." **(22.H.D. 06.11.2018 Gün 2017/17374 E.)**

*"Kök bilirkişi raporu doğrultusunda davacının hafta tatili alacağı hesaplanmış ve davacı davasını ıslah etmiştir. Bilirkişi tarafından hazırlanan ek raporda ise kök rapordaki hesap hatası giderilmiştir. Ancak davacı hesap hatası içeren rapora itiraz etmediğinden bu durum davalı lehine usuli kazanılmış hak oluşturur."***(9.H.D. 15.01.2019 Gün 2016/18095 E.)**

*"Görülmekte olan davada alınan hesap bilirkişi raporu teknik bir rapor olmadığından bu rapora itiraz edilmemiş olması taraflar yönünden usuli kazanılmış hak oluşturmaz."***(22. H.D. 20.02.2020 Gün 2015/27280 E.)**

37)ASIL İŞVERENİN İLERİ SÜRDÜĞÜ ZAMANAŞIMI DEFİNDEN ALT İŞVEREN YARARLANIR MI?

9.H.D. asıl-alt işveren ilişkisinde zamanaşımının kesilmesini müteselsil sorumluluk çerçevesinde değerlendirmiş ve birinin ileri sürdüğü zamanaşımı defini ortak defi olarak kabul etmiştir.

*"Kabule göre, yeni Borçlar Kanunu döneminde eksik teselsül-tam teselsül ayrımının kaldırılmış olması karşısında, bu dönemde açılan davalar bakımından Dairemizin uygulaması, davalıların birisinin zamanaşımı def'inde bulunması halinde bunun ortak def'i kabul edilerek zamanaşımı def'inde bulunmayan davalılara da sirayet edeceği yönündedir. Mahkemenin kabulü açıklanan nedenle de yerinde değildir."***(9.H.D. 27.04.2017 Gün 2017/4610 E.)**

22.H.D. ise, asl-alt işveren ilişkisini kefalet ilişkisi çervesinde değerlendirmiş ve asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı definden alt işverenin yararlanamayacağına karar vermiştir.

"Somut olayda, davacı davasını 05.01.2015 tarihinde ıslah etmiştir. Davalı asıl işveren ... vekiline ıslah dilekçesi 12.01.2015 tarihinde tebliğ edilmiş olup, davalı asıl işveren tarafından 14.01.2015 tarihinde ıslaha karşı zamanaşımı defi ile sürülmüştür. Mahkemece, ıslaha karşı zamanaşımı savunması nedeniyle her iki davalı bakımından da ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının zamanaşımına uğradığı kabul edilmiş ise de; davalı alt işveren ... Taahhüd A.Ş. tarafından ıslaha karşı yapılan bir zamanaşımı savunması bulunmamaktadır. Zira davalı alt işverene de ıslah dilekçesi 14.01.2015 tarihinde tebliğ edilmiş olup, bu tarihten sonra davalı alt işveren tarafından ibraz edilen 21.01.2015 tarihli dilekçede zamanaşımı defi yer almamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, temyiz edenin sıfatı ve temyiz nedenlerine göre bu husus bozma sebebi yapılmamıştır. Ancak mahkemece yıllık ücretli izin alacağının hesabında davalı asıl işverenin ıslaha karşı zamanaşımı defi dikkate alınmamıştır. Davalı ... asıl işveren olup sorumluluğu alt işverenin sorumluluğu ile sınırlıdır. Dolayısıyla alt işveren tarafından süresinde ıslaha karşı zamanaşımı savunması yapılmadıkça asıl işverenin yapmış olduğu zamanaşımı savunmasının alt işveren davalı ...Ş.'ye sirayet etmesi mümkün değildir. Bu itibarla davalı asıl işveren tarafından yapılan zamanaşımı itirazının sadece kendisi bakımından sonuç doğuracağı da gözetilerek, yıllık izin ücreti alacağı bakımından ıslah zamanaşımına uğrayan miktarın gözönünde bulundurularak ilgili alacağın hüküm altına alınması gerekirken bu hususa dikkat edilmeksizin hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 15.01.2018 Gün 2017/9730 E.)**

Yeni 9.H.D. Eylül 2020 tarihli ilke kararında, 22.H.D. uygulamasını kabul ederek aralarında ilişkinin asıl borçlu/kefalet ilişkisi olduğuna karar vermiştir. Buna göre;
Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide birlikte (müşterek müteselsil) borçluluk kabul görse de, aralarındaki ilişki bir anlamda T.B.K. 155. düzenlenen asıl borçlu / kefil ilişkisine benzemektedir. Alt işveren asıl borçlu, asıl işveren ve kefil ise alacaklıya karşı garanti

yükümlülüğü altındadır. Bu itibarla asıl işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı definden sadece asıl işveren yararlanır. Alt işverenin ileri sürdüğü zamanaşımı defi asıl işverene sirayet eder. Bu şekilde asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumlu olduğu miktarı aşmamış olur.

KISA ÇALIŞMA/ÜCRETSİZ İZİN

38) İŞVEREN PANDEMİ DÖNEMİNDE TEK TARAFLI ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMASINA BAŞVURMADAN ÖNCE KISA ÇALIŞMA UYGULAMASINA BAŞVURMALI MIDIR? [37]

Öğretide ***Alpagut****'a göre****, "****kısa çalışmadan yararlanma şartlarının mevcudiyetine rağmen işverenin kısa çalışmaya başvurmaksızın işçiyi doğrudan ücretsiz izine çıkarması durumu, işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturur."*[38]

Baycık'*a göre, "bu madde ile ücretsiz izine ilişkin madde ve 7244 sylı kanunun amacı birlikte dikkate alındığında, işverenin işçisini tek taraflı ücretsiz izine çıkarabilmesi için işverenin salgından etkilenmesi ve bu nedenle ya faaliyetini tamamen durdurması ya da çalışma süresini en az 1/3 oranında azaltması gerekir. Salgından etkilenmeyen veya etkilenmesine rağmen kısa çalışma başvurusunda bulunmayan işverenlerin, tek taraflı ücretsiz izne çıkarma yetkisinin mevcut olmadığı, buna rağmen başvurulacak ücretsiz izin uygulamasının hukuki duruma göre iş sözleşmesinin haksız, geçersiz veya kötüniyetli feshi olarak yorumlanması gerekmektedir."*[39]

Birben'e göre *"koronovirüs sonucunda daha belirgin ekonomik kriz nedeniyle yaşanmakta olan istihdam kayıplarının önlenmesi amacıyla 7244 sylı kanunun kabul edildiğini, kanun koyucunun öncelikle işsizlik sigortası kanununda yapılan değişikle kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşullarını hafiflettiğini, bunu yeterli görmeyerek genel bir fesih yasağını getirdiğini ve ücretsiz izne ilişkin düzenlemenin bu değişikliklerle bağlantılı olduğunu,bu bağlamda işverenin salgın döneminde ilk başvurması gereken yolun kısa çalışma uygulaması olması gerektiğini belirtmiştir."*[40]

Akın'a *göre "işverenin kısa çalışmaya başvurmadan önce ücretsiz izin uygulaması başlatması işçi aleyhine sonuçlar doğurur. Böyle bir durumda işçi kısa çalışma ödeneği yerine, ondan daha düşük nakdi ücret desteği ile yetinmek durumunda kalır. Bu nedenle işverenlerin kısa çalışmaya başvurmadan önce ücretsiz izne yönelmemeleri gerekir. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanma imkanı olduğu halde işveren işçiyi ücretsiz izne çıkarırsa bu durum işçinin gelirinde yarattığı düşüş oranında çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir."*[41]

Alp'a göre "*7244 sayılı kanun metni dikkate alındığında kanun koyucunun kısa çalışma ile ücretsiz izin ilişkisini düzenlemediği, iş kanunun geçici 10.maddesi ile sadece ve*

---

[37] "Yeni Koronovirüs Covid-19 Salgınının Ücretsiz İzin Uygulamasına Etkisi", Dr.Öğr. Üyesi Asiye Şahin Demir, Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu syf 57-58-59 Onikilevha Şubat 2021

[38] Alpagut, Gülsevil "Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi" Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden, Pandemi Sürecinde İş Hukuku 2020, syf 61-98

[39] Baycık, Gaye 16.04.2020 Tarihli ve 7244 Sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları, http://gayebaycik.av.tr/blog-standard

[40] Birben, Erhan "7244 Sayılı Kanun Uyarınca İşverenin İşçiyi Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sınırları", İzmir Barosu Bülteni, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku , Komisyonu 2020, syf 87-99

[41] Akın, Levent "Covit 19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", Çimento İşveren Dergisi 34(3) syf 16-71

doğrudan işverene işçisini ücretsiz izne çıkarma yetkisi tanındığı, bu nedenle de işverenin kısa çalışmaya başvurmasının önceliği bulunmadığını sonucuna ulaşılabileceğini, ancak kanunun yorumlanmasında sadece madde metni ile sınırlı kalınmamasının *başka unsurların da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre kanun koyucunun amacı 7244 sylı kanunun adında da belirtildiği üzere salgının ekonomik ve sosyal etkilerinin azaltılmasıdır. Bu amaçla yapılan bir düzenleme işverene ek ekonomik yük getirmemek şartıyla sosyal bakımdan işçinin aleyhine bir uygulamaya yol açacak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu kapsamda kısa çalışmanın işverene ek bir yük getirmediği, buna karşılık ücretsiz iznin işçinin daha aleyhine bir uygulama olduğu dikkate alındığında, işverenin doğrudan ücretsiz izin uygulamasına başvurmasının kanunun amacına uygun olduğu söylenemez. Bu bağlamda kısa çalışmaya öncelik tanınması hem kanunun amacına hem iş hukukunun temel prensibi olan işçi lehine yorum ilkesine uygundur".*[42]

Manav'a göre *"kısa çalışma uygulaması işverenin işletmesel karar hakkı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle de hiçbir işverene zorla kısa çalışma uygulaması yaptırılamaz. Mevcut kanunu düzenleme dikkate alındığında işverenin tek taraflı ücretsiz izin uygulamasına başvurmadan önce kısa çalışmaya başvurmasına ve işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanmasına ilişkin bir şart getirilmemiştir. Bu nedenle işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkı olsa bile, işveren işçiyi ücretsiz izne çıkarma hakkına sahiptir."* [43]

Çil'e göre "*kısa çalışmaya başvurmaya ilişkin koşulların varlığı halinde işverenin öncelikle kısa çalışmaya başvurması ve kısa çalışmadan yararlanamayan işçileri ücretsiz izne çıkarması en uygun yöntem olarak görülse de kısa çalışma uygulamasının uygunluk tespitinin sonradan yapılacak olması sebebiyle uygulamanın kurum tarafından kabul edilmemesi ve işçiye yapılan ödemelerin işverenden tahsil edilmesi riski göz önünde bulundurulduğunda, kanunda hiçbir koşula tabi olmayan tek taraflı ücretsiz izin uygulamasına başvurması risksiz olduğu için işveren tarafından tercih edilebilir. Bu durum doğrudan işverenin kötüniyetli olduğunu göstermez."*[44]

39) KISA ÇALIŞMA UYGULUMASI İŞÇİYE HAKLI FESİH İMKANI VERİR Mİ?[45]

Öğretide **Ekmekçi'**ye göre; *"tüm koşullar yerine getirilse dahi kısa çalışma uygulaması yapılması için işçinin onayına ihtiyaç vardır. İşçiyi iradesi dışında bir konuma sokmanın hiçbir gerekçesi yoktur."* [46]

Caniklioğlu'na göre, "*işçilerin kanuni hakka dayanan kısa çalışma uygulamasına bağlı çalışma koşullarına katlanma zorunluluğu*" vardır.[47]

---

[42] Alp, Mustafa "Covit 19 Nedeni İle Ücretsiz İzin ve Kısa Çalışma Arasında Öncelik İlişkisi İle İş Hukukunda Olasi Sonuçlar Hakkında Bir Deneme", Legal Blog, 2020, https://legalbank.net

[43] Özdemir, Manav Eda "Covit-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi" Sicil İş Hukuku Dergisi, syf 43, 2020, syf 126-157

[44] Şahin Çil,"Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 213-214, 224-225 Yetkin Yayınları Ankara 2020

[45] Öğreti görüşlerinin tamamı için Kaynak olarak : "Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, Zorlayıcı Sebep Kaynaklı Kısa Çalışma ve İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih Hakkı Doç. Dr. S.Alp Limoncuoğlu syf 7-39 Oniki Levha Yayınları Şubat 2021

[46] Ekmekçi, Ömer "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulamasına İlişkin Sorunlar", Sicil, Yıl 4 Sayı 14,2009 syf 53

[47] Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat "İş Hukuku Dersleri" Beta Yayıncılık İstanbul 2020 syf 520

Baycık ise; "*kısa çalışma uygulaması için işçinin onayının gerekmediğini, bu sebeple çalışma koşullarında değişiklik veya ücretin azalması nedeniyle işçinin İK 24/II-e,f bentlerindeki haklı nedenle fesih hakkını kullanamayacağını*" belirmektedir. Yazara göre aynı zamanda "*işçilerin 24/III gereği zorlayıcı nedenle fesih hakları"* da yoktur. [48]

Centel de; *"kısa çalışma ödeneğine hak kazanan işçilerin iş sözleşmesinin İK 24/II-e,f ve İK 24/III kapsamında fesih hakları olmadığını*" belirtmektedir.[49]

Çil; "*kısa çalışma uygulaması kanundan kaynaklı özel koşullara bağlı ve uygunluk tespitini içeren yapısı sebebiyle İK 22.maddesinde düzenlenen iş şartlarında esaslı değişiklik şartlarına tabi olmadığını, işçinin uygulama öncesinde rızasının aranmadığı ve işçinin haklı feshinin mümkün olmadığını* savunmaktadır. Hatta kısa çalışma döneminde "*uygulamanın altında yatan zorlayıcı sebeplerle dahi işçinin derhal fesih imkanı, kısa çalışma süresince askıda kabul edilmelidir. Aksi halde zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma uygulamasına gidildiğinde, kısa çalışmanın altında yatan zorlayıcı sebeple iş sözleşmesinin her zaman feshedilmesi gündeme gelebilecek ve kısa çalışma uygulaması amaçlanan yasal korumayı sağlamayacaktır.*[50]

Kayalı Çetinkaya ise; *"kısa çalışma uygulaması kapsamında işçinin 24/II-e,f bentleri uyarınca fesih hakkının olmadığını ancak zorlayıcı sebebe dayalı haklı nedenle fesih hakkının (İK 24/III) olduğunu"* savunmaktadır.

Aydın, "*İK 24/II-e maddesinde açık olarak işçinin ücretinin sözleşme şartlarında uygun olarak ödenmemesi halinin işçiye sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı tanıdığını, kısa çalışma uygulamasında işçiye kısa çalışma ödeneği verilse dahi bu ödemenin işçinin ücret kaybını telafi etmediğini belirterek işçinin iş sözleşmesini bu hali ile fesih imkanının bulunduğunu"* savunmuştur.[51]

Eyrenci, Taşkent, Ulucan *"yasanın işverene tek taraflı olarak kısa çalışmaya gitme hakkı tanımasına rağmen bu durumun çalışma şartlarında esaslı bir değişiklik meydana getirdiğini, işçinin bu değişikliği kabul etmek zorunda olmadığını, ayrıca kısa çalışma ödeneğinin işçinin ücret tutarından düşük olduğunu, zorlayıcı sebebe bağlı kısa çalışma uygulamasının da İK 24/III kapsamına girdiğini belirterek işçinin bu hallerde iş sözleşmesini tek taraflı olarak haklı nedenle feshedebileceğini*" kabul etmişlerdir.[52]

Limoncuoğlu ise*;"kısa çalışmanın İK 22 kapsamına girmemesi ve çalışma koşullarındaki değişikliğin işverenin değil kurumun işlemine bağlı geçerlilik kazandığından hareketle, işçinin İK 24/II-e kapsamında ücrette eksilmeye dayalı olarak ve İK 24/II-f kapsamında çalışma şartlarının uygulanmamasına dayalı olarak iş sözlemesini haklı nedenle feshetme olanağının bulunmadığını, kısa çalışmanın işyerindeki faaliyetin en az dört hafta durdurulması şeklinde uygulanması halinde ise, İK 24/III'de tanımlanan bir haftalık sürenin aşılmasından kaynaklı işçinin haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu*

[48] Baycık, Gaye "16.04.2020 Tarihli ve 7244 Sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları", http:// gayebaycik.av.tr/blog-standard/
[49] Centel, Tankut "Covid 19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı" Sicil İş Hukuku Dergisi" sayı 43 2020 syf 15
[50] Şahin Çil, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri syf 55-56 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[51] Aydın syf 37-38
[52] Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/ Ulucan,Devrim/Baskan, Esra "Bireysel İş Hukuku" Beta Basım İstanbul 2020 syf 251

sonucuna varılabileceği gibi kısa çalışma düzenlemesinin amacından hareketle ilgili maddenin uygulama bulmayacağı yorumunun da yapılabileceği, lafzi yorum ile amaçsal yorumun farklı sonuçlara ulaşmasından kaynaklı olarak işçi lehine yorum yöntemi olan lafzi yorumun tercihi ile işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkının bulunduğu" kaanatine ulaşmıştır.[53] Yazara göre kısa çalışma düzenlemesinin amacı kapsamında yorum yapıldığında işçinin İK 24/III kapsamında fesih hakkı yoktur. Lafzi yorumun tercihi halinde, işçi dilerse kısa çalışma uygulamasını kabul edecek kısa çalışma ödeneğinden yararlanacak, dilerse İK 24/III kapsamında tanınan fesih hakkını kullanabilecektir. Amaçsal yorumun kullanılması halinde işçinin uygulamaya katlanmaktan başka çaresi yoktur. Ancak yazar işçi lehine yorum ilkesinin uygulanmasının daha iyi olacağını belirtmektedir.

Yargı ise doktrine paralel olarak çelişkili kararlar vermiştir.

"Kısa çalışma uygulaması çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılmaz ve işçiye haklı fesih imkanı vermez".**(9.H.D. 08.07.2013 Gün 2011/26182 E.)**

*"Kısa çalışma uygulaması ücret kaybına yol açması sebebiyle çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelir ve işçinin haklı fesih imkanı vardır."***(22.H.D.05.12.2012 Gün 2012/4892 E. 2012/27269 K.)**

İZMİR BAM 3.H.D. 02.03.2017 Gün 2017/338 E. 2017/369 K. tarihli *kararına göre ise; "İşyerinde kısa çalışma uygulamasına gidilmiş ise de, davacının kısa çalışma ödeneğinden yararlanmadığı belirtilerek, işyerinde meydana gelen yangın sebebi ile 1 haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı sebep olduğu..." belirtilmek suretiyle işçinin haklı feshi kabul edilmiştir.* Kısa çalışma listesinde işçinin adı yer almamaktadır. Kararda bu husus belirleyici olmuştur.

*"İşçinin kısa çalışma uygulamasına razı olması beklenemez. Kısa çalışma ücretin eksik ödenmesi ve çalışma koşullarının uygulanmaması sonucunu doğurur. Zorlayıcı sebebe dayalı kısa çalışma işçinin fesih hakkını engellemez."***(9.H.D. 20.11.2018 Gün 2018/8547 E.)**

Aşağıdaki kararda yargıtay işçinin kısa çalışma yapacak işçiler arasında yer alıp almadığına göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu karara göre işçi, kısa çalışma yapmayacak veya kısa çalışma ödeneği alamayacak ise iş akdini haklı nedenle feshedebilir.

"Mahkemece Bölge Çalışma Müdürlüğü ve Türkiye İş Kurumundan kısa çalışma yapılan döneme ilişkin kayıtlar getirtilerek, işverenin kısa çalışma için başvurup başvurmadığı, kısa çalışmanın hangi dönemler için uygun bulunduğu, davacının ***kısa çalışma yapacak işçiler arasında bulunup bulunmadığı,*** *ücretin ödenmediği iddia edilen dönemin kısa çalışma için izin verilen dönem içinde kalıp kalmadığı, herhangi bir kısa çalışma ücretinin davacıya ödenip ödenmediği araştırılarak gerekirse ek bilirkişi raporu alınıp, sonucuna göre feshin haklı olup olmadığı değerlendirilerek ve feshe bağlı alacaklar ile kısa çalışma ödeneği açısından bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile sadece tanık*

[53] Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, "Zorlayıcı Sebep Kaynaklı Kısa Çalışma ve İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih Hakkı" Doç. Dr. S.Alp Limoncuoğlu syf 7-39 Oniki Levha Yayınları Şubat 2021

*beyanlarına dayanılarak kabul kararı verilmesi hatalıdır."***(9.H.D. 28.04.2014 Gün 2014/10854 E.)**

40)KISA ÇALIŞMA SÜRESİ YILLIK İZİN HESABINDA DİKKATE ALINIR MI?

Zorlayıcı sebeplere bağlı çalışılamayan sürelerin 15 günlük kısmı İş kanunu 55/d maddesi uyarınca yıllık izine esas çalışılmış süre olarak değerlendirilir. Ancak bunun için işçinin zorlayıcı sebep sonrasında yeniden işe başlaması gerekir. Kısa çalışma uygulamasında geçen süre ise kanunda ayrıca düzenlenmiş olup; 4857 sylı kanunun 55/j maddesine göre kısa çalışma süresinin tamamı, yıllık izne hak kazanma yönünden çalışılmış gibi değerlendirilir.**(9.H.D. 14.07.2011 Gün 2010/50993 E. 2011/27305 K.)** Bu durumda gerek ekonomik kriz gerek zorlayıcı sebebe bağlı olarak kısa çalışma uygulamasına gidildiğinde kısa çalışma sürelerinin tamamı, izne hak kazanma noktasında hizmet süresine eklenecektir.[54]

9.H.D. 14.07.2011 Gün 2010/50993 E. 2011/27305 K. karar içeriği: *4857 sylı İş Kanununun 55.maddesinin (j) bendinde; işveren tarafından verilen diğer izinler ile 65.maddedeki kısa çalışma süreleri yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış süreler arasında sayılmıştır.*

41) KISA ÇALIŞMA SÜRESİNİN KIDEM, İHBAR VE İŞ GÜVENCESİ SÜRESİNE ETKİLERİ NELERDİR?

Yargıtayın farklı uygulamaları vardır. Yargıtay kısa çalışma süresini askı hali olarak değerlendirmekte **(9.H.D. 12.12.2018 Gün 2018/9974 E. 2018/22979 K.)** ve kıdem tazminatı hesabında süreyle ilgili ilke kararında " askıda geçen süreler için kıdem tazminatı ödenmeyeceği belirtilmektedir. **(9.H.D.30.03.2015 Gün 2013/15932 E. 2015/12395 K.)**

Yargıtay 2013 tarihli kararında da ücretsiz izin ve kısa çalışma uygulanan bir işyerinde kıdem tazminatının işçinin işe giriş ve çıkış tarihlerine göre değil, SGK prim ödeme gün sayılarına göre ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. **(9.H.D. 02.05.2013 Gün 2011/44192 E. 2013/13141 K.)**

Ancak Yargıtay 2011 tarihli kararında spesifik olarak konuyu ayrıntılı şekilde incelemiş ve kısa çalışma sürelerinin kıdem tazminatı hesabına esas süreye ekleneceğini kabul etmiştir. **(9.H.D. 14.07.2011 Gün 2010/50993 E. 2011/27305 K.)** Yargıtay bu kararını kanun yararına bozma talebi üzerine vermiştir. Hatta Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bozma talebinde kısa çalışmada geçen ilk 3 aylık süre dışında kalan uzatılmış süre bakımından kıdem tazminatı hakkı doğmayacağını ileri sürmüştür. Yargıtay kararının gerekçeside Hukuk Genel Kurulu'nun 16.11.1983 tarihli 1981/9-1067 E. 1983/1169 sayılı kararına atıf yapılmış ve kıyas yoluyla da İş Kanununun 55.maddesinin j bendine dayanılmıştır. Yıllık izne esas çalışılmış gibi sayılan sürelerden biri de 4857 sylı kanunun 55(j) bendidir. Kısa çalışma uygulamasına geçen sürenin, yıllık izin yönünden çalışılmış gibi sayılacağı açıkça kanunda düzenlendiğine göre kıdem tazminatı hesabında kısa çalışma süresinin dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Yargıtay içtihatları iş hukuku kaynakları arasında yer aldığına göre ve yukarıda sözü

[54] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna" Etkileri syf 258 Yetkin Yayınları Ankara 2020

edilen HGK kararı somut uyuşmazlığı çözme yöntemi için yol gösterici olduğundan, kısa çalışma sürelerinin kıdem tazminatına esas sürenin tespitinde dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Bunun bir sonucu olarak da, bildirim sürelerinin belirlenmesi ve ihbar tazminatının hesabı noktasında da aynı yöntemin uygulanması, başka bir anlatımla kısa çalışma sürelerinin dikkate alınması yerinde olur.[55]

9.H.D. 14.07.2011 Gün 2010/50993 E. 2011/27305 K. karar içeriği: *5 ay 27 günlük fiili kısa çalışma süresinin kıdemine eklenmesine ilişkin mahkeme kararının yasa koyucunun iradesine ve yasaya uygun olduğu açıktır.*

Konuyla ilgili Bölge Adliye Mahkemesi kararında da, kısa çalışma sürelerinin kıdem tazminatına esas süreye eklenmesinde yasal dayanak olarak İş Kanununun 55(j) bendi hükmü gösterilmiştir.**(Antalya BAM 10.H.D. 30.04.2018 Gün 2018/451 E. 2018/982 K.)**

Antalya BAM 10.H.D. 30.04.2018 Gün 2018/451 E. 2018/982 K. karar içeriği: *4857 sylı yasanın 55.maddesinin (j) bendine göre çalışılmış gibi sayılan kısa çalışma süresinin kıdem tazminatına esas süreye dahil edilmesi yerindedir.*

Kapatılan 7.H.D. de kısa çalışma süresinin tamamını kıdem tazminatı hesabında dikkate alınacağına dair karar veren yerel mahkeme kararını onamıştır. Söz konusu onama karardaki karşı oy yazısına göre ise kısa çalışmanın sadece 3 aylık kısmı kıdem tazminatına esas süreye esas alınabilir.

"Somut uyuşmazlıkta çözülmesi gereken mesele, davacının 01.10.2010- 20.06.2011 tarihleri arasında geçen kısa çalışmasının hangi süreye göre çalışılmış sayılıp, kıdeme dahil edileceği noktasındadır. Yasa koyucunun iradesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlemeye gidildiği esnada, kısa çalışma süresinin 3 ay olmasına dayanmaktadır ve süre 65. maddede azamî 3 ayla sınırlı tutulmuş iken bu sürenin fiilen çalışılmış gibi sayılması benimsenmiştir. O itibarla davacının kısa çalışma ödeneği aldığı sürenin 3 aylık kısmın kıdeme dahil edilebileceği değerlendirilmektedir. Esasen iş yerinde faaliyetin tamamen durduğu hallerde kısa çalışma uygulaması, işçinin fiilen çalışmaması ve işverenin ücret ödememesi yönüyle bir nev'î askı dönemidir. Ancak bu sürede krizin etkileri altındaki işletmenin varlığı ve iş ilişkilerinin yürürlüğü sürdürülürken, işçinin gelirinden mahrum kalmaması için menfaatler arasındaki denge kısa çalışma ödeneği ile sağlanmakta ve işverence ücret ödenmesi yerine ödenek ikame edilmektedir. Akdin askıya alındığı sürelerin kural olarak kıdemden dışlanması gerektiği yönündeki yerleşik içtihatlar da dikkate alındığında, 55. maddenin bir gereği olarak azamî 3 aylık sürenin fiilen çalışılmış gibi sayılabileceği ancak sonraki düzenlemeyle geçici olarak 6 aya çıkan ve hatta Bakanlar Kurulu kararı ile 6 ay daha uzatılan sürenin genişletici bir yorumla topyekûn kıdeme dahil edilmesinin isabetli olmayacağı, 2003 yılında İş Kanunu'nun 55. maddesinde kısa çalışma süreleri fiilen çalışılmış gibi sayılırken, kısa çalışma süresi 6 ay ve daha sonra Bakanlar Kurulu kararıyla uzatılan 6 aylık sürenin ilavesi ile 1 yıla ulaşabilecek bir nitelikte olsa idi yine bu sürenin tümüyle fiilen çalışılmış olarak kabul edilebileceğine dair bir faraziyeden de söz edilemeyeceği görüşündeyim. Kaldı ki, 5838 sayılı Kanun'la eklenen hüküm geçici bir madde olup, sadece sayılan yıllardaki kısa çalışma uygulamalarını ele almaktadır. Müessesenin esası yine kısa çalışma süresinin 3 ayla sınırlı olmasıdır. Açıklanan nedenlerle, yasada öngörülen 3 ayı aşkın kısa çalışma süresini kıdeme esas alan ve buna göre hesaplanan alacakları hüküm altına alan yerel mahkeme kararının bozulması gerekirken,

[55] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 62 Yetkin Yayınları Ankara 2020

sayın Çoğunluğun onama yönünde oluşan görüşüne katılamıyorum." **(7.H.D. 23.02.2016 Gün 2015/5639 E.)- karşı oy**

4857 sylı kanunun 18.maddesine fiilen çalışma yerine " en az 6 aylık kıdemden" söz edildiğine göre, iş ilişkisinin devam ettiği sürece yasalardan doğan askı ve izin süreleri yasadaki "kıdem" kavramı içinde değerlendirilmelidir. Kıdem tazminatı hesabında bazı sürelerin dikkate alınmayacak oluşu, bu noktada belirleyici değildir. İş güvencesine esas 6 aylık kıdem hesabında kısa çalışmada geçen süre dikkate alınır. İş güvencesine esas sürenin 7226 sylı kanunla durduğundan da söz edilemez. 7244 sylı kanun ile getirilen fesih yasağı döneminde işçinin 6 aylık kıdemini doldurması halinde iş güvencesinden yararlanma koşulları oluşur. Fesih yasağı veya yargılama hukukuna ve bazı maddi hukuka dair sürelerin durması, iş güvencesinden yararlanma süresine etki etmez. Zira 7226 sylı kanunun amacı salgın sırasında olası hak kayıplarının önlenmesidir. İş güvencesinden yararlanmanın koşulu olan kıdem süresinin duracağının kabulü kanunun amacıyla hiçbir şekilde bağdaşmaz. [56]

42)ÜCRETSİZ İZİNDE GEÇEN SÜRELER KIDEM SÜRESİNE EKLENİR Mİ?

Ücretsiz izinde geçen süre ihbar ve kıdem tazminatları bakımından hizmet süresinde gözetilmez. Ancak iş güvencesine esas en az 6 ay çalışma kıdeminde, ücretsiz izinde geçen süre dikkate alınır. Hatta iş güvencesi tazminatına esas çalışma süreleri kriterinde de askıda geçen süreler dikkate alınır. [57]

Ücretsiz izinde geçen süre kural olarak yıllık izne esas çalışılmış sürede dikkate alınmaz. Ancak zorlayıcı sebeplere bağlı işverenin tek taraflı ücretsiz izin uygulaması sonucu çalışılamayan sürenin ücretsiz izinde geçen 15 günlük kısmı, İş Kanununun 55/d maddesi gereği yıllık izin hesabında dikkate alınır. Bu sürenin izin hesabında çalışılmış gibi sayılması için işçinin ücretsiz izin sonrasında çalışmaya başlaması gerekir. İşverenin tek taraflı izin uygulaması için zorlayıcı sebeplerin varlığı bir şart olmadığına göre, tüm tek taraflı ücretsizler bakımından İş Kanununun 55/d maddesi hükmü uygulanmaz. [58]

Ücretsiz izinde geçen dönem için ücret ve ikramiyeye hak kazanılamayacağı gibi, bu sürelerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir.**(9.H.D. 04.04.2020 Gün 2016/15183 E. 2020/3692 K.)**7244 sylı kanun çerçevesinde, işverene tek taraflı ücretsiz izin hakkı tanınmış olmasının bu uygulamada değişiklik gerektirmediği söylenebilir. Kısa çalışma süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmasına dair yargıtay kararının dayanağı, iş kanununun 55/j maddesi olduğuna ve zorlayıcı sebeplerle çalışılamayan 15 günün aynı kanunun 55/d maddesine göre yıllık izne esas süre için dikkate alındığına göre zorlayıcı nedenlere dayalı tek taraflı ücretsiz izinde geçen sürenin 15 günlük kısmının kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerektiği söylenebilir. [59]

Kanaatimize göre, 7244 sylı kanun kapsamında işverence tek taraflı olarak verilen ücretsiz izinlerin tamamı süreye bakılmaksızın işçinin kıdem süresine eklenmelidir. Zira her şeyden önce ücretsiz izin döneminde iş ilişkisi askıda olup,

[56] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 63 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[57] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 214 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[58] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 215 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[59] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 215 Yetkin Yayınları Ankara 2020

tarafların ücret ve iş görmek haricinde birbirine karşı borçları devam etmektedir. Kaldı ki yargıtaya göre iş güvencesine esas kıdemin tespitinde ücretsiz izin süreleri yani askı halleri kıdeme dahil ediliyorken, kıdem tazminatına esas süreye eklenmemesi hakkaniyete aykırı olur. Özellikle 7244 sayılı kanun kapsamındaki ücretsiz izinde işçi, işverenin menfaatine olan bu duruma katlanmak zorunda kalmıştır. Bunun üstüne bu sürenin kıdemden sayılmamasına karar vermek işçinin adeta ikinci kez cezalandırılması anlamına gelecektir.

43)KISA ÇALIŞMA SÜRESİ İLE ÜCRETSİZ İZİNDE GEÇEN SÜRELER YILLIK İZİN ÜCRETİ SÜRESİNİN HESABINDA DİKKATE ALINIR MI?

Kısa çalışma uygulamasında geçen süre kanunda ayrıca düzenlenmiş olup; 4857 sylı kanunun 55/j maddesine göre kısa çalışma süresinin tamamı, yıllık izne hak kazanma yönünden çalışılmış gibi değerlendirilir.**(9.H.D. 14.07.2011 Gün 2010/50993 E.)** Bu durumda gerek ekonomik kriz gerek zorlayıcı sebebe bağlı olarak kısa çalışma uygulamasına gidildiğinde kısa çalışma sürelerinin tamamı, izne hak kazanma noktasında hizmet süresine eklenecektir.

9.H.D. 14.07.2011 Gün 2010/50993 E. 2011/27305 K. karar içeriği: *4857 sylı İş Kanununun 55.maddesinin (j) bendinde; işveren tarafından verilen diğer izinler ile 65.maddedeki kısa çalışma süreleri yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış süreler arasında sayılmıştır.*

Çil'e göre; ücretsiz izinde geçen süre kural olarak yıllık izne esas çalışılmış sürede dikkate alınmaz. Ancak zorlayıcı sebeplere bağlı **işverenin tek taraflı ücretsiz izin uygulaması sonucu çalışılamayan sürenin ücretsiz izinde geçen 15 günlük kısmı, İş Kanununun 55/d maddesi gereği yıllık izin hesabında dikkate alınır.** Bu sürenin izin hesabında çalışılmış gibi sayılması için işçinin ücretsiz izin sonrasında çalışmaya başlaması gerekir. Tek taraflı tüm ücretsiz izinler için değil sadece zorlayıcı sebebe bağlı ücretsiz izinler için bu madde uygulanır.[60]

Zorlayıcı sebeplere bağlı çalışılamayan sürelerin 15 günlük kısmı İş kanunu 55/d maddesi uyarınca yıllık izine esas çalışılmış süre olarak değerlendirilir. Ancak bunun için işçinin zorlayıcı sebep sonrasında yeniden işe başlaması gerekir.

44)İŞVEREN PANDEMİ DÖNEMİNDE İŞÇİLERİ TOPLU OLARAK YILLIK İZNE ÇIKARABİLİR Mİ? SOKAĞA ÇIKMA YASAĞI DÖNEMLERİNDE İŞÇİLERE YILLIK ÜCRETLİ İZİN KULLANDIRABİLİR Mİ? İŞÇİLERE BU DÖNEMDE AVANS İZİN VERİLEBİLİR Mİ?

"İşverenlerin yönetim hakkı ve yıllık izin yönetmeliğindeki hüküm dikkate alındığında işverenlerin covid-19 pandemesi dolayısıyla işçileri yıllık izne çıkarmasının hukuken olanaklı olduğu belirlenmektedir."[61]

[60] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 215 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[61] Akın, Levent "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri" Çimento İşveren Dergisi C.34, Sa. 3, Mayıs 2020 s 17-71

"*Toplu izin uygulamasında işverenin, işçinin o yıl için hak ettiği tüm yıllık izni bir seferde ya da pandemi boyunca dönem dönem işçiye kullandırabilip kullandıramayacağı hususu da akla gelebilir. Bu konuda hukukumuzda yapılmış bir tartışma ya da değerlendirmeye rastlanmamakla birlikte, Alman hukukundaki değerlendirme hukukumuz açısından önem taşımaktadır. Alman Hukukunda acil durumlarda işverenin tek taraflı olarak işçileri yıllık izne çıkarabileceği kabul edilmekteyse de, işverenin işçilerin tüm yıllık izin hakkını acil durumlara özgüleyemeyeceği, yeterli miktarda gün sayısını işçinin tasarrufuna bırakması gerektiği belirtilmektedir. Alman hukukundaki yaklaşım, aslında yıllık izin hakkına verilen önemin ve işçilerin dinlenme hakkına duyulan saygının bir yansımasıdır. Hukukumuzda ise işverenlerin işçilerin yıllık izin sürelerinin tamamını pandemi döneminde kullandırması hukuken olanaklı görüldüğü gibi, bu yorumun aksine olanak verecek bir yargı kararına da rastlanmamaktadır".* [62]

"Sokağa çıkma yasağı ile yıllık izin iç içe geçemez. Nitekim amacı işçinin dinlenmesi ve izin süresinin sadece bu amaçla geçirilmesi olan İş Kanunu m.56/IV'de yer alan," işveren tarafından verilmiş bulunan diğer ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemez" hükmü de varılan sonucu teyit etmektedir."[63] Ancak işçinin yazılı talebi halinde buna imkan sağlanabilir. Ancak bu halde dahi 10 günlük kısım saklı tutulmalıdır.

"*Yıllık izin hakkında vazgeçilemez. Hak kazanmadığı halde işçiye kullandırılan izin (avans izin) kural olarak "işverence verilen diğer izinler" kapsamındadır. İşçinin muvafakati de sorunu çözmez. Aksi durumda işçi gelecek yıl anayasal dinlenme hakkından vazgeçmiş sayılır. Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın bir genelgesinde avans mahiyetinde izin kullandırılabileceğinden söz edilmektedir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde sözü edilen avans izin kuralı toplu izin kullanımı halinde izin kullanmaya dair esasları belirleyen bir yapıdadır. Yönetmelik işverenin avans izin kullandırmasına doğrudan imkan sağlamamaktadır.*" [64]

Belki bir ihtimal İş Kan. Madde 56/3'deki sınırlama ile bağlı kalarak avans izin kullanımına imkan tanınabilir. Bu hükme göre yıllık izinlerin bir bölümü on günden az kullandırılamaz. Çünkü kanun koyucu işçinin her yıl en az 10 gün kesintisiz dinlenmesini istemiştir.

Öğretide avans izin kullandırılabileceğini kabul eden birçok görüş bulunsa da, çeşitli sınırların gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre" *öncelikle işçiye avans izin kullandırılacağı takdirde işçinin 10 günlük yıllık izin hakkı saklı tutulmalıdır. Ayrıca işçiye sadece takip eden yıl için hak kazanacağı izin süreleri avans olara kullandırılmalıdır. Böylece işçinin uzun yıllar dinlenme hakkı elinden alınmamış olacaktır."*[65]

45)SALGIN HASTALIKLA MÜCADELE İÇİN ALINAN TEDBİRLER KAPSAMINDA İŞÇİ VE İŞVERENLERİN FESİH HAKLARI VAR MIDIR?

[62] Civan, Orhan Ersun "Pandeminin İş Sözleşmelerine Etkisi" syf 226-227 Yetkin Yayınları Ankara 2021
[63] Civan, Orhan Ersun Pandeminin İş Sözleşmelerine Etkisi" syf 228 Yetkin Yayınları Ankara 2021
[64] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 121 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[65] Değer Ermumcu, Senem/İzmirlioğlu, Ayça "4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Yıllık Ücretli İzin Uygulaması ve Avans İzin", Sicil- İş Hukuku Dergisi, syf 44, Y.2020 s.113-114

"Salgın hastalıkla mücadele için alınan tedbirler kapsamında 65 yaş ve üstü yaşlarda çalışanlar ile kronik rahatsızlığı olanlar için hastalığın seyri daha riskli hale geldiğinden sokağa çıkma yasağı getirilmiştir. Belirtilen şarları haiz çalışanın şahsından kaynaklanan çalışamama durumu yanında, bu kişilerin bağışıklık sisteminin düşük olması ve hastalığın etkilerini taşıyıcı olarak daha fazla yaymaları riski sebebiyle aynı zamanda işyerinden kaynaklanan bir zorlayıcı sebebin varlığından söz edilmelidir. Öte yandan kapatılan işyerleri bakımından zorlayıcı sebep işyeri kaynaklı gibi görünse ve buna göre sadece işçinin haklı fesih imkanının varlığı düşünülse de, işyerinin kapatılmasının nedeni bu işyerlerinde hizmet yürütümü özelliği gereği sosyal mesafa kuralına uyulmasının imkansız olması ve salgının çalışanlar ve müşterilere yayılma riskinin yüksek oluşudur. Başka bir anlatımla işyerinin kapatılması, işvereni olduğu kadar çalışan işçileri korumayı da hedefleyen idari tedbirdir. Bu itibarla kapatılan işyerleri bakımından da hem işçi hem de işveren bakımından zorlayıcı sebeplerle fesih haklarının olduğu kabul edilemelidir. Bu kapsamda hem kapatılan işyerleri hem de bazı kişiler için sokağa çıkma yasağı zorlayıcı sebeplerin iki taraflı oluşu sebebiyle işçi ve işveren zorlayıcı sebeplerle derhal fesih haklarını kullanabileceklerdir. [66]

Öğretide **Canbolat** "*sokağa çıkma yasağı gibi aynı zorlayıcı sebebin hem işverenin faaliyetini engellediği, hem de işçinin istese dahi işyerine gelmesini engellediği haller açısından ne işverenin İK m.25/III'e, ne de işçinin İK 24/III'e dayanabileceğini belirtmektedir. Böyle bir durumda adeta nötr bir durum olduğu, taraflardan birinin zorlayıcı nedene dayanarak iş sözleşmesini sona erdirmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğini ileri sürmektedir."* [67]

Öğretide **Alpagut'a** göre ise, *"idari bir kararla kapatılan işyerlerinde ifa imkansızlığı işverenin alanında etkisini gösterir. Dolayısıyla İK 25/III kapsamında yapılacak bir değerlendirmede işverenin fesih hakkı bulunmaz. İşçi İK 24/III uyarınca bir haftalık sürenin dolması ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir."*[68]

Ancak 7244 sayılı kanun ile getirilen geçici 10. madde ile işverenin zorlayıcı sebeple fesih hakkı kanunun yürürlüğü tarihi itibariyle yasaklanmıştır. Zira bu dönemde işverenin 25/II haricinde fesih hakkı yoktur.

