

TEKSTİL
İŞVEREN

HUKUK

139

453 - MART 2022

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI AYLIK DERGİSİ



TURİZM, ÖZEL GÜVENLİK VE SAĞLIK HİZMETİ YÜRÜTÜLEN İŞLERDE GECE ÇALIŞMASI (Karar incelemesi)



Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2021/7759

Karar No.: 2021/12375

Tarihi: 21.09.2021

Karar Özeti: İş Kanunu'nun 69. maddesi dikkate alınarak sağlık alanında faaliyet gösteren işyerinde çalışan davacının, 6645 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönem yönünden 7,5 saati aşan gece çalışmasının karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gerekir.

İlgili Mevzuat:

4857 sayılı İş Kanunu m. 41, 69

Yargıtay Kararı

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde 10/12/2014 – 26/07/2017 tarihleri arasında hemşire olarak çalıştığını, davalı işverenin davacıyı vardiyalı çalışmaya zorladığını, davacının 08.00-17.00 ve 17.00-08.00 saatleri arasında çalışıp ayda 12-13 nöbet tuttuğunu, hak kazanılan yıllık izinlerin kanunda belirlenen sürelerde kullanılmadığını, davacıya mobbing uygulandığını, iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı sebeple feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti ile birlikte bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil ücretlerinin ödendiğine dair imzalı bordrolar bulunduğunu, iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğunun kararlaştırıldığını, fesih tarihinde muaccel hale gelen izin ücretinin davacıya ödendiğini, iş sözleşmesinin davacının devamsızlığı üzerine haklı sebeple feshedildiğini beyan ederek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı, davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, istinaf dilekçesinde

bildirilen sebeplerle sınırlı olarak yapılan inceleme sonucunda, davanın reddine dair İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve esas yönünden yerinde olduğu gerekçesiyle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir

Temyiz:

Karar yasal süresi içerisinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasında davacının fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmadığı ve iş sözleşmesinin davacı tarafından haklı sebeple feshedilip feshedilmediği noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41'inci maddesine göre haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır. Anılan Kanunun 63'üncü maddesinde ise, "Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşmaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir" şeklinde kurala yer verilmiştir.

06.04.2004 tarihli 25425 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde ise çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğe göre, İş Kanunu'nun 68'inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri, çalışma süresinden sayılmaz. Ara dinlenmeleri, iklim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak, yirmi dört saat içinde kesintisiz on iki saat dinlenme süresi dikkate alınarak düzenlenir (m.3/2). Bu düzenlemenin çalışma süresi yönünden önemi, maddede, işçinin bir günde kesintisiz on iki saat dinlenme süresi olduğundan söz edilmesidir. Nitekim, Yönetmeliğin "normal çalışma süresi" başlığını taşıyan 4. maddesinin 3. fıkrasında da günlük çalışma süresinin her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamayacağı öngörülmüştür. Günlük 11 saati aşan çalışma yapılması halinde, uygulanacak yaptırımın ne olduğu da yine Yönetmelikte düzenlenmiş olup, bu halde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43'üncü maddeleri uygulanacaktır (m. 4/4-a).

Bu açıklamalara göre, günlük çalışma süresine ilişkin yasal düzenlemelerin "emredici" nitelikte olduğu kabul edilmelidir. İşçinin haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa dahi, günlük 11 saati aşması halinde, bu çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir.

İş Kanunu'nun 69. maddesinde gece kavramının tanımı yapılmış olup, çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir (m.69/1). İşçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez (m.69/3). Turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayı ile yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilirliği öngörülmüş ise de bu işçiler dışındaki işçilerin gece çalışmaları aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca günde yedi buçuk saati geçemez (04.04.2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanunun 37'nci maddesi ile 4857 sayılı Kanunun 69'uncu maddesine ek cümle). Benzer hükümler 06.04.2004 tarihli İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde de mevcut olup, Yönetmeliğin "Fazla Çalışma Yapılmayacak İşler" başlığını taşıyan 7. maddesinde "İş Kanunu'nun 69'uncu maddesinin 1'inci fıkrasındaki tanıma göre gece sayılan gün döneminde yürütülen işler sayılmıdır. Diğer taraftan, gündüz işi sayılan çalışmalara ek olarak bu Yönetmelikte öngörülen fazla çalışmaların gece döneminde yapılabileceği kurala bağlanmıştır. Bu itibarla turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işyerlerindeki işçiler dışındaki işçiler bakımından, gece çalışmaları yönünden haftalık kırk beş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa dahi, günde yedi buçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Değişikliğin yürürlüğe girdiği 04.04.2015 tarihinden sonraki dönem için ise, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işyerlerindeki işçilerin 7,5 saati aşan gece çalışması için yazılı onay vermeleri halinde, bu süreyi aşan gece çalışması yapmalarının önünü açılmıştır. Somut uyuşmazlıkta davacının davalıya ait hastanede hemşire olarak görev yaptığı, yani sağlık alanında faaliyet gösteren bir işyerinde çalıştığı uyuşmazlık konusu değildir. Davacı, 08.00-17.00 ve 17.00-08.00 saatleri arasında olmak üzere iki vardiya ile çalıştığını, ayda 12-13 kez 17.00-08.00 saatleri arasında çalışarak nöbet tuttuğunu, bu çalışmalarının karşılığı olan ücretlerinin ödenmediğini ileri sürmüş, mahkemece davacının fazla çalışma ücretine hak kazanmadığına dair bilirkişi raporuna itibar edilerek fazla çalışma ücreti talebinin reddine karar verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, "... giriş-çıkış raporlarda davacının davalı hastaneye giriş ve çıkış saatleri ile mesai saatlerinin dökümü yapılmış olup, buna göre davacının aylık fazla çalışma saatlerinin bulunduğu dönemlerde ücret pusulalarına hafta içi günleri veya hafta tatili olan Pazar günü olma durumuna göre FM-1 ve FM-3 tahakkuklarının yapıldığı ve söz konusu tutarların FM-1 için %50, FM-3 için %100 zamlı olarak davacıya ödendiği, ücret pusulalarında fazla mesai tahakkuku bulunmayan aylarda ise davacının kart okuma (giriş-çıkış) raporlarına göre aylık çalışılması gereken saatlerin altında eksik çalışması (veya fazla çalışması olmaması) nedeniyle tahakkukunun bulunmadığı" gerekçesiyle davacının fazla çalışma ücretine hak kazanmadığı belirtilmiştir. Ancak, bilirkişi tarafından davacının haftalık 45 saati aşan çalışmalarının dışında, günlük 11 saati aşan çalışmaları ile 7,5 saati aşan gece çalışmaları yönünden herhangi bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Raporla her ne kadar, kart okuma listelerine göre yapılan fazla çalışmaların ücret pusulalarında tahakkuk ettirilerek davacıya ödendiği belirtilmiş ise de kayıtlar üzerinde davacının haftalık 45 saati aşan, haftalık 45 saati aşmasa dahi günlük 11 saati