Öğretide **Çil'e** göre "*işçinin zorlayıcı sebeple fesih yasağı işverence işçinin ücretsiz izne çıkarılması halinde geçerlidir. Fesih yasağı süresince işçiye işverence tek taraflı ücretsiz izin verildiğinde, ücretsiz izin altında yatan zorlayıcı sebeplerle işçinin İş Kan. 24/III. Maddesine göre fesih hakkı yoktur. Aksi halde işverenin verdiği ücretsiz izne bağlı işçinin fesih yasağı bertaraf edilmiş olur. Zira tek taraflı ücretsiz izin uygulaması ile zorlayıcı sebepler arasında doğrudan bir sebep sonuç ilişkisi vardır."*[69]

Öğretide Alpagut da "*7244 sylı ücretsiz iznin haklı fesih nedeni oluşturmaması yönündeki gerekçenin zorlayıcı nedenle fesih halinde de mevcut olduğunu*" ileri sürmektedir.[70]

---

[66] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 23 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[67] Canbolat, Talat/Kayırgan, Hasan "Koronovirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları", ÇÜHFD- Arş.Gör. Ceren Damar Şenel Aramağanı, C.5 Sa.1 Nisan 2020 s.637-638
[68] Alpagut, Gülsevil "Pandemi Sürecinde İş Hukuku" Oniki Levha Yayınları syf 75-76
[69] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 24 Yetkin Yayınları Ankara 2020,
[70] Alpagut, Gülsevil "Pandemi Sürecinde İş Hukuku" Oniki Levha Yayınları syf 89

46) FESİH YASAĞI DÖNEMİNDE YASAĞA AYKIRILIĞIN İŞVEREN AÇISINDAN HUKUKİ SONUCU NEDİR?

Öğretide bu konuda çok farklı görüşler vardır. Tüm görüşlerin ortak özelliğine göre; fesih yasağına aykırılığın ilk sonucu idari para cezasıdır. Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir. Bu konuda ihtilaf yoktur. Ancak her ne kadar kanunda açık olarak düzenlenmemişse de bu aykırılığın tek yaptırımı idari para cezası değildir.

Çil'e göre, *"belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçici fesih yasağı içinde ve haklı nedene dayanmaksızın işveren tarafından feshinde işçiye ihbar tazminatı ödenmelidir. Kıdem tazminatı bakımından en az 1 yıllık çalışma koşulu varsa kıdem tazminatı da ödenmelidir. İşçinin iş güvencesi kapsamında olması halinde işe iade davası açmasına bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar da gündeme gelir. Ancak fesih bildirimine itiraz davasında feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı, fesih bildirim usulüne uyulup uyulmadığı incelenir. Yoksa salt fesih yasağı içinde yapılmış olması feshi geçersiz kılmaz. Geçici fesih yasağı içinde haklı ve geçerli nedene dayanmaksızın fesih yoluna gidilmesi hali, işe iade davasında işe başlatmama tazminatı miktarının yüksek belirlenmesinde etkili olabilir. Haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini fesih yasağı süresinde fesheden işverenin bu noktada işçinin zararını da tazmin etmesi gerekir. İlk olarak işyerinde çalışma devam ediyorsa, işçinin fesih süresine ait ücret kadar tazminat hakkının olduğu kabul edilmelidir. Zira işveren tarafından fesih yasağına uyulmuş olsaydı, işçinin yasa süresince çalışması karşılığında ücretini elde etme imkanı bulunmaktaydı. Bu süre içinde işçinin başka işten gelir elde edemediği iddiasına göre mahrum kaldığı ücret kadar tazmin yükümlülüğünden söz edilebilir. İşveren fesih sonrası dönemde diğer işçilerle ilgili ücretsiz izin uygulamasına gitmişse, fesih yasağındaki sürede ödenmesi gereken nakdi ücret desteği kadar tazminatın işveren tarafından karşılanması gerekir. İşveren tarafından İK 25/I,III,IV. Bentlerine göre yapılan fesihler de fesih yasağına tabi olup, geçici fesih yasağı süresinde sözü edilen bentlere uyan fesihlerde idari para cezası ile karşılaşılır. Öte yandan bahsi geçen her üç fesihte de, işverenin ihbar tazminatı ödeme yükümü olmayıp salt fesih yasağı içinde yapılmış olması feshi tamamıyla haksız konuma sevketmez. İdari para cezasI koşulları ise oluşur."*[71]

Caniklioğlu'nun konuya ilişkin tebliği şu şekildedir; "*madde gerekçesinde "ayrıca maddeye aykırı şekilde işveren tarafından yapılan fesih geçersiz olacak ve bu fiili işleyen işveren ve işveren vekili hakkında idari para cezası uygulanması" amaçlanmaktadır denilmektedir. Bilindiği gibi madde gerekçeleri bağlayıcı değildir, ama kanun koyucunun iradesini ortaya koyması bakımından önemlidir. Öğretide kanunda sadece idari para cezasına yer verilmiş olmasından yola çıkan* ***bir görüşe göre*** *işveren hakkında sadece idari para cezası uygulanır. Dolayısıyla bu görüşe göre feshe aykırılığın özel bir yaptırımı bulunmamaktadır.* ***Öğretide Şahin Çil*** *de bu görüşe yakın bir görüş ortaya koymuştur. Çil'e göre bu dönemde işverence yapılan feshin geçerli olup olmadığı irdelenmelidir. Dolayısıyla yazar yasağa aykırı bir feshin salt yasak sebebiyle geçersiz olduğunu kabul etmemiş olmaktadır. Öğretide bu görüşe aksi yönde görüşler de vardır ve bunlar iki başlık altında toplanabilir. İlki feshin hiç hüküm ve sonuç doğurmaması, ikincisi ise feshin geçerisz sayılması görüşüdür.* ***Öğretide Seracettin Göktaş*** *tarafından savunulan görüşe*

[71] Şahin Çil, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri" syf 207-2018 Yetkin Yayınları Ankara 2020,

göre, bu dönemde kanuna aykırı bir biçimde yapılan fesih hiç yapılmamış sayılır. Yazara göre madde metnindeki " feshedemez" ibaresi de bunu desteklemektedir. Bu görüşe göre fesih yasağının olduğu dönemde fesih iradesine bir hüküm ve sonuç bağlanmamalıdır. Hatta yapılan fesih hüküm ve sonuç doğurmadığı gibi yasak kalktıktan sonra iş sözleşmesinin sona ermesi isteniyorsa yasak kalktıktan sonra tekrar bir fesih işlemi yapılması gerekir. İş sözleşmesi sona ermediği için de işveren temerrüde düşer ve işçiyi çalıştırmamasına rağmen bu dönem için işçiye ücretini ödemek zorunda kalır. Öğretide ***Gülsevil Alpagut*** *tarafndan savunulan görüşe göre ise, yasağa aykırı fesih hüküm ve sonuç yaratır. Ancak bu fesih haksız ve geçersiz fesih olur. Ayrıca yazara göre yasak döneminde ücretin de tazminat olarak istenebilmesi düşünülmelidir. Kanaatimize göre, işveren bu dönemde yasak kapsamındaki bir sebeple iş sözleşmesini feshederse bu fesih hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak fesih salt yasağa aykırılık sebebiyle haksız ve geçersiz olur. İş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından fesih temelinde bir geçerli sebebin olup olmaması da bir önem taşımaz. Zira kanun koyucu bu dönemde fesih yasağı getirmekle bu dönemde geçerli nedenlerin bir geçerli fesih sebebi olamayacağını, bir diğer deyişle geçerli neden sayılamayacağını hüküm altına almış bulunmaktadır. Buna aykırı bir şekilde yapılacak fesih salt bu sebeple geçersiz olur. Fesih bize göre, karşı tarafa yani işçiye ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ancak işçinin iş güvencesi kapsamındaki işçiler için geçersiz bir fesih sayılacağı için, işçi bu feshe karşı önce arabulucuya başvurup ardından işe iade davası açabilir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler ise kıdem ve ihar tazminatı talebinde bulunabilirler. İşte bu noktada tartışılması gereken bir başka nokta ise bu geçersiz feshe bağlı haklara ilaveten işçinin fesih yasak olduğu dönemin ücretini de isteyip isteyemeyeceğidir. Öğretide bir görüş, bizce de isabetli olarak bu sürenin ücretinin artık ücret olarak değil ama tazminat olarak istenebileceğini kabul etmektedir.* [72]

Yukarıda yer verdiğimiz görüşlerden de tespit edilebileceği üzere **dört** farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş sadece idari para cezası verilmesi gerektiğini belirtirken, ikinci görüş idari para cezasının yanında feshin altında yatan haklı ve geçerli nedenlerin de araştırılması gerektiğini, fesih yasağı olmasının bu araştırmayı engellemeyeceğini belirtmektedir. Üçüncü görüş ise yasak döneminde yapılan fesihlerin tamamının geçersiz olduğunu, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağını, yasak kalktıktan sonra tekrardan fesih yapılması gerektiğini belirtmektedir. Dördüncü görüş ise feshin ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ancak salt yasak nedeniyle feshin geçersiz ve haksız bir fesih olacağını belirtmektedir.

Kanaatimize göre de, fesih yapılmakla hüküm ve sonuçlarını doğuracağından, dördüncü görüş doğrultusunda salt yasak nedeniyle feshin geçersiz ve haksız sayılmasının kabulü iş hukuku dinamiklerine daha uygun bir çözüm tarzı olacaktır.

YILLIK İZİN

47) ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE YILLIK İZİN ÜCRETİ ZAMANAŞIMINA UĞRAR MI?

"*Aralıklı çalışmada yıllık izin hesabında, önceki dönemin zamanaşımına uğraması için önceki dönemin bitişi ve sonraki çalışma döneminin başlangıcı arasında 5 yıllık sürenin*

[72] Caniklioğlu,Nurşen "YGK Marmara Üniversitesi 08-09 Mayıs 2021 Mevzuatta Meydana Gelen Gelişmelerin Ele Alındığı 4.Yasal Gelişmeler Kongresi"

geçmesi gerekir." **(9.H.D. 27.10.2020 Gün 2017/8406 E.)- ZAMANAŞIMINA UĞRAR- 5 YIL-**

"İşçinin aralıklı çalışmasında ilk dönem çalışmasından doğan izin haklarının zamanaşımı defi sebebiyle reddi gerekir." **(9.H.D. 30.09.2020 Gün 2016/25240 E.)-ZAMANAŞIMINA UĞRAR- 5 YIL-**

"Bu kapsamda, aralıklı çalışma var ise, önceki çalışma ve sonraki çalışma arasındaki çalışılmayan dönemin 10 yıldan fazla sürmesi halinde kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı, önceki ve sonraki çalışma dönemleri arasında 5 yıldan fazla süre geçmiş ise yıllık izin ücreti hesabında, usulüne uygun zamanaşımı savuınması bulunması kaydı ile önceki çalışma dönemi sonraki hizmet süresine bahsedilen işçilik alacaklarını hesabında eklenmez. Belirtilen süreler önceki ve sonraki çalışma dönemleri arasında geçmemiş ise belirtilen işçilik alacaklarının hesabında önceki çalışma dönemi sonrakine eklenir. Bu ek açıklamalar da gözetilmelidir." **(9.H.D.27.09.2018 Gün 2018/7321 E.)- ZAMANAŞIMINA UĞRAR- 5 YIL**

"*Yine aralıklı çalışmada yıllık izin hesabında, önceki çalışma döneminin zamanaşımına uğraması için önceki dönemin bitişi ve sonraki çalışma döneminin başlangıcı arasında 5 yılık sürenin geçmesi gerekir.Somut olayda; 12.09.2003-29.07.2004 ve 16.06.2011-31.12.2012 tarihleri arasında çalışmış olup; davacının ilk çalışmasının sona erdiği 29.07.2004 tarihi ile tekrar işe başladığı 16.06.2011 tarihleri arasında yıllık ücretli izin alacağı yönünden 5 yıllık zamanaşımı süresi dolmuştur. Dolayısıyla, davalıların süresinde ileri sürdüğü zamanaşımı savunması dikkate alınarak davacının 12.09.2003-29.07.2004 tarihleri arasında doğan yıllık ücretli izin alacağının zamanaşımına uğradığı dikkate alınmadan karar verilmesi isabetsizdir."* **(22.H.D. 25.10.2018 Gün 2016/15807 E.)- ZAMANAŞIMINA UĞRAR-5 YIL**

"Yıllık izin özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmada önceki dönem zamanaşımına uğramaz." **(9.H.D. 20.10.2020 Gün 2016/27846 E.)- ZAMANAŞIMINA UĞRAMAZ.**

"Yıllık izin özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmada önceki dönem zamanaşımına uğramaz." **(Adana BAM 11 HD 22.10.2020 Gün 2020/116 E.)- ZAMANAŞIMINA UĞRAMAZ.**

"Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz." **(22.H.D. 09.10.2018 Gün 2017/15129 E.)-ZAMANAŞIMINA UĞRAMAZ.**

"*Somut olayda, davacı, davalı işyerinde yukarıda belirtilen tarihlerde fasılalı olarak çalışmıştır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda izin ücreti hesabı yapılırken, davacının 2 dönem çalışmasının olduğu, ilk dönemin 20.12.2004 tarihinde bittiği ve 5 yıllık zamanaşımı süresi de geçtiğinden dolayı ilk dönemin hesaba dahil edilmeyeceği, hesaplamanın sadece ikinci dönem çalışması üzerinden yapılacağı belirtilerek rapor düzenlenmiş; Mahkemece söz konusu rapora itibar edilerek karar verilmiştir. Yukarıda ilke kararında da belirtildiği üzere davacı, davalı iş yerinde iki dönem halinde çalışmış olup aralıklı çalışmalarda önceki dönem zaman aşımına uğramaz. Bu sebeple davacının her iki çalışma süresinin toplamı üzerinden yıllık izin ücreti hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken yanılgılı*

*değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır."***(22.H.D. 26.12.2019 Gün 2019/8754 E.)-ZAMANAŞIMINA UĞRAMAZ.**

Yukarıdaki kararlardan da tespit edilebileceği üzere yargının bu konuda kafası son derece karışıktır. Özellikle yeni 9.H.D.'nin birleşmeden sonra, 20 Ekim 2020 tarihinde, yıllık ücretli iznin zamanaşımına uğramayacağını belirtmesine rağmen, 27 Ekim 2020 tarihinde zamanaşımına uğrayacağına karar vermesini anlamakta güçlük çekiyoruz.

48) ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE YILLIK İZNE ESAS KIDEM SÜRESİ TASFİYE OLUR MU?

*"İşçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmiş ise, 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."***(9.H.D. 20.10.2020 Gün 2016/27846 E.)- YILLIK İZİN KIDEMİ TASFİYE OLUR.**

*"Önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir."***(İST. BAM 24.H.D. 04.11.2020 Gün 2018/3943 E.)- YILLIK İZİN KIDEMİ TASFİYE OLUR.**

*"Yıllık izin ücretine esas kıdemin belirlenmesinde aralıklı çalışmada tasfiye söz konusu olmaz. İzne esas kıdem süreleri birleştirilir."***(9.H.D. 29.12.2017 Gün 2015/18282 E.)YILLIK İZİN KIDEMİ TASFİYE OLMAZ.**

*"Davacının önceki çalışmalarında hak etmiş olduğu yıllık izin sürelerinin kullandırılmış veya karşılığı ücretin ödenmiş olması önemli olmaksızın, davacının üçüncü döneme ilişkin yıllık ücretli izin süresi belirlenirken davacının ilk iki döneme ilişkin kıdem sürelerinin de dikkate alınması gerekmekte olup..."***(9.H.D. 05.11.2020 Gün 2016/29801 E.)-YILLIK İZİN KIDEMİ TASFİYE OLMAZ.**

*"1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur. Kıdem tazminatına hak kazanmada önceki dönemin tasfiyesi ya da birleştirilmesi yönünde fesih şekli önemli ise de kıdemin veya yıllık izin süresinin hesabında fesih şeklinin önemi yoktur."***(9.H.D.25.01.2016 Gün 2014/29400 E.)- YILLIK İZİN KIDEMİ TASFİYE OLMAZ.**

Öğretide Çil'e göre; kural olarak izin hakkının tespiti yönünden önceki çalışmalar dikkate alınır. İşçiye ilk çalışma dönemi için yasal tazminlataın hatta yıllık izin haklarının ödenmiş olması, önceki hizmet süresinin İş Kanunu 53.maddesinde öngörülen izne esas çalışma sürelerine eklenmesini etkilemez.[73]

[73] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" 2019-2021 Yetkin Yayınları sy 1343

Öğretide Özkaraca'ya göre; İş Kanunu m.54/1'de herhangi bir ayrım yapılmadan veya koşul öngörülmeden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen toplam hizmet süresine bakılacağı düzenlenmiş olup, dinlenme hakkının uygulaması niteliğinde olan yıllık ücretli izinde hizmet sürelerinin tasfiye edilmesinin mümkün olmadığını kabul etmek gerekir.[74]

Her ne kadar yukarıda da görüldüğü üzere farklı içtihatlar olsa da, kanaatimizce ilk döneme ilişkin yıllık izin ücretinin ödenmiş ya da kullandırılmış olması önemli değildir. İşçi kaç dönem çalışırsa çalışsın yıllık izne esas kıdem süresi hiçbir şekilde tasfiye olmamalıdır.

49)YILLLIK İZİN BELGELERİ YARGILAMANIN HER AŞAMASINDA İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

Y.H.G.K. 2017 yılından verdiği kararında, yıllık izin kullanımına ait belgenin temyiz aşamasında sunulmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.**(25.01.2017 Gün 2017-1556 E.)** Ancak aynı yıl başka bir kararında borcu söndüren ödeme itirazı mahiyetindeki belgelerin temyiz aşamasında dahi ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.**(Y.H.G.K. 03.05.2017 Gün 2017/7-2097 E.)**

9.Hukuk Dairesinin Eylül 2020 tarihli ilke kararına göre; ödeme itirazı mahiyetindeki makbuz ve benzeri miktar içeren belge sunumu-istinaf aşaması hariç-yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. İbraname veya yıllık izin belgesi gibi borcu sonra erdirebilecek belgeler de temyiz aşamasında ileri sürülebilir. [75]

50) YILLIK İZNİN KULLANDIRILMAMASI İŞÇİYE HAKLI FESİH İMKANI VERİR Mİ?

Yargıtayın çoğunlukla verdiği kararlara göre, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 7. Maddesi gereği işçi, işverene yazılı bildirimde bulunma koşulunu yerine getirmeden sözleşmesini haklı nedenle feshedemez.**(Bknz 9.H.D. 13.02.2002 Gün 2001/17459 E.)**

İşçi yıllık ücretli izin hakkını kullanma başvurusunu, hak edilmiş iznin kullanılması gereken hizmet yılı içinde yapmış ise, izin tarihinin işveren tarafından belirlenmesini o hizmet yılının sonuna hak ettiği izin günü kadar süre kalana dek beklemesi gerekmektedir. Bu süre zarfında hala izin hakkı kullandırılmamış ise sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. **(Bknz 22.H.D.16.12.2015 Gün 2014/24209 E.)**

Öğretide Sevimli "... İşverenin yıllık ücretli izin kullandırmayacağını önceden işyerinde ilan etmesi ya da izin başvurusunu almaktan kasten kaçınması gibi başvurunun sonuçsuz kalacağının açık olduğu durumlarda işçinin önceden başvuru

[74] Özkaraca, Ercüment "Aynı İşveren Yanındaki Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı," Sicil İHD, 2018/39, 90-104

[75] Çil, Şahin "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 2019-2021" sy 1343

yapmaksızın iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme olanağının bulunduğun kabulü yerinde olacaktır...” tespitinde bulunmuştur.[76]

Öğretide Duman “... İşçinin herhangi bir başvurusu bulunmasa dahi, hak etmiş olduğu yıllık ücretli izin hakkına ilişkin işverenin herhangi bir planlama yapıp, işyerinde duyuru yapmadan ve de izin sürelerinin sonraki yıllara devrini gerektiren herhangi bir geçerli gerekçe belirtmeden yıllık ücretli izin hakkını kullandırmaması halinde de işçi haklı sebeple fesih hakkı kazanabilmelidir...” tespitinde bulunmuştur.[77]

Yıllık ücretli izin hakkının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için talep edildiği halde nedensiz olarak izin kullandırılmaması gereklidir. O yıla ilişkin izinin yıl sonuna kadar kullandırılmaması haklı fesih imkanı verir.[78]

Yargıtay ise uzun yıllar yıllık ücretli izin hakkının kullandırılmamasını haklı fesih sebebi saymaktadır.. “*Dairemiz çok uzun yıllar izin kullandırılmama halinde işçinin izin talebinin gerekçesiz reddi halinde işçi açısından haklı fesih sebebi oluştuğunu kabul etmektedir...*” **(Bknz 9.H.D. 12.12.2013 Gün 2011/45448 E.)**

Bir başka kararında, 6 yılı aşan hizmet süresi içinde sadece 14 gün yıllık izin kullanan işçinin feshini haklı kabul etmiştir.**(Bknz 9.H.D. 08.04.2019 Gün 2017/10772 E.)**

Yargıtay bir kararında yıllık izinlerin kullandırılmamasının işçiye 4857 sylı yasa kapsamında 24/II-f maddesi uyarınca çalışma koşullarının uygulanmaması nedeni ile haklı fesih hakkı verdiğini kabul ettiği halde**(Bknz 9.H.D.08.04.2019 Gün 2017/10772 E.),** 90 gün yıllık izin hakkı olan işçiye yıllar içinde 43 gün kullandırıldığı ve bakiye 47 gün yıllık izin hakkının bulunduğu durumda, işçinin feshinin haklı nedene dayanmadığını kabul etmiştir.**(Bknz 9.H.D. 12.02.2019 Gün 2015/30289 E.)**. Yine Yargıtay 9 yıl içinde hak kazanılan 150 gün iznin, 73 gününün kullandırılmasını yeterli görmüş ve bakiye 77 gün için işçinin izin kullanma talebi olmadığı için işçinin feshini haksız bulmuştur.**(Bknz 22.H.D. 16.01.2019 Gün 2016/3806 E.)** [79]

Öğretide Çil’e göre, işçinin en az 2 yıl için hak kazandığı izin süresinden fazlasının kullandırılmaması(örneğin 28 günden 15 gününün kullandırılmaması), doğrudan haklı fesih nedeni olmalıdır.[80]

Kanaatimizce, işverenin geçerli bir erteleme sebebi bulunmadığı sürece, işçi ister sözlü/yazılı talep etsin ister etmesin, ilk yıl sonrasında hak kazandığı yıllık ücretli iznini o yıl sonuna kadar işveren tarafından kullandırılmaması, doğrudan işçi açısından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmelidir. Zira yıllık izin hakkı vazgeçilmez ve üzerinde tasarruf edilemeyen bir haktır. İşçinin kullanmak kadar, işverenin işçinin talebi olmasa

---

[76] Sevimli, Ahmet “Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas alan Mevzuat karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler“ İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014 s.44

[77] Duman, Barış “4857 sylı İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı” syf 336 Ankara 2021 2.Baskı

[78] Uğur Ocak- Selma Betin “Feshe Bağlı İşçilik Alacakları” syf. 919 Ankara Nisan 2020 Tercih Kitapevi Yayıncılık

[79] Çil, Şahin “İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları” sy 95 Yetkin Yayınları Ankara 2020

[80] Çil, Şahin “İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları” sy 95 Yetkin Yayınları Ankara 2020

bile tek taraflı olarak kullandırma zorunluluğu bulunmaktadır. İşverenin bu zorunluluğu işçinin talebi yoktur savı ile ortadan kaldırılmamalıdır.

51) YILLIK İZNİN BÖLÜNEREK KULLANDIRILABİLİR Mİ?

Yılllık izinlerin bir bölümünün on günden az kullandırılamayacağı yönündeki yasal düzenleme sebebiyle en az yıllık izin kullanma süresinin on gün olması kanuni çalışma koşulları arasındadır. Neticede işçiye on günden az izin süresi tanınmasının haklı fesih nedeni olduğu yönünde yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararları vardır. [81]

Kanun koyucu bölünme sayısı konusunda bir sınırlama getirmemekle birlikte bölünebilecek kısma ilişkin iznin bir parçasının asgari on gün olacağı şeklinde sınırlama yoluna gitmiştir. Söz konusu hüküm çalışma süresine bağlı olarak hesap edilen kademeli izin süreleri arasında izne hak kazanarak yasal olarak asgari 14 günlük yıllık ücretli izne hak kazanacak bir işçi ile onbeş yıllık çalışma süresi karşılığı asgari 26 günlük yıllık ücretli izin hakkı bulunan işçi arasında bir fark bulunmamaktadır. Yasal düzenleme uyarınca iznin bölünmesinde dikkat edilecek husus, hak edilen izin bölümlerinden birinin on günden az olamayacağıdır. Belirtmek gerekir ki bir parçası on günden aşağı olamayacak şekilde yapılacak izin bölünmesinde geriye kalan kısımların kaç parçaya bölünebileceği ya da diğer bölümlerin asgari kaç gün olabileceği konusunda emredici bir düzenleme bulunmamaktadır. [82]

*"İşçinin on günün altında kalan sürelerle izin istemesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Mahkemece 2 günlük yıllık izin kullandırılamayacağı gerekçe gösterilerek bunlar yıllık izin kullanımı olarak değerlendirilmemişse de bu kabul hatalıdır."***(7.H.D. 11.04.2016 Gün 2015/6768 E.)**

*"İşçinin yıllık izinlerinin her yıl 5 gün olarak kullandırılması, yıllık dinlenme hakkının tanınmaması anlamında olup, işçiye haklı fesih imkanı verir."***(9.H.D. 01.04.2019 Gün 2019/2658 E.)**

*"110 gün izin hakkı olan işçiye 46 gün izin verilmesi ve işçinin talebi olmadığı halde bu izinlerin parça parça her bölümü 10 günden aşağı sürelerle kullandırılması işçiye haklı fesih imkanı verir."***(İST. BAM 31.H.D. 08.05.2019 Gün 2017/2568 E.)**

Peki işçinin talebine rağmen işveren yıllık iznin bir bölümünü 10 günden az kullandırtırsa ne olur?

"Yıllık izin süresi tarafların anlaşmasıyla ve bir bölümü 10 günden aşağı olmamak üzere bölünebilir. Yıllık izinlerin talep edilmesine rağmen çok kısa sürelerle kullandırılması işçi açısından haklı fesih sebebi olarak değerlendirilebilir. Ancak sırf 10 günden kısa olması nedeniyle kullanılmamış gibi değerlendirilemez" denilmiştir.**(9.H.D.24.03.2011 Gün 2009/7959 E.)**

"4857 sylı yasanın 56/3.maddesine göre yıllık izin sürelerinin 10 günden aşağı bölünemeyeceği belirtilmiştir. Ancak 10 günden az sürelerle yıllık izin kullanma

[81] Çil, Şahin "İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları" syf 95 Yetkin Yayınları Ankara 2020
[82] Duman, Barış a.g.e sy 226

*taleplerinin davacı işçiden geldiği anlaşılmakla TMK'nın 2. Maddesine göre herkes haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğundan ve bir hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağından süreler 10 günden az olsa da yıllık izinden mahsup edilir."***(7.H.D. 21.01.2014 Gün 2013/17206 E.)**

*"İş Kanununun 56.ıncı maddesinin 3.fıkrası 14.04.2016 tarihli değişiklikten önce; -ancak 53.maddesinde öngörülen izin süreleri tarafların anlaşmasıyla bir bölümü 10 günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir- şeklindeyken aynı madde anılan tarihteki değişiklikle -ancak 53.maddesinde öngörülen izin süreleri tarafların anlaşmasıyla bir bölümü 10 günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullanılabilir.- hükmünü içermektedir. Yasanın açık hükmü ve dairemizin yerleşik içtihatlarına göre iznin 10 günden aşağı kullandırılmama hükmü her bölümü için olmayıp sadece bir bölümü için olduğundan bilirkişinin 10 günün altındaki izinleri kullanılan yıllık izne dahil etmemesi hatalıdır."***(9.H.D. 04.04.2018 Gün 2017/5555 E.)**

Özetle; İşçi, yıllık izninin tamamını tek bir seferde kullanmak isterse, işveren, çalışanın yıllık iznini bölerek kullanmasını isteyemez; çalışanı, yıllık iznini bölmesi konusunda zorlayamaz. Zira İş Kanunu açısından esas ve makbul olan yıllık izinlerin bölünmeden tek parça olarak kullanılmasıdır. Ancak bazen işçiler kendi istekleri ile yıllık izinlerini 10 günden daha az sürelerde parça parça kullanmak isteyebilmektedir. Bu durumda işçinin işverene talep dilekçesi ile başvurması gerekmektedir. İşçinin kendi yazılı talebi ile böyle bir başvuru olduğundan tüm yıllık izinler 1 günlük dahi kullanılsa, işçinin yıllık izninden düşürülmektedir.[83]

İşçinin talebi olmamasına rağmen işverence 10 günden az süre ile kullandırılan yıllık izin süreleri işverence verilen diğer izinler olarak kabul edilir ve toplam yıllık izin süresinden mahsup edilemez.

52) YILLIK ÜCRETLİ İZNİNİ KULLANAN İŞÇİ BAŞKA BİR İŞTE ÇALIŞABİLİR Mİ?

4857 sylı İş Kanununda çalışma yasağı öngörülmekte, bu izni kullanan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığının anlaşılması halinde, işverenin bu izin süresi içinde ödediği ücreti kendisinden geri alabileceği belirtilmektedir.(m.58)

22 HD vermiş olduğu bir kararında işçinin yıllık izinde çalışması sebebiyle iş akdinin geçerli nedenle feshedilebileceğini belirtmiştir.

"...Davacının yıllık izin döneminde başka bir işyerinde çalışması ve bu durumun işverence tespit edilmesi işyeri düzeni, çalışma hayatı ve davacının imzalamış olduğu hizmet sözleşmesi içeriğine göre değerlendirildiğinde, işverenin kendisine duyduğu güveni sarsıcı nitelikte kabul edilecek olsa bile bu durum İş Kanunu 25 vd. Maddelerinde düzenlenmiş bulunan haklı nedenle fesih ağırlığında değildir." **(22 HD 19.01.2017 Gün 2015/14864 E.)**

22 HD vermiş olduğu bir başka kararında ise yukarıdaki içtihattan farklı olarak sözleşmedeki yasağa rağmen yıllık izinde çalışan işçinin iş akdinin haklı nedenle feshedileceğini belirtmiştir.

---

83 http://ozgunlaw.com/tr-TR/HDetay/iscinin-iş-hukuku-kapsaminda-sahip-oldugu-yillik-izin-ve-diger-izin-haklari-487.html

"Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelerden, davalı işyerinde çalışırken mesai saatleri içerisinde ve yıllık ücretli izinli olduğu dönemde (iş sözleşmesindeki yasağa rağmen) bir başka işveren nezdinde de çalıştığı anlaşılmakla, doğruluk ve bağlılığa aykırılık teşkil eden bu davranışından dolayı iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilmesinde kanuna aykırı bir durum bulunmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle kabulü hatalıdır." **(22.H.D.13.05.2014 Gün 2013/11229 E.)**

9.H.D. ise, yıllık izinde rakip firmada çalışan işçinin iş akdinin dahi sadece geçerli nedenle feshedilebileceğine karar vermiştir.

"Kanunun "İzinde Çalışma Yasağı" başlıklı 58. maddesinde ise "Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir" kuralı düzenlenmiştir. Yukarıda belirtilen hükümler gereğince yıllık ücretli izin hakkından feragat edilememesi ve kullanılmakta olan izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalışmanın yasaklanmış olması kanun koyucunun dinlenme hakkına verdiği önemden kaynaklanmaktadır. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilememesi aynı zamanda bu hakkın paraya tahvil edilememesini gerektirir. İş Kanunu'nda yıllık ücretli izinde iken bir işte ücretli karşılığı çalışma yasağının ihlali izin süresi için ödenen ücretin geri alınabilmesi yaptırımına bağlanmışsa da ücret karşılığı çalışılan işyerinin rakip bir firma olması durumunda işverene iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih hakkının tanınması gerekir." **(9.H.D. 2009/46353 E. ve 2011/91 K.)**

9.H.D. 2019 tarihli bir başka kararında yine iş akdinin geçerli nedenle feshedilebileceğine karar vermiştir.

"Somut olayda, davacının yıllık ücretli izindeyken davalı işverenin izni ve bilgisi dışında başka bir iş yerinde ücret karşılığı çalışmaya devam ettiği sabittir. Anayasal haklardan olan dinlenme hakkı çalışana çalışmaya ara vererek dinlenebilmesi için öngörülmüş olup, izin sonrasında işe dinlenmiş olarak dönmesi beklenen işçinin bir anlamda daha da yorularak dönmüş olmasının işine olumsuz yansıyacağı kaçınılmazdır. Bu sebeple davacının haklı değil ancak geçerli fesih nedeni olabilecek eylemi nedeniyle iş akdinin geçerli nedenle feshedildiği kabul edilerek davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır." **(9.H.D. 12.02.2019 Gün 2018/5600 E.)**

Kanaatimizce; bireysel iş sözleşmesinde yasak yok ise işçi yıllık ücretli izin süresinde çalışırsa iş akdi sadece geçerli nedenle feshedilebilir veya fesih yapılmadan işçiye ödenen yıllık izin ücreti geri istenebilir. Geçerli nedenle fesih ile birlikte ücretin aynı anda geri istenebilmesi mümkün görülmemelidir. Zira böyle bir durumda işçiye tek bir eylemi nedeni iki farklı ceza verilmiş olur. Kanunda iş akdinin haklı nedenle feshedilebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmadığından işçinin iş akdi haklı nedenle feshedilemez. Ancak bireysel iş sözleşmesinde bir yasak var ise bu durumda işveren sadakat borcuna aykırılıktan dolayı işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebilmelidir.

53) YILLIK İZİN FORMUNDA KALAN HAKKINI İFADE EDEN GÜN SAYISI BULUNMASI HALİNDE DAHA ÖNCEKİ İZİNLERİN KULLANDIRILDIĞI KABUL EDİLİR Mİ?

22 H.D.'ye göre talep formlarında kalan izin hakkını ifade eden gün sayıları işçi açısından bağlayıcıdır ve daha önceki izinlerin kullandırıldığı kabul edilir. 22.H.D. çalışırken alınsa da bu beyanların irade beyanı niteliğinde olduğunu belirtmekte, ibraname olarak saymamaktadır. Kanaatimize göre işçinin çalışırken ve işverene bağlı iken *"yapmadım-etmedim-kullanmadım"* beyanları BK 420'ye göre geçersizdir. 22. H.D.'nin görüşünün aksine bu beyanlar ibraname niteliğindedir.

"*Ocak 2009 tarihli davacı işçi imzalı belgede, 31/12/2008 tarihinden 2009 yılına devreden işçinin yıllık izninin ondört gün olduğu belirtilmiştir. Mahkemece, bu belgenin dikkate alınmaması hatalıdır."* **(22. H.D. 02.10.2018 Gün 2018/13282 E.)**

"*Yargılama sırasında bu belgeye karşı davacı taraf işten çıkarılma korkusuyla imzaladığını ileri sürmüş ise de; irade fesadı hususu ispatlanamamıştır. Söz konusu belgede davacı geçmişe ait izin hakkının bulunmadığını beyan edip bu belgeyi imzaladığına göre, bu belge davacıyı bağlayıcı olup, 2005 yılı öncesinden davacının izin hakkı olmadığının kabulü gerekir. Dosya kapsamındaki yıllık izin belgelerine göre davacının 2005 yılından sonraki yıllarda hak kazandığı yıllık izinleri kullandığı anlaşılmaktadır. Davacının yıllık izin alacağı bulunmamaktadır. Hal böyle olunca mahkemece davacının yıllık izin alacağının reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* **(22. H.D. 29.04.2015 Gün 2014/3668 E.)**

"Somut olayda,işyeri kayıtlarında bulunan "Tebliğ - Tebellüğ Belgesi"nde özetle; davacının 1982-2009 yılları arasında kanuni izinlerden doğan tüm haklarını aldığını beyan ettiği anlaşılmaktadır. Bu belge ibraname niteliğinde olmadığı için iş sözleşmesinin devamı sırasında alındığından bahisle geçersiz sayılamaz. Belge, anılan tarihler arasındaki yıllık izinlerin kullanıldığına dair beyan belgesidir. Bu belge ve dosya içeriğinde bulunan diğer imzalı-imzasız işyeri belgeleri birlikte değerlendirildiğinde işyeri kayıtlarına değer verilmesi gerekir." **(22. H.D. 25.02.2016 Gün 2014/33993 E.)**

54) YILLIK İZİN TALEP FORMLARI İZNİN KULLANDIRILDIĞINI İSPAT EDER Mİ?

*"Söz konusu izin belgesi Yıllık İzin Talep Dilekçesi başlığı altında matbu olarak tanzim edilmiş olup, davacının 03.10.2011 ila 31.10.2011 tarihleri arasında ücretli izin kullanma talebini ihtiva etmektedir. Bu belge üzerinde davalı işverenin bir onayı da bulunmamaktadır. Davacının imza inkarı bulunmamakla birlikte bu belge tek başına iznin kullanıldığını ispat için yeterli değildir. Mahkemece yapılacak iş davacı asilden bu izin belgesinde belirtilen tarih aralığında iznini kullanıp kullanmadığının sorulması ve sonucuna göre izin alacağının belirlenmesinden ibarettir."***(9.H.D. 06.10.2020 Gün 2020/2101 E.)**

"Tarihli iki adet imzalı yıllık izin talep dilekçesi bulunmaktadır. Mahkemece davacı asile izin talep dilekçeleri gösterilerek, talep edilen tarihlerde yıllık izin kullanıp kullanmadığı, kullanmış ise kaç gün yıllık ücretli izin kullandığı konusunda davacının beyanı alınmalı ve neticeye göre yıllık izin ücreti alacağında bir sonuca gidilmelidir." **(9.H.D. 09.11.2020 Gün 2017/18765 E.)**

55) BORDRODAKİ KAYITLAR YILLIK ÜCRETLİ İZNİN KULLANDIRILDIĞINI İSPAT EDEBİLİR Mİ?

Bordrolarda izin ödemesi yapılması ve bordronun imzalı olması halinde izin kullandırıldığı varsayılmaktadır. Ayrıca imza bulunmayan bordrolarda yer alan izin ödemelerinin banka kanalıyla yapıldığı tespit edildiğinde bu ödemeler de geçerli kabul edilmektedir.[84]

*"Yıllık izin ücreti hesaplanırken 2011 yılı temmuz ayı imzalı bordrosunda yazılı 14 günlük izin tahakkukunun yıllık izin ücreti alacağından mahsubu gerekir."***(9.H.D. 25.09.2019 Gün 2016/6276 E.)**

*"Bordro imzasız olsa da banka kanalıyla ödeme ispatlandığından davacının bakiye izin ücret alacağı bulunmadığından bu talebin reddi gerekir."***(Ankara BAM 7.H.D. 09.02.2018 Gün 2017/2076 E.)**

*"Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır.Somut uyuşmazlıkta, davacıya yıllık izin kullandırıldığının ispat edilemediği, 8 yıllık çalışma süresine tekabül eden 130 gün yıllık izin hakkının bulunduğu gerekçesiyle yıllık izin ücreti hesaplanmıştır. Dosyaya sunulan davacı tarafından imzalı ücret bordrolarında (2015/1. ay 10 gün, 2014/3. ay 20 gün, 2014/12. ay 20 gün, 2012/4. ay 20 gün, 2012/12. ay 20 gün, 2009/12. ay 14 gün, 2007/8. ay 14 gün olmak üzere) 118 gün izin kullandığının belirtildiği tespit edilmiştir. Bordrolara davacının itirazı da olmamıştır. Bu nedenle kullanılan yıllık izin mahsup edilerek hesaplama yapılması gerekirken imzalı bordroların dikkate alınmaması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(22.H.D.26.11.2019 Gün 2016/240005 E.)**

"Yıllık izin ücreti açısından, 2012 yılının Nisan, Haziran ve Temmuz aylarına ait imzasız bordrolarında yıllık izin tahakkuklarına yer verilmiş ve bu bordrolardaki miktarlar banka kanalıyla davacıya ödenmiştir. Bordrolar davacı asıldan bizzat sorularak, bordrolardaki bu tahakkuk olan dönemlerde yıllık izin kullanıp kullanmadığı tespit edilmeli, yine davalının bu tarihlerde izin kullandırıp kullandırmadığına ilişkin gereken belgeleri ibraz etmesi istenmelidir. Bu tarihlerde davalı tarafından izin kullandırılmadığının anlaşılması halinde şimdiki gibi hüküm kurulmalı, aksi halin tespiti durumunda ise bu süreler kullanılan izin günlerinde dikkate alınmalıdır." **(22.H.D. 08.05.2019 Gün 2016/11920 E.)**

Yeni 9 HD'ye göre, yıllık izin kartı imzalı olmasa bile çalışma olmayan dönemde işçiye ücret ödemesi yapılıyorsa, bu dönemde işçinin yıllık ücretli iznini kullandığı kabul edilir.

"Mahkemece, davacının çalışma süresine göre 170 günlük yıllık ücretli izin alacağı olduğu kabul edilmiş ise de, işyerinde çalışma olmayan ve işçilerin serbest kaldığı 18.12.2009 ve 01.04.2010 ve 01.12.2010-01.04.2011 tarihleri arasında işçilere ücret ödendiği dikkate alındığında, o yıllarda hak edilen yıllık izinlerin ücret ödenen bu serbest kalınan sürelerde kullanıldığının kabul edilmesi ve talebin bu çalışılmayan sürelere göre yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir." **(9.H.D. 19.01.2021 Gün 2020/4351 E.)**

[84] Haluk Hadi Sümer- Hasan Kayırgan " İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları" sy 341 2.Baskı Seçkin Yayınları Ankara 2021

56) İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN İZİN YERİNE YAPILAN ÜCRET ÖDEMELERİ GEÇERLİ MİDİR?

"İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. Aksi yöndeki bireysel ve toplu iş sözleşmesi düzenlemeleri de geçerli değildir." **(9.H.D. 24.11.2020 Gün 2016/32079 E.)**

Ödenen tutarların hesaplanan yıllık izin alacağından mahsup edilmesi gerekir. Yargıtayın son kararlarında iş sözleşmesi devam ederken yapılan ödemeler avans niteliğinde görülmekle, ödeme tarihinden yasal faiziyle mahsup yoluna gidilmektedir. Yargıtaya göre bu ödemenin, o dönemde hak kazanılan izin haklarına mahsup edilmesi de bozma nedeni sayılmalıdır. [85]

"Davacıya her yıl Ağustos ayında izin parası denilerek, 30 günün karşılığı ödeme yapılmış ise de, o ay fiilen izin kullandırılmadığı bir anlamda izin avansı gibi ödeme yapıldığı görülmüştür. Davacının izni kullandırılmadığından ödeme karşılığı izin hakkından mahsubu söz konusu olamaz. Ancak ortada izin avansı niteliğinde bir ödeme bulunduğundan, bu miktarın işleyecek yasal faizi ile birlikte hesaplanan izin ücreti alacağından mahsubu gerekir." **(9.H.D. 30.06.2020 Gün 2019/2158 E.)**

57) YILLIK ÜCRETLİ İZİN ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI SÜRESİ NE KADARDIR?

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yıllık izin açısından 5 yıllık zamanaşımı süresi vardı. 6098 sayılı T.B.K. ise zamanaşımı süresini değiştirmiştir. 6098 sayılı T.B.K. daki zamanaşımı süresi 9. ve 7.H.D.'ye göre 10 yıl, 22.H.D.'ye göre 5 yıl olmuştu. Bu durumda zamanaşımı süresi 5 yıl dolmadan 6098 sayılı kanun yürürlüğe girdiyse zamanaşımı konusunda yine 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde doğan alacak olduğundan 5 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Alacak T.B.K. öncesi muaccel olduğundan zamanaşımı 10 yıla çıkmayacaktır. Ancak 01.07.2012 tarihinden sonra gerçekleşen fesihlerde 9. ve 7.H.D.'ye göre 10 yıllık, 22.H.D.'ye göre 5 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. 7036 sayılı kanun 4857 sayılı kanun Ek madde-3'e göre ise 25.10.2017 tarihinden itibaren yıllık izin alacağında zamanaşımı süresi 5 yıldır. Zamanaşımı 7036 sayılı kanun öncesi başlamış ve 5 yıldan uzunsa önceki uzun süre değil değişen 5 yıl, kısa ise kalan süre kadar süre işlemeye devam edecektir.[86]

"Dairemizin yerleşik uygulamasına göre Eski Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde doğan kıdem ve ihbar tazminatları 10 yıllık, yıllık ücretli izin alacağı ise 5 yıllık zaman aşımına tabi olup, 6098 Sayılı TBK. nun yürürlük tarihi olan 01.07.2012 tarihinden sonra doğan kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret benzeri dönemsel edim niteliğinde olmayan yıllık ücretli izin alacağı 10 yıllık zaman aşımına tabidir." **(9. H.D. 31.05.2016 Gün 2016/9306 E.)**

---

85 Haluk Hadi Sümer- Hasan Kayırgan " İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları" sy 344 2.Baskı Seçkin Yayınları Ankara 2021

86 Uğur Ocak- Selma Betin Feshe Bağlı İşçilik Alacakları sy. 931-932 Ankara Nisan 2020 Tercih Kitapevi Yayıncılık

"6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce yapılan fesihlerde yıllık izin ücreti zamanaşımı süresi fesihten itibaren 5 yıl iken (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126. maddesi), feshin 01.07.2012 tarihinden sonra yapılması durumunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146, 147/1. maddeleri uyarınca zamanaşımı süresi 10 yıldır." **(7. H.D. 16.12.2015 Gün 2015/39847 E.)**

"4857 sayılı Kanundan daha önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasada ücret alacaklarıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği halde, 4857 sayılı İş Kanun'un 32/8 maddesinde, işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu Kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacakları, Borçlar Kanunu'nun 126/1 maddesi (6098 Sayılı TBK 147) uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir." **(22. H.D. 16.01.2019 Gün 2018/15766 E.)**

22. H.D.'nin kapatılması ve yeni 9. H.D.'nin oluşturulmasıyla Eylül 2020 tarihinde bu konuda ilkesel bir karar alınmıştır. Buna göre; 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Sözleşmenin sona ermesinde izin ücreti" başlığını taşıyan 59. maddesine göre, "iş 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. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar". Belirtilen düzenlemede iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kullandırılmamış olan yıllık izin sürelerine ait ücretin "ücret" niteliği özellikle vurgulanmıştır. İş Kanunu'nun 32. maddesinin 6. fıkrasına göre iş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. Aynı maddenin 8. fıkrasına göre ise, ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126.maddesinin 3.bendine göre, başkalarının maiyetinde çalışan veya müstahdemi olan kimselerin, hizmetçilerin, yevmiyecilerin ve işçilerin ücretleri hakkındaki davaların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilmişti. Yargıtay da anılan düzenleme uyarınca yıllık izin ücretinin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra anılan Kanunda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126/3 hükmüne yer verilmediği gerekçesiyle yıllık izin ücretinin Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde düzenlenen on yıllık genel zamanaşımına tabi olacağı ileri sürülmüştür. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin gerekçesinde hizmet sözleşmesi hükümlerine göre çalışanların "dönemsel edimler" niteliğindeki ücret alacaklarının aynı maddenin 1. bendi kapsamına girmesi nedeniyle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin 3. bendindeki hükmün ayrıca düzenlenmesine gerek görülmediği belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147.maddesinin 1.bendine göre, "Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler" beş yıllık zamanaşımına tabidir. Yıllık ücretli izin dönemsel edim niteliğinde olup, buna ait ücret hakkında da anılan hüküm uygulanmalıdır. Nitekim 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesi ile İş Kanunu'na eklenen ek 3. maddede de yıllık izin ücretinin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih ile İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih arasındaki dönemde de yıllık izin ücretinin tabi olduğu zamanaşımı süresi beş yıldır.

Özetle, 6098 sayılı T.B.K. ile 7036 sayılı kanun dönemi arasında, kapatılan 22. H.D.'nin görüşü doğrultusunda zamanaşımı süresi 5 yıl olarak kabul edilmiştir. Nitekim yeni 9 HD, ekim 2020 tarihinde yukarıdaki ilkesel kararını uygulamıştır.

"4857 sayılı Kanun'un 32/8 maddesinde, işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu Kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacakları ise mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126/1 maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. 01.06.2012 tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesi ise ücret gibi dönemsel nitelikte ödenen alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olacağını belirtmiştir. Somut olayda; davacının iş akdinin feshi 31.10.2008 tarihi olup, ek dava 24.04.2014 tarihinde açılmıştır. Buna göre ek dava tarihi itibariyle feshin üzerinden 5 yıllık zamanaşımı süresi geçtiğinden, yıllık izin ücreti alacağı zamanaşımına uğramış olduğundan, yıllık ücretli izin alacağının reddi yerine kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 14.10.2020 Gün 2016/26656 E.)**

58) AKDİ TATİL GÜNLERİ YILLIK İZİN SÜRESİ HESABINA DAHİL EDİLİR Mİ?

Çalışılmayan cumartesi gününün yıllık izin süresinden sayılıp sayılmayacağı, uygulamada hem yerel mahkemeler hem de yargıtay tarafından farklı kararların verilmesine yol açmıştır.

9. H.D. 2015 tarihli kararında, " akdi tatil günü olan cumartesi günlerinin yıllık izin süresinden sayılmaması" gerektiğini belirtirken, 22. H.D. 2018 tarihli kararında, "akdi tatil günü olan cumartesi gününün de çalışma günü olduğunu belirterek" yıllık izin süresine eklenmesi gerektiğini belirtmiştir.

"Davalı işyerinde uygulanmakta olan ....., ..., ... arasında yapılan 15. Dönem 01/03/2012 - 28/02/2014 tarihleri arasında yürürlükte olan toplu iş sözleşmelerinin 12/d maddesinde haftalık çalışmanın beş gün olduğu açıklanmıştır. Anılan sözleşmede ***Cumartesi gününün*** *Pazar gününe ek olarak* ***akdi tatil günü olarak kabul edildiği açıktır****. Ancak vardiyalı için ayrım yapılması, vardiyalı işçiler için Cumartesi gününün akdi tatil günü olmadığı anlamına gelmez. Zira vardiyalı çalışmada, işçi akdi ve yasal tatil günü de çalışır, ancak iznini diğer günler kullanır. Bu nedenle mahkemece vardiyalı vardiyasız ayrımı yapılmaksızın haftalık beş iş günü kabulüne göre izinde iken vardiyalı çalışma olmayacağından* ***tüm işçiler için Cumartesi ve Pazar günlerinin yıllık izin süresinden sayılmamasına*** *karar verilmesi gerekir. Bu yönde davacı vekilinin temyizi yerindedir."* **(9. H.D. 15.06.2015 Gün 2015/16428 E.)**

"Somut uyuşmazlığın meydana geldiği işletmede yürürlükte bulunan toplu ... sözleşmesi hükümlerine göre çalışma süresi haftada beş gün olup, iki gün hafta tatili süresi öngörülmüştür. Bu cümleden olarak ... Kanunu'nda öngörülen bir günlük hafta tatili süresi, işçi lehine olacak şekilde değiştirilmiş, Kanun'a ilaveten bir gün de akdi hafta tatili öngörülmüştür. Diğer taraftan, toplu ... sözleşmesinin ilgili maddesinde yer alan açık düzenlemeye göre de "Yıllık ücretli izin hesabında Cumartesi günleri işgünü sayılır. Sosyâl tarafların mutabakatı ile bağıtlanan toplu ... sözleşmesi hükümlerine göre, işçilerin çalıştıkları sırada bir haftalık zaman dilimi içerisinde iki gün hafta tatili süresi olarak kararlaştırılmış iken, işçilerin yıllık ücretli izin haklarını kullandıkları zaman dilimi içerisinde 4857 sayılı ... Kanunu'nda öngörülen asgari sürenin altına düşmeyecek şekilde

hafta tatili süresinin bir gün olması kararlaştırılmıştır. Toplu ... sözleşmesinde yer alan açık düzenleme yoruma gerek olmayacak şekilde yıllık ücretli izin hakkı kullanılırken cumartesi gününün işgünü olarak sayılacağı ve hafta tatili süresinin bir gün (24 saat) olacağı şeklindedir. Bu düzenleme "yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir" şeklindeki 4857 sayılı ... Kanunu'nun ilgili maddesinde yer alan nispi emredici hükme aykırı olmadığından, işçilerin yıllık ücretli izin hakkını kullandıkları zaman dilimi içerisinde sadece bir günlük sürenin hafta tatili sayılarak uygulama yapılması gerekmektedir. Tüm bu açıklamalar karşısında, Bölge Adliye Mahkemelerinin kesin nitelikte olan başvuru konusu kararları arasındaki uyuşmazlığın açıklanan gerekçe doğrultusunda giderilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. ... A.Ş. işletmesinde uygulanan toplu ... sözleşmesi hükümleri gereği işçilerin yıllık ücretli izin haklarını kullandıkları süre içerisindeki ***cumartesi günlerinin işgünü olarak sayılması gerektiğine*** *ve uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine, karar verilmiştir."***(22.H.D. 18.10.2018 Gün 2018/9873 E.)**

9.H.D. 2018 tarihli bir başka kararında yıllık izin hesabında işgünlerinin esas alınacağını, akdi tatil günlerinin hesaba katılmayacağını belirtmiştir.

"Cumartesi günleri çalışılmayan işyerindeki işçinin yıllık ücretli izin günlerinin hesabında çalışılmayan cumartesi günleri izin süresine dahil edilmeyecektir." **(9.H.D. 07.11.2018 Gün 2015/25881 E.)**

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi de 2017 tarihli kararında, 9. H.D.'nin 2015 tarihli kararına atıf yaparak, akdi tatil günü olan Cumartesi gününün yıllık izin süresinden sayılamayacağını belirtmiştir.

"Tüm dosya kapsamına göre; Cumartesi akti olarak tatil edilmiştir. Yılık izne dahil edilmesi söz konusu değildir. Yıllık izinin yasada düzenlenme amacı farklıdır. Bu nedenle hesaplamada Cumartesinin yıllık izne dahil edilmesi doğru değildir. 4857 sayılı Yasanın 46.maddesine göre, 7 günlük zaman dilimi içerisinde işçiye kesintisiz en az 24 saat hafta tatili verilmelidir. Bu düzenleme nispi emredici nitelikte olup ücretli hafta tatili süresi sözleşme ile işçi lehine artırılabilir. Aynı yasanın 55.maddcsine göre hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır. Yasanın 57.maddesine göre yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili ile genel tatil ücretleri ayrıca ödenir. Yasanın 59. maddesine göre, iş sözleşmesi sona erdiğinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, akdin sona erdiği tarihteki günlük çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanarak kendisine ödenir. Öğreti ve uygulamada, yıllık izin ücretinin fesih tarihindeki günlük çıplak ücret üzerinden hesaplanması kabul edilmektedir. Yıllık izin ücretinin saat ücreti üzerinden ve saat esasıyla hesaplanması mümkün değildir. ***Yargıtay 9.H.D.nin 15/06/2015 tarih, 2015/16428 E., 2015/21565 K. sayılı kararında belirtildiği gibi Cumartesi gününün, Pazar gününe ek olarak akdi tatil olarak kabul edilmesi halinde bugünlerin yıllık izin süresinden sayılmaması gerektiğine karar verilmiştir.*** *28/04/2017 tarihli ek bilirkişi raporu usul ve yasaya uygundur ve bilirkişinin belirlediği rakam karar altına alınmalıdır. Bu nedenle yerel mahkeme kararının ortadan kaldırılarak yeniden esas hakkında karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."* **(İzmir BAM 7. H.D. 29.12.2017 Gün 2017/1602 E.)**

Yeni 9. H.D. ise Eylül 2020 tarihinde bu konuda ilke kararı almıştır. Buna göre; *"4857 sayılı İş Kanunu'nun 46 ve 63. maddelerine göre hafta tatili haftalık 45 saatlik çalışmadan sonraki 24 saatlik bir gündür. Bu nedenle kural olarak Cumartesi işgünüdür. Akdi tatil günü olarak Cumartesi günleri yıllık izin süresine eklenmez. Başka bir anlatımla, Cumartesi günleri akdi tatil günü olarak işçi çalışmadığı takdirde yıllık ücretli izin süresine ilişkin hesapta hafta tatili olarak değerlendirilemez. Cumartesi günü hafta tatili olarak da kararlaştırılabilir. Bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle Cumartesi ve Pazar günleri hafta tatili günü olarak belirlenmişse, İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği her iki gün yıllık izin sürelerinden sayılmaz. Başka bir anlatımla yıllık izin kullanma dönemi içindeki Cumartesi ve Pazar günleri kullanılan izin süresinden düşülür. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesinde hafta tatiline eklenen bu Cumartesi gününün yıllık izin hesabında iş günü olarak sayılacağı veya izin süresinden düşülmeyeceği şeklinde açık bir kural mevcutsa, bu hüküm geçerli sayılmalı ve İş Kanunu'nun 56/5. maddesi gereği sadece yıllık izne rastlayan Pazar günleri izin süresinden düşülmelidir."*

"İşyerinde normalde cumartesi günleri çalışılması veya çalışılmaması işverenin yönetim hakkından kaynaklanmakta olup eğer bireysel veya toplu iş sözleşmesinde cumartesi gününün açıkça hafta tatili (akdi tatil) olduğu düzenlenmemiş ise o gününün işgünü sayılması gerektiği, davalı işyerinde ise haftanın 6 gününün iş günü, 1 gününün hafta tatili olduğunun kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Mahkemece cumartesi ve pazar gününün hafta tatili olarak kabul edilmesi hatalıdır." **(9.H.D. 24.12.2020 Gün 2020/3510 E.)**

" Görüldüğü üzere mezkûr toplu iş sözleşmesi düzenlemelerinden, tarafların hafta tatili olarak kabul ettiği pazar günü haricinde Cumartesi günü de dinlendirilme günü olarak belirlenmiş ve burada cumartesi günü "hafta tatili" olarak adlandırılmadığı gibi yıllık ücretli izin hesabında da izin süresine ekleneceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yapılan bu tespit bağlamında İlk Derece Mahkemesince verilen kabul kararının yukarıda değinilen Dairemiz uygulamasına göre yerinde olmadığı açıktır. Ayrıca, İlk Derece Mahkemesince Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce verilen emsal karara dayanılarak kabul kararı verilmesi ve bu kararın da salt Dairemizin değişen uygulamasından kaynaklı olarak bozulması karşısında, Dairemizce bu red nedenine dayalı davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesinin, hakkaniyetli olmayacağı ve adaletsizliğe yol açacağı sonucuna varılmıştır." **(9. H.D. 02.03.2021 Gün 2021/897 E.)**

Birçok ilke kararında olduğu üzere yeni 9. H.D. kapanan 22. H.D.'nin görüşünü benimsemiştir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere ilke kararları kanun ya da İ.B.K. hükmünde olmadığından, yerel mahkemelerin ilke kararlarına ne kadar sadık kalacağını zaman gösterecektir.

KIDEM TAZMİNATI

59) ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE İLK DÖNEME İLİŞKİN KIDEM TAZMİNATI EKSİK ÖDENMİŞ İSE NE OLUR?

Yargıtayın bu konuda yıllar içinde birçok çelişkili kararı olmuştur. Kimi kararında eksik ödeme halinde dahi tasfiye sistemini benimsemiş, kimi kararında eksik ödeme

halinde tasfiye olmayacağını, bu ödemenin yasal faizi ile birlikte, birleştirilerek tüm süreden mahsup edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

"Somut uyuşmazlıkta davacının birinci dönem çalışmasına ilişkin talepleri 02.02.2009 tarihli ibranameye dayanılarak reddedilmişse de yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ve ilke kararımız karşısında yerinde değildir. Davacının iddiası kıdem ve ihbar tazminatının düşük ücretten ödendiğidir. Davacının gerçek ücretinin asgari ücret artı sefer başına alınan sefer primi toplamından oluştuğu ortadadır. İbraname başlıklı belge eki ödeme belgesi karşısında makbuz niteliğindedir. Mahkemece yapılacak iş davacının birinci dönem çalışmasına ilişkin kıdem ve ihbar tazminatının fesih tarihi olan 02.02.2009 tarihi itibariyle asgari ücret artı sefer başına 600 Euro ücret aldığı kabul edilerek, 600 Euro fesih tarihi olan 02.02.2009 tarihindeki efektif satış kuru üzerinden TL'ye çevrilerek bulunacak miktar üzerinden hesaplanıp ibraname ekindeki ödenen miktarlar düşülerek karar verilmelidir." **(9. H.D. 07.11.2019 Gün 2015/17228 E.)-TASFİYE EDİLİR.**

"Davacının davalı işyerindeki çalışması iki dönem halinde olup ilk dönem emeklilik nedeniyle, ikinci dönem ise davacının haklı nedenle feshiyle sona ermiştir. İkinci dönem çalışması da 1 yılın üzerinde olduğundan, davacı her iki dönem için kıdem tazminatına hak kazanmıştır. Emeklilikle sona eren ilk dönem çalışması sonrasında davalı işveren kayıtlardaki ücreti esas alarak kıdem tazminatı ödemesi yapmıştır ancak kıdeme esas ücretin tespitinde ilavesi gereken sefer primi katılmadığı için davacının ilk dönem sonundaki kıdem tazminatı eksik ödenmiştir.Mahkemece yapılacak iş, emeklilikle sona eren ilk dönem için o tarihteki son ücret üzerinden kıdem tazminatını hesaplatıp ödenen düşüldükten sonra ***varsa bakiyesi için ilk fesih tarihinden itibaren faiziyle tahsiline*** *karar vermek, ayrıca ikinci dönem için bağımsız hesap yaptırıp bu dönem için ödeme söz konusu olmadan da belirlenecek kıdem tazminatını ikinci fesih tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte ayrıca hüküm altına almaktır."* **(9.H.D. 19.12.2019 Gün 2016/5826 E.)-TASFİYE EDİLİR.**

"Davacının aralıklı çalışmalarının her birinin iş sözleşmesinin feshiyle sonlanıp sonlanmadığı belirlenmeli ve bu feshe göre işçiye yasal haklarının ödenip ödenmediği tespit olunmalıdır. Feshe göre işçilik haklarının ödendiği belirlendiğinde, önceki çalışmalarının tasfiye edildiği kabul edilmeli ve tazminat hesabı açısında daha sonraki çalışma süresine eklenmemelidir. Ancak yapılan ödemelerin yasal hakların altında kaldığının anlaşılması halinde ***yine tasfiye esası benimsenmekle birlikte belirlenen fark alacaklar, her bir dönem ücretine göre belirlenmeli*** *ve istekler yönünden karar verilmelidir."* **(22. H.D. 10.06.2014 Gün 2014/12296 E.)- TASFİYE EDİLİR.**

"Yaşlılık aylığı almak amacıyla yapılan fesih, kıdeme hak kazandıracak bir fesih türü olup, bu tür fesih halinde kesintisiz çalışmaya devam edilse dahi yapılan kıdem tazminatı ödemesinin emekliliğe kadar döneme ilişkin kıdem tazminatını tam karşılıyorsa önceki dönem çalışmasının tasfiyesi anlamına gelir.Bu nedenle mahkemece yapılacak iş, davacının 1.dönem çalışması karşılığı olan kıdem tazminatının 05.09.2006 tarihi itibariyle kaç lira olduğu belirlenip ödenen 1436,70 TL , ilk dönem hak edilen kıdem tazminatını karşılıyor ise ilk dönemin tasfiye edildiğinin kabulü, ***karşılamıyor ise ödemenin avans olarak değerlendirilip tüm hizmet dönemine göre hak edilen kıdem tazminatından mahsup edilmesi*** *suretiyle sonuca gidilmesinden ibaret olup, ödeme bu şekilde değerlendirilmeden ilk dönemin tasfiye edildiğinin kabulü hatalıdır."* **(9.H.D. 07.04.2015 Gün 2014/1639 E.)-TASFİYE EDİLMEZ.**

"Somut olayda, davacının davalıya ait ... işyerinde 12/10/2000-27/08/2001, 10/07/2003-06/06/2004 tarihleri arasında ve ... ülkesindeki işyerinde ise 26/05/2005-16/03/2006 tarihleri arasında olmak üzere 3 ayrı dönemde çalıştığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bozma ilamına uyulmasına karar verildikten sonra alınan raporda, davacının 12/10/2000-27/08/2001 tarihleri arasında ... işyerinde geçen çalışmasının bozma dışı kaldığı ve kesinleştiği, 10/07/2003-06/06/2004 tarihleri arasında ... işyerinde geçen çalışma dönemi için 1.484,50 TL kıdem ve ihbar tazminatı ödendiği ve tasfiye olduğu belirtilerek hesaplama dışı bırakılmış, 26/05/2005-16/03/2006 tarihleri arasında geçen son çalışma döneminin ise 1 yıldan az olduğu gerekçesi ile kıdem tazminatı hesaplanmamış ise de, davacının 2003-2004 çalışma dönemi için ödenen kıdem tazminatının aynı dönem için ödenmesi gereken kıdem tazminatını karşılayıp karşılamadığı değerlendirilmeksizin verilen karar isabetli olmamıştır. Mahkemece uyulmasına karar verilen bozma ilamına göre davacının 2003-2004 döneminde almış olduğu ücretin ve buna göre kıdem tazminatına esas ücretinin belirlenmesi, belirlenen bu ücret miktarı üzerinden davacıya ödenmesi gereken kıdem tazminatı hesaplanarak davalının ödediği kıdem tazminatının mahsup edilmesi, anılan ilkeler uyarınca kıdem tazminatı ödemesi hesaplanan tazminat miktarını karşılıyor ise 2003-2004 çalışma döneminin tasfiye edildiği kabul edilerek şimdiki gibi karar verilmesi, ***aksi halde*** *ise 2003-2004 çalışma dönemi sonraki çalışma dönemi ile birleştirilerek son çalışma dönemindeki ücret üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatından işlemiş faizi ile birlikte kıdem tazminatı ödemesi* ***mahsup edilerek*** *belirlenecek bakiye tutar üzerinden kıdem tazminatı talebi hakkında bir karar verilmesi gerekir iken aksi düşünce ile oluşturulan hüküm hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* **(22.H.D. 05.03.2019 Gün 2019/1515 E.)-TASFİYE EDİLMEZ.**

9. Hukuk Dairesi 05.11.2020 tarihinde bu konuda ilkesel bir karar almıştır. Buna göre; aralıklı çalışmada ilk dönem için tam olarak kıdem tazminatı ödemesi yapılmışsa önceki dönemin tasfiye edildiği ve aynı dönem için ikinci kez kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden ikinci dönem çalışmasında tasfiye edilen sürenin dikkate alınmayacağı kabul edilmiştir. Önceki dönem için fesih tarihindeki ücret ve ekleriyle birlikte yapılan hesaba göre kıdem tazminatı hiç ödenmemiş veya eksik ödenmişse, çalışma döneminin tasfiyesinden söz edilemez. İkinci kez çalışma halinde her iki dönem birleştirilerek son dönem ücretiyle hesaplamaya gidilir. Daha önce ödenen kıdem tazminatı yasal faiziyle birlikte mahsup edilir.

Ancak aşağıdaki kararlardan da tespit edilebileceği üzere Kasım 2020 tarihinde alınan ilke kararına rağmen çelişki devam etmektedir.

"İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden, tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Ancak, tasfiye edilen dönem için yapılan ödemelerin yasal hakların altında kaldığının anlaşılması halinde yine tasfiye esası benimsenmekle birlikte, zamanaşımı def'inden etkilenmemesi halinde ilgili döneme ilişkin fark alacak, ait olduğu dönem ücretine göre belirlenmelidir." **(9. H.D. 21.12.2020 Gün 2016/ 22429 E.)- TASFİYE EDİLİR.**

"İlk dönem çalışması için yapılan ödemenin kıdem tazminatını tam olarak karşılamadığı dosya kapsamı ile sabittir. Bu durumda ilk dönemin tasfiye edildiğinden söz

*edilemeyeceğinden, davacının her iki dönem hizmet süresi birleştirilmeli, son ücret ve ekler üzerinden tüm çalışma dönemi için kıdem tazminatı hesaplanmalı, yapılan ödeme yasal faizi ile mahsup edilmelidir."***(9.H.D. 12.11.2020 Gün 2016/31297 E.)- TASFİYE EDİLMEZ.**

*"İşçiye yapılan kıdem tazminatı ödemesi tamsa o dönemin tasfiye edildiğinin kabulü, eksik ise dönemler birleştirilip en son ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatından, önceki ödemenin son fesih tarihine kadar faiziyle birlikte hesaplanıp belirlenen tutarın mahsubu gerekir."***(9. H.D. 22.12.2020 Gün 2018/1988 E.)- TASFİYE EDİLMEZ.**

Aşağıdaki kararda yargıtayın kıdem tazminatına ek olarak ihbar tazminatı ödenmesini tasfiye için tek başına yeterli bir ölçüt olarak kabul ettiği gözükmektedir. Oysa somut olayda kıdem ve ihbar tazminatı eksik ödenmiş ise ne olacağını açıklamamıştır. Kanaatimize göre kıdem ve ihbar tazminatının eksik ödenmesi o dönemin tasfiye edilmediğini gösterir.

"Ancak kıdem tazminatı ile beraber ihbar tazminatı da ödenmiş ise, iş akdi ertesi gün devam etmiş olsa bile bu yeni bir iş akdi niteliğinde olup önceki dönemin tazminatlar açısından tasfiye olduğu kabul edilir." **(9.H.D. 06.02.2018 Gün 2015/8516 Esas.- TASFİYE EDİLİR.**

9. H.D. 2019 tarihli kararında ise ihbar tazminatının eksik ödenmesini tasfiye için yeterli saymamıştır. Yine 2015 tarihli kararında kıdem ve ihbar tazminatının tam ücret üzerinden ödenmesini tasfiye olarak kabul etmiştir. Yargıtayın bu kararları yukarıdaki görüşümüze uygundur.

"Öte yandan davacıya ödenen 389,65 TL ihbar tazminatı, çalışılan süre dikkate alındığında 2 haftalık ihbar önelini karşılamaktan uzaktır. Dosya içeriğine göre davacının ispatlanan brüt giydirilmiş ücret tutarı dikkate alındığında ödenen ihbar tazminatı eksik olup bu nedenle ilk çalışma döneminin tasfiye edildiğinden söz edilemez. Bu nedenle her iki dönem çalışması birleştirilmek suretiyle toplam çalışma süresi üzerinden kıdem tazminat miktarı hesaplanmalıdır. İhbar tazminatı ise son ücretten tüm süre dikkate alınarak hesaplanmalı ve yapılan ödemeler mahsup edilmelidir." **(9.H.D. 30.09.2019 Gün 2016/7225 E.)- TASFİYE EDİLMEZ.**

"Somut olayda davacının ikinci dönem çalışmasının fesih tarihi olan 06/08/2012 tarihi itibariyle net 2.080,00 TL, brüt 2909,50 TL ücret ile çalıştığı kabul edilmiştir. Bu fesih tarihinden yaklaşık 5 ay önce ilk dönem çalışmasının sona erdiği 13/03/2012 tarihi itibariyle davacının asgari ücretle çalıştığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Dolayısıyla davacının çalıştığı ilk dönem itibariyle yapılan kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi gerçek ücret üzerinden hesaplanmadığından bu dönemin tasfiye edildiğinden bahsetme imkanı bulunmamaktadır. Davacının her iki çalışma dönemi birleştirilerek kıdem ve ihbar tazminatları hesaplanarak ödenen miktarın yasal faiziyle birlikte mahsubu gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır." **(9.H.D. 28.01.2015 Gün 2013/9083 E.)- TASFİYE EDİLMEZ.**

İHBAR TAZMİNATI

60) ARALIKLI ÇALIŞMA HALİNDE İHBAR SÜRELERİ BİRLEŞTİRİLİR Mİ?

İhbar tazminatı yönünden aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan sürelerin birleştirilmesi suretiyle hesaplama yapılması mümkün bulunmadığı, her bir çalışma dönemi için ayrı ayrı değerlendirme yapılarak, iş sözleşmesinin ihbar tazminatına hak kazanıldığının tespiti halinde söz konusu döneme ilişkin hizmet süresi ve o dönemin son ücreti üzerinden hesaplamaya gidilmesi gerekir.**(9.H.D. 12.11.2020 Gün 2016/30941 E.)- AYRI AYRI HESAPLA**

Davacının iki dönem halinde olan çalışma süresinin talep konusu kıdem ve ihbar tazminatı yönünden ayrı ayrı dönemler itibariyle değerlendirilmesi gerekir.**(22.H.D. 22.01.2020 Gün 2016/27483 E.)- AYRI AYRI HESAPLA**

İhbar tazminatı bakımından da hizmetlerin birleştirilmesi ve tüm süre için ihbar tazminatı hesabının yapılması ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olur.**(22. H.D. 15.05.2017 Gün 2017/7963 E.)- BİRLEŞTİR**

Aralıklı çalışmalarda her bir fesih tarihinden itibaren ayrı ihbar tazminatı hesabı, kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören 1475 sylı yasanın 14/2 fıkrasına aykırılık oluşturur.**(9. H.D. 04.10.2018 Gün 2015/21907 E.)- BİRLEŞTİR**

"Kıdem tazminatının hesabı bakımından, mülga 1475 sayılı İş Kanunu 14/2 maddesi uyarınca her iki çalışma dönemi birleştirilmek sureti ile hesaplamaya gidilmesi ve emeklilik sebebi ile kısmi olarak ödenen, kıdem tazminatının mahsubu isabetli ise de; ihbar tazminatına ilişkin hesaplamada; emeklilik öncesi dönemin dikkate alınması yerinde değildir. İş sözleşmesinin işçinin iradesi ile gerçekleşen emeklilik sureti ile sona erdiği hallerde, işçinin ihbar tazminatı talep hakkı olmadığından; bu tazminatın, 07/12/2013-03/02/2015 tarihleri arasındaki emeklilik sonrası çalışılan süre dikkate alınarak 4857 sayılı İş Kanunu 'nun 17. maddesi uyarınca 4 haftalık bildirim süresi karşılığı hesaplanması gerekmektedir. Belirtilen husus gözetilmeden emeklilik öncesi çalışma süresi de eklenerek 8 haftalık bildirim süresi karşılığı hesaplanan miktarın hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 25.02.2021 Gün 2020/1580 E.)- İLK DÖNEM İHBAR TAZMİNATINA HAK KAZANDIRMIYORSA AYRI AYRI HESAPLA**

İŞE İADE

61) GEÇERSİZ FESİH ÖNCESİ KULLANDIRILAN İHBAR ÖNELİ GEÇERLİ MİDİR? İLK FESİHTE ÖDENEN TUTARLAR NE ŞEKİLDE MAHSUP EDİLECEKTİR?

Geçersiz sayılan fesihte tanınan ihbar önelinin, feshin geçersizliğinin tespiti üzerine ortadan kalkmadığı ve işverence işe başlatılmayan işçiye yeniden ihbar tazminatı ödenmesi gerekmediği yine yargıtayın ortak uygulamasıdır. Bu noktada dört aya kadar sürenin eklenmesi suretiyle bildirim süresinin artmış olması da sonuca etkili görülmemiştir. Yargıtayın bu görüşü yasal düzenleme ile uyumlu olduğu söylenebilirse de, işçinin işe başlatılmamasının fesih olarak değerlendirilmesi şeklindeki temel yaklaşımla çelişki oluşturmaktadır. Geçerli nedene dayanmadığı tespit edilen feshin ortadan kalktığı ve işe başlatılmamanın fesih olarak işlem gördüğü bir uygulamada,

işçiye geçersiz sayılan fesihte tanınmış ihbar önelinin ve hatta verilmiş iş arama izninin hiçbir hükmünün olmaması gerekir. [87]

Aşağıdaki kararlar aslında Çil'in söylediğinin aksine yargıtayın ortak bir uygulama geliştiremediğini göstermektedir.

1-Sözü edilen hükümde ihbar öneli verilmiş olması halinde ihbar süresinden indirime gidileceği öngörülmediği gibi, bu durum ihbar önelinin bölünmezliği kuralına da aykırılık oluşturur. Kaldı ki davacı işçi geçersiz sayılan fesih öncesinde 2.6.2006-13.7.2006 tarihleri arasında işyerinde çalışmış ve karşılığında ücrete hak kazanmıştır. Bu sürenin ya da ücretinin işe başlatmama suretiyle fesih tarihinde ödenmesi gereken ihbar tazminatından mahsubu doğru olmaz.**(9.H.D. 17.06.2008 Gün 2008/ 12025 E.)- GEÇERSİZ**

2-Davacının iş sözleşmesi işe iade davası sonunda başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş olup anılan tarihe göre davacı işçiye **ihbar tazminatı ödenmelidir.** Geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullandırılmış olması sebebiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur.**(H.G.K. 23.12.2009 Gün 2009/9-526 E)- GEÇERSİZ**

3-İşçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullandırılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. **(9. H.D. 12.02.2019 Gün 2016/21438 E.)-GEÇERSİZ**

4- Geçersiz sayılan fesihte verilen ihbar öneli önemsizdir. İşe başlatmama yoluyla gerçekleşen feshe göre ihbar tazminatı ödenmelidir.**(22.H.D.22.06.2020 Gün 2017/29301 E.)- GEÇERSİZ**

5- Geçersiz sayılan fesihte ödenen kıdem tazminatı ile ihbar tazminatının, işe başlatmama tarihine göre hesaplanacak tazminattan faizsiz mahsupu gerekir. **.(DİYARBAKIR BAM 7. H.D. 15.10.2020 Gün 2020/643 E.)- GEÇERSİZ- FAİZSİZ MAHSUP GEREKİR.**

6- İşçiye geçersiz sayılan fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti ödenmis ise, dört aylık boşta geçen sürenin ilavesiyle son ücrete göre yeniden hesaplama yapılmalı ve daha önce ödenenler mahsup edilmelidir.**(9.H.D. 21.10.2020 Gün 2016/28762 E.)- GEÇERSİZ- MAHSUP GEREKİR.**

7- Geçersiz sayılan fesihte yapılan ödemeler, fesihten sonra gerçekleştiğinden faizsiz olarak mahsup edilmelidir.**(Trabzon BAM 5 HD 18.03.2020 Gün 2020/398 E.) GEÇERSİZ- FAİZSİZ MAHSUP GEREKİR.**

8- Kıdem tazminatı farkı alacağı ile ihbar tazminatı fark alacağının hesaplanmasında daha önce ödenen kısmın faizsiz bir şekilde mahsubu gerekir.**(Yargıtay 9.H.D. 16.09.2020 Gün 2016/33583 E.)- GEÇERSİZ- FAİZSİZ MAHSUP GEREKİR.**

[87] Çil, Şahin " İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları", syf 75 Ankara 2020 Yetkin Yayınları

9- Dairemizin yerleşik uygulamasına göre işe iade sonrası ödenecek kıdem ve ihbar tazminatı fark alacaklarından, ilk fesih tarihinde ödenen tutarlar avans niteliğinde olmadığından, sadece ödenen miktarın mahsup işlemine tabi tutulması gerekli olup, bu ödemelerin faiziyle birlikte mahsubu hatalı kabul edilmektedir.**(Yargıtay 9.H.D. 01.07.2020 Gün 2016/20122 E.)- GEÇERSİZ- FAİZSİZ MAHSUP GEREKİR.**

10- Geçersiz sayılan fesihte ödenen kıdem ve ihbar tazminatının yasal faizi ile birlikte işe başlatmama tarihi itibariyle hak kazanılan tazminattan mahsubu yerindedir.**(Bursa 3. H.D. 25.06.2020 Gün 2019/395 E.)-GEÇERSİZ FAİZLİ MAHSUP GEREKİR.**

1-Dairemizce daha önceki uyuşmazlıklarda aksine görüş ile geçersiz fesih öncesi verilen ihbar öneline değer verilemeyeceğini kabul edilmiş ise de daha sonra yeniden yapılan değerlendirme sonucu yukarıda açıklanan görüş doğrultusunda ve yasanın açık düzenlemesine uygun olarak **bu görüşten vazgeçilmiştir**. Somut olayda, işçinin sözleşmesi önel sonu olan 03.05.2007 tarihinde sona erdirilmiş olup, İş Kanununun 21. Maddesinin açık hükmü göz önüne alındığında, **işe başlatılmayan işçiye geçersiz fesih öncesinde bildirim süresi verildiğine göre,** işverence bu süreye ait ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalktığı gözetilmeden ihbar tazminatı alacağının hüküm altına alınması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.**(9.H.D. 30.10.2013 Gün 2011/32967 E.)-GEÇERLİ**

2-Davacıya geçersizliğine karar verilen fesihte ihbar öneli verilmiştir. Verilen bildirim öneli nedeni ile işe başlatılmayan işçinin **ihbar tazminatı istemesinin yasal dayanağı kalmamıştır**. Bu tazminat isteğinin reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.**(9. H.D. 11.05.2015 Gün 2015/ 12772 E.) GEÇERLİ**

3-Davacının İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki açık hüküm karşısında geçersiz sayılan fesih sırasında ihbar öneli kullandırıldığından işe başlatılmayarak iş sözleşmesinin feshedildiği tarih itibari ile ihbar tazminatı talep etmesi mümkün değildir.**(H.G.K. 11.04.2018 Gün 2018/ 241 E.)-GEÇERLİ**

4- Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimi ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması 4857 sayılı Kanun'un sözü edilen açık hükmü gereğidir.İşveren bu esasa ve kanunun öngördüğü usule uyarak davacıya geçersizliğine karar verilen fesihte ihbar öneli vermiştir. Verilen bildirim öneli nedeni ile işe başlatılmayan işçinin ihbar tazminatı istemesinin yasal dayanağı kalmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.**(9. H.D. 11.04.2019 Gün 2017/9677 E.)-GEÇERLİ**

5- Geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullandırılması veya ihbar tazminatının peşin ödenmesi halinde, işe başlatılmayan işçinin ihbar tazminatı talep hakkı yoktur.**(BURSA BAM 3. H.D. 23.10.2019 Gün 2019/898 E.)- GEÇERLİ.** Geçersiz sayılan fesihte ödenen ihbar tazminatının eksik olması halinde peşin ödemeden söz edilemez ve bu durumda işe başlatılmama tarihine göre işçinin ihbar tazminatı talep hakkı vardır.