aşan veya 7,5 saati aşan gece çalışmaları yönünden inceleme yapılmamıştır. İlk Derece Mahkemesi'nce eksik inceleme ile hüküm kurulması; Bölge Adliye Mahkemesi'nce de davacının bu yöndeki istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi hatalıdır. Bu sebeple öncelikle, davacının haftalık 45 saati aşan bir çalışması olup olmadığı, haftalık 45 saati aşan çalışmasının bulunmaması halinde günlük 11 saati aşan çalışma yapıp yapmadığı yönünde denetlenebilir şekilde inceleme yapılmalı, buna göre davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı belirlenmelidir. Ayrıca, İş Kanunu'nun 68. maddesi dikkate alınarak sağlık alanında faaliyet gösteren işyerinde çalışan davacının, değişikliğin yürürlüğe girdiği 04.04.2015 tarihinden önceki dönem yönünden ise 7,5 saati aşan gece çalışmasının karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Fazla çalışma iddiasının ispatında yazılı kayıt bulunan dönemler yönünden, bu kayıtların içeriğinin gerçeğe aykırı olduğu taraflarca ileri sürülüp aksi ispat edilmedikçe, kayıtlara itibar edilmelidir. Bu halde tanık anlatımlarına göre sonuca gidilemez. Fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında ise, fazla çalışma tahakkuku içeren imzalı bordrolar yönünden, bordroda yazılı fazla çalışma süresinden daha fazla çalışma yapıldığı iddiasının sadece yazılı kayıtlar ile ispat edilebileceği gözden kaçırılmamalı, tahakkuk içermeyen imzalı bordrolar ve imzasız bordrolar yönünden ise fazla çalışma iddiasının her türlü delil ile ispat edilebileceği dikkate alınmalıdır. Ayrıca dosya kapsamında bulunan iş sözleşmesinde, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğunun kararlaştırıldığı görülmekte olup, bu kayda da değer verilerek sonuca gidilmelidir.

Mahkemece davacının haklı feshine yönelik iddiasını ispat edemediği gerekçesiyle kıdem tazminatı talebinin reddine karar verilmiş ise de, öncelikle davacının haftalık fazla çalışma süresi 45 saati aşmasa dahi günlük 11 saati aşacak şekilde çalışıp çalışmadığı yahut (04.04.2015 tarihinden önceki ve sonraki dönem yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapılmak kaydıyla) günlük 7,5 saati aşan gece çalışmasının bulunup bulunmadığı yönlerinden gerekli araştırma ve inceleme yapılmalı, bu araştırmanın sonucuna göre davacının fazla çalışma ücretine hak kazandığının belirlenmesi halinde, feshin haklı sebebe dayandığı kabul edilerek davacının kıdem tazminatı talebi hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, davacının aynı yöndeki istinaf başvurusunun esastan reddine dair Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu sebeple bozulması gerekmiştir.

Sonuç :

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesi'ne, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.09.2021 gününde oybirliği ile karar verildi.

Kararın İncelenmesi

İnceleme konusu kararda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, sağlık alanında faaliyet gösteren bir işyerinde çalışan bir işçinin gece çalışmalarını değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme, gece çalışma süresinin herhangi bir istisna tanınmaksızın en çok 7,5 saatle sınırlandırıldığı "04.04.2015" tarihine kadarki dönemde, fazla çalışma için aranan haftalık 45 saatin üzerinde

çalışma koşulu aşılmamış olsa dahi günlük 7,5 saati aşan gece çalışmaları için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna karşılık Yüksek Mahkeme'ye göre, İş Kanunu m.69 hükmünde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği "04.04.2015" tarihinden sonraki dönem için, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işyerlerindeki işçilerin 7,5 saati aşan gece çalışması için yazılı onay vermeleri halinde, bu süreyi aşan gece çalışması yapmalarının önünü açılmıştır. Dolayısıyla bu dönemde belirtilen nitelikteki işyerlerindeki işçilerin yazılı onayı ile yapılmış olması kaydıyla salt gece 7,5 saatin üzerinde çalışma yapılmış olması zamlı ücret ödenmesini gerektirmeyecektir. Karara göre, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işyerlerindeki işçiler dışındaki işçiler bakımından ise, haftalık kırk beş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa dahi, günde yedi buçuk saati aşan gece çalışmaları için fazla çalışma ücreti ödenmelidir.

Kararda değinilen bir diğer husus, somut olayda iş sözleşmesinde yer verilen işçiye ödenen ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu yönündeki kararlaştırmaya değer verilmesi gerektiğidir. Karardan bu ifadelerin haftalık 45 saati aşan fazla çalışmalar ile sınırlı olarak mı yoksa yasak çalışmaları da kapsayacak şekilde mi kullanıldığı tam olarak anlaşılammaktadır. Karar aşağıda belirtilen yönleri ile değerlendirilecektir.

Gece çalışmaları özelliği nedeniyle İş Kanunu ve ilgili mevzuatta özel olarak düzenlenmiş, işçilerin sağlığının korunması amacıyla gece döneminde yapılan çalışmalara çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. İş Kanunu'na göre, çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir (m.69/1). Bazı işlerin niteliğine ve gereğine göre yahut yurdun bazı bölgelerinin özellikleri bakımından, çalışma hayatına ilişkin "gece" başlangıcının daha geriye alınması veya yaz ve kış saatlerinin ayarlanması, yahut gün döneminin başlama ve bitme saatlerinin belirtilmesi suretiyle birinci fıkradaki hükmün uygulama şekillerini tespit etmek yahut bazı gece çalışmalarına herhangi bir oranda fazla ücret ödenmesi usulünü koymak veyahut gece işletilmelerinde ekonomik bir zorunluluk bulunmayan işyerlerinde işçilerin gece çalışmalarını yasak etmek üzere yönetmelikler çıkartılabilir (m. 69/2). Gece ve gündüz işletilen ve nöbetleşe işçi postaları kullanılan işlerde, bir çalışma haftası gece çalıştırılan işçilerin, ondan sonra gelen ikinci çalışma haftası gündüz çalıştırılmaları suretiyle postalar sıraya konur. Gece ve gündüz postalarında iki haftalık nöbetleşme esasları da uygulanabilir (m.69/4). Postası değiştirilecek işçi kesintisiz en az on bir saat dinlendirilmeden diğer postada çalıştırılmaz (m.69/5).

Gece çalışmalarının uygulanacak hükümlerin farklılığı nedeniyle bazı işlerin yapıldığı saatlerin hem gece hem gündüz dönemine rastlaması halinde çalışmanın gece çalışması mı yoksa gündüz çalışması mı sayılacağına tespiti önemlidir. Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik uyarınca, çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır (m.76/2). Bu hükmün uygulanmasında, bir gün içindeki çalışmanın yarısından fazlası gece çalışması kabul edilen

(20.00-06.00 arası) saat dilimine girmiş ise o günkü çalışmanın tamamı gece çalışması sayılır. Yoksa sadece gece çalışması kabul edilen zaman aralığına denk gelen saatler değil. Konuyu bir örnekle açıklayan bir Yargıtay kararına göre, "...bilirkişi raporunda 22:00-08:00 vardiyasında gece çalışması olan kısmın 22:00-06:00 arası olduğu, ara dinlenmesinin tenzili ile gece çalışmasının 7,5 saati aşmadığı belirtilmiştir. Oysa, bir gün içindeki çalışmanın yarısından fazlası mevzuata göre gece çalışması kabul edilen saat dilimine girmiş ise o günkü çalışmanın tamamı gece çalışması sayılır. Ara dinlenmesi o günkü çalışmanın tamamından düşüldükten sonra bulunan o günkü fiili çalışmanın tamamının 7,5 saati aşan kısmı gece çalışmasındaki fazla mesai kabul edilir. Örneğimize dönecek olursak, 22:00-08:00 vardiyasında çalışma süresinin yarısından fazlası mevzuata göre gece çalışması kabul edilen saat aralığında geçtiği için 22:00-08:00 arası saatlerinin sadece 22:00-06:00 değil ve fakat tamamı gece çalışmasında geçtiği için ara dinlenmesi düşüldükten sonra arta kalan fiili çalışmanın 7,5 saati aşan kısmının tamamı gece çalışmasından doğan fazla mesai ücreti olarak hüküm altına alınmalıdır..." (Yarg. 9. HD, 29.03.2019, E. 2015/32990 K. 2019/7188; aynı yönde Yarg. 22. HD, 22.01.2020, E. 2016/27298 K. 2020/1107, www.kazanci.com).

Gece çalışması sağlık açısından bazı sakıncaları bünyesinde barındırdığı için bazı kişilerin gece çalışması yasaklanmış, çalışmasına müsaade edilen kişilerin de çalışma sürelerine sınırlama getirilmiştir. İş Kanunu'na göre, sanayie ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır (m. 73/2). 1475 sayılı İş Kanunu döneminde esas itibarıyla her yaşta kadınlar için öngörülen gece çalışma yasağı (m.69) 4857 sayılı İş Kanunu ile kaldırılmıştır (m.73).

İnceleme konumuz açısından asıl önem taşıyan düzenlemeye göre, işçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez (m.69/3). Kanuna göre ayrıca, gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz (m.41/6).

İşçilerin gece çalışmalarının 7,5 saati geçemeyeceğini öngören İş Kanunu m.69/3 hükmüne 04.04.2015 tarihli, 6645 sayılı Kanunla bir cümle eklenmiştir. İnceleme konusu karardaki tartışma da bu ek cümle nedeniyle ortaya çıkmıştır. Hemen belirtelim ki, söz konusu cümleyi ekleyen 6645 sayılı Kanun 04.04.2015 tarihli olmakla birlikte, 23.04.2015 tarihli Resmi Gazete' de yayınlanmıştır ve eklemeyi yapan m.37 hükmü de Kanunun yayım tarihi olan 23.04.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir (6645 sayılı Kanun m.88/1,e). Bu açıdan inceleme konusu Yargıtay kararında kriter olarak sehven Kanunun kabul tarihi olan 04.04.2015 tarihinin işaret edilmiş olması isabet taşımamakta, bunun yürürlük tarihi olan 23.04.2015 olarak anlaşılması gerekmektedir. Nitekim kararda da tarih hatalı olarak verilmiş olmakla birlikte, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten söz edilmiştir.

23.04.2015 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu hükme göre, "Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir" (m.69/3, c.2). Böylece işçinin yazılı onayını almak ve günlük 11 saatlik azami çalışma süresini aşmamak kaydıyla belirtilen işlerde gece 7,5 saatin üzerinde çalışma yapılması mümkün hale gelmiştir. Burada işçinin yazılı onayı ile kastedilen genel

olarak fazla çalışma konusunda verilen onay olmayıp, işçinin özel olarak gece 7,5 saatten fazla çalışma konusunda yazılı onayının alınmış olması gerekmektedir (Bu konuda bkz. Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E.: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, İstanbul 2021, 788). Buradaki yazılılık koşulu ispat koşulu olmayıp geçerlilik koşuludur (Kesici, M.: Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması, Çalışma ve Toplum, 2015/4, 229; Mülayim, B. O.: İş Hukukunda Gece Çalışması, İstanbul 2016, 160; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, dn. 57, 788; Akdeniz, A. L.: Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2019, C. 77, S. 2, 567; Dursun Ateş, S.: Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar, LİHSGHD, C. 16, S. 61, 2019, 103). Kanunda yazılı onayın geçerlilik süresine ve alınma biçimine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığından onay iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle alınabileceği gibi, sözleşmenin devamı sırasında herhangi bir zamanda ayrıca bir belge ile de alınabilir.