6-Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimi ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanununun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeliği kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze

alıp, işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanımasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır. Somut olayda, davalı işverence daha önce davacıya ihbar öneline ait ücret peşin ödenmiş olup, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe başlatılmayan davacıya 4857 sayılı Kanunu'nun 21.maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur. **(9.H.D. 16.02.2021 Gün 2019/8192 E.)-GEÇERLİ**

62) İŞE İADE TALEBİNDE BULUNAN İŞÇİYE, İŞYERİNİN KAPATILDIĞI GEREKÇESİ İLE AYNI İŞVERENE AİT BAŞKA BİR İŞYERİNDE İŞE BAŞLATILMASI TALEP EDİLEBİLİR Mİ?

"Davacı işçi kesinleşen işe iade sonrasında yasal süresinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş, davalı işveren bu arada işyerinin kapatıldığını ileri sürerek Samsun'da bulunan eski işyeri yerine Isparta'da kurulu işyerinde işe başlamak üzere davet edilmiştir.Davacı işçi Mahkeme ilamında geçen eski işyerine iadesi gerekirken başka bir yer gösterilmesi işe başlatma mahiyetinde değerlendirilemez. Eski işine başlatılmayan davacı işçinin boşta geçen süre ücreti yanında işe başlatmama tazminatına da hak kazandığı kabul edilmelidir. Mahkemece boşta geçen süreye ait ücret ile dört aylık süre ilavesiyle kıdem tazminatı farkı hüküm altına alındığı halde, işe başlatmama tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D.13.10.2020 Gün 2017/16518 E.)-EDİLEMEZ.**

"Davacı işçinin kesinleşen işe iade kararı sonrasında yasal süresi içerisinde işe başlatılmak için başvurusu üzerine davalı işveren tarafından Gebze ilçesindeki iş yerinin kapatıldığı bu nedenle Büyükçekmece ilçesinde bulunan iş yerinde çalışmak üzere işe davet edildiği anlaşılmıştır. Davacı işçi açmış olduğu bu davada ise davetin iyi niyetli olmadığını ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti işe başlatmama ve boşta geçen süre tazminat alacaklarını talep etmiştir.Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacının yeni görevlendirildiği yerde işe başlamadığı buna göre başvurusunun samimi olmadığı gerekçesi ile ihbar tazminatı hariç diğer taleplerinin reddine karar verilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre davacının eski işinde başlatılmamak üzere işe davet edildiği açıktır. Teklif edilen yeni görev yeri önceki iş yeri ile kıyaslandığından çalışma koşullarının esaslı şekilde değişikliği anlamına gelmektedir. Davacının görevlendirildiği yerde çalışmayı kabul etmemesi işe başlama niyetinde samimiyetsizlik olarak değerlendirilemez. Davacının mahkeme ilamında geçtiği üzere eski işine başlatılmadığı anlaşılmakla işe başlatmama tarihi fesih tarihi olarak dikkate alınmalı ve dosya içinde yer alan bilirkişi hesap raporu bu yönünden bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının talepleri bakımından bir karar verilmelidir. Mahkemece yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." **(9. H.D. 18.03.2019 Gün 2015/35204 E.)- EDİLEMEZ.**

"Davacının iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmadan feshedildiği mahkeme kararı ile sabittir. Ancak süresinde ise başlamak için başvuran davacıyı davalı Samsun'daki işyerini kapattığından Ankara'daki işyerine davet etmiş bulunmaktadır. İşyeri değişikliği ve dolayısıyla çalışma koşullarının ağırlaştırılmasını kabul etmeyen davacı işe başlatmama tazminatına hak kazanamaz. Ayrıca dava konusu alacakların yargılamayı gerektirdiği ve likit olmadığı açıktır. Bu durumda icra inkar tazminatının reddi gerekir." **(9.H.D. 04.10.2007 Gün 2007/472 E.)-EDİLEBİLİR.**

"Somut olayda, davacının işe iade başvurusunun kabul edildiği ancak daha önce görev yaptığı işyerinin kapatılması üzerine bu işyerinde işe başlatılamadığı anlaşılmaktadır. Kocaeli işyerinin kapatılması sebebiyle davacının bu yerde işe başlatılması fiilen imkansızdır. Ancak teklif edilen işyerleri de iş sözleşmesinde esaslı değişiklik teşkil ettiğinden, teklifin davacı tarafından kabulü zorunlu değildir. Hal böyle olmakla; davacı boşta geçen süre ücreti alacağının hak kazanırken, işe başlatmama tazminatına hak kazanamaz." **(22. H.D. 18.03.2014 Gün 2013/7409 E.)-EDİLEBİLİR.**

"Mahkemece, işvereninin işe iadeyi sağlamadığı gerekçesi ile davacının işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacağına karar verilmiş ise de, dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının geçersiz sayılan fesih öncesi çalıştığı ve İzmir'de bulunan davalıya ait işyerinin işe iade davası sonuçlanmadan önce kapatıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından, işyerinde meydana gelen değişiklik üzerine zorunluluk sebebiyle davacı işçinin özelliğine, kıdemine ve önceki işine en uygun işe davet etmiş, davacıyı başka yerde çalıştırma imkanı bulunmayan işverenin daveti ise davacı işçi tarafından kabul edilmemiştir. Bu durumda davacının işe başlatılmadığından söz etmek mümkün olmadığından, davacının sadece boşta geçen süre ile ilgili ücreti hak edebileceği dikkate alınarak işe başlatmama tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22. H.D. 23.11.2015 Gün 2015/8491 E.)-EDİLEBİLİR.**

"İşçinin geçersiz sayılan fesih öncesinde çalıştığı işyerinin kapanıp kapanmadığı, kıdemine ve önceki işine uygun şekilde davacıya çalıştırabileceği başka bir işyerinin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, işe başlatılacak bir işyeri olmadığı takdirde işe başlatmama tazminatı reddedilmeli sadece boşta geçen süre ücretine karar verilmelidir." **(Diyarbakır BAM 7. H.D. 25.09.2020 Gün 2020/564 E.)-EDİLEBİLİR**

Kanaatimizce, yargılama sırasında işyerinin kapatılması bir işletme riski olup, bu risk işçi aleyhine yorumlanamaz. Dolayısıyla aynı işyerine davet edilmeyen işçi aynı zamanda işe başlatmama tazminatına da hak kazanmalıdır. Şayet işçinin bireysel iş sözleşmesinde genel işlem koşulu mahiyetinde olmayan "işverene ait başka işyerlerinde de çalışabilir" hükmü varsa, bu takdirde işçinin yeni işyerinde işe başlamaması halinde işe başlatmama tazminatına hak kazanması düşünülemez.

63) İŞÇİNİN İŞE İADE TALEBİNDE BULUNMASI GEREKEN 10 GÜNLÜK SÜRE NE ZAMANDAN BAŞLAR?

*"10 günlük süre kesinleşmeden değil, kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren başlar. İşçinin kesinleşen kararı kendi olanakları ile öğrenmesi yetmediği gibi kesinleşme de yetmemekte, kesinleşen kararın tebliğ edilmesi gerekmektedir. Zira burada yasa işçiye en geç ve şekli olarak başvurcağı süreyi düzenlemiştir. Somut olayda, işe iadeye ilişkin yerel mahkeme kararının kesinleşme şerhi 14.07.2014 olup; davacı işçinin işe iadeye ilişkin kararının Yargıtay tarafından 07.04.2014 tarihinde onandığı, 21.05.2014 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiğinin kabulü gerektiği ve davacı işçinin de 01.07.2014 tarihinde işe başlatılması talepli yazıyı işverene gönderdiği anlaşılmakla; 4857 sayılı Kanun'da işçinin işe iadesi için başvuru süresinin "kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden" itibaren başlayacağı açıkça düzenlendiğinden, somut uyuşmazlıkta ise işçiye kesinleşmiş mahkeme kararı tebliğ edilmediğinden, işe başvuru süresinin aşılmadığı sonucuna varılmalıdır."***(9. H.D. 07.10.2020 Gün 2016/25551 E.)**

Yukarıdaki kararda yargıtay, işçinin vekiline yapılan tebligattan itibaren süre hesaplamasının yapılamayacağına karar vermiştir.

Aynı şekilde 22.H.D. de kesinleşme şerhli kararın tebliğinden sonra 10 günlük sürenin başlayacağını kabul etmektedir.

Dosya içeriğine göre, ... 3. İş Mahkemesi'nin 2011/1072 esas, 2012/665 sayılı kararı ile davacının işe iade davasının kabulüne karar verilmiş, karar Dairemizin 07.03.2013 tarihli ve 2013/4327 esas, 2013/4757 karar sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiş, Yargıtay ilamı davacı vekiline 13.05.2013 tarihinde, kesinleşme şerhli karar ise 05.08.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davacı vekili, kesinleşme şerhli kararı aldıktan sonra süresi içinde 12.08.2013 tarihli noter ihtarnamesiyle davalı ... Bakanlığına işe başlatılma talebinde bulunmuş, bu ihtarname davalı çalışanına 15.08.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Somut olayda, davacının kesinleşme şerhi içeren işe iade kararının tebliğinden itibaren on günlük kanuni süre içinde işe başlamak için başvuruda bulunduğu, davalının süresinde yapılan işe başlama talebine karşın davacıyı işe davet etmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda işverenin davacı tarafından talep edilen işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesinden sorumlu olacağı, davacının taleplerinin de buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D.04.03.2019 Gün 2017/20475 E.)**

22. H.D. 2015 tarihli kararında, kesinleşme şerhli karar ile değil, onama kararının tebliği ile 10 günlük sürenin başlayacağını kabul ederek işçi aleyhine hüküm kurmuştur,

"Davalı işçi vekili on günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra 25.06.2012 tarihinde işe başlatılma talebinde bulunmuştur. On günlük hak düşürücü sürenin başlangıcı yönünden Yargıtay onama ilamının tebliği yeterli olup, ayrıca kesinleştirilen mahkeme ilamının tebliğine gerek yoktur. On günlük hak düşürücü süre içerisinde işe başlatılma talebinde bulunmayan işçi, işe başlatmama tazminatı gibi boşta geçen süre ücretine de hak kazanamaz. Bu sebeple; davalı işçiye yersiz olarak ödenen boşta geçen süre ücretinin davacı Bankaya iadesi gerektiğinden, davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22. H.D. 10.03.2015 Gün 2013/34746 E.)**

9. H.D. onama kararının tebliğini yeterli görmemektedir.

"4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesi gereğince işçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Aynı madde gereğince kesinleşme şerhi verilen mahkeme kararının işçiye tebliği zorunludur. Sadece onama ilamının tebliği kesinleşme şerhli karar tebliğ edilmediğinden geçerli değildir. Dosya içeriğine göre, kesinleşme şerhi 19/09/2014 tarihinde verilmiştir. Davacı vekilinin bu tarihte kararı tebliğ aldığına dair bir delil yoktur. Somut maddi vakıaya göre davacının süresinde başvurduğunun kabulü ile gerekirken yerinde değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(9. H.D. 23.03.2016 Gün 2014/35917 E.)**

64) İŞE İADE DAVASI İLE BİRLİKTE FESHE BAĞLI İŞÇİLİK ALACAKLARI AYNI DAVADA İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

22.H.D. açılan işçilik alacağı davasında feshin geçersizliğine ilişkin davanın bekletici mesele yapılması gerektiğini belirtirken**(22.H.D.10.12.2018 Gün 2017/18722 E.-BEKLETİCİ MESELE)**, 9. H.D. feshin geçersizliği davası devam ederken iş sözleşmesinin askıda olduğunu, askıda olan bu dönemde feshe bağlı hakların dava konusu edilemeyeceğini, erken açılmış bir dava söz konusu olduğundan, feshe bağlı işçilik alacakları yönünden usulden red kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir.**(9. H.D. 20.12.2017 Gün 2015/19148 E.- USULDEN RED)**

*"Somut uyuşmazlıkta, işe iade davası ile aynı tarihte, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti taleplerini de içeren eldeki dava açılmıştır. davacının işverene işe iade edilmesi için başvurduğu anlaşıldığından, eldeki davanın açıldığı tarihte ortada bir fesih bulunduğundan söz edilemez. Bu nedenle, feshe bağlı haklar olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti talepleri bakımından erken açılan dava söz konusu olup, bu talepler açısından davanın usulden reddi gerekir."***(9.H.D.16.02.2017 Gün 2015/7563 E.- USULDEN RED)**

*"Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti feshe bağlı haklar olup, işe iade davası açılması halinde fesih askıdadır ve bu alacakların işe iade davası ile birlikte talep edilmesi mümkün değildir. Bir diğer deyişle, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti talepleri bakımından erken açılmış dava söz konusu olduğundan, bu taleplerin bu nedenle usulden reddi gerekirken kabulü hatalıdır."***(9.H.D.17.05.2018 Gün 2015/18295 E.- USULDEN RED)**

"*İşe iade davasının açılması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin işe başlatılması için başvurusu halinde, geçersizliğine karar verilen fesih ortadan kalkacağından, ilk feshe bağlı olarak talep edilebilecek ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağına hükmedilmesi mümkün değildir. Söz konusu işe iade davasının ret ile sonuçlanıp kesinleşmesi durumunda, davacı ispatı halinde yıllık izin ücretine hak kazanacaktır. Feshin geçerli sebebe dayandığının kabulü halinde, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacak, haklı sebebe dayandığının kabulü halinde ise kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır. Bu kapsamda, işe iade davasının sonucuna göre, feshe bağlı alacaklar hakkında devam eden bu dosyada farklı kararlar verilmesi söz konusu olacaktır. Anılan sebeple işe iade davasının bekletici mesele yapılması ve sonuçlanıp kesinleşmesinden sonra oluşacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gereklidir."***(22.H.D. 04.04.2016 Gün 2016/6970 E.- BEKLETİCİ MESELE)**

*"İşe iade davası derdest iken işçilik alacak ve tazminatları için de dava açılmışsa işe iade davası derdest iken iş akdi askıda olup henüz fesih gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla feshin askıda olduğu bu dönem içerisinde feshe bağlı haklar dava ve talep konusu edilemez. Açılan bu davada feshe bağlı haklar olan kıdem,ihbar ve yıllık izin taleplerine ilişkin davanın erken açılması nedeniyle usulden reddi gerekir."***(9.H.D. 21.01.2020 Gün 2016/11969 E.- USULDEN RED)**

"Mahkemece dava tarihi itibariyle işe iade davasının kesinleşmediği ve fesih olgusunun gerçekleşmediği gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiş ise de; işe iade davasının kabulüne yönelik hükmün Dairemizin 28.01.2015 gün 2014/34864 esas 2015/2502 sayılı kararı ile dava devam ederken kesinleştiği anlaşılmaktadır. İşçinin usulüne uygun müracaatına rağmen işe başlatılmaması halinde kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağı açık olup Mahkemece bu yönde araştırma

yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde taleplerin reddi hatalıdır."**(9.H.D. 22.10.2020 Gün 2016/26809 E.- BEKLETİCİ MESELE)**

65) ARABULUCULUK AŞAMASINDA İŞÇİNİN İŞE İADE DAVASINDAN FERAGATİ GEÇERLİ MİDİR?

Yargıtay bir aylık dava açma süresinde işçinin işe iade hakkındaki feragatini geçersiz kabul etmektedir. **(9.H.D. 17.04.2006 Gün 2005/6103 E.)**

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 05.04.2019 tarihli kararında arabuluculuk aşamasında yani işe iade davası açmadan önce iş iade davasından feragat edilmesi halinde bu beyanın geçerli olduğuna ve irade fesadı hallerinden biri ile arabuluculuk beyanı iptal edilmediği sürece bu feragat beyanına dayanılarak işe iade davası açıldığı takdirde usulden reddi gerekeceği belirtilmiştir.**(Bursa BAM 3.H.D.05.04.2019 Gün 2018/4550 E.).**

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi de, arabuluculuk aşamasında işe iade davasından feragat eden işçinin arabuluculuk görüşmesine ilişkin tutulan tutanağın iptali için somut ve kesin delillerle ispat edilmesi gerektiğini, aksi halde arabuluculuk aşamasında işe iade davasından feragat edildiği takdirde artık işe iade davası açılamayacağını belirtmiştir.**(Ankara BAM 5.H.D. 24.10.2019 Gün 2019/2895 E.)** [88]

66) İŞE İADE DAVASININ KESİNLEŞMESİ HALİNDE İŞE İADE EDİLME TALEBİ İŞVERENİN VEKİLİNE YAPILABİLİR Mİ?

"*Vekaletname avukata bir dava için verilir. Bu nedenle vekilin yeni açılan davalarda ya da takiplerde işveren adına iş yapma yetkisi bulunmamaktadır. İşe iade davasına katılan vekilin işe iade sonrası talepler için de vekil olarak devam zorunluluğu yoktur. Bu nedenle yasa gereği talebin bizzat işverene yapılması ya da yetkisiz vekile yapılan tebligatı işverenin öğrenmesinden itibaren 10 gün içinde başlatmadığını, yani usulsüz tebliğe rağmen öğrenme hususunu işçinin ispatlaması gereklidir.*"**(7.H.D.10.02.2014 Gün 2013/17948 E.)-YAPILAMAZ.**

*"Vekilin takip ettiği davanın infazını takip etme sorumluluğu vardır. Davalı vekilinin tebligatı aldığı anlaşılmaktadır. Vekaletnamenin bir an için süresinin sona erdiği kabul edilse dahi bu nedenle vekilin tebliğden imtina etmesi gerekir. Davalı vekili tebliğden imtina etmediği gibi daha sonra yapılan icra takibine itiraz ettiği ve vekilliğin devam ettiği anlaşıldığından, vekaletnamenin süresinin dolduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur."***(9.H.D. 03.11.2015 Gün 2014/18160 E.)-YAPILABİLİR.**

"Vekilin takip ettiği davanın infazını takip etme sorumluluğu vardır. Dava dışı .... vekiline işe başlatılma talebini içerir ihtarnamenin tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Vekaletnamenin bir an için sona erdiği kabul edilse dahi bu nedenle vekilin tebliğden imtina etmesi gerekir. ....vekilinin tebliğden imtina etmediği, işe iade davasında bu şirkete tebligatların yapıldığı adrese ihtarnamenin de tebliğe çıkarıldığı dolayısı ile tebliğ edilememesinde davacı tarafın herhangi bir kusurundan da söz edilemeyeceği dikkate alındığında, işe başlatılma talebinin süresinde ve usulüne uygun olarak yapıldığının kabulü gerekirken yanılgılı gerekçe

[88] Doğukan, Kılıç "İşe İade Davası Sonrası İşe Başlama Süreci ve Samimiyet Olgusu" syf.47-48 Seçkin Yayınları Ankara 2021

davanın reddine hükmedilmesi hatalıdır." **(9.H.D. 09.01.2018 Gün 2016/5000 E.)-YAPILABİLİR.**

"Davacı tarafından feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin aldırılan karar onanmış ve davacı 9.12.2004 tarihli ihtarname ile işe iade davasında davalı şirketin vekilliğini yürüten avukata başvurarak işe başlatılmasını istemiştir. Davalı işveren tarafından İstanbul 2. Noterliğince 15.12.2003 tarihinde Avukat S.'a verilen vekaletname mahiyetinde olup bu yönde vekile, özel bir yetki verilmemiştir. Davaya vekalet davasının sonuçlanması ve hükmün icra edilmesi ile son bulur. Bu sebeple davacının usulüne uygun olarak süresi içerisinde işe başlatılması için işverene başvurduğu kabul edilemez. Mahkemece davanın reddi gerekir." **(9.H.D. 27.03.2006 Gün 2005/27660 E.)-YAPILAMAZ.**

"*Ne var ki, ...'in vekaletnamesi genel vekaletname niteliğinde olup, davalı işverence bu yönde vekile özel bir yetki verilmemiştir. Sözü geçen avukatın gerek işe iade davasında, gerekse de eldeki davada davalı işvereni temsil ettiği görülmekte ise de, işe iade başvurusunun işverene yapılması gerekli olup, özel bir yetki verilmediği sürece vekile yapılan başvuru geçersizdir."* **(22.H.D. 09.10.2018 Gün 2016/12 E.)-YAPILAMAZ.**

67)İŞVEREN TARAFINDAN İŞE BAŞLATILMA DAVETİ İŞÇİNİN VEKİLİNE YAPILABİLİR Mİ?

"*İşçinin iş görme ediminden sorumlu tutulabilmesi için, işçinin bizzat kendisine davetin tebliğ edilmesi gerekmekte olup, işverenin, işçinin vekiline yaptığı tebliğe dayanarak ,yasal süre içerisinde çağrı yaptığına ilişkin savunmasına itibar edilmesi ve davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.*"**(9.H.D. 10.06.2019 Gün 2016/1601 E.)- YAPILAMAZ.**

"*Somut olayda işverenin işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini bir ay içinde bizzat işçiye bildirmesi gerekirken buna ilişkin tebligatı davacı işçi yerine vekiline yaptığı anlaşılmaktadır. Bu hususta davacının vekiline yapılacak tebligat usulsüzdür. Mahkemece işverenin işe başlatma süresini geçirdiği kabul edilerek davacının taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*"**(9.H.D. 20.05.2014 Gün 2012/10994 E.)-YAPILAMAZ.**

"Davacı vekili tarafından işe iade davetiyesinin davalı işverene gönderildiği ve tebliğ edildiği, davalı işverence bir aylık süre içinde davacının işe başlaması için işe davet ihtarnamesinin davacı vekiline tebliğ edildiği ve davacının işe başlamadığı sabittir. Her ne kadar mahkemece işe başlama ihtarının bizzat işçiye yapılması gerektiği, vekile yapılan tebligatın geçerli olmayacağı dolayısıyla yasal süresi içerisinde işe çağrı yapıldığının kabul edilemiyeceği gerekçesi ile işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacakları hüküm altına alınmış ise de, davacı işçinin avukatı aracılığıyla süresi içinde yapmış olduğu başvurusu geçerli olduğu gibi davalı şirket tarafından davacı vekiline gönderilen işe davet ihtarnamesi de usulüne uygun olup, buna rağmen işe başlamayan işçinin işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacaklarının reddine karar verilmelidir."(22.H.D. 17.02.2016 Gün 2015/893 E.)- YAPILABİLİR.

"Somut olay bakımından davacı işçi avukatı aracılığıyla işe başlatılması için işverene başvurmuş ve davalı işverence süresi içinde işe davet bildirimi de davacı vekiline tebliğ edilmiş olup işe davet bildiriminin usule uygun şekilde tebliğ edildiğini kabulü gerekir. Her ne kadar davacı vekili kesinleşen işe iade kararı üzerine işe başlatılması için başvurmuş ise

de davacı süresi içinde işe başlamamış olmakla daha önce yapılan fesih geçerli bir feshin sonucunu doğuracağından davacı işçinin ihbar tazminatı isteğinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olmuştur. O halde davacı vekilinin bu yönlere ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır." **(7.H.D.12.09.2013 Gün 2013/6665 E.)- YAPILABİLİR.**

*"İşe iade davası sonucunda işverence işe davet yazısının bizzat işçiye tebliğ edilmesi gerekir. İşçiyi işe iade davasında temsil etmiş olan vekile yapılan işe davet yazısı işçiyi bağlamaz. Her ne kadar davacı işverence gönderilen işe davet yazısı işçiyi tebliğ edilemeden iade gelmişse de işyeri özlük dosyasından davacı işçinin kimlik bilgileri elinde mevcut olan davalı işverenin, işe davet yazısını davacı işçinin mernis adresine TK 21/2 maddesine tebliğ etme imkanı bulunmaktadır.***(İST.BAM 32.H.D.21.02.2019 Gün 2017/1449 E.)- YAPILAMAZ.**

Bölge Adliye Mahkemesi bu kararı ile işçinin özlük dosyasında bulunan adrese yapılan tebligatın iade edilmesi halinde, işverenin davet sürecini tamamlamış olamayacağını, işverenin daha fazla araştırma yaparak mernis adresine tebligat çıkarması gerektiğini yerinde bir tespitle belirtmiştir.

68) ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞE İADE TALEBİ HANGİ İŞVERENE YAPILMALIDIR?

"Asıl - alt işveren ilişkisinde, işverenler arasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Fesih geçersizliği ve işe iade sadece alt işverene karşı ileri sürülürken, müteselsil borçluluk nedeni ile işçilik alacakları da birlikte ileri sürülmesi zorunlu değildir. Feshin geçersizliği ve işe iade davasında, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu takdirde, her iki işverene birlikte dava açılmasında işçi açısından yarar vardır. **Muvazaa olmadığı sürece**, alt işveren işçisi ile ilgili davada istemin ve verilecek kararın, feshin geçersizliği ve işe iade yönünden alt işveren, ancak feshin geçersizliğine bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinden her iki işverenin birlikte sorumluluğu kapsamında olması gerekir. Asıl işveren ve alt asıl işveren arasındaki sözleşmenin **muvazaalı olması halinde ise**, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, davanın tarafı asıl işveren olmalıdır. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmadığından, taraf sıfatı olmayacaktır. Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde, sözleşmede taraf sıfat bulunmadığından, işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır.Asıl işveren alt işveren ilişkisinin **muvazaalı olmadığı, kısaca asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu iddia edilip, sadece asıl işverene karşı dava açıldığında**, davacının işvereni ve iade edilecek alt işveren olduğundan husumetin tevcihinde hata kabul edilerek, alt işverene dava dilekçesi tebliğ edilerek, davalı taraf olarak davaya kabul edilmelidir. Davacı tarafın muvazaa veya asıl işveren alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddesindeki koşulları kapsamında kalmadığı iddia edildiğinde ise, davaya asıl işveren bakımından devam edilmeli ve sonuçta muvazaa bulunmadığı, asıl alt işveren ilişkisinin yasaya uygun kurulduğu kabul

edildiği takdirde, iş ilişkisinin tarafı olmayan asıl işveren yönünden feshin geçersizliği ve işe iade davasının husumetten reddi gerekecektir. (9.H.D. 01.12.2008 gün ve 2008/6287 Esas, 2008/32587 Karar.) Muvazaa veya asıl alt işveren ilişkisinin unsurları yok ise asıl işveren yönünden dava esastan karar altına alınmalıdır."**(9.H.D.25.03.2019 Gün 2019/2370E.)**

69) İŞE İADE BAŞVURUSU İŞVERENE YAZILI OLARAK MI YAPILMALIDIR?

"Yasada işçinin şahsen başvurması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığı ile de ulaştırabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen görüşü bu yöndedir. Davacı, noter aracılığı ile işverenin ticaret sicilde kayıtlı adresine gönderdiği 08/11/2013 tarihli ihtarname ile işe başlatılma talebinde bulunmuş ancak ihtarname adresin kapalı olduğu gerekçesi ile tebliğ edilememiştir. Mahkemece davacının yaptığı işe başlatılma talebinin tebliğ edilmediğinden bahisle usulüne uygun olmadığı gerekçesi ile dava konusu iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını talep edemeyeceği kabul edilmiş ise de işçinin on iş günü içinde işe başlatılmak için iradesini ortaya koyduğu, davacının işe başlatılma talebinde bulunduğu adresin işe iade kararının tebliğ edildiği ve işverenin ticaret sicilde kayıtlı adresi olduğu, işe iade kararından sonra, işçinin işe başlatılmak için işverene yapacağı başvurunun ne şekilde olacağı hususunda yasal bir düzenleme bulunmadığı, ispat edilmesi kaydı ile sözlü olarak dahi işe başlatılma iradesinin işverene ulaştırılabileceği..." **(22.H.D. 28/03/2019 Gün 2017/21099 E.)**

*"İşe iade davası kesinleşip 10.04.2012 tarihinde davacıya kararın tebliği üzerine davacı 17.04.2012 tarihinde işe başlatılması için müracaat etmiş işveren de 24.04.2012 tarihinde davacıya on gün içerisinde işe başlaması konusunda davet e-maili göndermiştir. Taraflar arasında olayın bu gelişimine kadar ihtilaf bulunmamaktadır. İhtilaflı konu davacının 06.04.2012 tarihinde işverene müracaat edip etmediği konusundadır. Davacı müracaat ettiğine dair babası ve kardeşiyle tuttuğu bir tutanak ibraz etmiş ise de Dairemizce bu tutanak davacının müracaat ettiğinin ispatı için yeterli görülmemiştir. Davacı işe başlatılması için yazılı başvuru ve icabında işe başlatılmadığına dair iş yerinde çalışan kişilerin tanıklığı veya noter tespiti isteyebilirdi. Kaldı ki SGK kayıtlarına göre davacının müracaat ettiği tarihte ve işe başlamak için iş yerine gittiğini iddia ettiği tarihte başka bir iş yerinde çalıştığı görülmektedir. İşe başlamak üzere değil de sırf işe başlatmama tazminatı almak amacıyla işe başvurup işe başlanılmadığı durumlarda ilk fesih geçerli hale geleceğinden mahkemece işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi bozma nedenidir."***(7.H.D. 02.06.2014 Gün 2014/3181 E.)***

70) KARAR KESİNLEŞMEDEN İŞÇİ İŞE İADE BAŞVURUSU YAPABİLİR Mİ?

9.H.D. 2006 tarihli kararında işe iade kararının kesinleşmeden önce yapılan işe iade başvurusunun geçerli olmadığını belirtirken**(9.H.D.22.11.2006Gün - 2006/11483 E. aynı yönde 14.03.2019 Gün, 2015/34275 E)**, güncel kararında görüş değiştirmiş ve işçinin karar kesinleşmesinden önce yapacağı başvurunun geçerli olup olmamasının işverenin tutumuna bağlı olduğunu, işverenin henüz karardan etkilenmediği ve işçinin

süresinden önce başvuru yapması dolayısıyla samimi olmamakla nitelendirilemeyeceğini vurgulamıştır.**(9.H.D.07.10.2020 Gün 2016/25551 E.)** [89]

"Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının 9 ve 10.11.2004 tarihlerindeki işe iade için başvurularının, işe iade kararının kesinleşmesinden önce yapıldığı anlaşılmaktadır. İşe iade kararının kesinleşmesinden önce yapılan bu başvurular geçerli değildir.. Bu durumda davacı işçi tarafından, kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on gün içinde işverene başvurma şartı gerçekleşmemiş olduğundan boşta geçen süre ve işe başlatılmama tazminatı hakkı doğmamıştır. Anılan isteklerin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm altına alınmış olması hatalıdır." **(9.H.D. 22.11.2006 Gün 2006/11483 E.)**

"*Davacı işçinin işe başlatılmayı talep hakkı yukarıdaki düzenleme uyarınca işe iade kararının kesinleşmesi halinde mümkündür. Karar kesinleşmeden işçinin işe başlatılmayı talep hakkı bulunmamaktadır. Karar kesinleşmeden yapılan başvuru işverene işçiyi işe başlatma yükümlülüğünü doğurmaz.Somut uyuşmazlıkta; davacı işçi işe iade kararı kesinleşmeden işverene başvurduğundan ve bu nedenle işverenin başlatma yükümlülüğü bulunmadığından işe iadenin yasal sonuçlarından faydalanamaz. Mahkemece yapılacak iş işe iade dosyasını kararına kesinleşme şerhi de verdirerek dosya içerisine alıp dava tarihi itibariyle kesinleşmiş bir işe iade kararı bulunmadığından yapılan ilk feshin geçerli fesih olduğu gözetilerek kıdem ve ihbar tazminatını hüküm altına alıp, işverenin işe başlatma yükümlülüğü olmadığından işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti reddedilmelidir."* **(9.H.D. 14.03.2019 Gün 2015/34275 E.)**

"Her şeyden önce işçinin işe başlamak için başvurusu için verilen kararın kesinleşmesi gerekir. Başlatılma için başvuru imkanı ancak kesinleşen kararın tebliği ile başlayacağından, işçinin bu tarihten önceki açıklaması kural olarak sonuç doğurmamalıdır. Karar kesinleşmeden işçinin işe başvurusu, işverenin tutumuna bağlıdır. İşveren karar kesinleşmediği için, başlatma veya başlatmama nedeni ile işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretini ödeme yükümlülüğü doğmadığından, işlem yapmayacağı gibi, işçiyi kesinleşmeden işe başlatılmasını sağlayabilir. Kesinleşmeden işe başlatma, yargılama sırasında işe başlatılmanın sonuçları gibi değerlendirilmelidir. Dürüstlük kuralı içinde işe başvurmada samimi olan işçinin kesinleşme şerhli kararı almadan erken başvurması aleyhine yorumlanmamalıdır. 10 günlük süre kesinleşmeden değil, kesinleşmiş kararın tebliğinden itibaren başlar. İşçinin kesinleşen kararı kendi olanakları ile öğrenmesi yetmediği gibi kesinleşme de yetmemekte, kesinleşen kararın tebliğ edilmesi gerekmektedir. Zira burada yasa işçiye en geç ve şekli olarak başvuracağı süreyi düzenlemiştir. Somut olayda, işe iadeye ilişkin yerel mahkeme kararının kesinleşme şerhi 14.07.2014 olup; davacı işçinin işe iadeye ilişkin kararının Yargıtay tarafından 07.04.2014 tarihinde onandığı, 21.05.2014 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiğinin kabulü gerektiği ve davacı işçinin de 01.07.2014 tarihinde işe başlatılması talepli yazıyı işverene gönderdiği anlaşılmakla; 4857 sayılı Kanun'da işçinin işe iadesi için başvuru süresinin "kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden" itibaren başlayacağı açıkça düzenlendiğinden, somut uyuşmazlıkta ise işçiye kesinleşmiş mahkeme kararı tebliğ edilmediğinden, işe başvuru süresinin aşılmadığı sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla davaya konu işçilik alacakları bakımından seçenekli hesaplamaya yer verilen bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının işe iade istemiyle davalı işverene yasal süresi içinde başvurduğu ve davalıca işe başlatılmadığı kabul edilerek alacaklar hüküm altına

[89] Doğukan, Kılıç a.g.e syf 78-79 Seçkin Yayınları Ankara 2021

*alınmalıdır. Karar bu sebeple hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9.H.D. 07.10.2020 Gün 2016/25551 E.)**

71) İŞÇİNİN İŞE İADE BAŞVURUSUNDA BULUNURKEN BAŞKA BİR İŞTE ÇALIŞMASI SAMİMİ OLMADIĞINI GÖSTERİR Mİ?

"*Kişiler haklarını kullanırken TMK 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına uymak sorundadır. Bu nedenle işçinin işe başlatılması için başvururken dürüst ve samimi olması gerekir. Yargıtay kararlarında; davacı işçinin işe başlatılma talebi ve devam eden süreçte başka bir yerde çalışıyor olması günümüzde iş bulma kaygısı yaşayan işçilerin sayısı dikkate alındığında tek başına samimiyetsizlik göstergesi olarak kabul edilmemektedir. Davacının süresi içerisinde işe başlamak için işyerine gittiği, işe başlatılma arzusunda samimi olmadığının söylenemeyeceği, davalı tarafından işe başlatılmadığı anlaşılmıştır. Davacının dava konusu alacaklarının kabulünde hata yoktur."***(Sakarya BAM 9.H.D. 15.01.2019 Gün 2018 / 189 E.)**

*"Bununla birlikte davacının işe başlatılması için işverene müracaat ettiği 26.04.2012 tarihinde başka bir işyerinde çalıştığı sabit ise de, iş sözleşmesinin feshinden, işe iade kararının kesinleşmesine kadar 25 aylık bir sürenin geçtiği dikkate alındığında, bu kadar uzun süre işe iade kararını çalışmadan geçirmesi davacıdan beklenemez."***(Y.H.G.K. 16.05.2018 Gün 2015/7-1828 E.)**

72) İŞVERENİN İŞE DAVET TEKLİFİNDE YER VERMESİ GEREKEN UNSURLAR NELERDİR?

Y.H.G.K.ya göre, işverenin işe davet ederken, işçinin hangi işte nerede ve ne şekilde, hangi şartlarda iş başlatılacağını, işe davet yazısında belirtmesi gerekir. Davette başlatılacak iş, başlatılacak işyeri, iş şartları, hazır olunması gereken tarih, verilen süre belirtilmemiş ise davetin ciddi ve samimi olup olmadığının tartışma konusu olacağını belirtmektedir. [90]

*"Bu nedenle işverenin işe davet ederken, işçinin hangi işte nerede ve ne şekilde, hangi şartlarla işe başlatılacağını, işe davet yazısında belirtmesi gerekir. Davette başlatılacak iş, başlatılacak işyeri, iş şartları, hazır olunması gereken tarih, verilen süre belirtilmemiş ise davetin ciddi ve samimi olup olmadığı tartışma konusu olacaktır."***(Y.H.G.K. 01.10.2014 Gün 2013/22-1158 E.)**

İST. BAM 29.12.2017 tarihinde verdiği karar ile işçiye işe davet teklifinde yer verilmesi gereken unsurları belirtmiş olup, işçinin kendisine hangi birime ya da kişiye işe başlama talebinde bulunabileceğinin gösterilmemiş olması halinde işe davet teklifinin geçersiz olduğunu belirtmektedir. Kaldı ki karara konu olayda işçi işe başlayacağını bildirmiş ancak işverenin işçinin işe başlayacağını yetkili kişiye bildirmemiş olması sebebiyle işe iade başvurusunun samimi olmadığını belirtmiştir. [91]

"Dosyada mevcut işe davet ihtarında davacının öncesinde çalıştığı hastanede ihale kaybedilmiş olduğundan ve İstanbul Anadolu yakasında başkaca hiçbir yerde temizlik

[90] Doğukan, Kılıç a.g.e syf 115 Seçkin Yayınları Ankara 2021

[91] Doğukan, Kılıç a.g.e syf 118 Seçkin Yayınları Ankara 2021

*hizmeti işi de bulunmadığından kendisine en yakın İstanbul Fizik Tedavi Rehabilitasyon Eğitim ve Araştırma Hastanesinde 10 gün içerisinde işe başlamasının bildirildiği anlaşılmış olup söz konusu davet ihtarında herhangi bir adres bildirilmeyip sadece hastane ismi belirtilmiş olması yanında davacı tanıklarınca proje müdürü olduğu doğrulanan davalı tanığınca da hiç değilse şef olduğu belirtilen davacıya hangi unvan ve görev tanımıyla çalışacağı yönünde işbu ihtarda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş olduğu gibi kendisine ödenecek ücret ve sosyal yardımlarla ilgilide bir bilginin yer almadığı, kısaca hangi işte hangi şartlarda ve ne şekilde çalışacağı kendisine usulünce bildirilmediği gibi hastane işyerine gittiğinde nerede ve şirket yetkililerinden kiminle irtibat kuracağı yönünde de kendisine herhangi bir bilgi verilmemiş olmasına göre usulüne uygun işe davet ihtarından bahsedilemeyeceği gibi yine davacı hastane işyerine vardığında da orada davalı şirket yetkili veya kendisi ile muhatap olacak herhangi bir sorumlunun bulunmaması hususları hep birlikte değerlendirildiğinde davalı şirketin işe davetinin gerçek bir işe başlatma daveti olmadığı, yine davetinin ciddi ve usulüne de uygun olmadığı, dolayısıyla davacının boşta geçen süre ve işe başlatmama tazminatlarına hak kazanmış olduğu, her iki davalı vekilinin bu yönlere temas eden istinaf itirazlarının yerinde olmadığı anlaşılmıştır."***(İST. BAM 26.H.D. 29.12.2017 Gün 2017/961 E.)***

Söz konusu kararlardan da tespit edileceği üzere, işçiye "eski şartlarda işe başlayabilirsin" şeklinde matbu olarak düzenlenmiş davetlerin geçerli ve samimi bir işe davet teklifi olmadığı gözükmektedir. Bu kapsamda işverenlerin ücret, çalışma yeri, ünvan, iş şartları gibi hususları detaylı olarak belirtmesi gerekir.

73) İŞE İADE DAVASI DEVAM EDERKEN İŞYERİNİN KAPATILMASI HALİNDE İŞÇİ BAŞKA BİR İŞYERİNE DAVET EDİLEBİLİR Mİ? İŞ SÖZLEŞMESİNDE NAKİL YETKİSİNİN SAKLI TUTULDUĞU KAYITLAR BU KAPSAMDA GEÇERLİ MİDİR?

Mahkemece geçersiz sayılan fesihte, feshin son çare olması ilkesine aykırı davranıldığı (bölümün kapatılmasına rağmen işçinin başka bir bölümde değerlendirilmemesi gibi)belirtilerek işe iade kararı verilmiş ise, işverence işçiye kural olarak esaslı değişiklik içerecek şekilde teklifte bulunulmamalıdır. Teklif esaslı değişiklik içermiyor ve bu nedenle işçi işe başlamıyorsa önceki fesih geçerli hale gelir ve şartları var ise işçi sadece kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanır. Teklif esaslı değişiklik içeriyor ise işçi işe başlamak zorunda değildir. Ancak bu halde değişiklik geçerli nedene dayanacağından, bu fesih tarihi itibari ile işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ödenmekte, işe başlatmama tazminatı ,işçinin değişikliği kabul etmemesi nedeni ile gerçekleştiği için ödenmemektedir.