Gece 7,5 saati aşan çalışma yasağının istisnasını oluşturan "turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işler" den ne anlaşılması gerektiği postalar halinde yürütülen işlere ilişkin Yönetmeliğin 7. maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğe göre, "Postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde, 4857 sayılı Kanunun 42 ve 43'üncü maddeleri ile 70'inci maddesinde öngörülen yönetmelikte belirtilen haller dışında işçilerin gece postalarında 7,5 saatten çok çalıştırılmaları yasaktır. Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir. Bu fıkranın uygulanmasında;

a) Turizm hizmeti yürütülen işler; ilgili mevzuatı uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından turizm işletmesi belgesi veya turizm yatırımı belgesi verilen ya da belediye tarafından turizm işletmesi olarak faaliyet göstermek üzere işletme belgesi verilen tesislerde,

b) Özel güvenlik hizmeti yürütülen işler; 10/6/2004 tarihli ve 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kapsamında İçişleri Bakanlığı'nca faaliyet izni verilen özel güvenlik şirketlerinde veya özel güvenlik görevlisi olarak herhangi bir işyerinde,

c) Sağlık hizmet yürütülen işler; Sağlık hizmeti sunan ve/veya üreten; gerçek kişiler ile kamu ve özel hukuk tüzel kişilerin işyerinde ve bunların tüzel kişiliği olmayan şubelerinde, 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununda tanımlanan sosyal hizmet kuruluşlarında, çalışan işçiler ile bu işyerlerinde alt işveren tarafından çalıştırılan işçileri kapsar" (m.7/1).

Görüldüğü gibi, Yönetmelikte "işler" sayılmamış, "işyerleri" esas alınarak söz konusu hükmün, bu işyerlerinde çalışan tüm işçiler ile bu işyerlerinde alt işveren tarafından çalıştırılan işçileri kapsadığı öngörülmüştür. Dolayısıyla işçilerin yaptıkları işin niteliğine değil, çalıştığı işyeri esas alınmak suretiyle gece döneminde 7,5 saati aşan çalışma yapılabileceğine bakılacaktır. Bunun sonucunda örneğin bir otelde çalışan teknik servis ya da muhasebe işçisi gece 7,5 saatten fazla çalıştırılabilecektir (Karş. Akdeniz, 568). Yönetmelikte ayrıca, belirtilen işlerde 24 saatte iki

posta çalışacak şekilde düzenleme yapılabileceği yönünde değişiklik yapılmıştır.

Kanunda yapılan bu değişiklikle uyumlu olarak Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'te de değişiklik yapılmıştır. Yönetmelikte yapılan değişiklikle, kadın çalışanların gece postalarında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacağı belirtildikten sonra, "Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir" hükmüne yer verilmiştir.

Kanunda gece çalışma süresinin 7,5 saati geçemeyeceği kuralına sektöre göre istisna tanınmayan dönemde, bu sınırlamayı aşan kanuna aykırı çalışmalar için de zamlı ücret ödenmesi gerektiği gerek öğretide gerek yargı kararlarında kabul edilmiştir (Öğreti görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi ve kanuna aykırı çalışmaların parasal karşılığı konusundaki yasa boşluğunun fazla çalışma ücretine nazaran daha yüksek bir tutarda karşılık ile doldurulması gerektiği yönündeki görüş için, Süzek, S.: İş Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul 2021, 828 vd.). Yargıtay çok sayıda kararında günlük 11 saatlik veya gece 7,5 saatlik çalışma süresini aşan çalışmaları kanuna aykırı / yasak çalışma olarak nitelendirmiş ve karşılığının fazla çalışmalar için söz konusu olan %50 zamlı ücret ile ödenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Örnek olarak, Yarg. 9. HD, 28.09.2017, E. 2017/23212 K. 2017/14525; Yarg. 9. HD, 29.05.2017, E. 2016/19324 K. 2017/9166; Yarg. 9. HD, 15.02.2021, E. 2020/5953 K. 2021/3837; Yarg. 9. HD, 28.09.2021, E. 2021/8906 K. 2021/13041, www.kazanci.com; ayrıca bkz. Yarg. 22. HD, 16.06.2016, E. 2015/1076 K. 2016/18050, karararama.yargitay.gov.tr).

Kanunda yapılan değişiklik ile turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde gece 7,5 saatin üzerinde çalışma yapılmasına imkân tanınması üzerine, işçinin yazılı onayı ile yapılan 7,5 saati aşan gece çalışmalarının karşılığının yine zamlı ücret olarak ödenip ödenmeyeceği öğretide tartışma konusu olmuştur. Öğretideki bir görüşe göre, işçinin gece 7,5 saatin üzerinde çalışmaya onay vermesi sadece çalışmaya olgusuna ilişkin olup bu onay ile işçi fazla çalışma ücretinden feragat etmemektedir. Aksi halde, yazılı onay vermemiş olan işçiler ile vermiş olan işçilerin 7,5 saatin üzerinde çalıştırılması durumunda, ücret bakımından ayrıma yol açılmış olacaktır (Kesici, 232). Bize göre ise, yasal değişiklik öncesinde haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılmamasına rağmen bu tür çalışmalar karşılığında zamlı ücret ödenmesinin nedeni, bunların kanuna aykırı nitelik taşımasıydı. Yasal değişiklik sonrası yazılı onay veren işçiler açısından artık kanuna aykırılık unsuru söz konusu olmayacağından, sadece 7,5 saatlik sürenin aşılması nedeniyle zamlı ücrete de hak kazanılmayacaktır (Aynı yönde, Alpagut, G.: İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri - Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı, Bolu, 06.04.2019, 69; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 788; Mülayim, 161; Akdeniz, 571; Dursun Ateş, 119). Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda verilen ilk karar olan inceleme konusu karar da bu yönüyle isabet taşımaktadır (Yargıtay'ın daha önce, dava konusu olaydaki çalışmaların geçtiği dönemde 6645 sayılı

Kanunla yapılan değişikliğin yürürlükte olmadığına atfı yaptığı karar için bkz. Yarg. 22. HD, 28.11.2018, E. 2017/18121 K. 2018/25703, karararama.yargitay.gov.tr).