*"İşçi, geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve işte işe başlatılmalıdır. İşçiye önceki koşulların tam olarak sağlanması ve aynı parasal hakların ödenmesi gerekir. İşçi eski coğrafi işyerine davet edilmedir. İşçinin başka bir coğrafyadaki aynı işverene ait bir işyerinde işe başlamak zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla işverenin böyle bir isteğinin işçi tarafından reddi işe iade davasının reddi sonucunu doğurmamalıdır. (9.HD. 03.06.2004 tarih 2004/1080 E. 2004/13416 K) İşçinin eski işine verilmesine rağmen iş koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesi de ancak işçinin rızasıyla mümkün olabilecektir."***(* **9.H.D. 22.06.2015 Gün 2015/17457 E.)- İŞÇİ LEHİNE**

"Karardan sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik

oluşturmayacak şekilde iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında ***esaslı değişiklik sayılacak nitelikte ise,*** *bu durumda işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmeli ve değişiklik feshine gitmelidir. Bu durumda değişiklik geçerli nedene dayanacağından, bu fesih tarihi itibari ile işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen süre için 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmeli, ancak işe başlatmama tazminatı işe başlatma koşulu işçinin değişikliği kabul etmemesi nedeni ile gerçekleştiği dikkate alınarak ödenmemelidir ki, bu durum işe başvuru anında işyerinin kapanması halinde de geçerlidir."***(22H.D. 26.05.2014 Gün 2014/5801 E.)- İŞÇİ ALEYHİNE**

"Somut olayda, davacının işe iade başvurusunun kabul edildiği ancak daha önce görev yaptığı işyerinin kapatılması üzerine bu işyerinde işe başlatılamadığı anlaşılmaktadır. Kocaeli işyerinin kapatılması sebebiyle davacının bu yerde işe başlatılması fiilen imkansızdır. Ancak teklif edilen işyerleri de iş sözleşmesinde ***esaslı değişiklik teşkil ettiğinden****, teklifin davacı tarafından kabulü zorunlu değildir. Hal böyle olmakla; davacı boşta geçen süre ücreti alacağının hak kazanırken, işe başlatmama tazminatına hak kazanamaz."***(22.H.D. 18.03.2014 Gün 2013/7409 E.)- İŞÇİ ALEYHİNE**

"Kural olarak işçi, geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve işte işe başlatılmalıdır. İşçiye önceki koşulların tam olarak sağlanması ve aynı parasal hakların ödenmesi gerekir. Hatta yargılama sürecinde işçinin mahrum kaldığı ancak emsali işçilere sağlanmış olan ücret artışlarından da işçinin yararlandırılması gerekir. Kural bu olmakla birlikte, işçinin açtığı davada feshin geçersizliğine işverenin ***feshin son çare olması ilkesine uymadığı gerekçesi*** *ile karar verildiği durumlarda, başlatılacak iş ister istemez aynı iş veya işyeri olmayacaktır. Zira bu şekildeki tespitte işçinin önceki işine veya işyerine* ***(işyeri nakli-bölüm kapanma-sağlık nedeni gibi)*** *verilmeyeceği kabul edilmekte, ancak işverenin başka bölümde değerlendirme olanağı olduğu bu nedenle feshin geçersiz olduğuna karar verilmektedir. Bu şekildeki karardan sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturmayacak şekilde iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik sayılacak nitelikte ise, bu durumda işveren 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca hareket etmeli ve değişiklik feshine gitmelidir. Bu durumda değişiklik geçerli nedene dayanacağından, bu fesih tarihi itibari ile işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen süre için dört aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmeli, ancak işe başlatmama tazminatı işe başlatma koşulu işçinin değişikliği kabul etmemesi nedeni ile gerçekleştiği dikkate alınarak ödenmemelidir ki, bu durum işe başvuru anında işyerinin kapanması halinde de geçerlidir."***(22.H.D. 17.09.2014 Gün 2013/16121 E.)- İŞÇİ ALEYHİNE**

"*Kural olarak işçi, geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve işte işe başlatılmalıdır. İşçiye önceki koşulların tam olarak sağlanması ve aynı parasal hakların ödenmesi gerekir. Hatta, yargılama sürecinde işçinin mahrum kaldığı ancak emsali işçilere sağlanmış olan ücret artışlarından da işçinin yararlandırılması gerekir.*

*Kural bu olmakla birlikte, işçinin açtığı davada feshin geçersizliğine işverenin feshin son çare olması ilkesine uymadığı gerekçesi ile karar verildiği durumlarda, başlatılacak iş ister istemez aynı iş veya işyeri olmayacaktır. Zira bu şekildeki tespitte işçinin önceki işine veya işyerine (işyeri nakli-bölüm kapanma-sağlık nedeni gibi) verilmeyeceği kabul edilmekte, ancak işverenin başka bölümde değerlendirme olanağı olduğu bu nedenle feshin geçersiz olduğuna karar verilmektedir. Bu şekildeki karardan sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturmayacak şekilde iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik sayılacak nitelikte ise, bu durumda işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmeli ve değişiklik feshine gitmelidir. Bu durumda değişiklik geçerli nedene dayanacağından, bu fesih tarihi itibari ile işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ile boşta geçen süre için 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmeli, ancak işe başlatmama tazminatı işe başlatma koşulu işçinin değişikliği kabul etmemesi nedeni ile gerçekleştiği dikkate alınarak ödenmemelidir ki, bu durum işe başvuru anında işyerinin kapanması halinde de geçerlidir."***(9.H.D. 26.05.2014 Gün 2014/5799 E.)- İŞÇİ ALEYHİNE**

Yine ihalenin bitmesi nedeni ile işçi eski işyerinde çalıştırılamıyorsa, yeni teklif esaslı değişiklik içerse bile işçinin bu teklifi kabul etmemesi halinde, işçi sadece boşta geçen süre ücretine hak kazanmakta, işe başlatmama tazminatı elde edememektedir.

*"Dosya içeriğine göre, davacı işçinin, davalı işverene ait tesislerde güvenlik görevlisi olarak görev yaptığı, iş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine açtığı dava neticesinde mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiği, temyiz edilen kararın denetimden geçerek onandığı ve davacının süresinde işe başlama başvurusunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işveren ise, davacının işe iade başvurusunun kabul edildiğini davacının çalıştığı kurumla olan hizmet alım sözleşmesinin süresinin bitmesi ve yenilenmemesi sebebiyle, başka bir projelerinde çalıştırılacağını, 18.07.2013 tarihinde işe başlaması hususlarını içeren ihtarname göndermiştir. Davacı ise, işverenin davet ettiği işe başlamamamıştır. Mahkemece, işvereninin davacıyı işe başlatma hususunda samimi olmadığı gerekçesi ile davacının işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacağına karar verilmiş ise de, dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının geçersiz sayılan fesih öncesi çalıştığı işin ihale süresinin bittiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından, işyerinde meydana gelen değişiklik üzerine zorunluluk sebebiyle davacı işçinin özelliğine, kıdemine ve önceki işine en uygun işe davet etmiş, davacıyı başka yerde çalıştırma imkanı bulunmayan işverenin daveti ise davacı işçi tarafından kabul edilmemiştir. Bu durumda davacının işe başlatılmadığından söz etmek mümkün olmadığından, davacının sadece boşta geçen süre ile ilgili ücreti hak edebileceği dikkate alınarak işe başlatmama tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.***(22.H.D.13.10.2016 Gün 2015/14537 E.)**

"Davalı işveren, davacının daha önce çalıştığı işyerinin kapandığını, davacının bu nedenle...'deki işyerine davet edildiğini ileri sürdüğüne göre öncelikle ...'deki işyerinin kesin ve sürekli biçimde kapatılıp kapatılmadığı, davalının işe iade başvurusu tarihi itıbarıyla ...'de veya davacının çalışabilmesi için daha uygun olabilecek yakın başka bir yerde istihdam edebileceği başkaca bir işyerinin olup olmadığı araştırılarak açıklığa

*kavuşturulmalı, daha sonra davalı işverence yapılan davetin samimi olup olmadığının belirlenmesi için davalı Birim Bilgi Teknolojileri Ticaret A.Ş.'nin ... dışında ülke genelinde ve özellikle ...'de başka işyerinin bulunup bulunmadığı, İzmir'deki işyerinde çalışma imkanının mevcut olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.***(22.H.D. 03.12.2019 Gün 2017/24856 E.)**

İşverence yapılan fesih, feshin son çare olması ilkesi nedeni ile mahkemece geçersiz sayılmamış, başkaca bir sebeple geçersiz sayılmış ise ve işe iade sürecinde işyeri kapanmış ise esaslı şekilde değişiklik içerek teklifi işçi kabul etmek zorunda olmadığı gibi, bu sefer boşta geçen süre ücreti yanında işe başlatmama tazminatına da hak kazanacaktır.

*"Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre davacının eski işinde başlatılmamak üzere işe davet edildiği açıktır. Teklif edilen yeni görev yeri önceki iş yeri ile kıyaslandığında çalışma koşullarının esaslı şekilde değişikliği anlamına gelmektedir. Davacının görevlendirildiği yerde çalışmayı kabul etmemesi işe başlama niyetinde samimiyetsizlik olarak değerlendirilemez."***(9.H.D. 18.03.2019 Gün 2015/35204 E.)- İŞÇİ LEHİNE**

"**Davacı işçi kesinleşen işe iade sonrasında yasal süresinde işe başlamak için başvuruda bulunmuş, davalı işveren bu arada işyerinin kapatıldığını ileri sürerek Samsun'da bulunan eski işyeri yerine Isparta'da kurulu işyerinde işe başlamak üzere davet edilmiştir.Davacı işçi Mahkeme ilamında geçen eski işyerine iadesi gerekirken başka bir yer gösterilmesi işe başlatma mahiyetinde değerlendirilemez. Eski işine başlatılmayan davacı işçinin boşta geçen süre ücreti yanında işe başlatmama tazminatına da hak kazandığı kabul edilmelidir."(9.H.D. 13.10.2020 Gün 2017/16158 E.)- İŞÇİ LEHİNE**

"*Eğer işçinin iş sözleşmesinde işverenin farklı işyerlerinde çalışma durumunu kabul ettiği mevcutsa işçinin farklı bir işyerinde işin sona ermesi veya iş gerekleri nedeniyle farklı bir işyerinde çalıştırılmak istenmesi ciddi bir işe davet teklifi niteliğindedir."*[92]

*"Davacıların işe iade sonrasında çalıştığı işyerindeki ihalenin bitmesi, başvuru tarihinde işverenin davet ettiği ... İlçesi dışında başka bir işyerinin bulunduğunun iddia edilip ispatlanamaması, ayrıca iş sözleşmelerinde aynı il sınırları içinde değişik işyerlerinde çalışmaya ilişkin kurala yer verilmesi karşısında, bu yönden davalı işverenin davetteki samimiyetsizliğinden bahsedilemeyeceği..."***(9.H.D. 02.10.2019 Gün 2019/6190 E.)**

"22.H.D.ise 2020 tarihli kararında işyerinin kapanması konusunda önemli bir karar vererek işçinin farklı bir görev yerinde çalıştırılabileceğine ilişkin bir hükmün iş sözleşmesinde bulunması durumunda bile ispat külfetinin yer değiştirerek işverenin görev yeri değişikliğinin zorunlu olduğunu ve işçinin aynı şartlarda çalıştırılacağı konusunda işe davet ettiğini ispat etmesinin gerektiğini belirtmiştir." [93]

"Dosya kapsamındaki bilirkişi raporunda, davalı şirketin başka ülkelerde de devam eden faaliyetlerinin olduğu belirtilmiş olup, mahkemece bu yönlerden de herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Oysa işçinin eski işine iade edilememesi halinde ispat yükünün yer değiştirdiği kabul edilmeli, gerek sözleşmedeki değişiklik kayıtları, gerek işin önerildiği

[92] Doğukan, Kılıç a.g.e syf 125 Seçkin Yayınları Ankara 2021
[93] Doğukan, Kılıç a.g.e syf 126 Seçkin Yayınları Ankara 2021

*ülkedeki güvenlik zaafiyetine yönelik itirazlar, gerekse işe iade tarihinde işçiye ödenmesi gereken ücretin o ülkenin ekonomik koşullarına göre değerlendirilmesi suretiyle, işverenin davetinin ciddi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre ispat yükünün işverene ait olduğu dikkate alınmadan, işçinin aksini ispat edemediği varsayımı ile hüküm kurulması hatalıdır. Öncelikle belirtilen yönlerden araştırma yapılarak işverenin davetinin ciddi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalı, işverenin ciddi davetine rağmen işçinin işe başlamadığı yahut işverenin davetinde ciddi olmadığı, böylece işçinin işverence işe başlatılmadığı noktasında bir sonuca varılmalı, oluşacak sonuca göre davacının işe başlatmama tazminatına hak kazanıp kazanmadığı belirlenmelidir."***(22.H.D. 18.02.2020 Gün 2016/29920 E.)**

İş sözleşmesinde nakil yetkisinin saklı tutulduğuna dair kayıt olsa bile bu kayıt işverence dilediği şekilde kullanılamaz. İşe davet teklifinde işçiye yakın olan başka işyeri bulunmasına rağmen daha uzakta olan bir işyerine davet teklifi samimi kabul edilmeyecektir.

74)İŞVERENCE İŞE DAVET TEKLİFİ 1 AYLIK SÜRENİN SONUNA DOĞRU YAPILABİLİR Mİ?

22.H.D. 1 aylık sürenin sonuna doğru işe davet teklifinin yapılabileceğini, postadaki gecikmelerin işveren aleyhine yorumlanamayacağını kabul ederken, 9.H.D. işverenin postadaki gecikme ihtimalini göz önüne alarak 1 aylık sürenin sonuna doğru işe daveti samimi olarak kabul etmemiş ve dürüstlük kuralına aykırı olduğuna karar vermiştir.

*"Davalı işveren kanundaki kendisine yüklenen işe başlatma **iradesini bir aylık sürenin sonunda olsa da göstermiş** ve işçiyi bir aylık süre içerisinde işe davet etmiş bu davet işçiye 15.08.2011 tarihinde tebliğ edildiği halde davacı işe başlamamıştır. Süresi içinde yapılan çağrının postadaki gecikmelerle bir aylık sürenin geçmesi ile işçiye tebliğ edilmesinde artık işverene sorumluluk yüklenmez. Bu durumda işe daveti alan işçinin samimi olarak işe başlama iradesini ortaya koyan bir davranışı bulunmadığı 15.08.2011 tarihli işe iadesi sonrası alacaklar için başlattığı icra takibi ile sabit olduğundan davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuştur."* **(22.H.D.28.02.2013 Gün 2012/14690 E.)**

*"4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/1. maddesi gereğince işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Başvuruyu alan işveren işe başlatma talebini tebliğ ettikten sonra bir aylık süre içinde işçiyi işe davet etmelidir. İşverenin işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini bir ay içinde işçiye bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulmamalıdır. Ancak işverenin de bunu dikkate alarak işe daveti gerekli zamanda yapması gerekir. Bir aylık sürenin sona ermesine yakın zamanda davet etme, işverenin davranışını dürüstlük kapsamında sorgulanmasına neden olacaktır. Dosya içeriğine göre davacının işe başlama ihtarı davalıya 26/07/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup, davalının 26/08/2012 tarihine kadar davacıyı işe başlatması gerekirdi. Davalının, davacıya işe başlaması için bu sürenin **bitimine iki gün kala** 24/08/2012 tarihinde davet yazısını postaya verdiği ancak bu yazının davacıya 04/09/2012 tarihinde tebliğ edilidği anlaşılmaktadır. Her ne kadarpostadaki gecikmeler davalıya yüklenemez ise de davalının da postadaki gecikmeleri gözönünde bulundurarak tebliğ olunacak evrakı daha önceki makul bir tarihte postaya*

*vermesi gerekirken davalı bu gerekliliğe uymamıştır. Bu nedenlerle, işverenin davacı işçiyi bir aylık süre içerisinde işe başlatmadığının kabulü ile boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerekir."***(9.H.D. 11.05.2016 Gün 2015/2713 E.)**

"4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde işverenin işçiye başlaması için gerekli hazırlıkları yapması amacıyla bir aylık süre tanınmıştır. Bu süre işe davet ihtarnamesi göndermek için tanınan bir süre değil, işe başlatmak için tanınan bir süredir. Yasanın 21. maddesi işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda olduğundan bahsetmektedir. Bu süre içerisinde işe başlama imkanının tanınması işverenin yükümlülüğüdür. Bir aylık sürenin ***son günü mesai bitimine doğru*** *ihtarname keşide eden işverenin tebligatın ancak süre dolduktan sonra işçiye tebliğ edileceğini ve işe başlatma tarihinin kanuni sürenin dışında kalacağını bilerek hareket ettiği açıktır. Bu durumda işverenin hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmadığı, işçiyi işe başlatma noktasında samimi olmadığı anlaşılmaktadır."***(9. H.D. 05.12.2018 Gün 2015/25243 E.)**

75) İŞ GÜVENCESİ KIDEMİNİN TAMAMLANMASINA ÇOK AZ BİR SÜRE KALINAN AŞAMADA İŞVERENCE YAPILAN FESİH AKABİNDE İŞÇİ İŞE İADE DAVASI AÇABİLİR Mİ?

Doktrinde bu konuda dört farklı görüş yer almaktadır. "*Birinci görüşe göre işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır.*[94]*İkinci görüş Borçlar Kanununun 175. Maddesine dayanarak, iyiniyet kurallarına aykırı olarak yapılan davranış sonucu bir engeleme olursa o şartın gerçekleşmiş sayılması gerektiğini, yani altı aylık kıdem koşulunun gerçekleştiğinin kabulünün gerektiğini belirtmiştir.*[95] *Üçüncü görüş ise, bu gibi durumlarda medeni kanunun dürüstlük kuralları hükümlerine dayanılarak hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı olarak hukuk düzeninin böyle bir durumu korumayacağını ve iş sözleşmesinin feshinin dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülebileceğini belirtmektedir.* [96] *Dördüncü görüş, işveren sırf işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına engel olmak amacıyla altı ayın dolmasına kısa bir süre kala iş sözleşmesini feshediyorsa, yapılan feshi yine geçerli saymak gerekecektir. Ancak işveren fesih hakkını kötüye kullandığı için kötüniyet tazminatı ödeyecek, işçi iş güvencesinden yararlanamayacaktır. Yazılı normatif düzenlemeye bakılmalıdır.*[97]

*"İş güvencesi kıdemine çok az bir süre kaldığı bir aşamada işveren tarafından işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına engel olmak için iş sözleşmesinin feshinde yargıtay, kötüniyet tazminatına hak kazanılabileceği veya iş güvencesi koşullarının sağlandığı görüşlerinden birinin kabul edilebileceği şeklinde bir karar vermiştir.***(9.H.D. 22.04.2019 Gün 2018/10524 E.)** *İşçi kötüniyet tazminatı isteyebileceği gibi, kötüniyetin işveren yararına sonuç doğurmaması için işe iade isteğinde de bulunabilecektir."* [98]

---

[94] Mollamahmutoğlu, Hamdi "İş Hukuku" Ankara 2004
[95] Alp, Mustafa "İşçinin Feshe Karşı Korunması" syf 12
[96] Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, "İş Hukuku Dersleri", yenilenmiş 17. Baskı, Eylül 2014 Syf. 166
[97] Dr.Seda Arslan Durmuş "İş Hukukunda Kıdem Kavramı" syf 307-308 Onikilevha Nisan 2021
[98] Çil, Şahin "İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları" syf 81, Ankara 2020 Yetkin Yayınları

*"İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine bir kaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir."***(9.H.D. 09.11.2017 Gün 2016/28920 E.)**

"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 yukarda 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.***(9.H.D. 01.04.2013 Gün 2012/ 35856 E.)**

9. Hukuk Dairesi 2014 yılında verdiği kararda yukarıda karardan farklı olarak kıdemi 5 ay 29 Gün olan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına karar vermiştir.

"*Somut uyuşmazlıkta davacı işçinin işyerinde 01.02.2012 tarihinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığı, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiğinin 30.07.2012 tarihinde davacıya işçiye bildirildiği, nitekim davacı Gebze 6. Noterliği aracılığıyla gönderdiği 07.08.2012 tarihli ihtarnamede de işverence iş sözleşmesinin 30.07.2012 tarihinde performans yetersizliğinden feshedildiğinin bildirdiğini belirttiği, bu tarihe göre davacı işçinin davalı işveren nezdinde hizmetinin* ***5 ay 29 gün*** *olup, altı aydan az olup, davanın kıdem şartı gerçekleşmediğinden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır."***(9.H.D. 10.04.2014 Gün 2014/ 8402 E.)**

22.H.D. iş sözleşmesi imzalanan, ancak belirli bir süre eğitim verilen ve eğitim sonrası işe giriş bildirgesi verilen işçinin, eğitimde geçen süresinin altı aylık kıdemden sayılmayacağına karar vermiştir. Yine 2018 tarihli kararında 5 ay 29 günlük çalışmayı iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için yeterli saymamıştır.

"Somut olayda davacı 02.10.2006-30.03.2007 tarihleri arasında paketleme teknisyeni olarak çalışmıştır. Davacı işverence sözleşmenin imzalandığı 16.08.2006 tarihinden 01.10.2006 tarihine kadar eğitim programına alınmıştır. Buna ilişkin bir sözleşme yoktur.Belirtilen tarihler arasında, davacının ileride yürüteceği iş konusunda işverence belli bir mekanda eğitildiği, bu zaman zarfında fiilen çalışmadığı sabittir. Eğitim sonrasında SGK girişi 02.10.2006 tarihinde yapılmıştır. Söz konusu eğitim sözleşme öncesi işveren bilgilendirmesi niteliğindedir. Yapılan işin gıda üretimine ilişkin ağır ve tehlikeli olması en küçük beceri eksikliğinde işçinin çalıştığı paketleme bandında ciddi kazalara yol açma riskinin büyük olması sebebi verilen eğitimde başarısız olan davacının çalışma öncesinde aldığı eğitim süresi kıdemden sayılmamalıdır. İşçinin fiilen çalışması SGK kayıtlarında yer aldığı gibi 02.10.2006-30.03.2007 tarihleri arası çalışmaya ilişkindir. Davacının kıdemi beş ay yirmidokuz gün olarak altı ayın altında kalmaktadır. Davacının iş

*güvencesinden yararlanma şartı gerçekleşmemiştir. İşe iade talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(22.H.D. 08.06.2012 Gün 2011/14966 E.)**

"Bölge Adliye Mahkemesince, davacının altı aylık çalışma süresinin dolmasına bir gün kala iş sözleşmesinin feshedilmesinin dürüstlük kuralına uygun olmadığı, sınırlamanın dar yorumlanmaması gerektiği, davalı işverenin feshin geçerli nedenlere dayandığını ispat edemediği, fesih işleminin geçersiz olduğu gerekçesi ile davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek için en az altı aylık kıdeme sahip olmak gerekir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre altı aylık süre aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süre birleştirilerek hesaplanır. Sözü edilen maddenin ikinci fıkrasına göre altı aylık kıdemin hesaplanmasında aynı Kanunun 66'ncı maddesindeki süreler dikkate alınır. Altı aylık kıdem şartını öngören hüküm nispi emredici olduğundan, daha az kıdem şartını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir.Somut olayda davacının 19.06.2015 ile 18.12.2015 tarihleri arasında kobi portföy yöneticisi olarak çalıştığı, performans düşüklüğü gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin sona erdirildiği anlaşılmıştır. Davacı işçi, davalı işyerinde 19.06.2015-18.12.2015 tarihleri arasında çalıştığı dolayısıyla altı aylık çalışma süresininin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, davanın reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 22.02.2018 Gün 2018/238 E.)**

Eğitim iş görmek ediminin yerine getirilmesi için verildiğine ve işçi o süre içinde işverenin yönetim hakkı kapsamına girdiğinde göre eğitim süresinin de kıdemden sayılması gerekir.[99]

Kanaatimce işçinin 6 aylık kıdeminin dolmasına 1-2 gün kala yapılan fesihler doğrudan işverenin kötüniyetli olduğunu göstermez. Ancak işveren hemen hemen tüm fesihlerde bu şekilde bir tutum sergiliyorsa o zaman işverenin kötüniyetli olduğu kabul edilmeli ve işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalıdır. Burada kötüniyeti ispat külfeti işçi üzerindedir. Böyle bir durumda işçi dilerse iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayı seçebileceği gibi buna başvurmayıp, kötüniyet tazminatı da talep edebilir.

76) İŞE GÜVENCESİ AÇISINDAN 6 AYLIK SÜRE MADDİ HUKUKA MI YOKSA USUL HUKUKUNA MI İLİŞKİNDİR?

"Altı aylık kıdemin hesaplanmasında çalışılan gün ile fesih bildiriminin yapıldığı tarihte çalışılan(veya çalışılmış sayılan) günün dikkate alınması gerekir. Kısaca çalışılmış sayılma, hizmet süresi maddi hukuka ilişkin olduğundan, usule ilişkin kuralların uygulanmaması gerekir. Bu kendini 5 ay 29 Gün veya ayın birinde girip de beşinci ayın otuzunda veya otuzbirinde çıkarılan işçide gösterir. Burada işçi hem ayın birinde hem de ayın sonunda çalıştığından altı aylık kıdeme sahip olduğu kabul edilmelidir. 9 HD'nin uygulaması bu yönde iken, 22 HD ise altı aylık kıdemin 6100 sayılı HMK'nın 92.maddesindeki süre kuralına göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu doğru bir yaklaşım değildir, zira kabul edildiği takdirde 01.01 itibari ile başlayan ve 31.12 itibari ile sona eren ihale sözleşmesi kapsamında çalışan işçinin kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izne de hak kazanmadığı sonucuna varırsınız.[100]

---

[99] Kar, Bektaş, " İş Güvencesi ve Uygulaması" syf 111 Yetkin Yayınları Ankara 2020

[100] Kar, Bektaş, "İş Güvencesi ve Uygulaması" syf 114-115 Yetkin Yayınları Ankara 2020

*"Davacının işe ilk girdiği 15.12.2005 tarihine göre, 14.06.2006 tarihinde çalıştığı kabul edildiğinde, 6 aylık kıdem koşulunun gerçekleştiği kabul edilmeli, zira ücret fiilen çalışmanın karşılığıdır. Davacıya 14.06.2006 tarihi için ücret ödendiğine göre, davacının bu tarihte çalıştığı tartışılmamalıdır."***(9.H.D. 01.10.2007 Gün 2007/14029 E.)**

***"**Diğer taraftan altı aylık kıdemin hesaplanmasında çalışılan gün ile fesih bildiriminin yapıldığı tarihte çalışılan(veya çalışılmış sayılan) günün dikkate alınması gerekir. Kısaca çalışılmış sayılma, hizmet süresi maddi hukuka ilişkin olduğundan, usule ilişkin süre hesaplanması kurallarının burada uygulanmaması gerekir. İşçinin fiilen çalıştığı ilk gün ile son gün süre hesabında nazara alınmalıdır."* **(9.H.D. 01.06.2016 Gün 2015/31667 E.)**

*"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 Kanunun 2. maddesi uyarınca herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Objektif iyiniyet 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 yukarda 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 bildirimi 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."***(9.H.D. 25.03.2013 Gün 2012/35856 E.)**

"Tüm bu hususların dışında İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararında belirtildiğinin aksine, dosya kapsamında davalı işverenin davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla kötü niyetle hareket ettiğini gösterir başkaca somut

*bir olgu yer almamaktadır. Yine ilgili Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçeli kararında belirtildiği üzere davacının hizmet süresinin gün gün hesaplanmak suretiyle kıdemin 181 gün olduğu yönündeki tespit de yasal düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir. Zira, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 92/2. maddesi uyarınca, "Süre; hafta, ay veya yıl olarak belirlenmiş ise başladığı güne son hafta, ay veya yıl içindeki karşılık gelen günün tatil saatinde biter. Sürenin bittiği ayda, başladığı güne karşılık gelen bir gün yoksa, süre bu ayın son günü tatil saatinde biter". Dolayısıyla davacının 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek için sahip olması gereken 6 aylık kıdemi, davacının işe başladığı 28.04.2016 tarihini izleyen 6 ayın bitimindeki 28.10.2016 tarihinde dolduğundan, somut olay bakımından davacının kıdemi yönünden iş güvencesi şartlarının gerçekleşmediği açıktır. Tüm bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek, istinaf talebinin esastan kabulüne ve davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yönde karar verilmesi hatalı olmuştur."***(22.H.D. 15.01.2018 Gün 2017/45062 E.)**

*"Davacı 04.09.2016 tarihinde işe başlamış olup 03.03.2017 tarihinde iş akdi feshedilmiştir. SGK hizmet döküm cetvelinde mart ayında her hangi bir çalışma gösterilmemiştir. 4857 sayılı yasanın 18/1 maddesinde altı aylık kıdemi olan işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanabileceği belirtilmiştir. HMK 92/2 maddesine göre süre; ay olarak belirlenmiş ise başladığı güne son ay içindeki karşılık gelen günün tatil saatinde biter. Dolayısıyla davacı 04.09.2016 tarihinde işe başladığından altı aylık kıdemi 04.03.2017 tarihinde dolar. Davacının çalışma süresi 5 ay 29 gün olduğu anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken işe iade kararı verilmesi hatalı olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu nedenle bozulup ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir."***(22.H.D. 10.04.2018 Gün 2018/76 E.)**

77) İŞE İADE DAVASI SÜRERKEN İŞVERENİN İŞE DAVET TEKLİFİ GEÇERLİ MİDİR?

Uygulamada bu konuda görüş birliği söz konusu olup, dava devam ederken işçinin işe davet edilmesi, işverence yapılan feshin geçersiz olduğunun ikrarı olup, dava devam ederken işçi işe başlamak zorunda değildir.

*"Mahkemece her ne kadar davacının işe davete cevap vermediği gerekçesi ile davalı tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığına karar verilmiş ise de, fesihten sonra yapılan işe davet, işverenin feshin geçersiz olduğunu kabulünün göstergesidir. İşçinin açtığı davaya ilişkin mahkeme kararı talep etmesi, kendisini hukuki güvenceye alması en doğal hakkıdır.Bu nedenle davacı işçinin işe iade davası sırasında yapılan işe dön daveti halinde mahkemece yapılması gereken feshin geçersizliğine ve işe iadenin yasal sonuçları hakkında karar vermektir."***(9.H.D. 08.10.2018 Gün 2018/62 E.)**

*"İşverence dava sırasında yapılan davet daha önce gerçekleştirilen feshi ortadan kaldırmaz. Davet geçersiz feshi geçerli hale getirmeyeceği gibi, işverenin feshin geçersizliği davası devam ederken, işçiyi işe davet etmesi, bir anlamda duruşma dışında davayı kabul anlamına gelmektedir. İşçinin açmış olduğu davanın sonucunda işe iadeyi sağlama çabası yasal hakkıdır. Açtığı davada yargı kararı güvencesi ile işe başlatılmasını isteme hakkına sahip olan işçi daveti kabul etmek zorunda bırakılmamalı, daveti kabul etmediği için açılan dava reddedilmemelidir."***(22.H.D. 19.04.2016 Gün 2016/9043 E.)**

*"Feshin geçersizliği, davalı işverenin yargılama aşamasında davacıyı yeniden işe davet etmesi ile sabittir. Esasen, her dava açıldığı tarihteki hukuki duruma ve şartlara göre değerlendirileceğinden, dava tarihinden sonra yapılan iş teklifinin davanın sonucunu davalı yararına değiştirmesi söz konusu değildir."***(7.H.D. 31.03.2016 Gün 2015/45486 E.)**

78) İŞE İADE İLAMINDAKİ BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİ İLE İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI İLAMLI TAKİBE KONU EDİLEBİLİR Mİ?

Doktrinde ilamlı takip yapılabileceğine dair görüşler olduğu gibi, bunun bir inşai dava niteliğinde olduğu yönünde görüşler de vardır. Hatta zaman zaman meslektaşlar işe iade hükmünü ilamlı takibe konu yaptığını ve herhangi bir itirazla karşılaşmadıklarını da belirtmektedir. İcra Mahkemelerinin şikayet üzerine, şikayeti reddederek, işe iade hükmünü, ilamlı takip olarak kabul ettikleri de bilinmektedir.

Ancak doktrin ve uygulamadaki baskın görüş işe iade ilamının bir tespit hükmü olduğudur. Kanatime göre de işe iade ilamı bir tespit hükmü olup, ilamlı takibe konu edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle işe iade hükmündeki yargılama gideri ve vekalet ücreti de ancak kararın kesinleşmesi halinde ilamlı takibe konu ediledilir.

*".....Karar verildiği, hüküm fıkrasının bu haliyle bir tespit niteliğinde olup, alacaklı lehine, belli bir miktarın tahsiline dair eda hükmünü içermediği görülmektedir. İlamın davacı yararına hükmedilen yargılama giderine ilişkin bölümü ise, bir tahsil (eda) hükmü niteliğinde olduğundan bu bölümün ilamlı takibe konu yapılması mümkündür."***(BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ Adana 10. Hukuk Dairesi 03.04.2019 Gün 2018/1714 E.)**

"*Eda hükmü içermeyen "tespite" ilişkin ilamlar icra takibine konu edilemez. Ancak, kesinleşmeleri halinde bu ilamlardaki vekalet ücreti ve yargılama giderine ilişkin likit miktarların ... icra yolu ile infazı mümkündür. Bu durumda ... kesinleşmesi halinde likit olan yargılama giderleri ve vekalet ücreti kalemlerinin istenebilmesi dışında ... icra takibi yolu ile infazı mümkün değildir.***(12.H.D. 11.10.2018 Gün 2018/4072 E.)**

"İlgili yasa maddeleri ile yasa koyucu hangi belgelere dayanılarak ilamlı icra takibi yapılabileceğini önemine binaen titizlikle düzenlemiş, gerekli gördüğü yerlerde bunu özel kanunlarla belirleyip sınırlandırmıştır. Burada göz ardı edilmemesi gereken husus ise maddede yer verilen ilamların, icrası yorum gerektirmeyecek şekilde açık eda hükmü taşıyan ilamlar olduğu noktasıdır. Bu nedenle eda hükmü içermeyen "tespite" ilişkin ilamlar icra takibine konu edilemez. Ancak, kesinleşmeleri halinde bu ilamlardaki vekalet ücreti ve yargılama giderine ilişkin likit miktarların ilamlı icra yolu ile infazı mümkündür."
(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi 06.03.2019 Gün 2018/2723 E.)

79) İŞÇİ BOŞTA GEÇEN İLK 4 AYLIK SÜREDE BAŞKA BİR İŞTE ÇALIŞMIŞSA BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİNDEN MAHSUP EDİLİR Mİ?

7.H.D. mahsup edilmesi gerektiğini belirtirken, 22. ve 9.H.D. hiçbir şekilde mahsup edilemeyeceğini belirtmektedir.

İşçinin fesih tarihinden kararın kesinleştiği tarihe kadar en çok dört aylık ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesi hususu yargılama süreci göz önüne alınarak konulmuş işçinin boşta geçecek 4 aylık süre yönünden uğrayacağı ücret ve kıdem zararını karşılayacak bir telafi hükmüdür. İşçi işverence işe başlatılsa da başlatılmasa da ödenecek olması nedeniyle işverenin işe başlatmama tazminatından farklı olduğu kabul edilmelidir. Nitekim işe başlatmama tazminatından sigorta primi ve gelir vergisi kesilmediği halde ödenecek 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklar sigorta primi ve gelir vergisine tabi olup bu süre işçinin kıdem süresinden de sayılmaktadır. İşçinin boşta geçen süre içinde başka bir işveren yanında çalışması boşta geçen süre ücret alacağını çifte sigortalılığa sebebiyet vereceğinden etkileyecektir. İşçi aynı tarihlerde farklı iki işyerinden sigortalı gösterileceği gibi bu durum yasa koyucunun işverenin iş akdini hukuka aykırı şekilde feshetmesi nedeniyle yargılama süresi gözetilerek işçinin en çok dört aya kadar boşta geçecek süre nedeniyle uğrayacağı ücret ve sosyal güvenlik hakkı olan sigortalılık süresi zararını telafi amacıyla koyduğu bu hükmün koyuluş amacına da aykırı düşecektir. Bu durumda reel zarar gözetilmeli işçinin iş akdinin feshedildiği tarih ile işe iade kararının kesinleştiği tarih arasında boşta geçirdiği süre nazara alınmalı, bu süre 4 aydan az ise çalışmadan geçirdiği süre gözetilerek o süre ile sınırlı olarak ücret ve diğer hakları hesaplanmalı, ayrıca bu 4 aylık süre içinde işçinin başka bir işverene ait işyerinde çalışması nedeniyle hesaplama dışında bırakılacak süre yönünden işçinin işveren yanında çalışması halinde alacağı ücret ve diğer hakları ile başka bir işveren yanında çalışırken aldığı ücret ve diğer hakları arasında aleyhe bir farklılık oluşmuş ise bu farkın tahsiline karar verilmelidir. Davacının hizmet döküm cetvelinin incelenmesinde iş akdinin 08.02.2006 tarihinde feshedildiği ve davacının 08.03.2006 tarihinde başka bir işyerinde işe başladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece yapılması gereken davacının iş sözleşmesinin feshedildiği tarih olan 08.02.2006 tarihi ile kararın kesinleştiği tarih arasındaki sigortalı çalışmaları incelenmek suretiyle, ne kadar süreyi boşta geçirdiğini tespit etmek, boşta geçirilen süre 4 aydan daha az ise sadece bu süre açısından boşta geçen süre alacağı ile çalıştığı işyerinden aldığı ücret daha düşük ise aradaki farka hükmetmek, eğer boşta geçirilen süre 4 aydan daha fazla ise sadece 4 aylık süre ile sınırlı olmak üzere talebi şimdiki gibi kabul etmektir. Mahkemece belirtilen hususlar incelenmeksizin eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(7. H.D. 30.05.2013 Gün 2013/1937 E.)**

"Dairemiz kabulüne göre davacının işveren feshinden sonra boşta geçen süre içinde başka bir işveren nezdinde çalışmış ve bu işten gelir elde etmiş olması, işverenin dört aya kadar ücret ve diğer hakları ile ilgili yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu kabule göre, boşta geçen süre için geçersiz sayılan fesih tarihinden sonraki dört aylık ücret ve diğer hakların hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22. H.D. 07.11.2019 Gün 2017/27389 E.)**

"Feshin geçersizliğinin tespitiyle işe iade kararı sonrasında işçinin başvurusu üzerine ödenmesi gereken boşta geçen süre ücretinden başka bir işten elde edilen gelirin indirilmesi ya da diğer işte çalışılan sürenin mahsubu doğru değildir. Davacının yasa gereği en çok dört aya kadar süre içinde çalışması varmış gibi işçilik alacaklarının hesabı gerektiğinden Mahkemece indirim yapılmak suretiyle istekle ilgili hüküm kurulması hatalıdır. Çalışılamayan süre 4 aydan fazla olduğundan kıdemine 4 ay eklenerek farklı kıdem tazminatına karar verilmelidir." **(9. H.D. 17.12.2019 Gün 2016/11408 E.)**

80)İŞE BAŞLATILMAMA HALİNDE KIDEM TAZMİNATINA ESAS ALINACAK ÜCRET HANGİSİDİR?

Konu hakkında yargıtayın çelişkili kararları vardır. 9.H.D.'nin 2020 tarihli kararına göre geçersiz sayılan fesihteki ücretin dönem asgari ücretine oranı üzerinden hesaplama yapılması gerekir. 9. Hukuk Dairesinin 2020 tarihli bir başka kararına göre ise benzer işi yapan işçilerin bordroları celbedilemezse, emsal ücret araştırılması yapılması gerekir. 22.H.D. 2019 tarihli kararlarında, işçi aleyhine yorum yaparak geçersiz sayılan fesihte ödenen ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak 22.H.D. 2017 yılında iki farklı karara imza atarak, birinde asgari ücrete oranlanarak ücret belirlenemeyeceğini belirtirken, aynı yıl verdiği bir başka kararda emsal işçiler belirlenerek sonuca gidilmesi gerektiğini belirtmiştir.

"*İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplamada dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir.İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. Boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar için, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok dört aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir.Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların, işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerinin, en çok dört ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz.Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre; dava konusu boşta geçen süre ücreti alacağı ile işe başlatmama tazminatının hesaplanmasında kabul edilen ücret, geçersizliğine karar verilen fesih tarihi itibari ile ücret bordrosunda belirtilen brüt 5.120,10 TL'nin (net 3.750,00 TL) asgari ücrete oranlanması yoluyla belirlenmiştir. Mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek, davacının geçersizliğine karar verilen fesih tarihinde almış olduğu ücrete işverence asgari ücret yapılan artış oranında zam yapıldığının kabulü ile bu miktar üzerinden hesaplanan alacaklar hüküm altına alınmış ise de, söz konusu hesaplama yöntemi hatalıdır. Dosya kapsamına göre davacının geçersizliğine karar verilen ilk fesih tarihindeki ücretine zam yapıldığı sabit ve ispatlanmış değildir. Bu itibarla, davacının işverence işe başlatılmamak suretiyle iş sözleşmesinin feshedildiği 12.01.2015 tarihindeki ücreti ile 01.07.2013 sonrası boşta geçen süre ücreti alacağına esas alınan ücreti, dosyada mevcut ücret bordrosuna göre brüt 5.120,10 TL'nin (net 3.750,00 TL) olduğu kabulü ile buna göre sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü hatalı olmuştur.* **(22.H.D. 07.11.2019 Gün 2017/24960 E.)- ÜCRETİN ARTTIRALACAĞINA DAİR ŞART YOK İSE ASGARİ ÜCRETE ORANLANAMAZ.**

"*Somut olayda, uyuşmazlığın çözümü açısından Mahkemece; davacı işçiye emsal olabilecek işçilerin isimleri bildirildiğinde SGK ... İl Müdürlüğüne müzekkere yazılarak bu kişilere ait 2014 ve 2015 yıllarına ilişkin sigorta prim bildirimlerinin istenilmesi yönünde ara karar*

kurulmuş, davalı ... Güvenlik ve Eğitim Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından verilen 03.06.2015 havale tarihli cevabi yazıda firmalarında çalışan özel güvenlik görevlisinin 1.201,50 TL brüt asgari ücret ile çalıştırıldığı bildirilmiştir. Hal böyle iken, hükme esas alınan bilirkişi raporunda dosya kapsamındaki ücret bordrolarına göre davacının işten çıkarıldığı 23.10.2013 tarihinde günlük ücretinin brüt 51,05 TL olup yasal asgari ücretin %50 fazlası olması sebebi ile işe başlatılmadığı 31.01.2014 tarihi itibariyle de yasal asgari ücret miktarı olan 1.071,50 TL'nin %50 fazlası tutarındaki ücretle çalışabileceği varsayımından hareketle hesaplama yapılması hatalı olmuştur. Zira taraflar arasında davacı işçinin aylık ücretine asgari ücretin %50 fazlası tutarında zammın yansıtılacağı konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda davacının işe başlatılmadığı tarihteki çıplak ücretinin yasal asgari ücret düzeyinde olduğunun kabulü gerekmektedir." **(22.H.D. 04.11.2019 Gün 2017/24984 E.)- ÜCRETİN ARTTIRALACAĞINA DAİR ŞART YOK İSE ASGARİ ÜCRETE ORANLANAMAZ.**

"Somut olayda, davacının iş akdinin 07.07.2009 tarihinde feshedildiği, işe iade davasının kabul edilerek 18.10.2011 tarihinde Dairemizce 2011/3326 esas sayılı kararı ile onanmak suretiyle kesinleştiği ve taraflar arasında davacının işe iade sonrasında 21.12.2011 tarihinde işe başlatılmayarak iş akdinin feshedildiği hususunun tartışmasız olduğu anlaşılmıştır. Davalı vekili davacının çalışmış olduğu satış yönetici yardımcısı unvanına 2009 yılından itibaren zam yapılmadığını belirtmiş ve dosya içerisine aynı unvanda çalışan emsal işçi bordrosu ibraz etmiştir. Davacının ilk fesih tarihi olan 07.07.2009 tarihinde 1619,35 TL ücretle çalıştığı, davalı vekilince emsal işçi bordosu olarak dosyaya ibraz edilen bordroda ise 21.12.2011 tarihi itibari ile satış yönetici yardımcısı pozisyonunda çalışan işçinin 1620 TL ücret aldığı görülmüştür. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 07.07.2009 tarihinde ki ücreti 21.12.2011 tarihindeki asgari ücret miktarına oranlanarak fark kıdem tazminatına esas ücret belirlenmiştir. Ancak bu hesaplama yöntemi doğru olmamıştır. Dosya kapsamına göre davacının ilk fesih tarihindeki ücretine zam yapıldığı sabit ve ispatlanmış değildir. Bu nedenle davacının 07.07.2009 tarihindeki ücreti esas alınarak fark kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Ayrıca kıdem tazminatına esas giydirilmiş ücret hesabında 2009 yılı 7. Ay bordrosunda davacının kıdem tazminatına esas toplam diğer kazanç miktarı 12.019,56 TL olarak gösterilmiş ve bilirkişi raporunda bu miktar 365'e bölünerek giydirilmiş ücret belirlenmiş olmasına rağmen, ayrıca bordroda gözüken grup sağlık ve hayat sağlık sigorta ödemesinin de mükerrer olacak şekilde giydirilmiş ücrete eklenmesi hatalıdır. Mahkemece yapılacak iş davacının 07.07.2009 tarihinde almış olduğu ücret üzerinden ve davacıya yapılan diğer ödemeler toplamı olan 12.019, 56 TL nin 365' e bölünmesi ile çıkacak miktar davacının ücretine ilave edilerek fark kıdem tazminatına esas ücreti belirlemek ve çıkacak sonuca göre varsa kıdem tazminatı alacağını hüküm altına almak olmalıdır. Bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 17.04.2017 Gün 2017/7138 E.)- ÜCRETE ZAM YAPILDIĞI İSPATLANAMAZSA ASGARİ ÜCRETE ORANLANAMAZ.**

"Somut olayda, muhasebe müdürü olarak çalışan davacı , işe iade davası sonrasında 18.01.2013'te süresinde yaptığı başvuruya rağmen işverence işe başlatılmayarak, 18.02.2013'te hesabına 39.000,00 TL ücret yatırıldığını, hesaplamanın hatalı olduğunu ve ödemenin eksik yapıldığını, 2011 Mayıs ve 2012 Temmuz aylarında işçi ücretlerine zam yapıldığını, ancak kendi ücretine zam yapılmayarak alacakların eksik ödendiğini iddia etmiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, dosyaya emsal işçi olarak bildirilen işçilerin ücretlerine ilişkin inceleme yapılarak, feshin kesinleştiği 18.02.2013

tarihindeki günlük brüt ücret tutarlarına göre ortalama zam oranı tespit edilmiş ve davacının fesih tarihinde 4.474,00 TL alabileceği hesaplanmıştır. Davalı işveren ise 18.01.2013 tarihinde muhasebe müdürünün çalışma ücretinin 4250.00 tl olduğunu beyan etmiştir. Buna göre, mahkemece her ne kadar bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulmuş ise de, hesaplamada esas alınan listedeki işçilerin ne iş yaptıkları, hizmet süreleri,eğitim durumları belirli olmadığı gibi davacının emsali olup olmadıkları da araştırılmamıştır. Yine 2013 yılında görev yapan muhasebe müdürünün davacının emsali olup olmadığı da dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Bu halde mahkemece belirtilen listedeki işçilerin ve 2013 yılında görev yapan muhasebe müdürünün davacının emsali olup olmadığı araştırılarak ve muhasebe müdürüne ait bodrolarda getirtilmek suretiyle değerlendirilerek, belirtilen hususlarda bilirkişiden denetime elverişli rapor alınmak suretiyle sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 16.05.2017 Gün 2017/6862 E.)- EMSAL ÜCRET**

"Davacının feshin geçersizliği ve işe iadesine ilişkin mahkeme kararı üzerine usulünce başvuru yapmasına rağmen işe başlatılmayarak iş akdinin bu şekilde feshedildiği anlaşıldığından ücretin benzer işi yapan işçilerin bordrolarının celbi mümkün olmazsa emsal ücret araştırmasına göre zamlı olarak belirlenmesi gerekmektedir. Davalı işveren benzer işi yapan çalışan işçisi bulunmadığını bildirerek emsal ücret araştırması yapılmasını talep etmiştir. Mahkemece emsal ücret araştırması yapılması gerekirken, önceki fesih tarihindeki ücretin asgari ücrete oranına göre zamlı ücretin belirlendiği rapora itibarla hüküm kurulması hatalıdır." **(9.H.D. 08.10.2020 Gün 2016/21732 E.)- EMSAL ÜCRET**

"İşçinin işe başlatılmadığı tarihteki ücreti belirlenemiyorsa, geçersiz sayılan fesihte ödenen ücretin dönem asgari ücretine oranı üzerinden işe başlatmama tarihindeki ücretin belirlenmesi mümkündür." **(9.H.D. 21.09.2020 Gün 2016/20124 E.)- ASGARİ ÜCRETE ORANLAMA YAPILARAK ÜCRET TESPİT EDİLMELİDİR.**

"Davaya konu kıdem ve ihbar tazminat farkları ile iş başlatmama tazminatının hesabında, davacının işe başlatılmadığı tarihteki ücret üzerinden hesaplama yapılmalıdır. Bilirkişi raporunda davacının en son aldığı ücretin işe başlatmama tarihindeki asgari ücrete oranına göre birinci seçenek olarak hesaplanmış, daha sonra emsal işçinin işe başlatılmama tarihindeki ücreti dikkate alınarak ikinci bir hesaplamaya gidilmiştir. Mahkemece gerekçesiz olarak ilk seçeneğe göre hüküm kurulmuştur. İş yerinde çalışmakta olan emsal işçinin ücretine göre hesaplamaya gidilmesi yerinde olup, emsal ücretin belirlenemediği hallerde uygulanan asgari ücret oranına göre sonuca gidilmesi doğru değildir." **(9.H.D. 12.11.2018 Gün 2015/23588 E.)-EMSAL ÜCRET**

81)İŞÇİNİN EMEKLİLİĞE HAK KAZANMASI HALİNDE, İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI ALT SINIRDAN MI HÜKMEDİLMELİDİR?

Bu konuda Yargıtay ve BAM'ın farklı kararları vardır.

"İşletme gerekleri ile fesihte emeklilik nedeninin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir." **(9.H.D. 09.12.2019 Gün 2019/4215 E.)**

"Somut uyuşmazlıkta, iş akdine işletme gerekleri ile son verilmiş olup sosyal seçim kriteri olarak da davacının yasal emekliliğe hak kazanmış olması gösterilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarından davacının yaşlılık aylığı almaya hak kazandığı anlaşılmaktadır. Fesih sebebi ve davacının emekliliğe hak kazanmış olduğu dikkate alındığında, işe başlatmama tazminatının miktarının 6 ay olarak belirlenmesi hatalıdır. Bu tazminat miktarının davacının dört aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesi dosya içeriğine ve Dairemiz'in yerleşik ilkelerine uygun düşecektir." **(22.H.D. 03.04.2017 Gün 2017/10199 E.)**

9.H.D. aşağıdaki kararda ise salt kıdem süresine bakmamış, fesih sebebini de inceleyerek alt sınırdan uzaklaşmıştır.

"Somut olayda, davacının iş sözleşmesinin emeklilik hakkını elde etmesi nedeniyle feshedilmişse de; emekliliği gelmesine rağmen birçok işçinin çalışmaya devam ettiği, emekliliğe ilişkin genel ve objektif bir uygulamanın bulunmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Ancak davacı 19.12.1983-30.06.2014 tarihleri arasında çalışmıştır. Kıdem süresi ve fesih sebebine göre işe başlatmama tazminatının 4 ay yerine 6 ay olarak belirlenmesi dosya içeriğine uygun olacaktır." **(9.H.D. 23.06.2015 Gün 2015/15213 E.)**

Ankara BAM 6.H.D. işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde işçinin emekliliğe hak kazanmasını dikkate alarak tazminatın dört aylık ücret tutarında belirlenmesinin uygun olacağına karar vermiştir. [101]

Ankara BAM 7.H.D. ise, işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasının alt sınırdan tazminata hükmetmeyi gerektirmediğini, işçinin kıdemi ve fesih nedeni gibi diğer ölçütlerin de dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.[102]

"*İş güvencesinin amacı, iş ilişkisinin devamlılığını sağlamak olduğuna göre emeklilik hakkını kazanmış olan işçi yönünden işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi, işveren tarafından işçinin işe başlatılması noktasında daha az caydırıcı bir etkiye neden olur. Dairemizce yapılan değerlendirme sonucu, emeklilik hakkını kazanan işçiler bakımından iş güvencesinin etkinliğinin azaltılması yerinde görülmemiş, feshin geçerli nedene dayanmadığı tespit olunduğunda, işe başlatmama tazminatının alt sınır yerine işçinin kıdemine göre belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır."* **(ANK. BAM 7. H.D. 25.05.2017 Gün 2017/1289 E.)**

Öğretide **Durmuş**'a göre; yargıtayın işe başlatmama tazminatının tespitinde kıdem gözetmeksizin salt emekliliğe hak kazanmayı değerlendirerek alt sınırdan hesap etmesi kendi içinde tutarlı değildir. Yargıtayın bir yandan işçinin işyerindeki kıdem süresini dikkate almakta iken diğer tarafta emeklilik halinde işçinin kıdemini değerlendirmeye almamaktadır. Hiçbir gerekçe gösterilmden sadece kıdem ölçütüne

[101] ANK. BAM 6.H.D. 19.12.2017 Gün 2017/2458 E. Çil, Şahin "İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları" syf 219, Ankara 2020 Yetkin Yayınları
[102] ANK. BAM 7.H.D. 25.05.2017 Gün 2017/1289 E. Çil, Şahin "İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları" syf 220, Ankara 2020 Yetkin Yayınları

göre işe başlatmama tazminatının belirlenmesi, hakimin takdir hakkına müdahale teşkil edecektir. [103]

82)6 AYLIK KIDEM SÜRESİNİN TESPİTİNDE ÖNCEKİ DÖNEM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENİ ÖNEMLİ MİDİR? ARALIKLI ÇALIŞMALAR BİRLEŞTİRİLİR Mİ?

22.H.D. 2011 tarihli kararında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin sonraki dönem için dikkate alınmayacağına karar vermiştir**.**

"Mahkemece kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği ilkesi dikkate alınarak hüküm kurulmuş ise de, davacının davalı işverene ait işyerindeki 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasındaki çalışma döneminin 4857 sayılı Yasa'nın 17. maddesince sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, 19.06.2009 tarihinde yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur." **(22.H.D. 20.10.2011 Gün 2011/1014 E.)**

Aynı daire 2016 tarihli kararında ise çalışmanın aralıksız olması gerektiğine dair kanunda bir düzenleme bulunmadığını belirterek aralıklı çalışmaların da birleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kararda önceki dönemin tazminatlar ödenerek tasfiye edilip edilmemesine değinmemiştir.

"Dairemizce altı aylık kıdemin kesintisiz olması gerektiğine ilişkin görüş yeniden değerlendirilerek kanunda bu konuda açıklık bulunmadığı gerekçesiyle kesintili çalışmaların birleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Somut olayda davacının altı aylık kıdeminin belirlenmesi bakımından önceki dönem kıdeminin de dikkate alınması gerekir. Hal böyle olunca davacının altı aylık kıdeminin bulunduğu, davalılar arasında kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanmadığı, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun olduğu, iş sözleşmesinin davalı işverence usulüne uygun bir fesih bildirimi yapılmadan geçerli sebep olmaksızın feshedildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmesi gerekli iken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olmuştur." **(22. H.D. 02.12.2016 Gün 2016/31017 E.)**

7.H.D. 2014 tarihli kararında ilk dönemin tasfiye edilip edilmediğine bakmaktadır. İlk dönem tasfiye edilmiş ise bu dönem sonraki kıdem süresine dahil edilemez. Eğer ilk dönem tasfiye edilmemiş ise sonraki dönemle birleştirilmelidir.

"Davalı işveren, ilk dönem çalışmasını gerçekten tasfiye etmiş, aradan geçen 1 yıl kadar süre sonra tekrar davacı ile iş sözleşmesi imzalamış ise o halde ilk dönem çalışma süresi tasfiye edilmiş olup ikinci dönem çalışması süresi esas alınmalıdır." **(7.H.D. 14.10.2014 Gün 2014/12921 E.)**

Aynı daire 2015 tarihli kararında ise; aralıklı çalışmaların her halukarda birleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak kararda ilk döneme ilişkin tazminat ödenip ödenmediğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır.

[103] Dr.Seda Arslan Durmuş "İş Hukukunda Kıdem Kavramı" syf 113-114 Onikilevha Nisan 2021

4857 sayılı Kanun'da bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o "işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdemin hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir düzenleme yer almadığından daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şart değildir." **(7.H.D. 21.10.2015 Gün 2015/16854 E.)**

9.H.D. 2015 tarihli kararında, iş sözleşmesinin aralıklı olarak devam edip etmemesinin önemli olmadığını belirterek, her iki dönem çalışmasını da birleştirmiştir.

*"4857 sayılı Kanun'da bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdemin hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir düzenleme yer almadığından daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şart değildir. Somut uyuşmazlıkta, davacının iki ayrı sözleşme ile toplamda 10 ay süre ile davalı işveren nezdinde çalışmasının bulunduğu uyuşmazlık dışıdır. Davacının aralıklı da olsa işyerinde toplam çalışması 6 ayı geçmektedir. İş akdinin kesintili olarak devam etmesinin sonuca etkili değildir. Diğer taraftan yapılan işin niteliği göz önüne alındığında taraflar arasında imzalanan sözleşmelerin belirli süreli sözleşme olarak kabul edilmesinin mümkün değildir. Bu nedenle yapılan feshin geçersiz olduğu anlaşılmakla davanın kabulü yerine yanılgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."***(9.H.D. 21.10.2015 Gün 2015/20137 E.)**

Aynı daire 2017 tarihli kararında ise, emeklilik sebebiyle kıdemin sıfırlanamayacağını belirterek her iki döneme ait süreyi birleştirmiştir.

"4857 sayılı Kanun□da bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdemin hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir düzenleme yer almadığından daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şart değildir. Somut uyuşmazlıkta davacı işçinin işyerinde 05.09.2001 tarihinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığı, SGK İşten Ayırılış Bildirgesinde (Kod 8) emeklilik nedeniyle işveren tarafından iş sözleşmesi feshinin 25.02.2015 tarihinde davacıya işçiye bildirildiği ve davacı işçinin tekrar 25.02.2015 den 03.03.2015 tarihine kadar çalıştığı mahkemece davacının hizmet süresinin 25.02.2015-03.03.2015 tarihleri arası esas alınarak bu tarihe göre davacı işçinin kıdeminin davalı işveren nezdinde hizmetinin altı aydan az olduğu gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiş ise de; davacının emeklilik nedeniyle olan kıdeminin sıfırlanması doğru olmadığından davacının kıdemi 6 aydan fazla olup işin esasına girilerek davanın görülmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır." **(9.H.D. 21.02.2017 Gün 2016/5422 E.)**

9.H.D. yine kanaatimize göre haklı olarak 2009 ve 2019 yıllarına ait kararlarda önceki dönem tasfiye edilse bile her iki dönem hizmet süresinin toplanması gerektiğini

belirtmektedir. 2019 tarihli kararında tek fark olarak, işe başlatmama tazminatının son hizmet süresine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

"Davacının iş güvencesi hükümlerine esas altı aylık kıdeminin hesabında her iki dönemde geçen çalışma süresinin toplamı göz önünde bulundurulması gerekirken, sadece son dönem çalışma süresi dikkate alınarak altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşmediğinin kabulü doğru olmamıştır. Davacının ilk dönem çalışmasının işverence tazminatları ödemek suretiyle sona erdirilmiş olması da varılan bu sonuca etkili değildir.." **(9.H.D. 07.12.2009 Gün 2009/10104 E.)**

"Dosya içeriğine ve özellikle hizmet döküm cetveli ve işe giriş bildirgeleri incelendiğinde davacının davalı işyerinde ... ve ... tarihleri arasında kesintili olarak çalıştığı ancak ara verilmiş olsa da toplam fiili çalışma süresi dikkate alındığında davacının 6 aydan fazla çalıştığı sabittir. Bu nedenle 6 ay kıdem koşulunu tamamlayan davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerekmektedir." **(9.H.D. 04.02.2019 Gün 2019/66 E.)**

22.H.D. 2018 tarihli kararı ile ilk döneme ilişkin tazminatların ödenmiş olmasının birleştirmeye engel olmayacağına karar vermiştir.

"Somut olayda, davacının davalı işveren nezdinde iki dönem çalışması mevcuttur. Dosyada yer alan sosyal güvenlik ve işyeri kayıtları uyarınca davacının ilk dönem çalışması, 05.11.2010-18.01.2016 tarihleri arasında, ikinci dönem çalışması ise 30.05.2016-07.11.2016 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. Her ne kadar davacı, davalı nezdindeki ikinci dönem çalışmasının 02.05.2016 tarihinde başladığını ve dolayısıyla ikinci dönem çalışması bakımından altı ay kıdemi olduğu hususunu ispatlayamamış ise de; davacının ilk dönem çalışmasının 18.01.2016 tarihinde tazminatları ödenmek suretiyle tasfiye edilmiş olduğu; ikinci dönem çalışmasının ise sona erme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde başlamış olduğu sabit olduğundan, aralıklı çalışmaların birleştirilmesi suretiyle altı aylık kıdemin hesaplanması gerekmektedir. Bu halde, davacının aralıklı iki dönem çalışmalarının birleştirilmesiyle altı aylık kıdem şartını sağladığı anlaşıldığından, dosyanın esasına girilerek inceleme yapılması gerekirken dava şartı yokluğu nedeni ile davanın usulden reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D.12.09.2018 Gün 2018/10008 E.)**

Öğretide bir görüşe göre, *"iş sözleşmesinin sona ermesinde tazminat ve alacakların ödenmiş olmasının altı aylık kıdem süresinin tespitinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.Buna göre önceki döneme ait tazminatlar ister ödenmiş olsun isterse de ödenmemiş, önceki ve sonraki süreler birleştirilerek kıdem tespit edilecektir."*[104]

Öğretide bir başka görüşe göre; "*önceki dönemin sona erdirilmesi ve işinin işçilik alacaklarının ödenmesi karşısında altı aylık kıdemin sonraki dönem ile birleştirilmemesi gerekir."*[105]

[104] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat "Bireysel İş Hukuku Dersler" Beta Basım İstanbul 2020 syf.522 dn.1515, Kaynak: " Dr.Seda Arslan Durmuş İş Hukukunda Kıdem Kavramı OnikiLevha Nisan 2021 syf. 343

[105] Demir, Fevzi "İşe İade Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları" Legal İHSGHD, S.19, 2008 s.888; Odaman, Altı Aylık Süre,s.111-114; Göktaş, İş Güvencesi, s.28, Kaynak: Dr.Seda Arslan Durmuş "İş Hukukunda Kıdem Kavramı" OnikiLevha Nisan 2021 syf. 343

Kanaatimce ve öğretide Durmuş tarafından da haklı olarak ifade edildiği üzere; "*aynı işverenin bir veya değişik işyerlerindeki işe ilişkisi hukuken kesintiye uğramış ve önceki iş ilişkisi tasfiye edilmiş olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen kıdem sürelerinin birleştirilmesi, iş güvencesinden yararlanmak için gereken altı ayın tespitinde söz konusu olmalıdır. Zira kanunda işçinin aralıklı çalışmalarının birleştirilmesi tazminatların ve/veya alacakların ödenmiş olup olmamasının iş güvencesinden yararlanmak için gereken kıdem koşulu ile bir ilgisi de bulunmamaktadır. Kıdem tazminatı ile iş güvencesi kavramları birbirinden farklı hukuki kurum ve düzenlemeler olup her bir kurumun dayandığı amaç da aynı değildir.* [106]

83) 6 AYLIK KIDEM SÜRESİNİN TESPİTİNDE HER İKİ DÖNEM ÇALIŞMA SÜRESİ ARASINDA NE KADAR BİR UZUNLUK BULUNMALIDIR?

Öğretide Kar'a göre *"birleştirme suretiyle dikkate alınacak sürelerin hemen birbirini izler şekilde geçirilmesine gerek yoktur. Bunlar farklı zamanlarda oluşsa dahi mutlaka dikkate alınması gerekir."* [107]

9.H.D. 2006 tarihli kararında ilk derece mahkemesinin kararını aşağıdaki gerekçe ile bozmuştur. Yargıtay bu kararında iki dönem arasındaki sürenin uzunluğu veya kısalığı ile ilgilenmemiştir.

"Mahkemece davacının işe iade isteği önceki çalışma döneminin sona ermesinden sonra ***uzun zaman geçtiği*** *ve son çalışma döneminin dört ay olduğu, altı aylık kıdemi bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/4 maddesine göre, işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. Belirtilen hüküm karşısında davacı ayrı iki dönemde çalışmış olsa bile her iki dönemin atlı aylık kıdem tespitinde birleştirilerek hesaplanması gerekir. Davacının davalı işyerinde iki dönem çalışması birleştirildiğinde kıdemi 6 aydan fazladır. Mahkemece, son dönem çalışmasının 6 aydan az olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır."*

Peki işçinin ilk dönem çalışması ile ikinci dönem çalışması arasında çok uzun bir süre var ise yeni de birleştirilecek midir? Uzun süreden kasıt nedir?

22.H.D.tazminatları ödenip tasfiye edilen ilk dönem ile ikinci dönemin birleştirilebilmesi için aralarında en fazla 1 yıllık süre bulunması gerektiğini belirtmektedir.

"İş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli altı aylık kıdemin belirlenmesinde, tazminat alacakları ödenerek tasfiye edilen veya tazminat ödemesini gerektirmeyecek şekilde sona eren önceki dönem çalışma süresinin, takip eden yeni dönem çalışma süresine eklenip eklenemeyeceği meselesinin, Dairemizce kapsamlı olarak değerlendirilmesi sonucunda oluşturulan içtihat uyarınca, işçinin aralıklı önceki dönem çalışması, tazminatları ödenmek suretiyle tasfiye edilmiş veya tazminat ödemesini gerektirmeyecek şekilde sona ermiş ise, sona erme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde yeni çalışma döneminin başlamış olması halinde, aralıklı çalışmaların birleştirilmesi suretiyle altı aylık

[106] Dr.Seda Arslan Durmuş İş Hukukunda Kıdem Kavramı OnikiLevha Nisan 2021 syf. 344
[107] Bektaş Kar "İş Güvencesi ve Uygulaması" Yetkin Yayınları Ankara 2021 syf. 113

*kıdemin hesaplanması gerektiği kabul edilmiştir."***(22.H.D.12.09.2018 Gün 2018/10008 E.)**

22.H.D.'nin 1 yıllık süre koşuluna hangi gerekçe ile vardığı anlaşılamamaktadır. Kanaatimize göre farklı dönemlerin birleştirilmesinde kanunda herhangi bir istisna tanınmamıştır. Bu nedenle aradan kaç yıl geçerse geçsin aralıklı çalışmaların tamamı birleştirilmelidir. Zira iş güvencesi ve yıllık izin kıdemi asla tasfiye olmaz.

84)İŞÇİNİN DAVRANIŞINA YÖNELİK FESİHLERDE SON ÇARE İLKESİ UYGULANMALI MIDIR?

Öğretide bir görüşe göre; son çare olma ilkesi sadece işletmesel nedenlerle yapılan fesihte değil, aynı zamanda davranışa dayalı yapılan fesihlerde de uygulanması gerekir. Bir başka görüş ise; işçinin davranışları ve yetersizliğine dayalı fesihlerde son çare ilkesinin uygulanamayacağını, ilkenin sadece işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde uygulanabileceğini ileri sürmüştür. [108]

Yargıtayın da konuya ilişkin kararları çelişkilidir. Bir kısım kararlarında son çare ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtirken, bir kısım kararlarında gerek olmadığını belirtmektedir.

"Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının rapor alsa da almasa da toplantılara geç katıldığı veya katılmadığı, işyerinde amirleri ile sorunlar yaşandığı, sık sık rapor alması ve toplantılara katılmamasının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı anlaşılmaktadır. Davranış ve verimi neden ile işyerinde olumsuzluklara yol açan ve iş ilişkisini devamını çekilmez hale getiren bir işçi açısından feshin ***son çare olması ilkesinden söz edilemez.*** *Bu nedenlerle fesih geçerli nedene dayandığından davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır."* **(9.H.D. 06.07.2017 Gün 2016/29524 E.)-UYGULANMAZ**

"Dosya içerisindeki bilgi ve belgeler ve özellikle işyeri cd kayıtları ile tanık ....'nın beyanları dikkate alındığında; güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının, 25.09.2015 tarihinde görev yerini terk ederek diğer güvenlik görevlisi ile sözlü tartışma içerisine girdiği ve işyerinde çalışan vardiya amiri ile diğer bir güvenlik görevlisi arasında gönül ilişkisi olduğu yönünde işyerinde dedikodular yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş sözleşmesinin devamının işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemez bir hal aldığı ortadadır. İşçinin davranışları işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisi çekilmez hal almış ise ***feshin son çare olması ilkesi aranmamalıdır."*****(9.H.D.12.09.2017 Gün 2016/17879 E.)-UYGULANMAZ**

"Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. İşçinin feshe konu edilen eylemi herhangi bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek iken en ağır yaptırım olan feshe başvurulması iş sözleşmesinin feshinin Ölçülülük ilkesine uygun olmadığı sonucunu doğurur. Olayımızda söz konusu eylemin davacıya maddi bir menfaat sağlamadığı, aksine sonrasında ürün bedelini ödemesi suretiyle zarar verdiği, yapılan ödeme dikkate alındığında eylemin işverene de maddi zararının bulunmadığı, davacının eyleminin, hediye edilen ürüne oranla çok yüksek

[108] Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra "Bireysel İş Hukuku Dersleri" syf 519 İstanbul 2020

olan ürün satışı sonrasında ve işveren cirosuna katkıda bulunmak amaçlı olarak, iyi niyetle gerçekleştirildiği hususları hep birlikte ele alındığında, davaya konu feshin son çare olması ilkesine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, aksi yöndeki ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının hatalı olduğu kanaatine varılmıştır. Dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri ile kamu düzeni dikkate alındığında davacı tarafın istinaf başvurusunun yukarıda açıklanan yönlerden kabulüne, ilk derece mahkemesince verilen kararın kaldırılarak yeniden hüküm kurulmasına Davalı işverence yapılan FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE, Davacının İŞE İADESİNE" **karar verilmiş, ancak ilgili Bam kararı yargıtay tarafından bozulmuştur***."Davacının kararının kesinleşmesinden itibaren 10 iş gün içerisinde işe başlamak üzere işverene başvurması sonrası işverence işe başlatılmaması halinde davacının kıdemi ve fesih sebebi göz önünde bulundurularak takdiren 4 aylık brüt ücret tutarındaki tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE, Davacı işçinin işe iade için 10 günlük yasal süre içinde işverene başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşeceği tarihe kadar gerçekleşen en çok 4 aylık ücretinin ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE, şeklinde hüküm kurulmuştur. Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin mağaza müşterisine yetkisi dışında ve o sırada mağazada bulunan amirlerinden izin almadan ve amirlerinden gizli bir şekilde mağazaya ait kol düğmesi hediye ettiği, bu hediye olayının müşteri kapıdan çıkarken alarmın ötmesi sonucu fark edildiği, davacı sonradan kol düğmelerinin parasını ödeyerek, bu kol düğmelerini müşteriye kendisinin hediye ettiği savunmasını yapmışsa da bu davranışının müşteriye yaptığı hediye eylemini meşrulaştırma amacına yönelik bir eylem olduğu anlaşılmakla, davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı, ancak davacının eylemi ile iş verenin güvenini zedelediği, davacının davranışlarının iş yerinde olumsuzluklara yol açtığı ve birlikte çalışmasının da bu anlamda beklenemeyeceği anlaşıldığından; davacının davranışının fesih için geçerli sebep oluşturduğu kabul edilmelidir. Bölge Adliye Mahkemesi'nin temyiz edilen kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve Dairemizce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca aşağıdaki gibi davanın reddine karar vermek gerekmiştir."* **(9.H.D. 23.03.2019 Gün 2019/2626 E.)[109]-BAM: UYGULANIR, YARGITAY: UYGULANMAZ**

"Somut olayda davalı işveren, davacının izinsiz olarak işyerini terk etmesi ve davalı şirket ile arasında husumet bulunan ... Şirketi yetkilileri ile görüştüğü ve akabinde 06.04.2016 tarihinde bu firma tarafından getirilen abonelik işlemlerini usulsüz olarak yaptığı ve gerekli denetimleri yapmadığı gerekçesi ile iş akdini fesih etmiştir. Ancak, davacının mesai saatleri dışında arkadaşı olduğunu beyan ettiği ... Şirketinin yetkilisinin kardeşi ile birlikte oturmasını, işverenin davacıya karşı güvenini zedeleyecek bir davranış olarak kabul etmek mümkün değildir. Yine davacının, dava dışı ... Şirketinin 3 adet abonelik işleminde gerekli denetimleri yapmadığı ve şirket sırlarını ifşa ettiği de dosya kapsamına uygun bir tespit değildir. Zira, her ne kadar davacı tarafından abonelik işlemlerine ilişkin belgelerin yetki belgesinin eksik olması nedeniyle yapılamadığı anlaşılmakta ise de, eksiklik nedeni ile yapılamayan işlemden dolayı şirket sırlarının nasıl ifşa edildiği, ifşa edilen şirket sırlarının neler olduğu, davalı şirket tarafından işlemi yapılamayan dosyaya hangi şirket sırrının yer aldığı belgenin sunulduğu, işlem yapılmış olsa idi dosya içerisinde kalacak olan belgelerin sır niteliğinin nasıl muhafaza edileceği dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Davacının yapmış olduğu iş, abonelik işlemleri için gerekli belgelerin kontrolü olup, belgelerde eksiklik bulunması halinde davalı şirket tarafından işlem yapılmadığından, ifşa edilen bir şirket sırrından da söz edilmesi mümkün değildir. Yapılmayan bir işlemden

[109] Ş.Esra Baskan "İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare(Ultima Ratio) İlkesi" syf 83

dolayı davalı şirketin uğradığını iddia ettiği zarar da ispat edilemediği gibi onlarca işlem yapılan bir işyerinde, yetki belgesinde eksiklik olması nedeni ile yapılmayan bir işlemden dolayı, davacının davalının güvenini kötüye kullandığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle yapılan feshin, feshin ölçülülük ilkesine ve ***feshin son çare olması gerektiği ilkesine aykırı olduğuna*** *ve geçersiz olduğuna karar vermek gerekmiştir."* **(22. H.D. 19.11.2018 Gün 2018/14827 E.)[110]- UYGULANIR.**

"İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir. İşçiye verilen ihtardan sonra yeni bir yükümlülük ihlali meydana gelmemişse, sırf ihtara konu olan davranışa dayanılarak iş sözleşmesi geçerli bir şekilde feshedilemez. Çünkü ihtarın verilmesiyle işveren, ihtara konu olan davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkından örtülü olarak feragat etmiş bulunmaktadır. Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. ***Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir.*** *Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve* ***ultima ratio prensibi uyarınca*** *İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir."* **(9.H.D. 22.04.2019 Gün 2018/10340 E.)[111]-UYGULANIR.**

Öğretide Baskan tarafından kanaatimize göre haklı olarak ifade edildiği üzere, " *Alman Hukukunda da işçinin davranışına dayalı fesihlerde fesih yapılmadan önce uyarı yapılması gerektiği aksi halde feshin geçersiz sayılacağı kabul edilmektedir. Benzer şekilde hukukumuzda da davranışa dayalı fesihlerde ihtar yapılması gerekir. Bu bağlamda davranışa dayalı fesih yoluna başvurulabilmesi için ihtarla davranışın tekrar edilmeyeceği ihtimali düşük olmalıdır. Bir diğer ifadeyle son çare ilkesi gereği işçinin davranışı feshi zorunlu kılmıyorsa, işçiye ihtarla kendisini düzeltmesi için fırsat verilmelidir. İhtar bu tür fesihlerde aynı zamanda olumsuz öngörü ilkesi ve son çare ilkesinin ikisine de hizmet eden ve birbirlerinin tamamlayacısı olmasını sağlayan bir işleve sahiptir."*[112]

85) İŞE İADE TEBLİGATININ USULÜNE UYGUN YAPILAMAMASININ SORUMLULUĞU KİME AİTTİR?

22.H.D.'nin 2013 tarihli kararına göre tebligat usulsüz ise sorumluluk işçiye aittir. Karara konu olayda işçi mahkeme ilamında belirtilen işveren adresine ihtarname keşide etmiş, söz konusu ihtarname mahalle muhtarına tebliğ edilmiştir. Ancak yargıtay ihbarnamenin kapıya yapıştırılıp yapıştırılmadığının tespit edilemediğini, adreste bulunmama nedeninin kanunda belirtilen kişilere sorulmadığını, yeni adresinin araştırılmasına ilişkin herhangi bir işlem yapılmadığını belirterek işe iade başvurusunun usulüne uygun yapılmadığnı belirtmiş ve davacının davasını reddetmiştir.

Kararı hukuken yorumlamak son derece güçtür. İşçi tebligatın mahkemede belirtilen adrese çıkartılmasını talep etmekle üzerine düşen sorumluluğu zaten ifa

[110] Ş.Esra Baskan "İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare(Ultima Ratio) İlkesi" syf 81
[111] Ş.Esra Baskan "İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare(Ultima Ratio) İlkesi" syf 82
[112] Ş.Esra Baskan "İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare(Ultima Ratio) İlkesi" syf 88

etmiştir. Kaldı ki ihtarname muhtara yapılmış yani tebligat tamamlanmıştır. Ayrıca davalı işveren yargılama sırasındaki adresini de değiştirmemiştir. Hal böyle iken tebligatın usulsüz olduğunun sorumluluğu işçiye yüklenmemelidir. Zira tebligatı işçi yapmamaktadır. Bu nedenle davanın reddedilmesi son derece hatalı olmuştur.

"Mahkemece, "Davalı taraf davacının süresi içinde Bayık Temizlik şirketine müracaat etmediğini belirtmiş ise de dosyaya sunulan belgelerden davacı vekilinin kesinleşmiş mahkeme kararını 09.11.2009 tarihinde tebliğ aldığı ve 11.11.2009 tarihinde gönderdiği iadeli taahhütlü dilekçe ile işe başlatma talebinde bulunduğu ancak adres kapalı olduğundan söz konusu talebin işverene ulaşmadığı iade edildiği, davacının bu kez Adana 9. Noterliğinin 16.12.2009 tarih 28675 yevmiye nolu ihtarnamesi ile işe iade talebinde bulunduğu ve adres kapalı olduğundan tebligatın 21.12.2009 tarihinde ***mahalle muhtarına tebliğ edildiği*** *anlaşılmaktadır.* ***Davacının işe iade talebini davalının Adana 5. İş Mahkemesi dosyasında tebligat yapılan adresine gönderdiği****, dolayısı ile yapılan işlemde davacının herhangi bir kusuru olmadığı anlaşıldığından 11.11.2009 tarihinde yapılan başvurunun kabul edilmesi gerekir. Bu durumda davacının süresi içinde işverene müracaat etmediği savunmasına itibar edilemez." gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut olayda, davacının işe başlatılmak için yaptığı başvuruya ilişkin tebligatın* ***işyerinin kapalı olması nedeni ile muhtara yapıldığı****, adreste bulunmama nedeninin kanunda belirtilen kişilere sorulmadığı, yeni adresinin araştırılmasına ilişkin herhangi bir işlem yapılmadığı, tebliğ memurunca yeni adresinin saptanamadığına ilişkin bir açıklama yapılmadığı, tebliğ evrakının muhtara teslim edildiğine ilişkin ihbarnamenin kapıya yapıştırılıp yapıştırılmadığının belli olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre davacının işe başlatılmaya ilişkin başvurusu usulüne uygun tebliğ edilmemiştir****. İşe başlatılma başvurusu usulüne uygun şekilde tebliğ edilmeyen işverenin işe başlatma yükümlülüğünden söz edilemez.*** *Davacı işçi işe başlatılmak için süresinde başvurmadan boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı isteğinde bulunamayacağından davalı bakanlığın icra takibine yaptığı itiraz haklıdır. Bu nedenle itirazın iptali, takibin devamı ve icra inkâr istemini içeren bu davanın reddi gerekir. Yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalı olmuştur."* **(22.H.D. 12.02.2013 Gün 2013/1005 E.)**

22.H.D.'nin 2019 tarihli kararına göre ise adrese gönderilen tebligatın iade edilmesinin sorumluluğu işçiye yüklenemez. Bu kararda aynı daire, tam tersi yönde yukarıdaki görüşümüz doğrultusunda karar vermiştir.

"Davacı, noter aracılığı ile işverenin ticaret sicilde kayıtlı adresine gönderdiği 08/11/2013 tarihli ihtarname ile işe başlatılma talebinde bulunmuş ancak ihtarname adresin kapalı olduğu gerekçesi ile tebliğ edilememiştir. Mahkemece davacının yaptığı işe başlatılma talebinin tebliğ edilmediğinden bahisle usulüne uygun olmadığı gerekçesi ile dava konusu iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını talep edemeyeceği kabul edilmiş ise de işçinin on iş günü içinde işe başlatılmak için iradesini ortaya koyduğu, davacının işe başlatılma talebinde bulunduğu adresin işe iade kararının tebliğ edildiği ve işverenin ticaret sicilde kayıtlı adresi olduğu, işe iade kararından sonra, işçinin işe başlatılmak için işverene yapacağı başvurunun ne şekilde olacağı hususunda yasal bir düzenleme bulunmadığı, ispat edilmesi kaydı ile sözlü olarak dahi işe başlatılma iradesinin işverene ulaştırılabileceği dikkate alındığında ***işe iade kararında belirtilen adresine gönderilen tebligatın iade edilmesinin sorumluluğu davacıya yükletilemeyeceği*** *gözetilmeksizin yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli olmayıp bozmayı gerektirmiştir."* **(22.H.D. 28.03.2019 Gün 2017/21099 E.)**

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

86) BELİRLİ SÜRELİ İŞ AKDİNİN SÜRE BİTİMİ İLE KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ HALİNDE İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATI ALMA HAKKI VAR MIDIR?

Yargıtay kararlarında genel itibariyle süre bitiminde iş ilişkisi kendiliğinden sonlandığından işçinin kıdem tazminatı alamayacağı yönünde görüş ve uygulama mevcuttur.

*"Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitimi ile sona ermesi durumunda; sözleşmenin sürenin bitimi ile kendiliğinden sona ermesi hali 14.maddede sayılan sona erme biçimlerinden olmadığından, diğer bir ifade ile belirli süreli iş sözleşmesi sözleşmenin sonunda herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceğinden; işveren tarafından yapılmış bir fesih söz konusu olmadığı için, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir. "***(Y.H.G.K. 30.05.2014 Gün 2014/22-391 E.)**

Ancak 22.H.D.2018 tarihli kararında kendiliğinden son bulan belirli süreli iş akdinde işçinin kıdem tazminatı alabileceğini belirtmiştir. Kararda kanaatimize göre de haklı olarak, kıdem tazminatına hak kazanılmasında iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli sözleşme olup olmaması önemli değildir, vurgusu yapılmıştır.