İnceleme konusu karara ilişkin olarak değinmek istediğimiz son husus, kararda kullanılan, somut olayda iş sözleşmesinde yer verilen işçiye ödenen ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu yönündeki kararlaştırmaya değer verilmesi gerektiği yönündeki ifadelerdir. Karardan bu ifadelerin haftalık 45 saati aşan fazla çalışmalar ile sınırlı olarak mı yoksa yasak çalışmalarını da kapsayacak şekilde mi kullanıldığı tam olarak anlaşılammamaktadır. Ancak kararda bu ifadelere, "Davacının haftalık 45 saati aşan bir çalışması olup olmadığı, haftalık 45 saati aşan çalışmasının bulunmaması halinde günlük 11 saati aşan çalışma yapıp yapmadığı yönünde denetlenabilir şekilde inceleme yapılmalı, buna göre davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı belirlenmelidir. Ayrıca, İş Kanunu'nun 68. maddesi dikkate alınarak sağlık alanında faaliyet gösteren işyerinde çalışan davacının, değişikliğin yürürlüğe girdiği 04.04.2015 tarihinden önceki dönem yönünden ise 7,5 saati aşan gece çalışmasının karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır." şeklindeki tespitlerden sonra yer verildiğinden, yasak çalışmalarını da kapsar şekilde kullanıldığı izlenimi edinilmektedir. Şayet bu anlamda kullanılmışsa, kararı bu yönüyle isabetli bulmamaktayız. Zira yıllık 270 saate kadar fazla çalışmaların ücrete dahil olduğu yönündeki kararlaştırmaların, yasak çalışmalar için ödenmesi gereken zamlı ücreti de kapsadığı söylenemeyecektir (Bu konuda bkz. Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E.: İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2020, 296; Astarlı, M.: Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerde Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş, C. 9, S. 4, 2008, 59; Çil, Ş.: Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması, İÜHF, C. LXXIV 2016, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.1, 300).

Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin bugüne kadarki içtihadı da bu yöndedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına göre, "Yasak çalışma olan örneğin gece 7,5 saati aşan durumlarda 270 saat dikkate alınmaz.", (Yarg. 9. HD, 28.09.2017, E. 2017/23212 K. 2017/14525); "İş Kanunu'nun 41/8. Maddesinde fazla çalışma süresi toplamının 1 yılda 270 saatten fazla olamayacağına ilişkin düzenleme haftalık 45 saati aşan çalışmalara özgü olduğundan yasadaki yasak çalışma kabul edilen 11 saati aşan çalışmalar ile gece çalışmalarında 7,5 saati aşan süreler yönünden yılda 270 saatlik sınırlamanın hukuki geçerliliği olmadığı kabul..." edilmelidir, (Yarg. 9. HD, 15.02.2021, E. 2020/5953 K. 2021/3837; aynı yönde, Yarg. 7. HD, 10.03.2015, E. 2014/20685 K. 2015/4075).

Sonuç:

Sonuç olarak, inceleme konusu karardaki, 29.04.2015 tarihinde yürürlüğe giren yasal değişiklik sonrasında, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayı ile yapılan 7,5 saati aşan gece çalışmalarının, haftalık çalışma süresi 45 saati (veya günlük 11 saati) geçmedikçe, salt gece 7,5 saatten fazla çalışıldığı için zamlı ücret ödenmesini gerektirmeyeceği yönündeki tespitleri isabetli bulmaktayız. Buna karşılık, şayet bu anlamda kullanılmışsa, fazla çalışma ücretinin ücrete dahil olduğu yönündeki kararlaştırmaların yasak çalışmalar açısından da dikkate alınacağı izlenimini yaratan ifadeler isabet taşımamaktadır.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2022/436

Karar No.: 2022/1380

Tarihi: 07.02.2022

İlgili Mevzuat: 6098 sayılı Kanun m. 420, 6325 sayılı Kanun m.18/5

Karar Özeti: Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkânsız hale gelir. Nitekim 6325 sayılı Kanunun 18/5 madde hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez. Her ne kadar Dairemizin 11.09.2019 tarihli ve 3694-13040 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma tutanağı ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ise de Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılması ve tüm işlerinin Dairemize devredilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede yukarıda belirtilen sonuca varılmıştır.

Yargıtay Kararı

Bölge Adliye Mahkemesi'nce 17/11/2021 tarihli ek karar ile davalı tarafın temyiz istemi reddedilmiş ise de, davaya konu (iptal istemine konu) arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin içeriği ve belirlenen alacak tutarı dikkate alındığında Bölge Adliye Mahkemesi kararının kesin olmadığı anlaşılmakta; davalı vekilinin ek karara yönelik temyiz isteminin kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesince verilen 17/11/2021 tarihli EK KARARIN BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA karar verildi.

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

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait iş yerinde satın alma şefi olarak çalıştığını, davalının baskı, yıldırma ve zorlama ile davacıyı arabulucuya yönlendirip iş sözleşmesinin bu şekilde sonlandırıldığını, irade fesadı durumu olduğundan 29/04/2020 tarihli arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek, söz konusu tutanak ve belgenin iptaline karar verilmesini, istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, iş sözleşmesinin zorlama ile arabuluculuk süreci sonucunda feshedildiği iddiasının doğru olmadığını, sözleşmenin davacı tarafca feshedildiğini, fesih sonrası davacının rızası ile katıldığı arabuluculuk işlemlerinin Kanuna uygun ve geçerli olduğunu, savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'na göre arabuluculuğun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanması gerektiği,

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında ise ibraya ilişkin hüküm olup "...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 ibraname kesin olarak hükümsüzdür." düzenlemesine yer verildiği, bu hükmün emredici nitelikte olduğu, davaya konu arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlendiği, ibra niteliğindeki tutanağın tarih ve içeriği itibarı ile arabuluculuğa elverişli olmadığı, gerekçesi ile davanın kabulüne, karar verilmiştir.

İstinaf:

Karara karşı, davalı tarafca istinaf yoluna başvurulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi'nce, özetle, İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve yasa ile dosya içeriğine uygun olduğu, gerekçesi ile davalı başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Bölge Adliye Mahkemesi kararını davalı taraf temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Dava, ihtiyari arabuluculuk son tutanağı ve anlaşma belgesinin iptali istemine ilişkindir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının davalıya ait işyerinde satın alma şefi olarak çalışırken 17/04/2020 tarihinde işverence görevinin değiştirildiği, davacının bu görev değişikliğini kabul etmeyerek kıdem tazminatı ödenmesini talep ettiği ve işverence talebin kabul edilerek 28/04/2020 tarihinde işten çıkışının yapıldığı anlaşılmaktadır.

İş sözleşmesinin feshi sonrasında davalı talebi üzerine tarafların ihtiyari arabuluculuğa başvurduğu ve 29/04/2020 tarihinde anlaşılıp, anlaşma belgesini imzaladıkları, belge içeriğinde bir kısım tazminat ve alacaklara karşılık davacıya net 98.878,75 TL ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmüştür. Davacı taraf, dava dilekçesinde, 29/04/2020 tarihli arabuluculuk tutanakları ile davalının arabulucuya zorlanarak iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia etse de yukarıda açıklandığı üzere iş sözleşmesi görev değişikliğini kabul etmemesi nedeniyle davacı talebiyle sonlandırılmıştır.