"**Bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan işçi, iş akdini haklı sebeple feshetmesi halinde iş yerinde çalışması karşılığı olan kıdem tazminatını alabilir. Bunun için iş akdinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının sonuca etkisi yoktur.(Hukuk Genel Kurulu 27.01.1993 gün ve 1992/9-647 E. 1993/14 K.). Somut olayda, davacının kıdem tazminatı talebi taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu gerekçe gösterilerek reddedilmiş ise de yukarıda işaret edilen ilkeler uyarınca iş sözleşmesinin belirli süreli olmasının kıdem tazminatına etkisi olmadığı gözetilmeksizin yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."(22.H.D. 08.02.2018 Gün 2015/20615 E.)**

Eylül 2020 tarihli ilke kararına göre; kural olarak iradi şekilde yapılan belirli süreli iş sözleşmesi süre sonunda kendiliğinden sona ermesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Kanun gereği iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması zorunluluğu bulunması halinde (5580 sylı yasa) sözleşmenin süresi sonunda kendiliğinden sona ermesi ile işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde her türlü sona ermesinde(emeklilik, işçinin haklı feshi, işverenin haksız feshi vs) kıdem tazminatı talep hakkı mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sonunda yenilenmeyeceğinin işveren tarafından bildirilmesi halinde işçinin yine kıdem tazminatı hakkı mevcuttur. Belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmeyi yenilemeyeceğini işçi bildirdiğinde kıdem tazminatı talep edilemez.

EŞİT İŞLEM BORCU

87) EŞİT İŞLEM BORCU NEDİR? İŞÇİ HANGİ HALLERDE AYRIMCILIK TAZMİNATI ALIR?

"Yargıtay ilke kararlarında işverenin eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağı farklı şekilde ele alınmıştır. Ayrımcılık yasağı dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere özgü ayrımı ifade eder. Bu gibi hallerde 5.maddede sözü edilen tazminat talep edilebilir. İşçinin ücret ve diğer sosyal haklarının belirlenmesinde ve çalışma koşullarında farkı uygulamalara gidilmesi başlı başına ayrımcılık tazminatını gerektirmez."[113]

Ayrımcılık yasağı ile eşit davranma borcu birbirine bağlantılı kavramlardır ancak eş anlamı değildir. Ayrımcılık yasakları temel hak ve özgürlükleri ilgilendirirken, eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkını ilgilendirir.

"Yerleşik hale gelen içtihatlar uyarınca; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelenin ırk,dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup madde dar yorumlanmalıdır. Davacı işçi bu madde kapsamında değerlendirilebilecek bir sebebe dayalı olarak kendisine ayrımcılık yapıldığını yöntemince ve yeterli delillerle ispatlayamamıştır. Dolayısıyla, salt davacının ücretine zam yapılmamış olması ya da mailine cevap verilmemesi gibi sebeplerin ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir." **(9.H.D. 14.01.2021 Gün 2018/7135 E.)**

"Dosya kapsamına göre davacı işçiye işyerinde çalışan diğer deverecilere kıyasla daha az ücret ödendiği konusunda tartışma yoktur. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, diğer devereciler hangi işi yapıyorlarsa davacının da aynı işi yaptığı, yeteneğinde veya performansında hiç bir yetersizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır.Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacı cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğindedir ve ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anlan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Buna göre davacının fark ücretleri de hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır. Diğer yandan davacının aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun ihlal edilmesi 4857 sayılı Yasa'nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verir. Bu itibarla iş akdini bu nedenle haklı nedene dayalı olarak fesheden davacının kıdem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 05.10.2020 Gün 2017/16279 E.)**

"İK 5/I'de iş ilişkisinde ayrım yapılamayacağı düzenlenmiştir. Sadece iş ilişkisi ifadesi kullanılmış olup, iş sözleşmesinin kurulma aşamasındaki ayrımcılıktan bahsedilmemiştir. Ancak cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapılamayacağının belirtildiği İK 5/III'te ise " iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde" ayrım yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca İK 5/IV'de "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" eşitlik ilkesine aykırılığın ortaya çıkması halinde ayrımcılık tazminatına hükmedileceği düzenlenmiş olup, iş ilişkisinin kurulması şamasındaki eşitlik ilkesine aykırılık hali düzenlenmemiştir."[114]

Yargıtaya göre, işverenin işe almadığı işçilere karşı eşit davranma borcu yoktur.

---

[113] Çil, Şahin "İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları" syf 45, Ankara 2020 Yetkin Yayınları

[114] Dr.Seda Arslan Durmuş "İş Hukukunda Kıdem Kavramı" syf 127-128 Onikilevha Nisan 2021

"İş Kanunu'nun 5. maddesi ile ayrımcılık açısından doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayırımcılık da yasaklanmış, ancak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık kavramları tanımlanmamıştır. 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. 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. **(9.H.D. 07.10.2013 Gün 2011/33127 E.)**

Yargıtay sadece işe alımda cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayrım yapılmaması gerektiğini belirtmektedir.

"Somut olayda; davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mahkemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence anılan eylem sebebiyle fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrım yapmamayı ifade eder. Başka bir anlatımla, işe başvuranlar arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayrım yapılması yasaklanmıştır." **(Y.H.G.K. 23.12.2009 Gün 2009/9-485 E.)**

Öğretide Göktaş'a göre; *"iş sözleşmesinin feshinde işverenin mutlak ayrım yasağı dışında eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Derhal feshi gerektiren bir davranışı nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçi, mutlak ayrım yasağı ihlal edilmediği sürece, feshin eşit davranma borcuna aykırı olduğunu ileri süremez."*[115]

9.H.D. ise, istikrarlı olarak verdiği kararlarda işverenin işten çıkardığı işçiler bakımından da eşit işlem borcunun bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre işveren, işçi fesihlerinde farklı davranmayı haklı kılacak nedenleri ortaya koyamazsa yapılan fesih haksız fesih olacaktır. Yeni 9 HD başkanının yukarıdaki görüşü doğrultusunda ilerleyen zamanlarda, daire tarafından içtihat değişikliğine gidilip gidilmeyeceği merak konusudur.

"Somut olayda, işyerinde meydana gelen eylem haklı fesih nedeni teşkil etmekle birlikte, olayın gelişimi göz önüne alındığında her iki işçinin de sözleşmesinin feshi gerekmektedir. Ancak, davalı tanığı Hatice Saray, davacının dışında tartışmaya karışan diğer personelin sözleşmesinin feshedilmediğini, sadece davacının sözleşmesinin feshedildiğini beyan etmiştir. Bu durum işverenin eşit işlem borcuna aykırıdır. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulüne karar vermek gerekirken reddedilmesi hatalıdır." **(9.H.D. 18.02.2010 Gün 2008/20714 E.)**

"Somut olayda, davacı işçi ile aynı işyerinde çalışan üç işçinin mesai saatleri içerisinde ve işyerinde kavga ettikleri ve kavgada üç işçinin davacı işçiyi dövdükleri (kasten

[115] Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" syf 238 Seçkin Yayınları Ankara 2020

*yaraladıkları) tanık beyanları ve dosya kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. Yine tanık beyanlarından, davacı işçinin diğer üç işçiden birine küfretmek suretiyle kavgayı başlattığı sabittir. Bu kavga nedeniyle davacı işçinin iş akdi işveren tarafından feshedilmiştir. Ancak kavgaya karışan diğer üç işçinin iş akitleri feshedilmemiştir. Ayrıca yukarıda yazılı ilke karamızda da açıkça belirtildiği üzere eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bu bağlamda, her ne kadar kavgayı başlatan ve kavganın tarafı olan davacı işçinin bu eylemi işverene iş akdini haklı olarak feshetme hak ve yetkisi verse de işveren bu hakkını eşit davranma borcuna aykırı şekilde kullanamayacaktır. Bir başka anlatımla, işveren tarafından sadece davacı işçinin iş akdinin feshedilmesi, diğer üç işçinin iş akitlerinin feshedilmemesi işverenin eşit davranma borcuna aykırı olup işveren tarafından gerçekleştirilen feshi haksız hale getirecektir. Bu nedenle, iş akdi işveren tarafından haksız olarak feshedilen davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar vermek gerekirken taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."***(9.H.D. 10.04.2013 Gün 2011/5941 E.)***

Yine 9 HD'ye göre muvazalı alt işverenlik ilişkisi dahi başlı başına ayrımcılık tazminatının ödenmesini gerektirmez.

"Somut uyuşmazlıkta, mahkemece davalı işveren ile yüklenici firmalar arasındaki sözleşmelerin muvazaalı olduğu ve işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinden davalı işverenin işçisi görünen sendikalı işçiler gibi, davacının da yararlanması gerektiği hususlarının tespit edilmiş olmasına rağmen fesih tarihine kadar geçen süre zarfında muvazaayı ortadan kaldırıcı bir uygulamaya gidildiğine dair delil sunulmadığı, bu yönüyle asıl işveren işçileri ile alt işveren işçileri arasında ücret konusunda ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle eşit davranmama tazminatına hükmedilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere 4857 sayılı Yasanın 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiş olup somut olayda bu ve benzeri sebeplere dayalı bir ayrımın yapıldığı ileri sürülüp kanıtlanamadığı gibi, salt asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide muvazaanın varlığı da işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelmez. Bu nedenlerle eşit davranmama tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(9. H.D. 03.03.2021 Gün 2020/4588 E.)**

ARABULUCULUK

88) MENFİ TESPİT DAVASI AÇMADAN ÖNCE ARABULUCULUĞA BAŞVURU ZORUNLU MUDUR?

*"Menfi tespit davalarında bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Bu nedenle menfi tespit davalarında arabuluculuğa başvuru zorunluluğu yoktur."***(İzmir BAM 9.H.D. 11.07.2019 Gün 2019/1722 E.)- ZORUNLU DEĞİL**

*"Kanunda menfi tespit davaları için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır."***(Gaziantep BAM 8.H.D. 09.07.2019 Gün 2019/1107 E.)- ZORUNLU DEĞİL**

*"Davanın iş akdinden kaynaklanan işveren alacağının bulunmadığına ilişkin menfi tespit davası niteliğinde olduğu, bu davanın arabuluculuğa tabi olduğu, mahkemece dava şartı yokluğu sebebiyle usulden red kararı verilmesinde isabetsizlik olmadığı..."***(Bursa BAM 9. H.D.14.06.2019 Gün 2019/1516 E)- ZORUNLU**

*"Teminat olarak verilen kambiyo senetlerinin davalı işveren tarafından takibe konulduğu, aslında böyle bir borcun olmadığı iddia edilerek menfi tespit davası açıldığı, menfi tespit davasının arabuluculuğa tabi olduğu, usulden red kararının verilmesinin doğru olduğu..."***(İstanbul BAM 24.H.D. 15.11.2018 Gün 2018/4521 E.)- ZORUNLU**

*"İşçi işveren arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabulucuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı, aksi düşüncenin kabulünün kanun metninin zorlamayla da olsa genişletici bir şekilde yorumlanması olacağı"***(9.H.D. 18.03.2021 Gün 2021/2740 E.)- ZORUNLU DEĞİL**

89) İŞE İADE TALEBİNDE HEM ASIL İŞVERENİN HEM DE ALT İŞVERENİN ARABULUCULUK OTURUMUNA BİRLİKTE KATILIMI ZORUNLU MUDUR?

Yasa koyucu asıl işverenin tazminat ve alacaklarından sorumluluğu nedeni ile asıl ve alt işverenin işe iadesi başvurusunda birlikte katılmalarını ve iradelerinin uyumlu olmasını aramıştır. Ancak bu bir yargılama faaliyeti değildir. Burada zorunlu dava arkadaşlığından söz edilemez. Diğer taraftan, asıl-alt işveren ilişkisinde, arabuluculuğa başvurulduğunda, alt işveren iradesinin anlaşmama yönünde olduğunda, artık asıl işverenin katılmasını aramanın sonuca etkisi yoktur. Zira işverenin kabulü olanaklı olmadığı gibi artık iradelerinin uyumlu olduğundan söz edilemez. İşçinin daha sonra asıl-alt işverene birlikte dava açması halinde, asıl işverenin arabuluculukta yer alıp almamasına bakılmaksızın asıl işveren yönünden de arabuluculuk şartının yerine getirildiğini kabul etmek gerekir. [116]
Erzurum BAM 7.H.D.'nin 26.06.2018 Gün 2018/1884 E.sylı kararı da bu yöndedir.

Ancak bazı bölge adliye mahkeme kararlarında, asıl işveren yönünden katılımın arandığı ve asıl işverene karşı dava açılmadığı halde, alt işveren yönünden de bu gerekçe ile arabuluculuk şartının yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verildiği saptanmıştır. [117]**(Bknz Sakarya BAM 9.H.D.03.04.2019 Gün 2019/417 E.)**

Görüldüğü üzere bu konuda farklı BAM uygulamaları vardır. Ancak işçi örneğin sadece alt işveren için arabuluculuk başvuru yaptığında ve alt işveren işe iade talebini kabul etmediğinde, artık asıl işveren "arabuluculuk oturumuna katılmadı" denilerek işçinin işe iade davasının usulden reddine karar verilmesinin hiçbir mantıklı açıklaması yoktur. Zira zaten alt işveren iradesini anlaşmama yönünde kullanmıştır. Asıl işveren iradesini anlaşma yönünde kullanacak olsaydı bile sonuca hiçbir etkisi olmayacaktı. Bu

[116] Çil, Şahin İş Uyuşmazluklarında Yargıtay Uygulaması, Yetkin Yayınevi Ankara 2020 syf 489
[117] Çil, Şahin İş Uyuşmazluklarında Yargıtay Uygulaması, Yetkin Yayınevi Ankara 2020 syf 442

nedenle Sakarya BAM ve onun gibi karar veren mahkemeler arabuluculuğun temel ilkeleri olan çabukluk ve basitlik ilkelerini ihlal etmektedir.

90)ARABULUCULUK SON TUTANAĞI MAHKEME TARAFINDAN UYAPTAN TEMİN EDİLEBİLİR Mİ?

"İlk derece mahkemesi tarafından dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 3/2.maddesinde "Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir." düzenlemesi getirilmiştir. Bu maddeyle öngürülen 1 haftalık kesin süre emredici niteliktedir. Mahkeme tarafından değiştirilemez. Dosya kapsamından yasa gereği yapılan ihtarat ve verilen 1 haftalık kesin süre içinde arabuluculuk tutanağının aslının veya arabulucu tarafından tasdik edilmiş suretinin dosyaya ibraz edilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla davanın usulden reddine dair verilen karar yerindedir." **(ANTALYA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 10.H.D. 11.11.2019 Gün 2019/2037 E.)- HAYIR**

" Somut olayda; ilk derece mahkemesi kararında, arabuluculuk tutanağının aslını sunması hususunda davacıya verilen bir haftalık süre içinde tutanak aslının sunulmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verildiği anlaşılmakta ise de; esasen arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın dava dilekçesine eklendiği, davanın UYAP üzerinden açıldığı, arabuluculuk faaliyetine ilişkin belgelere ve son tutanağa, herkese açık ve ulaşılabilir hale getirilen UYAP sistemi üzerinden erişebilmenin mümkün bulunduğu dikkate alındığında, yargılamaya devam olunarak taraf delilleri toplanıp davanın esasının incelenmesi gerekirken, son tutanak aslının sunulmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddi isabetli görülmemiştir." gerekçesiyle davacı tarafın istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, dosyanın davanın yeniden görülmesi için mahkemesine iadesine karar verilmiştir." **(İSTANBUL BAM 31.H.D. 31.05.2018 Gün 2019/1441 E.)- EVET**

"Somut olayda, ilk derece mahkemesi kararında arabuluculuk son tutanağının aslını sunması hususunda davacıya verilen bir haftalık süre içinde tutanak aslının sunulmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verildiği anlaşılmakta ise de, esasen arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın dava dilekçesine eklendiği, davanın uyap üzerinde açıldığı, arabuluculuk faaliyetine ilişkin belgelere ve son tutanağa, herkese açık ve ulaşılabilir hale getirilen uyap sistemi üzerinden erişebilmenin mümkün bulunduğu dikkate alındığında, yargılama devam olunarak taraf delilleri toplanıp davanın esası incelenmesi gerekirken, son tutanak aslının sunulmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddi isabetli görülmemiştir." **(İSTANBUL BAM 31.H.D. 03.10.2019 Gün 2018/48 E.)- EVET**

"Uyap kayıtları incelendiğinde arabuluculuk son tutanağının aslına ulaşılabildiği görülmektedir. HMK 445/2 maddesi gereğince de, güvenli elektronik imza ile uyap üzerinden oluşturulan belgelerin gönderilmesi ya da örneği aranmayacaktır. Dosya kapsamında arabuluculuk son tutanağının güvenli elektronik imza ile imzalanmış üst yazı

ile oluşturulduğu görülmektedir. Bu halde, davanın usulden reddine karar verilmiş olması yerinde değildir." **(ADANA BAM 8.H.D. 05.12.2019 Gün 2019/3124 E.)-EVET** [118]

"Davacı vekili tarafından dava açılırken arabuluculuk son tutanağının aslı ya da onaylı sureti yerine fotokopisinin dava dilekçesine eklediği mahkemece arabuluculuk son tutanağının aslı ya da onaylı suretinin dosyaya sunulması için verilen kesin sürede dosyaya sunulmadığı anlaşılmış ise de ilk derece mahkemesinin arabuluculuk bürosuna uyap sisteminde entegre olup, mahkemece arabuluculuk son tutanağının uyap sisteminden her zaman aslının istenebilmesi ve kontrol edilmesinin mümkün bulunduğu dikkate alındığında davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır." **(SAMSUN BAM 7.H.D. 06.11.2019 Gün 2019/2443 E.)- EVET**[119]

"Öncelikle Dairemizce yukarıda değinildiği üzere mer'i mevzuatımızda taraf ve vekillerinin güvenli elektronik imzayla imzalamak suretiyle UYAP vasıtasıyla elektronik ortamda bilgi ve belge gönderebileceği kabul edildiğinden, kanun ile öngörülen şartları haiz bir belgenin UYAP üzerinden gönderilmesinin de, elden fizikî olarak sunulması ile aynı hukukî sonuçları doğuracağı kabul edilmekle birlikte, uyuşmazlıklardaki dava dosyalarına UYAP üzerinden gönderilen arabuluculuk tutanaklarının fotokopi/suret olduğu bu nedenle kanun ile öngörülen şartları taşımadığı anlaşılmıştır. O halde uyuşmazlıkta hakimin UYAP üzerinden bu belgeye erişebilir olması nedeniyle belgenin fotokopisinin sunulmasının yeterli olup olmayacağı hususu üzerinde özellikle durulması gereklidir. 7036 sayılı Kanunda öngörülen belgenin dosyaya ibraz yükümlülüğü taraf ve vekillerine aittir. Bu meyanda, iş yargılamasında resen araştırma ilkesi de geçerli olmadığından, araştırma mükellefiyetinin hakime yüklenmesi de yerinde olmayacaktır. Aksi halin kabulünde UYAP sistemi üzerinden ulaşılabilecek her türlü bilgi ve belgenin hakimlerce toplanması sonucu ortaya çıkar ki bu durumunda mevcut yargılama sistemi ile bağdaşmayacağı açıktır. Açıklanan nedenlerle; taraf veya vekillerinin 7036 sayılı Kanun'un 3/2. maddesi mucibince "arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini" elden veya UYAP sistemi üzerinden dosyaya ibraz etmemesi halinde, bu belgelere UYAP sistemi üzerinden erişebilme imkânının olmasının sonuca etkisinin bulunamayacağı cihetle, bu durumda davanın dava şartı yokluğunda usulden reddinin gerekeceği kabul edilmekle, ***uyuşmazlığın*** *Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi'nin kararı doğrultusunda* ***giderilmesine*** *karar verilmiştir."* **(9.H.D. 17.06.2020 Gün 2020/932 E.)- HAYIR**

Kanaatimizce, uyaptan arabuluculuk son tutanak asıllarının temin edilebilmesi mümkün olmalıdır, zira bu tutanaklara erişim uyap ile mümkün hale gelmiştir. Davanın bu açıdan usulden reddine karar verilmesi ağır bir yaptırım olacaktır; ancak kanuni düzenleme buna maalesef cevaz vermemektedir. Bu kapsamda aslının elden ya da e-imzalı halinin uyaptan sunulması gerekmektedir. Yargıtayın da uyuşmazlıkların giderilmesine dair kararı bu yönde olmuştur.

TANIK

[118] Selma Betin/ Uğur Ocak " İşçilik Alacakları 3. Kitap Ankara Nisan 2020 Tercih Kitapevi Yayıncılık, syf 646,647

[119] Selma Betin/ Uğur Ocak " İşçilik Alacakları 3. Kitap Ankara Nisan 2020 Tercih Kitapevi Yayıncılık, syf 646,647

91) TENSİP İLE TANIK SAYISI SINIRLANDIRILABİLİR Mİ?

Uygulamada yerel mahkemelerin neredeyse tamamı, tensip zaptı ile birlikte taraflara 2 haftalık kesin süre içinde tanık isim ve adreslerini bildirmesi için ihtaratlı kesin süre vermektedir. Aşağıdaki kararlarda da belirtildiği üzere bu şekildeki uygulama savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Henüz ihtilafın çerçevesi belirlenmeden taraflara "tanık isim ve adreslerini bildir." demek esasen "ben usul hukuku bilmiyorum." demektir. Yargıtay daireleri arasında bu konuda içtihat farklılığı olmamasına rağmen yerel mahkemelerin işin kolayına kaçarak tensip ile süre vermesini kabul etmemiz mümkün değildir. Hatta yerel mahkeme tanık sayısını dahi sınırlayamaz. Ancak dinlenen tanıkların yeterli derecede bilgi verdiği kanaatine ulaşırsa geri kalanların dinlenmemesine karar verebilir. Bu kararını da gerekçelendirmek zorundadır.

*"Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 241. Maddesine göre mahkeme gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir ise de mahkemenin tanıkları dinlemeden, delilleri toplamadan başlangıçta tanıklar bakımından sınırlama getirme yetkisi yoktur."***(9.H.D. 08.07.2019 Gün 2016/5827 E.)***

*"Diğer taraftan 6100 sayılı HMk.'un 241. Maddesine göre "Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir". Bu hüküm gereği, mahkeme bildirilen tanıkları başlangıçta sınırlayamaz. Ancak ispatı istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edinirse geri kalanların dinlenmemesine karar verebilir. Aksi durum hukuki dinlenilme hakkının ihlalidir."***(9.H.D. 13.09.2017 Gün 2016/19161 E.)***

*"Yukarıda içeriği aktarılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137 ve 140. maddesi hükümleri dikkate alındığında mahkemenin ön inceleme duruşması yaparak öncelikle uyuşmazlık konularını belirlemesi ve ondan sonra ihtilaflı konularla ilgili delillerini bildirmeleri için süre vermesi gerekirken, tensiple verdiği kesin süreye istinaden davalının savunma hakkını kısıtlar biçimde tanıklarının dinlenmesi talebini reddetmesi hatalı olmuştur. Davalı tanıklarının usulünce celbi ile beyanlarının alınarak tüm deliller ile birlikte değerlendirildikten sonra karar verilmesi gerektiğinden kararın bu yönden bozulması gerekmiştir."***(22.H.D. 31.05.2019 Gün 2017/28399 E.)***

"*Mahkemece ön inceleme duruşma zaptında "Davalı vekili tanık bildirmek için süre talep etmiş ise de; basit yargılama usulünde tarafların en geç ön inceleme aşamasına kadar tanıkları dahil tüm delillerini bildirmeleri gerekip bildirmediği gibi mahkememizce tensiben verilen 2b bendi uyarınca verilen kesin süre içinde de tanıkların bildirilmediği anlaşıldığından kesin süre mahkemeyi ve tarafları bağlayıcı olduğundan talebin reddine," şeklinde karar verilmiştir. Davalı taraf süresinde verdiği cevap dilekçesinde tanık deliline dayandığını bildirmiştir. HMK' nun 137.maddesi uyarınca davalıya tanıklarının isim ve adreslerini bildirmesi için süre verilerek, tanıkların celbi ile dinlenmeleri gerekirken yazılı şekilde hukukî dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde tanık dinleme talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır."* **(9.H.D. 13.01.2016 Gün 2014/27399 E.)**

"Somut olayda; davacı tarafından gösterilen dört adet tanıktan yalnız iki tanesinin dinlenildiği anlaşılmıştır. Davacı vekili ise 18.07.2018 tarihli dilekçesinde dinlenilmeyen tanıklarının çalışma sürelerinin daha uzun olduğunu belirtmektedir. Mahkemece

tanıkların dinlenilmesi talebi hakkında herhangi bir karar verilmeden esas hakkında karar vermiştir. Bu durumda davacının fazla mesai alacağı hususunda daha uzun süre davacı ile çalıştığı beyan edilen tanıkların dinlenilmemesi davacının savunma ve ispat hakkının ihlali mahiyetindedir. Davacının bildirmiş olduğu dinlenmeyen tanıkların usulünce mahkeme huzurunda dinlenilmesi sonrasında fazla mesai alacağı hakkında karar verilmelidir. Bu hususun gözetilmemesi hatalıdır ve bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 23.05.2019 Gün 2019/4089 E.)**

92)DAVA DİLEKÇESİNDE YOL VE YEMEK YARDIMINDAN BAHSEDİLMEDİYSE, TANIK BEYANLARI İLE YOL VE YEMEK YARDIMI GİYDİRİLMİŞ ÜCRETE EKLENEBİLİR Mİ?

Yargıtay 9.H.D. dava dilekçesinde sosyal hakların bulunmadığı yönünde açıkça bağlayıcı bir beyanda bulunulmadığı takdirde tanık beyanları ile sosyal hakların giydirilmiş ücrete eklenebileceğini kabul ederken, 22.H.D. dava dilekçesinde bu haklardan bahsedilmemiş ise tanık beyanları ile dahi eklenemeyeceğine karar vermektedir.

*"Dava dilekçesinde tazminata esas olan ücret yönünden tüm sosyal hakların açıkça belirtilmesi gerekmeyip davacı tarafça sosyal hakların bulunmadığı yönünde bağlayıcı bir açıklamada bulunulmadığı taktirde tanık anlatımlarıyla ispatlanan sosyal yardımlar dava dilekçesinde belirtilmemiş de olsa kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas olan giydirilmiş ücrete dahil edilmelidir."***(9.H.D. 12.03.2019 Gün 2015/33310 E.)**

*"Davacı dava dilekçesinde aldığı ücretini ve açıkça yemek ve servis yardımı yapılmadığını belirtmediği, kısaca kendisini sınırlamadığından ve tanık beyanları ile de bu husus ispatlandığından kıdem tazminatının belirlenen giydirilmiş ücretten hesabı gerekir."***(9.H.D. 17.10.2017 Gün 2017/6160 E.)**

" Dava dilekçesinde söz edilmeyen ve bordrolarda da yer almayan yemek ve yol ücreti eklenerek giydirilmiş ücretin hesaplanması talep aşımı mahiyetinde kabul olduğundan hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 29.05.2019 Gün 2016/11632 E.)**

"Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde, davacının en son 2.500,00 TL net ücret ile çalıştığı belirtilmiş, işçiye yemek yada yol menfaati sağlandığından söz edilmemiştir. Hakim talep ile bağlı olup talepten fazlaya hükmedemez. Dava dilekçesinde söz edilmeyen yemek ve yol ücreti eklenerek giydirilmiş ücretin bulunması talep aşımı mahiyetinden olduğundan hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22.H.D. 29.05.2019 Gün 2016/13599 E.)**

Yeni 9.H.D. Eylül 2020 tarihli ilke kararında kapanan 22.H.D.'nin uygulamasını kabul etmiştir. Buna göre;*"6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119.maddesine göre, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıalarını sıra numarası altında açık özetlerini dava dilekçesinde belirtmesi gerekir. İhbar ve kıdem tazminatı hesabına esas giydirilmiş ücret bakımından davacının dava dilekçesinde somutlaştırma yükümünü yerine getirmemesi halinde ücrete ilaveten işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün akdi menfaatlerin, salt davacı tanıklarının beyanları esas alınarak tazminata esas ücrete eklenmesi mümkün değildir. Kanundan doğan menfaatler ile işveren tarafından*

düzenlenen yazılı delillerden anlaşılan veya davalı tanıkları tarafından da doğrulanan, ücret dışında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin giydirilmiş ücrete eklenmesi için dava dilekçesinde açık talep şartı aramaz. Dava dilekçesinde ücret dışında başkaca sosyal hak olmadığı yönünden açık kabul halinde taleple bağlılık kuralına göre sadece temel ücrete göre hesaplama yapılır."

Kanaatimizce ilke kararı hukuken hatalıdır; zira davacı dava dilekçesinde sosyal hakların olmadığına yönelik bir beyanda bulunmadıysa yani kendini bağlamadıysa, bu durumu sonradan bildirdiği tanık beyanları ile ispat edebilmelidir. Bu durum talep sonucunun aşılması değildir. Zira ortada talep olmadığından, talebin aşılmasından da söz edilemez. Birçok yeni kararda olduğu gibi işçi lehine yorum ilkesi yavaş yavaş terkedilmektedir.

UBGT

93) SÖZLEŞMEDEKİ KABULE RAĞMEN UBGT GÜNLERİNDE İŞE GİTMEMEK HAKLI MI YOKSA GEÇERLİ FESİH MİDİR?

9.H.D. 2014 tarihli kararında iş sözleşmesindeki hükme rağmen işçinin UBGT günlerindeki devamsızlığını haklı neden saymışken, 2019 tarihli kararlarında bu görüşünden dönmüş ve devamsızlığın ancak geçerli neden olabileceğine karar vermiştir. Kanaatimizce de resmi tatil olan bayram ve genel tatil günlerindeki devamsızlık haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmemelidir.

*"Somut olayda davalı işyerinde günde üç vardiya şeklinde sürekli bir çalışma yapıldığı ve çalışanların üç vardiya halinde haftanın altı günü çalıştığı dosya içindeki belge ve bilgilerle sabittir. Dosya içindeki 2012/Ekim ayı vardiya çizelgesine göre davacının 25-30 Ekim 2012 tarihlerinde sabah vardiyasında görevlendirilmiştir. Davacı 28 ve 29 Ekim 2012 tarihlerinde mazeretsiz olarak işe gelmemiştir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 6. maddesinde davacı talep halinde genel tatil günlerinde çalışmayı kabul etmiştir. Davacının bu kabulü nazara alındığında genel tatil günlerine denk gelen bu günlerde mazeretsiz olarak işe gelmemesi davalı işveren yönünden İş Kanunun 25/2-g maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşturmaktadır. Davacı devamsızlığını makul gösterecek mazeretini ispat edememiştir. Mahkemece davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından devamsızlık nedeniyle haklı olarak feshedildiğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yapılan feshin geçersiz olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir."***(9.H.D. 04.03.2014 Gün 2013/11894 E.)***

"Davacı işçi, davalı işyerinde işe başlarken imzaladığı bireysel iş sözleşmesi ile ulusal bayram genel tatil günlerinde da çalışmayı kabul etmiştir. Fazla mesaiye muvafakat her yıl yeniden alınması gerekirken bu yükümlülük ulusal bayram genel tatil çalışmaları bakımından geçerli değildir. Davacının çalıştığı işyeri unlu mamüller üzerine üretim yapmakta olup bayramda da çalışması işin doğası gereğidir. 2015 yılı Kurban Bayramı günleri için hangi işçilerin hangi gün nöbetçi olup çalışacakları vardiya çizelgesi ile düzenlemiş ve davacı işçi Kurban Bayramı süresi içinde çalışacak işçiler arasında gösterilmiştir. Davacının 2015 yılı Kurban Bayramında nöbetçi bırakılan işçilerden olduğu halde izin almaksızın vardiyasına gitmediği sabittir. Hal böyle iken Kurban Bayramı günlerinin resmi tatil oluşu karşısında gelmemenin haklı feshe dayanak teşkil edecek devamsızlık niteliği de yoktur. Davacının söz konusu davranışı devamsızlık niteliği

*taşımamakla birlikte işverenden habersiz gerçekleştiği için iş akışını bozduğu ve işyerinde olumsuzluklara neden olduğu açıktır. Bu nedenle davalının iş akdinin feshinin haklı değil, ancak geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın bu nedenle reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır."***(9.H.D. 03.04.2019 Gün 2018/9185 E.)**

"Dosyaya sunulan bilgi ve belgelerden 5,6,7 Temmuz 2016 tarihlerinde davacının fazla mesai çalışmasına katılmadığı anlaşılmaktadır. Davacının sunulan iş akdine göre işveren talep ettiği takdirde fazla mesai yapmayı kabul ettiği, yargılama sırasında dinlenen tanıkların beyanlarından bayramda çalışmaya devam edileceğinin duyurulduğu ve davacının haberdar olmasına rağmen mazeret bildirmeksizin 5,6,7 Temmuz 2016 tarihlerinde devamsızlık yaptığı ve iş akdinin bu nedenle feshedildiği sabittir. Davacının davalı işverenle imzalamış olduğu bireysel iş sözleşmesine göre ulusal bayram ve genel tatillerde çalışmayı kabul ettiği, davalı işyerinin özelliği ve yapılan işin gereği kesintisiz çalışılan bir işyeri olduğu, davacının 2016 yılı Ramazan Bayramına denk gelen günlerde nöbetinin olduğunu bildiği halde çalışmaya gitmediği, bayram sonrasında işyerine gittiğinde ise iş akdinin Ramazan Bayramı günleri süresince çalışmaya gelmediği gerekçesiyle feshedildiği devamsızlığa ilişkin günlerin resmi tatil olan dini bayram günlerine ilişkin olması karşısında İş Kanunun 25/2-g maddesindeki fesih koşullarının gerçekleşmediği ancak yapılan işin niteliği gereği tatillerde de çalışma yapılan işyerinde nöbetçi olduğunu bildiği halde işe gitmeyen işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açacağının da tartışmasız olduğu gözetildiğinde davacının iş akdinin feshinin haklı değil ancak geçerli nedene dayandığı anlaşılmakla davanın reddi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 09.12.2019 Gün 2019/4150 E.)**

HAFTA TATİLİ

94) HAFTA TATİLİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR NELERDİR? HAFTA TATİLİ GÜNLERİ TOPLU İZİN OLARAK KULLANDIRILABİLİR Mİ?

Haftalık çalışma süresi 45 saat olmakla işveren bu çalışma süresini 6 güne yaymak suretiyle yönetim hakkı çerçevesinde düzenleme hakkına sahiptir. Pazar gününün tatil günü olması zorunluluğu yoktur. Bu nedenle kesintisiz en az 24 saat dilenme kullandırılması şartıyla hafta tatili haftanın herhangi bir gününde kullandırılabilir. Haftalık 45 saatlik çalışma süresi tamamlanmamış olsa bile 24 saat kesintisiz dinlenme yoksa yine de hafta tatili hüküm altına alınmalıdır. Kanunda en az 24 saat kesintisiz çalışmaktan bahsetmekle işçi 1-2 saat çalıştırılsa bile 24 saat kesintisiz süre şartı tamamlanmadığı takdirde işçi hafta tatili ücretine hak kazanacaktır. Hafta tatilinde çalışma halinde hesaba ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından kıyasen fazla çalışma hesabına ilişkin yöntem burada da uygulanır. Çalışmadığı günün karşılığı 1 günlük yevmiye olarak verilmek dışında, o gün çalıştığı için 1 yevmiye ve fazla çalışma olarak değerlendirildiği için %50 fazlası ile alacağa hükmedilmelidir. Yani bu durumda bordroda hiç tahakkuk yoksa hafta tatilinde çalışma halinde 2,5 yevmiye, çalışmadığı günün karşılığı bordroyla ödenmiş ise 1,5 yevmiye alacağa hükmedilmelidir. Davacının hafta tatili istemeyerek 7 gün çalışarak bunu fazla çalışma olarak talep edebilmesi de

mümkündür. Yargıtay iş daireleri sözleşmede hafta tatili çalışmalarının ücretin içinde olduğuna dair hükmün geçerli olmadığını kabul etmektedir. [120]

22.H.D.'nin yukarıdaki görüş ve uygulamanın aksine işçi kısa süreli çalışmış ise tam hafta tatili ücretine değil, çalıştığı saat üzerinden % 50 fazlasına hükmedilmelidir şeklinde kanuna aykırı kararı vardır.

"Pazar günü işyerinde sadece sabahleyin gazete dağıttığı bunun dışında haftaiçi çalışma günlerinde yapmakla yükümlü olduğu diğer kapıcılık hizmetlerini görmediği tanık anlatımları ve dosya kapsamıyla sabit olduğuna göre davacının pazar günleri yaptığı gazete dağıtma işinin aldığı zaman belirlenerek sadece bu sürenin hafta tatili çalışmalarının tabi olduğu ücretlendirme döneminde fazla mesai olarak hesaplanması suretiyle alacağının tespiti gerekirken tam gün çalışmış gibi % 150 oranında tam gün fazla mesai olarak değerlendirilmesi yerinde görülmemiştir. Daha açık bir anlatımla davacı hafta tatili günü yaptığı iş itibariyle kısmi süreli olarak yani yarım saat, kırkbeş dakika çalışmış ise sadece bu süreye tekabül eden saat ücreti ve bu saat ücretinin % 50 zamlı hesaplanıp alacağı tespit edilmelidir. Mahkemece davacının sadece gazete dağıttığı anlaşılan Pazar günü çalışmasını tam gün çalışmış gibi sayarak zamlı ücret ödemesi ve Cumartesi günlerini de hafta tatili günü olarak kabul etmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22. H.D. 18.04.2013 Gün 2012/20102 E.)**

9.H.D. hafta tatilinin toplu olarak kullandırılamayacağını, kullandırılması halinde sadece bir günün hafta tatili kabul edilip, diğer günlerin mazeret izni niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Mazeret izni kabul edilen günler için işçiye ayrıca ücret ödenmelidir.

"*Her ne kadar yerel mahkemece, kullanılmayan hafta tatilleri için daha sonra izin verildiği gerekçesi ile hafta tatili talebinin reddine hükmedilmiş ise de, yukarıda belirtildiği üzere işçinin 7 günlük zaman dilimi içerisinde 24 saat dinlenme hakkı bulunmakta olup, bu hak aynı zamanda anayasal (Anayasanın 50. maddesi) da bir haktır. Bu nedenle hafta tatilinin daha sonra izin olarak kullandırılması mümkün değildir. İşveren tarafından işçiye bu şekilde verilen izin mazeret izni niteliğindedir."* **(9. H.D. 17.04.2018 Gün 2018/2255 E.)**

"*Davacı ... anlatımında hafta tatillerinin ayda 4 gün olarak toplu biçimde kullandırıldığını açıklamış olup hafta tatili işçinin haftalık dinlenme hakkı olup toplu olarak kullandırılması yasaya aykırıdır. Ancak her ayın son haftası için dinlenme hakkını kullandığı kabul edilmeli ve haftalık diğer 3 gün izni işverence kullandırılan diğer izinler olarak işlem görmelidir. Böyle olunca hafta tatili ücreti her ay için 3 gün olarak hesaplanmalı ve indirim hususu da düşünülerek istekle ilgili karar verilmelidir."* **(9. H.D. 13.11.2019 Gün 2017/12614 E.)**

9. H.D. Eylül 2020 tarihinde bu konuda ilke kararı almıştır. Buna göre; hafta tatili olarak kabul edilmeyen günler sadece % 50 zamlı olarak ödenecektir.

"Uygulamada genellikle işçinin yerleşim yerinin uzağında bir işyerinde çalışması halinde hafta tatilinin ay içinde toplu olarak kullandırıldığı bilinmektedir. Bu tür bir uygulama için işçinin rızası alınmış olsa bile hafta tatilinin usulüne uygun kullandırıldığından söz edilemez. Başka bir anlatımla hafta tatilinin toplu olarak

[120] Selma Betin/Uğur Ocak "İşçilik Alacakları" 2.Kitap Tercih Kitapevi Yatyıncılık Ankara Nisan 2020 syf 779-780

kullandırılması haftalık dinlenme hakkının özüne aykırı olup, işçinin rızası sonucu değiştirmez. Hafta tatilinin ay içinde toplu olarak kullandırılması halinde sadece bir hafta tatilinin usulüne uygun kullandırıldığı kabul edilebilir. Örneğin, yerleşim yeri uzağında olan bir şantiyede çalışan işçiye hafta tatili ayda dört gün toplu olarak kullandırıldığında ilk izin günü, çalışılan son haftanın dinlenme hakkı yerine geçecek, diğer üç gün hafta tatili kullanma anlamında değerlendirilmeyecektir. Usulüne uygun kullandırılmadığı kabul edilen hafta tatillerinde yapılan çalışma karşılığı ücretin %50 zamlı olarak hesaplanması gerekir. Bununla birlikte, işyerinin konumu ve işçinin isteğiyle gerçekleşen böyle bir uygulamada, hafta tatili olarak değerlendirilmeyen süreler için ödenen ücretin mahsup edilmesi hakkaniyete uygun düşer."

"Buna göre hafta tatilinin toplu olarak kullanıldığı dönem için 3 günlük hafta tatili ücreti olarak yevmiyenin 1.5 katı üzerinden ödenmesi gereken 4.5 yevmiyelik ücretten, fiilen çalışılmayan 3 gün için ödenen 3 günlük yevmiyenin mahsubu ile davacının bakiye hafta tatili ücreti alacağının 1.5 yevmiye olduğunun kabulüne karar verilecektir."[121]

Dolayısıyla aşağıda paylaştığımız 22.H.D.'nin Ocak 2020 tarihli kararındaki gibi bir uygulama kabul edilmiştir.