Davacının irade fesadına yönelik "baskı, yıldırma ve zorlama" iddialarıyla ilgili ise ispata yönelik somut tanık anlatımları olmadığı gibi başkaca da delil sunulmamıştır. Öte yandan arabucunun "tarafsız olmadığı" iddiası da ispatlanmamıştır. Mahkemece, arabulucu önünde yapılan anlaşmanın ibra niteliğinde olduğu, ibraya ilişkin hükmün emredici nitelikte bulunduğu ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda arabulucuya gidebilecekleri hususun düzenlendiği, ibra niteliğinde belge üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir durum söz konusu olmadığı, gerekçesiyle dava kabul edilmiştir.

Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların

anlaşması imkânsız hale gelir. Nitekim 6325 sayılı Kanunun 18. maddesinin 5. bendinde madde hükmünde arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı öngörülmüş olup, buna göre ibraya ilişkin düzenlemelerden hareketle arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerliliği değerlendirilemez.

Her ne kadar Dairemizin 11.09.2019 tarihli ve 3694-13040 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma tutanağı ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ise de Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılması ve tüm işlerinin Dairemize devredilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede yukarıda belirtilen sonuca varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç :

Temyiz olunan, İlk Derece Mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının ORTADAN KALDIRILMASINA, İlk Derece Mahkemesi kararının yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.02.2022 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas No.: 2018/176

Karar No.: 2021/1397

Tarihi: 11.11.2021

İlgili Mevzuat: 506 sayılı Kanun m. 62 ve 5510 Kanun m. 28.
Karar Özeti: İş sözleşmesinin feshinden sonra açtığı feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasının lehine sonuçlanmasına rağmen davacı, işvereni tarafından işe başlatılmamış, ancak işe iade kararı gereği 4 aylık boşta geçen süre ücreti ödenerek bu süreye ilişkin sigorta primleri yatırılmış ise de, davacıya ödenen ücret ve yatırılan sigorta primleri fiili çalışma karşılığı olmayıp 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtildiği üzere iş güvencesi hükümleri kapsamında çalıştırılmadığı süreye ilişkindir. Bu nedenle davalı Kurum tarafından davacının fiili çalışması olmadığı halde çalıştığı işten ayrıldığı gerekçesiyle 4 aylık süreye ilişkin yaşlılık aylığının kesilerek yapılan ödemelerin borç çıkarılması işlemi yerinde olmayıp direnme kararı usul ve yasaya uygundur.

Yargıtay Kararı

1. Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Trabzon İş Mahkemesi'nce verilen davanın kabulüne ilişkin karar davalı ... vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesi'nce yapılan inceleme sonunda bozulmuş, mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.
2. Direnme kararı davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.
3. Hukuk Genel Kurulu'nca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. Yargılama Süreci

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin dava dışı Trabzon Belediyesi'nde çalışırken iş sözleşmesinin 04.02.2010 tarihinde feshedildiğini, davalı Kuruma müracaatı üzerine kendisine aylık aylığı bağlandığını, bu arada açtığı feshin geçersizliği ve işe iade davasının müvekkilinin lehine sonuçlandığını, ancak işvereni tarafından işe başlatılmayarak 4 aylık boşta geçen süre ücretinin ödendiğini, 4 aylık boşta geçen süre ücreti ödendiğinden davalı Kurumca bu süreye ilişkin aylıklı aylığının kesildiğini, Kurum işleminin usul ve yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek şimdilik 500 TL aylıklı aylığının kesilme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiş; ıslah dilekçesi ile talebini 4.100,97 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı ... vekili cevap dilekçesinde; 12.02.2010 tarihli tahsis talebine istinaden davacıya 15.02.2010 tarihi itibarıyla aylıklı aylığı bağlandığını, ancak işvereni tarafından aylık başlangıç tarihinden itibaren 4 aylık süreye ait prim ve hizmet belgesi verildiğini, bu nedenle 506 sayılı Kanun'un 62. ve 5510 sayılı Kanun'un 28. maddelerinde öngörülen işten ayrılma koşulu yerine getirilmediğinden ayrıca 5335 sayılı Kanun gereği aylıklı aylığı kesilmeden kamu işyerlerinde çalışması mümkün olmadığından aylıklı aylığının kesildiğini ancak 4 aylık sürenin ilavesi ile belirlenen işten ayrılış tarihi olan 14.06.2010 tarihini takip eden 15.06.2010 tarihi itibarıyla yeni bir tahsis talebi aranmaksızın aylık bağlandığını, Kurum işleminde hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. Trabzon İş Mahkemesi'nin 16.10.2012 tarihli ve 2011/854 E., 2012/766 K. sayılı kararı ile; işe iadesine karar verilmesi üzerine davacının boşta geçen 4 aylık süreye ilişkin ücretlerinin ödenerek sigorta primlerinin yatırıldığı, ancak yatırılan primlerin fiili çalışma karşılığı olmayıp kesinleşen mahkeme kararı gereği olduğu, ödenen prim tutarı ile aynı dönemde ödenen aylıklı aylığının miktarı karşılaştırıldığında davalı Kurumun zararının bulunmadığı, kaldı ki aylıklı aylığı bağlanma şartlarını taşıyan davacının çalıştığı işten ayrıldığı dikkate alındığında ihtilaf konusu dönemde sırf bu nedenle tahsis talebinde bulunmamasının kendisinden beklenemeyeceği, aksi durumun hayatın olağan akışına ters düşeceği, bu nedenlerle aylık kesme işleminin hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Trabzon İş Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı süresi içinde davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.
8. Yargıtay (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesi'nin 30.01.2014 tarihli ve 2012/21973 E., 2014/1490 K. sayılı kararı ile; "... Somut olayda, davacının Trabzon Belediyesi'nde kütüphane görevlisi olarak çalışırken 04.02.2010 tarihinde kıdem ve ihbar tazminatları ödenerek iş akdinin sona erdirildiği, işsiz kalan davacının başvurusu üzerine kendisine 15.02.2010 tarihi itibarıyla aylıklı aylığı bağlandıktan sonra feshin iptali ve işe iadesine dair açtığı davanın lehine sonuçlandığı ve kesinleşen yargı kararı gereği işe iadesi için işverenliğe müracaat etmesine rağmen, işe başlatılmadığı, boşta geçen

4 aylık ücretinin davacıya ödendiği, bunun üzerine işveren tarafından davacı adına aylık başlangıç tarihi itibarıyla 4 aylık süreye ait tüm sigorta kollarına tabi hizmet belgesi verildiği, diğer bir anlatımla aylıklı aylığı bağlanmasından sonra 2010/2, 3, 4 ve 5. aylara ilişkin olarak işe iade kararı ve işe başlatılmamaya bağlı olarak ücretleri ödenerek bu süreye denk gelen sigorta primlerinin de davalı kuruma yatırıldığı; davalı SGK'nca mülga 506 sayılı Yasa'nın 62. maddesi ve 5510 sayılı Yasa'nın 28. maddesi gereği işten ayrılma şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle aylıklı aylığı tahsisinin iptal edildiği görülmektedir.

Uyuşmazlık, iş akdi sona erdirilen ve bu nedenle açılan işe iade ve feshin iptali davasının davacıya aylıklı aylığı bağlandıktan sonra lehine sonuçlanması üzerine 4 aylık ücretinin ödenmesi ve bu 4 aylık döneme ait sigorta primlerinin de yatırılması nedeniyle SGK'ca anılan döneme ait aylıklı aylıklarının kesilmesi işleminin yerinde olup olmadığına ilişkindir.

Bu konuda sağlıklı bir sonuca varabilmek için öncelikle aylıklı aylığı almaya ilişkin koşulların irdelenmesi gerekmektedir. 5510 sayılı kanun ve mülga 506 sayılı kanunun aylıklı aylığı bağlanmasına ilişkin hükümlerine bakıldığında bu koşulların; belirli bir yaşın doldurulması ve prim ödeme gün sayısının tamamlanması; işten ayrılınması ve sigortalının kuruma başvuruda bulunması olduğu anlaşılmaktadır. Kurum bu koşulların tamamlandığı gerekçesiyle aylıklı aylığı bağlanmasını için yapılan başvuruyu kabul ederek davacıya aylık bağlamıştır. Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları" başlıklı 21'inci maddesi hükümü uyarınca; işverenlerce geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçersizliği mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içerisinde işe başlatması gerekmektedir. İşçinin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurusuna rağmen işe başlatılmaz ise işveren tarafından işçiyeye;

- Mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenecek en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat,
- Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekmektedir.

Boşta geçen süre içerisinde, iş ilişkisinin devam edip etmediği belirsizdir. Mahkemenin iş akdinin feshinin geçersizliğinin tespitine ilişkin kesinleşmiş kararı üzerine davacının iş akdi hiç feshedilmemiş gibi hüküm doğurmaktadır. Başka bir ifadeyle işverenin feshi, mahkemece verilen feshin geçersizliği kararı ile birlikte hükümsüz (geçersiz) hale gelmiştir. Açık bir anlatımla feshin hiç yokmuş gibi iş akdi geçerli olarak devam etmekte ve hukuka geçerli sayılmaktadır. Bu bağlamda iş sözleşmesi, işveren tarafından bir aylık süre içinde işe başlatılmadığı zamana kadar aralıksız devam etmektedir. İşveren işçiyeye çalıştırılmadığı bu süre için, görülmesi gereken işin ifasının karşılığını ödemek zorundadır. İşçinin, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilmesi halinde, boşta geçen en çok dört aya kadar olan süre işçinin kıdeminin ve yıllık ücretli izin alacağına hesabında dikkate alındığı gibi, boşta geçen süre ücreti ödemesinden sigorta primi de kesilecektir. Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin E. 2007/29283, K. 2008/27243 ve 14.10.2008 tarihli kararında

da belirtildiği gibi "İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir. Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışmış gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir." Davacı işçi işe başlamak için süresinde işverene başvurmuş ise de işverence işe başlatılmadığı için İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen sonuçlar kanun gereği doğmuştur.

Öte yandan mülga 506 sayılı Yasa'nın 62. maddesi ve 5510 sayılı Yasa'nın 28. maddesi gereği aylıklı aylığı bağlanmasının yasal koşullarından biri olan başvuru tarihinde işten ayrılmış olma koşulunun bu tespit karşısında yeniden değerlendirmek gerekmiş olup, somut olayda davacı tahsis talep tarihi olan 12.02.2010 tarihinde, tahsis için gerekli yasal koşul olan işten ayrılmış olma şartını taşımadığından ve boşta geçen 4 aylık dönemde hizmet akdi devam ettiğinden SGK'nın davacıya bağladığı aylıklı aylığını ihtilafli dönem için kesmesi yerindedir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının ve davalı SGK'nın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır..." gerekçesiyle karar oy çokluğuyla bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Bozma sonrası dosyanın tevzi edildiği Trabzon 2. İş Mahkemesi'nin 25.11.2014 tarihli ve 2014/233 E., 2014/619 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ilaveten davacının iş sözleşmesinin feshinden sonra tahsis talebinde bulunduğu, sonradan işe iadesine karar verilmesinin işe iade tarihine kadar işten ayrıldığı ve hizmet akdinin kesintiye uğradığı gerçeğini ortadan kaldırmayacağı, 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinde işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmasından söz edildiğine göre işçinin geçersiz sayılan fesih sırasında işten ayrıldığı kabulü gerektiği, öte yandan ödenen 4 aylık boşta geçen süre ücretinin işçinin bu dönemde işsiz kalması nedeniyle ödenen tazminat niteliğinde olduğu, işçinin aylıklı aylığı bağlandıktan sonraki dönemdeki ücretlerini 506 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre destek primi ödeyerek almasının da mümkün olduğu, aksi kabulün hak arama özgürlüğüne de engel olacağı belirtilerek önceki kararda direnilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. Uyuşmazlık

11. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasının lehine sonuçlanması üzerine davacının işvereni tarafından işe başlatılmayarak 4 aylık boşta geçen süre ücretinin ve bu döneme ilişkin sigorta primlerinin ödendiği dikkate alındığında; 4 aylık boşta geçen süre içinde 506 sayılı Kanun'un 62. ve 5510 sayılı Kanun'un 28. maddeleri uyarınca aylıklı aylığı tahsis talebinde bulunulması için gereken işten ayrılma koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği;

buradan varılacak sonuca göre 4 aylık boşta geçen süreye ait aylıklarının kesilmesinin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. Gerekçe

12. 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş Kanunu) 18 ve devamı maddelerinde iş güvencesi sistemi düzenlenmiştir. 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (7036 sayılı Kanun) 11. maddesi ile İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde değişiklikler yapılmış ve zorunlu arabuluculukla ilgili düzenlemeler getirilmiş ise de, uyuşmazlık bu değişikliklerden önceki döneme ilişkin olduğundan İş Kanunu'nun 7036 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hükümlerine yer verilecek ve bu kapsamda açıklamalar yapılacaktır.