"Davacının hafta tatili ücreti ile ilgili olarak, yazılı kayıt bulunan dönem yönünden bu kayıtlara göre hesaplama yapılmış, diğer dönem yönünden tanık anlatımlarına göre sonuca gidilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı tanıklarının beyanlarına göre davacının ayda 20 gün çalışıp 10 gün dinlendiği, böylece ayda iki hafta tatilinde çalıştığı kabul edilerek hafta tatili ücreti alacağı hesaplanmıştır. Ancak işçinin toplu olarak izin kullandığı (10 günlük) dönemde, çalışma karşılığı olmayan 1 yevmiye tutarındaki ücretin de davacıya ödendiği dikkate alındığında, davacıya sadece 0,5 yevmiyesi kadar ödeme yapılması gerektiği açıktır. Bir diğer anlatımla davacının 20 günlük çalışmasına karşılık, ayda 10 gün izin kullanması halinde bu toplu iznin 1 gününün hafta tatili izni olarak kullanıldığının kabulü gerekir. Davacının diğer 9 günlük izninin ise hafta tatili olarak kabulü mümkün değilse de, sonuç itibari ile davacı fiilen bu günlerde çalışmamış ve fiilen çalışmadığı halde davacıya 9 günlük ücret ödemesi yapılmıştır. O halde, 9 günlük hafta tatili ücreti olarak yevmiyenin 1,5 katı üzerinden ödenmesi gereken 13,5 yevmiyelik ücretten, fiilen çalışılmayan 9 gün için ödenen 9 yevmiye ücretin mahsubu ile davacının bakiye hafta tatili ücreti alacağının 4,5 yevmiye olduğunun kabulü gerekir. Buna göre de, mahkemece davacının toplu olarak kullandığı izinlerin hafta tatilinden sayılmayan ve fiilen çalışılmayan her bir günü için, 0,5 yevmiye üzerinden hesaplama yapılmalı ve davacının hafta tatili alacağı belirlenmelidir. (Dairemizin 25.11.2019 T, 2016/23777 E., 2019/21345 K. sayılı kararı da bu doğrultudadır) Mahkemece davacının hiç hafta tatili izni kullanmadığı kabul edilerek hesaplanan alacağının hüküm altına alınması anılan nedenlerle hatalı olup kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir." **(22.H.D. 21.01.2020 Gün 2016/27856 E.)**

"Hafta tatili izinlerinin işçinin dinlenme hakkına ilişkin olması sebebiyle, hafta tatili izninin yasal düzenlemenin amacına aykırı şekilde toplu olarak kullandırılamayacağına ilişkin kabul ile hafta tatili izninin toplu olarak kullandırılması halinde, hafta tatili ücreti alacağının hesaplanmasında, hafta tatilinin toplu kullanılmasına ilişkin belgelerde yazılı

[121] Haluk Hadi Sümer/Hasan Kayırgan " İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları" syf 571 2.Baskı Seçkin Yayınları Ankara 2021

izin günlerinden ilgili haftaya (yedişer günlük zaman dilimleri nazara alınarak) denk gelen hafta tatili gününde işçinin dinlendiğinin kabulü isabetlidir. Ancak, işçinin toplu olarak izin kullandığı dönemde çalışması karşılığı olmayan 1 yevmiye tutarındaki ücretin de davacıya ödendiği dikkate alındığında davacıya sadece 0,5 yevmiyesi kadar ödeme yapılmalıdır." **(9.H.D. 21.01.2021 Gün 2020/9026 E.)**

ÜCRET

95) EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI SONRASI GELEN CEVAPLAR BİRBİRİNİ TUTMUYORSA ORTALAMASI ALINABİLİR Mİ?

Yargıtayın bu konudaki kararları çelişkilidir. Bir kısım kararlarında gelen yazı cevaplarının ortalamasına göre ücret miktarının tespit edilmesini doğru bulmuşken, bir kısım kararlarında ücret ortalaması yapılamayacağını belirterek, T.Ü.İ.K. ekranından sorgu yapılması gerektiğini belirtmiştir.

"Yapılan emsal ücret araştırmasında emsal ücret 1000-1500 dolar olarak tespit edilmiş, mahkemece savunmaya itibarla hesap yapan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulmuş ise de, varılan sonuç dosya kapsamına ve toplanan delillere uygun değildir. Davacı işçi davalının Rusya şantiyesinde elektrik ustası olarak çalışmıştır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında davacı işçinin ücretinin emsal ücret araştırması ile tespit edilen ***miktar ortalamasına göre belirlenip****, alacakların bu ücrete göre hesap edilmesi gerekirken, eksik belirlenen ücrete göre yapılan hesaba itibarla hüküm kurulması hatalıdır."* **(9. H.D. 03.10.2019 Gün 2019/6804 E.)-ORTALAMASI ALINMALIDIR.**

"Davacı işçi davalının Rusya şantiyesinde elektrik ustası olarak çalışmıştır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında davacı işçinin ücretinin emsal ücret araştırması ile tespit edilen ***miktar ortalamasına göre belirlenip****, alacakların bu ücrete göre hesap edilmesi gerekirken, eksik belirlenen ücrete göre yapılan hesaba itibarla hüküm kurulması hatalıdır."***(9. H.D. 22.12.2014 Gün 2014/5602 E.)- ORTALAMASI ALINMALIDIR.**

"Somut olayda, davacının, davalıya ait işyerinde 01.04.2006-13.04.2012 tarihleri arasında 6 yıl 13 gün,döner ustası olarak çalıştığı, davacının 1.800,00 TL ücretle, davalının ise asgari ücretle çalıştığını ileri sürdükleri, işverenin 25.04.2011 tarihli, davacının döner ustası olarak 1.800,00 TL ücret aldığına dair yazıyı, işçinin kredi alabilmesi için verdiğini beyan ettiği, Türkiye Aşçılar Federasyonunca, et aşçısının ücretinin net 1.400,00-1.600,00TL olduğunun bildirildiği anlaşılmıştır. Mahkemece, davacının dönerci ustası olması, 6 yıllık kıdemi, emsal ücret araştırması ve işveren yazısına göre, 1.800,00 TL net ücretle çalıştığı, üç öğün yemek verildiği belirtilerek, ücretin 2.829,08 TL brüt olduğu kabul edilmiş ise de, tarafların ücret konusunda anlaşamadıkları ortadadır. İlgili meslek kuruluşunca emsal ücretin 1.400,00-1.600,00 TL olduğu bildirilmiştir. Bu durumda, davacının ***meslek kuruluşunca bildirilen ücretlerin ortaması olan 1.500,00 TL*** *net ücretle çalıştığı kabul edilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."* **(22. H.D. 11.06.2015 Gün 2014/10778 E.)-ORTALAMASI ALINMALIDIR.**

*"Bilirkişi tarafından sendikalar tarafından bildirilen emsal ücrete göre değerlendirme yapılması yerinde değildir. Emsal ücret araştırmasının doğru şekilde yapılmadığı ve yetersiz olduğu ortadadır. Açıklanan sebeplerle, davacının kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve davacının meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı, ayrıca Türkiye İstatistik Kurumunun resmi internet sitesindeki "**kazanç bilgisi sorgulama**" kısmından da faydalanılabileceği göz önüne alınarak emsal ücret araştırması yapılmalı, bu araştırma sonucunda elde edilen verilerle, tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir."* **(22. H.D. 07.07.2020 Gün 2017/39278 E.)- ORTALAMASI ALINAMAZ.**

*"Hükme dayanak alınan raporda, meslek kuruluşlarının bildirdiği emsal ücret ortalaması alınarak davacının ücretinin 1.620,94 TL brüt olduğu kabul edilerek hesaplama yapılmış ise de, davacının ücretine yönelik araştırmanın yetersiz olduğu anlaşılmıştır. Mahkemece davacının yaptığı iş, meslekteki kıdemi ve sendikalı çalışan olmadığı belirtilerek ilgili meslek odalarından ve diğer kuruluşlardan yapılacak emsal ücret araştırması neticesi ve Türkiye İstatistik Kurumu'nun resmi internet sitesindeki "**Kazanç Bilgisi Sorgulama**" kısmındaki bilgiler ve dosya kapsamı dikkate alınarak yeniden belirlenecek ücrete göre davacının hak ettiği işçilik alacakları hesaplatılmak suretiyle sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozma nedenidir."* **(22. H.D. 27.02.2019 Gün 2016/6696 E.)-ORTALAMASI ALINAMAZ.**

96)DAVA DİLEKÇESİNDE ÜCRET İÇİN YASAL FAİZ TALEP EDİLMİŞ İSE MAHKEME TARAFINDAN MEVDUATA UYGULANAN EN YÜKSEK FAİZE KARAR VERİLEBİLİR Mİ?

"Ücret alacağının 1475 sayılı yasa döneminde doğmuş olması durumunda 10.6.2003 tarihine kadar yasal faiz, bu tarih sonrası ücretler bakımından ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. İşçinin ücret konusundaki talebinin "yasal faiz" olarak adlandırılmış olması da 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Gerçekten, ücret alacağı bakımından anılan 34. maddede faizle ilgili olarak yasal düzenleme yer aldığından, işçinin isteğinin, bahsi geçen özel faizin talep edildiği şeklinde değerlendirilmesi gerekir." **(9. H.D. 18.11.2008 Gün 2007/32530 E.)-VERİLEBİLİR.**

"Ücret alacağının 1475 sayılı Yasa döneminde doğmuş olması durumunda, 10.6.2003 tarihine kadar yasal faiz, bu tarih sonrası ücretler bakımından ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. İşçinin faiz konusundaki talebini yasal faiz olarak adlandırmış olması 48Somut olayda, dava dilekçesinde, talep olunan işçilik alacaklarında uygulanması gereken faizin türü bakımından bir ayrıştırma yapılmıştır. Şöyle ki: Kıdem tazminatı için en yüksek banka mevduat faizi, ihbar tazminatı, fazla mesai, hafta tatili, yıllık izin ve ulusal bayram tatili ücretleri içinse yasal faiz istenmiştir. ***Şayet, böyle bir ayrıştırma yapılmadan tüm işçilik alacakları için yasal faiziyle ibaresi kullanılarak faiz isteminde bulunulsa idi, yukarıda belirtilen ilke karında da vurgulandığı üzere, işçinin bu talebinin 4857 sayılı Yasanın 34. maddesindeki özel faize yönelik olduğu kabul edilebilirdi.*** *Ancak, dava dilekçesindeki faizin türü*

bakımından yapılan ayrıştırma karşısında, hüküm tarihinde yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK'nun 74. maddesindeki taleple bağlılık kuralı uyarınca, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücretleri için yasal faizi aşmamak üzere bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize hükmetmek gerekirken doğrudan bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedilmesi hatalı olup bozma sebebi ise de, bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, 6100 sayılı HMK'nun geçici 3/1.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 438/7.maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.57 sayılı Yasanın 34 üncü maddesinin uygulanmasına engel olmayıp, işçinin bu talebinin bahsi geçen özel faize yönelik olduğunun değerlendirilmesi gerekir." **(9. H.D. 07.11.2013 Gün 2011/31558 E.)- AYRIŞTIRMA YAPILMAMIŞSA VERİLEBİLİR.**
"Davacı vekili, ıslah dilekçesinde her ne kadar ıslah ettiği tutarlar yönünden yasal faiz talebinde bulunmuş ise de, gerek dava dilekçesinde en yüksek mevduat faizi talebinin bulunması, gerekse yasal faizden kastedilenin o tazminat ve alacak kalemi için yasada öngörülen faiz türü anlaşılması gerektiğinden ilk derece mahkemesi kararının kıdem tazminatı, fazla mesai ve bayram genel ücret alacağı kalemleri yönünden en yüksek banka mevduat faizi yürütülmesi gerekirken yasal faize hükmedilmesinin hatalı olduğu, bu yöndeki istinaf isteminin kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır." **(İST.BAM.29.H.D. 02.02.2020 Gün 2017/5247 E.)-VERİLEBİLİR.**

*"Dava ve ıslah dilekçelerinde yasal faiz istenmiştir. Mahkeme tarafından en yüksek mevduat faizine hükmedilmiştir. Ücret alacağı için HMK'nun 26. maddesinde belirtilen taleple bağlılık ilkesi uyarınca yasal faizi aşmamak üzere en yüksek mevduat faizine hükmedilmesi gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır."***(9.H.D.25.10.2018 Gün 2018/7418 E.)- VERİLEMEZ.**

***"**Hüküm altına alınan ve ücret niteliğinde olup, en yüksek banka mevduat faizi yürütülmesi gereken fazla çalışma ve genel tatil alacaklarına davacının " yasal faiz " talebi de gözetilip yasal faizi aşmamak üzere en yüksek banka mevduat faizi yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde doğrudan yasal faiz yürütülmesi hatalı olup bozma nedeni ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HMK. nun geçici 3/2. maddesi yollaması ile HUMK.nun 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir."* **(9. H.D. 07.12.2015 Gün 2014/23468 E.)-VERİLEMEZ.**

Kanaatimize göre herhangi bir ayrıştırma yapılmadan dava dilekçesinde tüm işçilik alacakları için yasal faiz talep edilmiş ise, bunun mevzuattaki özel faiz türü olarak kabul edilip mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi gerekir. Özellikle vekilsiz dava açan işçilerin her bir işçilik alacağına hangi tür faiz uygulanacağını bilmesi beklenemez. Bu nedenle yargıtayın eski tarihli içtihatları işçi lehine yorum ilkesi kapsamında daha hakkaniyetlidir.

97)ÖNCEKİ YILLARDA ÜCRETE YAPILAN ZAM İŞVEREN AÇISINDAN BAĞLAYICI MIDIR?

9. H.D.'nin 2008 tarihli kararına göre; işveren açısından önceki yıllarda yapılan tek taraflı zamlar bağlayıcıdır. İşveren sonraki yıllarda tek taraflı olarak bundan vazgeçemez. Ancak 9.H.D. 2012 yılında verdiği kararda işyeri uygulaması olup olmadığını değerlendirmeksizin, salt sözleşmede zam oranına ilişkin madde olmaması nedeniyle, işçi tarafından yapılan feshi haksız bulmuştur. 22. H.D. ise, 2013 yılında

verdiği kararda işyeri uygulaması olup olmadığının da incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Kanaatimize göre sözleşmede zam veya oranına ilişkin hükmün olup olmaması tek başına zam talebinin veya işçi feshinin reddi için tek kıstas değildir. 22. H.D.'nin kararında da belirtildiği üzere sözleşmede zam oranına ilişkin bir madde olmasa bile işyeri uygulaması olup olmadığına bakılmalıdır. Şayet önceki yıllarda işveren ücretlere her yıl düzenli olarak zam yapıyorsa sonraki yıllarda da zam yapması zorunluluktur. Aksi takdirde işçi aradaki farkı isteyebileceği gibi, iş akdini haklı nedenle de feshedebilir. Zam oranının işyeri uygulaması haline gelmesi için kanaatimize göre daha önceki yıllarda 3 yıl üst üste tekrarlanmış olması yeterlidir.

"Taraflar arasında hizmet akdinin ne şekilde ve kimin tarafından feshedildiği hususu ihtilaflıdır. Mahkemece iş şartı gereği Mart 2005'te yapılması gereken ücret artışı talebinin işverence reddedilmesi üzerine hizmet akdini davacının tek taraflı olarak feshettiği, yemin teklifi üzerine ücret talebini atiye terk ettiği, bu şekilde davacının ücretin ödenmediği gerekçesi davacının feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatı talebi reddetmiştir. Davacı tarafından 7.4.2005 tarihinde işverene gönderilen noter ihtarnamesinde Mart ayı ücretinin ödenmemesi ve mutad bir şekilde ***her yıl Mart ayında yapılan zammın verilmemesi nedeniyle*** *hizmet akdinin feshedildiği açıkça belirtilmiştir. Dosya içerisinde mevcut tanık beyanları, ücret bordroları ve diğer delillerle davacı iddiasını ispatlamıştır. Bu sebeplerle hizmet akdinin davacı tarafından haklı nedenle feshedildiği ortadadır. Hizmet akdini haklı nedenle kendisi fesheden davacı kıdem tazminatına hak kazanmış olduğundan kıdem tazminatı isteğinin kabul edilmesi yerine mahkemece yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* **(9.H.D. 10.06.2008 Gün 2007/21838 E.)**

"Yazılı ***sözleşmede*** *ücret zammının zorunluluğu ve oranı konusunda* ***açık düzenleme*** *olmadığı takdirde önceki yıllarda yapılan zam ve oranlar işvereni bağlamaz. Zam işverenin yönetim hakkı kapsamında olup önceki zamlar işyeri uygulaması olarak değerlendirilemez."* **(9.H.D. 30.01.2012 Gün 2009/37863 E.)**

"Dosya içeriğine göre davacının 13.12.2005- 13.05.2011 tarihleri arasında davalı işyerinde kaynakçı olarak çalıştığı, ücret zammı talebinin işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine 13.05.2011 günü işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Ücret zammı yapılması yönünde işvereni bağlayan bir iş sözleşmesi veya ***işyeri uygulaması*** *bulunmamaktadır. İş sözleşmesi ücret zammı talebi yerine getirilmediğinden davacı tarafından feshedildiğinden kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır."* **(22.H.D. 19.02.2013 Gün 2012/13005 E.)**

98)ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN ÜCRET ALACAĞI HAKLI FESİH SEBEBİ YAPILABİLİR Mİ?

9.H.D. ücret alacakları zamanaşımına uğrasa da işçi tarafından bu durumun haklı fesih sebebi yapılabileceğini kabul ederken, 22.H.D. hakkın kötüye kullanımı değerlendirmesi yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimize göre, kural olarak işçilik alacaklarının zamanaşımına uğraması haklı fesih konusu yapılmasına engel değildir, ancak 22.H.D.'nin kararında da belirtildiği üzere

çok küçük tutarda bir meblağ ödenmemiş ise, ileriki yıllarda bunun haklı feshe konu edilmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Her somut olaya göre zamanaşımına uğrayan alacağın haklı feshe konu edilebilmesi değişkenlik gösterecektir.

"Somut olayda, davacı davalıya ait işyerinde 01.09.2006-30.09.2015 tarihleri arasında kobi portföy yönetmeni olarak çalışmış olup; dava dilekçesinde Mersin-Uray şubesinde gerçekleşen fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini, bu sebeple dava dilekçesi ekinde yer alan Mersin 6. Noterliğinin 30.09.2015 tarihli 27250 yevmiye nolu ihtarname ile iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğini ileri sürmüştür. Davalı tarafından süresi içerisinde ibraz edilen cevap dilekçesinde zamanaşımı itirazında bulunularak, davacının tüm ücretlerinin ödendiği, feshin haksız olduğu savunulmuştur. İlk Derece Mahkemesince ispat yükü kendisinde olan davacının tanık beyanlarıyla fazla çalışma olgusunu ispatladığı, bu sebeple davacı feshinin haklı sebebe dayandığı kabul edilerek fazla çalışma ücreti alacağı ile kıdem tazminatı talebi hüküm altına alınmıştır. Davalı vekilinin istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince, davacının dosyaya sunduğu işyerindeki çalışmaya ilişkin çizelgelerin dava tarihi itibari ile zamanaşımına uğrayan döneme ilişkin olduğu, dosyaya sunulan devir teslim ve rapor defteri başlıklı belgelerin davacının çalışma sistemiyle ilgili olmadığı, isminin de bulunmadığı, davacı fazla çalışma olgusunu ispatlamak amacıyla tanık deliline dayanmış Mahkemece bizzat dinlenilen tanık Gökçe Güner'in 2007 yılı Ekim ayından 2010 yılı Temmuz ayına kadar çalıştığı anlaşılmakla, davanın 01.12.2015 tarihinde açıldığı dikkate alındığında davacının tanıklık ettiği dönemin zamanaşımı içerisinde kalan döneme ait olduğu, davacının tanık listesinde ismi bulunan tanık ...'ın dinlenmesinden davacı tarafın 09.06.2016 tarihli duruşmada vazgeçtiği, davacı tanığının dinlenmediği, fakat dosyada 2013/24 talimat nolu ...'ın beyanının bilirkişi raporuna esas alındığı, ancak bu dosya 2015 esaslı olup talimatla ifadesi alınan tanığın iş bu dava açısından dinlenmediği, kaldı ki tanığın nisan 2009-Ağustos 2009 döneminde 3 ay bankada çalıştığı yönünde beyanının mevcut olduğu, bu dönemin zamanaşımı içerisinde kalan döneme ait olduğu, bu durumda davacının fazla çalışma olgusunu ispatladığını kabül etmenin mümkün olmadığı, davacının fazla çalışma olgusunu ispatlayamadığı dolayısıyla iş akdini iddia ettiği gibi haklı nedenle feshettiği ispat edemediği dolaysıyla kıdem tazminatına hak kazanmadığı gerekçesiyle davalının istinaf sebebi yerinde görülerek mahkeme kararının kaldırılmasına ve davacının kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücret alacağı davasının reddine karar verilmiştir. Ancak dosyaya sunulan devir teslim ve rapor defteri başlıklı belgelerin davacının çalışma sistemiyle ilgili olmadığı, isminin de bulunmadığı, davacının tanık listesinde ismi bulunan tanık ...'ın dinlenmesinden davacı tarafın 09.06.2016 tarihli duruşmada vazgeçtiği, bu sebeple beyanının dikkate alınmaması gerektiği yönündeki Bölge Adliye Mahkemesinin tespitleri yerinde ise de, davacının dosyaya sunduğu işyerindeki çalışmaya ilişkin çizelgelerin dava tarihi itibari ile zamanaşımına uğrayan döneme ilişkin olduğu, tanık Gökçe Güner'in 2007 yılı Ekim ayından 2010 yılı Temmuz ayına kadar çalıştığı anlaşılmakla, davanın 01.12.2015 tarihinde açıldığı dikkate alındığında davacının tanıklık ettiği dönemin zamanaşımı içerisinde kalan döneme ait olduğu gerekçesiyle davacının fazla çalışma olgusunu ispatladığını kabül etmenin mümkün olmadığı ve bu sebeple davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ispat edemediği kabulü hatalı olmuştur. Zira zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Dosyaya davacı tarafça sunulan 2010 yılı Haziran ayına ilişkin devam çizelgeleri tüm günlere ilişkin kayıt içermemesi yahut kimi günlere ilişkin yalnızca giriş veya yalnızca çıkış saati içermesi

sebebiyle fazla çalışmanın tespitine elverişli değil ise de, davacı tanığı Gökçe Güner'in beyanı dikkate alındığında davalı işyerinde fazla çalışma yapıldığının sabit olduğu, üstelik her ne kadar davalı vekilinin istinaf başvurusu dilekçesinde, davacı tanığının husumetli olduğu ileri sürülmüş ise de, davacı tanığının fazla çalışma talebini içerir davasının da Dairemizin 21.01.2016 tarihli, 2015/36567 Esas ve 2016/1458 Karar sayılı ilamı ile kesinleşerek onandığı, söz konusu dosyada da davacı tanığının davacı ile birlikte çalıştığı şubede kayıt bulunan dönemler bakımından bu kayıtlara göre, kayıt bulunmayan dönemler bakımından işbu dosyada da tespit edildiği üzere haftalık beş saat fazla çalışma yaptığı kabulü ile hesaplama yapıldığı, dosyanın davalı temyizi üzerine Dairemiz incelemesinden geçerek kesinleştiği dikkate alındığında davalı işyerinde fazla çalışma yapıldığının davacı tarafça ispatlandığının kabulü gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre, dava tarihi itibariyle fazla çalışma ücreti alacağı zamanaşımı uğradığından reddi yerinde ise de; zamanaşımı bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmadığından ödenmeyen fazla çalışma ücreti alacağı nedeniyle feshin haklı sebebe dayandığının kabulü gerektiği anlaşılmakla kıdem tazminatının kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(9.H.D. 23.12.2020 Gün 2017/22143 E.)-YAPILABİLİR.**

"Yine dosyadan davacının fazla mesai yaptığı anlaşılmakla birlikte karşılığının ödendiği anlaşılmamaktadır. Her ne kadar zamanaşımı nedeniyle fazla mesai alacağı reddedilmiş olsa da, bu durumun işçinin haklı nedenle feshine etkisi yoktur. Açıklanan nedenle iş akdini uzun süren ve karşılığı ödenmeyen fazla mesailer nedeniyle fesheden davacının kıdem tazminatını hak ettiği şeklindeki kabul doğru ise de, iş akdini haklı nedenle dahi olsa fesheden tarafın ihbar tazminatına hak kazanamayacağı gözetilerek ihbar tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup,bozmayı gerektirmiştir." **(9 HD 02.05.2017 Gün 2015/9336 E.)- YAPILABİLİR.**

"Davacı işçi ödenmeyen fazla çalışma ücretlerinin olduğunu ileri sürerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini belirterek, yıllık ücretli izin ve fazla çalışma ile kıdem tazminatı talebi ile bu davayı açmıştır. Mahkemece fazla çalışma ücretinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle her iki isteğinde reddine karar verilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki alacağın zamanaşımına uğraması hakkı ortadan kaldıran nedenlerden biri olmayıp hakkın talep edilebilirliği ile ilgilidir. Bu nedenle zamanaşımına uğrasa da fazla çalışma yaptığı tespit edildiğinden davacının işe akdini 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca haklı olarak sona erdirdiği kabul edilmeli ve kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır." **(9.H.D. 28.02.2019 Gün 2017/9714 E.)-YAPILABİLİR.**

"Davacının sigortalı hizmet döküm cetvelinin incelenmesinde 10.11.2009 tarihinde iş sözleşmesini feshettikten sonra 16.11.2009 tarihinde başka bir işyerinde çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. Davacının 10.11.2004-10.11.2009 tarihleri arası fazla mesai ücretlerinin ödendiği, davacının fesih tarihinden geriye doğru beş yıl için ödenmeyen fazla çalışma alacağı bulunmadığı anlaşılmış olup, mahkemece bu sebeple fazla çalışma alacağının reddedildiği, davacının bu red kararını temyiz etmediği dosya kapsamıyla sabittir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihten beş yıl önce muaccel hale gelen ve zamanaşımı def'i nedeniyle talep edilebilirliği kalmayan 473,15 TL fazla çalışma alacağının ödenmemesi sebebi ile beş yıl sonra yapılan işçi feshinin haklı fesih olduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesinde Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz hükmü yer

almaktadır. Başka yerde iş bulduğu için iş sözleşmesini feshettiği anlaşılan davacının kıdem tazminatı alabilmek amacıyla uzun yıllar sonra fazla mesai alacağının ödenmediğini ileri sürmesi ve bunu haklı fesih sebebi yapması dürüstlük kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle ve zamanaşımına uğramış fazla mesai alacağının fesih için haklı sebep oluşturması mümkün olmadığından davacının kıdem tazminatı isteğinin de reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." **(22 HD 12.04.2013 Gün 2012/19774 E.)- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI İSE YAPILAMAZ.**

99) EVLİLİK NEDENİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESHEDEN İŞÇİ EĞİTİM GİDERİNİ ÖDEMEK ZORUNDA MIDIR?

7.H.D. evlilik nedeni ile yapılan fesihlerin haklı fesih olduğunu, bu kapsamda işçinin eğitim giderini ödemek zorunda olmadığını belirtirken, 22. H.D. evlilik nedeni ile yapılan feshin İş Kan.madde 24'e göre haklı fesih nedeni olmadığını, sadece kıdem tazminatına hak kazandırdığını, buna göre de işçinin eğitim giderini ödemek zorunda olduğunu belirtmektedir. 9. H.D.'nin ise konuya ilişkin biri işçi lehine, birisi aleyhine olmak üzere iki farklı içtihadı bulunmaktadır.

"Somut uyuşmazlıkta, davalı 05.09.2008 tarihli yüklenme senedi ile burslu eğitim alması nedeni ile bu eğitim karşılığında eğitim süresinin 1,5 katı olarak mecburi hizmette bulunmayı, mecburi hizmeti bitmeden istifa ederek ayrılması, çekilmiş sayılması veya bir ceza nedeniyle meslekten çıkarılması halinde kendisine yapılan ödemelerin ve eğitim masraflarını geriye kalan mecburi hizmet süresi ile orantılı olarak yasal faizi ile birlikte ödemeyi taahhüt etmiş ve davacı üniversitenin hemşirelik yüksek okulunda 05.09.2008 - 22.06.2012 tarihleri arasında eğitim görmüştür. Davalı 09.07.2012 tarihinde davacı üniversite hastanesinde hemşire olarak çalışmaya başladıktan sonra 20.06.2013 tarihinde evlenmiş, 06.06.2014 tarihli dilekçesi ile evlilik sebebiyle iş akdini feshetmiştir. Mahkemece, 05/09/2008 tarihli yüklenme senedinin 7.maddesinde mecburi hizmet bitmeden istifa ederek ayrılma, çekilmiş sayılma veya bir ceza nedeniyle meslekten çıkarılması olarak belirlendiği, haklı nedenle iş akdinin feshinin tazminatı gerektiren bir durum olarak düzenlenmediği, evlilik sebebiyle feshin 1475 sayılı yasanın 14.maddesi gereğince haklı fesih sebebi olarak kabul edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.Davalı iş sözleşmesini evlilik sebebiyle istifa etmek suretiyle feshetmiştir. Davalının istifa sebebi 1475 sayılı yasanın 14.maddesinde yer verilen kadın işçinin evliliği sebebi olduğundan bu sebeple yapılan fesih davalıya kıdem tazminatı hakkı kazandırır ise de ***4857 sayılı Yasanın 24. maddesi kapsamında haklı fesih sebebi değildir****. Davacı tarafından harcanan eğitim masraflarının, davalının çalıştığı süreye orantılanarak belirlenecek bakiye süreye göre hesaplanacak tutar üzerinden davanın kabulü gerekir iken reddi hatalı olup bozma nedenidir."* **(22.H.D. 12.02.2019 Gün 2016/5876 E.)- ÖDEMELİDİR.**

"Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki 29.01.2014 tarihli eğitim giderleri sözleşmesi ile davalı işçi, iş sözleşmesini iş bu sözleşmenin düzenlenmesi tarihinden itibaren 2 yıl süre ile sonlandırmayacağını, bu tarihe kadar, gerek istifa gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nun maddelerine göre haklı sebeple sözleşmenin feshedilmesi hallerinde, başlangıçta aldığı ve gideri tümüyle şirket tarafından karşılanan eğitim, ulaşım, konaklama masraflarına istinaden 3.700,00 TL eğitim gideri karşılığını ödemeyi taahhüt etmiştir. İş akdinin davalı tarafından 06.04.2015 tarihinde ***evlilik nedeniyle*** *sonlandırıldığı anlaşılmaktadır. Eğitim*

gideri, verilen eğitimle oluşan artı değerin karşılığı çalışma taahhüdünün yerine getirilmemesi nedeniyle ***mahkemece hüküm altına alınmalıdır****. Taahhüdün eğitimin verilmesinden önce veya sonra olmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır."* **(9.H.D. 28.03.2019 Gün 2017/13360 E.)-ÖDEMELİDİR.**

"Dosyada mevcut 16.12.2008 tarihli ve ekindeki evlenme cüzdanı fotokopisinden, davacının hizmet akdini evlilik nedeniyle haklı olarak sona erdirdiği anlaşıldığından, işçinin haksız feshine dayalı cezai şart ve eğitim masrafı taleplerinin ***yerinde olmadığı görülmekle****, davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* **(9.H.D. 19.06.2013 Gün 2011/16944 E.)- ÖDEMEZ.**

"Somut olayda, davalı işçinin gece 7,5 saati aşan çalışma yaptığı ve evlilikten itibaren 1 yıl içerisinde iş sözleşmesini feshettiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Mahkemece davalı işçinin yasal çalışma saatlerinin üzerinde çalıştırılmasına itiraz etmediği, fesihten önce yasal şartların uygulanmasını talep etmesi uyulmadığı taktirde sözleşmeyi feshedeceğini bildirmesi gerektiği kabul edilmiş ise de, gece çalışmasının 7,5 saati aşamayacağına ilişkin 4857 Sayılı İş Kanunu 69.maddesi hükmü açık olup işçinin yasaya aykırı şekilde çalışma saatlerinin üzerinde çalıştırılması halinde önceden uyarı yapmadan derhal fesih hakkı vardır. Aynı şekilde evlilik nedeniyle fesih de işçiye haklı fesih imkanı vermekte olup evlilik nedeniyle feshin dürüstlük kuralına aykırı olduğunun kabulü de yerinde değildir. ***Davalı işçinin iş sözleşmesini haklı feshettiği****, sözleşme gereği haksız fesih halinde eğitim giderlerinin ödenmesi gerekeceği dikkate alınmayarak davanın reddi yerine kabulü hatalı olup bozma sebebidir."* **(7.H.D. 30.06.2015 Gün 2015/20408 E.)-ÖDEMEZ.**

Öğretide **Göktaş**'a göre; *"işçi tarafından emeklilik, askerlik veya evlenme nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin derhal fesih hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, anılan sebeplerle iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçi, işverene ihbar öneli vermek zorundadır. Buna karşı diğer bir görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, belirtilen sebeplerle iş sözleşmesi derhal feshedilebilir. Kanımızca söz konusu sebeplerin derhal fesih nedeni olduğuna yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca işverenden kaynaklanan ve dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir durumun varlığından da söz edilemez. Derhal fesih hakkı, olağanüstü ve istisnai bir durumu ifade eder. Kanunda açıkça aksi belirtilmediği sürece dürüstlük kuralları uyarınca sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren durum ve şartlar dışındaki bir nedenle sözleşme ancak süreli fesih yoluyla sona erdirilebilir. Belirtilen sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanması, feshe derhal fesih niteliğini kazandırmaz. Bu nedenle anılan nedenlerle sözleşmenin sona erdirilmesinin süreli fesih yoluyla mümkün olması gerektiğini düşünüyoruz."*[122]

Yeni 9.H.D.Başkanının, yukarıdaki görüşü doğrultusunda emeklilik, evlilik, askerlik gibi nedenlerle işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işverene ihbar tazminatı ödemesi gerekir. Zira bu tür fesihler işçiye kıdem tazminatına hak kazandırsa da derhal fesih nedeni değildir. Bu kapsamda ileriki yıllarda ortaya çıkacak içtihatlarda tıpkı kapanan 22. H.D.'nin kararı gibi, işçinin eğitim giderini ödemeye mahkum edilmesi muhtemeldir.

[122] Seracettin Göktaş " Türk İş Hukukunda Haksız Fesih" Seçkin Yayınları Ankara 2020, syf 157-158

100)BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNDEN ÖNCE İŞVERENCE HAKLI NEDEN OLMAKSIZIN FESHİ HALİNDE CEZAİ ŞART İLE BİRLİKTE BAKİYE SÜREYE İLİŞKİN ÜCRET AYNI ANDA TALEP EDİLEBİLİR Mİ?

"Öğretide ağırlıklı görüş bu durumda işçinin ya cezai şartı veya T.B.K. md.438/1 uyarınca bakiye süreye ilişkin ücreti talep edebileceği kabul edilmektedir. Zira T.B.K. md.438'deki bakiye süreye ilişkin ücret sözleşmenin kalan süresine ait edimin karşılığı, yani ifa yerine geçen bir edimdir. Ancak eğer sözleşmede ifa yanında cezai şart da istenebileceği öngörülmüş ise işçi cezai şart yanında bakiye süreye ilişkin ücret tutarında tazminatı talep edebilir." Buna karşın öğretide iki alacağın koruduğu menfaatlerin farklı olduğu gerekçesiyle hem cezai şartın hem de bakiye süre ücretinin birlikte talep edilebileceği de savunulmaktadır. [123]

Öğretideki farklı görüşler doğrultusunda 9. ve 22. H.D. de çelişkili kararlar vermiştir.

"Somut olay bakımından yapılan incelemede, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı ve iş akdinin davalı işverence sözleşmenin süre bitiminden önce haklı bir sebep bulunmadan 19.05.2012 tarihinde feshedildiği sabit olup davacı dava dilekçesinde cezai şart ile birlikte bakiye süre ücret alacağını da tep etmiş ise de Türk Borçlar Kanunun 179. maddesine göre her iki talebin birlikte istenmesi mümkün olmadığından ve ayrıca bu durumun aksi de iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığından davacı yana iki seçenekten hangisini talep ettiği sorulmalı ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken mahkemece davacının her iki talebede hak kazandığının kabulü ile hesaplamalar yapılarak sonuca gidilmesi hatalı olmuştur." **(22.H.D. 25.03.2019 Gün 2017/16377 E.)-BİRLİKTE İSTENEMEZ.**

"Borçlar Kanunu'nun 161'inci maddesine göre, taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanunu'nun 325'inci maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanunu'nun 325'inci maddesine göre talep edilip edilemeyeceği sorununa değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 158/II maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir." **(9.H.D. 30.09.2019 Gün 2016/6769 E.)-BİRLİKTE İSTENEBİLİR.**

101)ÖRTÜLÜ KABUL İLE DENKLEŞTİRME UYGULAMASI KABUL EDİLEBİLİR Mİ?

[123] Tülü, Uğur "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Belirsiz Alacak Davası Uygulaması" syf 311-312 Onikilevha Mayıs 2021

"İş Kan. Madde 63/2 de herhangi bir şekil şartından söz edilmemiş; ancak Çalışma Süreleri Yönetmeliği madde 5/1'de ise denkleştirmenin tarafların yazılı anlaşması ile uygulanabileceği düzenlenmiştir. Öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca denkleştirme uygulaması için işçi ve işverenin anlaşması gerekmekle birlikte İş.K.md.63'de anlaşma konusunda bir şekil şartı öngörülmemiştir. Yazılı şekil şartı öngören yönetmelik hükmü de yasaya aykırı olamaz. Bu görüşe göre hükümdeki "tarafların anlaşmasıyla" ibaresinin zımni kabule yasa koyucu tarafından izin verildiği anlmına geldiği, rızanın yazılı olabileceği gibi sözlü ve hatta zımni kabul ile işverenin bu yöndeki teklifi üzerine buna karşı çıkmadan çalışma gibi fiili bir tutumla dahi açıklanabileceğini savunmaktadır. Ancak diğer görüş uyarınca denkleştirme uygulamasını işveren yönetim hakkına dayanarak tek yanlı uygulayamaz, bu konuda işçinin yazılı onayı gerekir. Zira denkleştirme uygulamasının işçinin sosyal hayatı ile iş sağlığı ve güvenliği konusunda etkileri bulunmaktadır. Örtülü veya zımni onayın yeterli kabul edilmesiyle denkleştirme esasına göre çalıştırıldığını bile bilmeyen işçi fazla çalışma ücretinden yoksun kılınabilir."[124]

Öğretinin farklı görüşleri doğrultusunda yargıtay da bu konuda çelişkili kararlar vermiştir.

*"Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için **örtülü** bir denkleştirme söz konu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanunun 63.maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve hesaplamalara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* **(9.H.D. 16.06.2005 Gün 2004/31721 E.)- KABUL EDİLEBİLİR.**

*"Dosya içeriğine ve özellikle taraf tanık anlatımlarına göre davalı işyerinde 08.00-20.00 ve 20.00-08.00 şeklinde ikili vardiya olup, güvenlik görevlileri bu vardiya sistemine göre iki gün gündüz, iki gün gece vardiyasında çalıştıktan sonra 2 gün dilenmektedirler. Bu çalışma sistemine göre davacı periyodik olarak ilk 4 hafta 5 gün, takip eden 5 ve 6 nci haftalar 4 gün çalışmaktadır. Ara dinlenme düşüldüğünde haftalık 5 gün çalışmada 10,5 saat X 5 gün = 52,5 saat haftalık, haftalık 4 gün çalışmada ise 42 saat, ancak iki gece çalışması nedeni ile 10,5-7,5= 3 X 2= 6 saat fazla mesai gerçekleşmektedir. Öncelikle bu çalışma şekline göre her hafta fazla çalışma yapıldığından bir denkleştirmeden söz edilemez. Kaldı ki bir **anlaşmada** yoktur. O nedenle mahkemece denkleştirme yapıldığı gerekçesi ile fazla mesai ücretinin reddi hatalıdır."* **(9.H.D. 23.11.2015 Gün 2014/21301 E.)- KABUL EDİLEMEZ.**

*"Dosya kapsamına göre; davacının haftanın bazı günleri 17:00-8:00 saatleri arası bazı günleri ise yirmidört saat nöbet tutarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Yirmidört saat çalışılan günler için yapılan işin niteliği ve işyerinin özelliğine göre bu tür çalışanların uyku ve diğer zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli olan zaman dilimi gözetildiğinde, çalışmanın günde en fazla ondört saat sürdürülebileceği, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre bu durumda günlük onbir saate kadarki çalışmalar yönünden **örtülü** bir denkleştirmenin varlığı kabul edileceğinden, denkleştirmeye esas günlük onbir saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığı kabul edilerek hesaplama yapılması gerektiği Hukuk Genel Kurulu'nun 04.05.2006 tarihli ve 2006/9-107-144, 14.06.2006 tarihli 2006/9-374-382, 21.03.2007 tarihli ve 2007/9-150-160, 21.03.2007 tarihli ve 2007/9-174-164, 08.07.2007 tarihli ve*

[124] Tülü, Uğur "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Belirsiz Alacak Davası Uygulaması" syf 166-167 Onikilevha Mayıs 2021

*2007/9-582-557 ve 19.09.2007 tarihli ve 2007/9588-597 sayılı kararlarıyla yerleşik uygulama haline gelmiştir."***(22.H.D. 18.02.2016 Gün 2014/31001 E.)- KABUL EDİLEBİLİR.**

Kanaatimize göre yönetmelikteki açık hüküm gereği denkleştirme uygulamasının yazılı olarak yapılması, bu konuda örtülü anlaşmanın olamayacağının kabulü gerekir. Her ne kadar kanunda yazılı bir koşuldan bahsedilmemiş ise de yönetmelikler kanunun daha detaylı bir biçimde açıklanmasını sağlayabilir. Özellikle denkleştirme uygulaması işçinin iş sağlığı ve güvenliğini doğrudan etkilediğinden yazılı şekil şartının aranması gerektiği aşikardır.