13. İş güvencesi hükümleri ile bu kapsama giren iş ilişkileri bakımından işverenin fesih serbestisi sınırlandırılmış, süreli fesih hakkının doğumu Kanun'da belirtilen "geçerli nedenlerin" varlığına bağlandığı gibi, geçerli nedenlerin varlığını ispat yükü işverene yüklenmiştir. İlaveten geçerli nedenler gerçekleşmeden yapılan fesihlerde işçinin işe iadesi ve iş güvencesi tazminatı (işe başlatmama tazminatı) ile boşta geçen süreler ile ilgili olarak en çok dört aya kadar ücretinin ödenmesi öngörülmüştür.

14. 4857 sayılı İş Kanunu ile 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) kapsamında kalan ve 30 veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan, işveren vekili konumunda olmayan ve işyerindeki kıdemi en az 6 ay olan işçinin iş sözleşmesi ancak işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak feshedilebilir. Ayrıca işveren yeterliliği veya davranışları nedeni ile iş sözleşmesini feshedeceği işçinin fesihten önce savunmasını almak ve her hâlde fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

15. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine göre iş sözleşmesi feshedilen işçi fesih bildiriminden tebliğ tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde fesih bildiriminde sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli sebep olmadığı iddiası ile dava açabilir.

16. Feshin geçersizliği ve işe iade istemiyle dava açıldığında, mahkemece işverenin yaptığı feshin İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerine uygun ve geçerli bir fesih olmadığını tespit edildiği takdirde Kanun'un 21. maddesine göre feshin geçersizliğine karar verilir. Bu durumda işveren kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde başvurması hâlinde işçiyi kendisine tanınan bir aylık süre içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren işçiyi işe başlatmazsa en az 4, en fazla 8 aylık ücreti tutarında tazminat (işe başlatmama tazminatı) ile ayrıca işe başlatılsın ya da başlatılsın kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyeye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ödemekle yükümlü olur.

17. Her ne kadar İş Kanunu'nun 21. maddesinde işverence yapılan feshin geçersizliğinden söz ediliyorsa da, mahkeme tarafından bu konuda verilen karar mutlak anlamda, genel hükümlere uygun, yargının karar vermesiyle hemen devreye giren bir geçersizlik değildir. İK 21'de deyim yerindeyse kendine özgü bir geçersizlik öngörülmüştür (Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017, s. 646).

18. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde getirilen düzenlemede, mahkemece işe iadeye karar verildiğinde işçi 10 iş günü içinde işe başlamak üzere başvuruda bulunmazsa işverence yapılan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun sonuçları ile sorumlu olur. Aksine işçi 10 iş günü içinde işe başlatılmasını işverene bildirmiş ise, bu durumda işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Ancak bu zorunluluk mutlak bir zorunluluk olmayıp, Kanun işverene bu noktada seçim hakkı tanımıştır. İşveren işçiyi işe başlatabileceği gibi, işe başlatmak yerine iş güvencesi tazminatı ödeme seçeneğini tercih edebilir.

19. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre yargı organı tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçiyi bir ay içinde işe başlatmayan işveren iş akdini feshetmiş olur. İş akdi bir aylık işe başlatma süresinin dolması tarihinde veya bu süre içinde işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik irade açıklamasıyla feshedilmiş sayılır. Başka bir deyişle iş akdi başta geçersiz fesih yapıldığında değil işçinin işe başlatılmaması tarihinde sona erer (Süzek, s. 651).

20. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işçiyi ödenen 4 aylık boşta geçen süre ücreti maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin bir ücret olup fiili çalışma karşılığı yapılan bir ücret ödemesi değildir. Aksine işçi bu ücreti çalışmadan almaktadır.

21. Gelinen bu noktada 27.04.2005 tarihli ve 25798 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (5335 sayılı Kanun) 30. maddesindeki düzenleme üzerinde durulması gerekmekte olup anılan Kanun'un 30. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı alanlar bu aylıkları kesilmeksizin; genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklarda herhangi bir kadro, pozisyon veya görevde çalıştırılmaz ve görev yapamazlar. Hukuk Genel Kurulunun 27.11.2018 tarihli ve 2015/21-1751 E., 2018/1790 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere yasal düzenlemelere aykırı biçimde çalışılması durumunda fiilen çalışılan dönemdeki emeklilik veya yaşlılık aylıklarının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilmesi ve yersiz aylıkların istirdadı söz konusu olacaktır. Görüldüğü üzere 5335 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 2. fıkrası kapsamında yaşlılık aylığının kesilmesine neden olan hâl, "fiili çalışma" olgusudur. 22. Yeri gelmişken yaşlılık aylığı bağlanma koşullarına değinilmelidir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (5510 sayılı Kanun) Geçici 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca somut olayda uygulanması gereken 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun (506 sayılı Kanun) 59. maddesinde yaşlılık aylığından sağlanan yardımlar sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanması ve toptan ödeme yapılması olarak gösterilmiş olup Kanun'un 60. maddesinde ise yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları düzenlenmiştir. Buna göre

belli bir süre sigortalı olmak yanında belirlenen süre kadar prim ödenmesi ve belli bir yaşın doldurulması yaşlılık aylığı bağlanması için gereklidir. Yine 4447 sayılı Kanun ile eklenen Anayasa Mahkemesinin iptali kararı sonrasında 4759 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinde ise yaşlılık aylığı bağlanmasında kademeli bir geçiş sistemi hüküm altına alınmıştır.

23. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2021 tarihli ve 31412 sayı Resmî Gazete' de yayımlanan 14.01.2021 tarihli ve 2019/104 E., 2021/3 K. sayılı karar ile 506 sayılı Kanun'un 62. maddesinin 1. fıkrasındaki "çalıştığı işten ayrıldıktan sonra" ibaresi iptal edilmiştir.

24. Somut olayda; dava dışı Trabzon Belediyesi'nde çalışmakta iken iş sözleşmesi 04.02.2010 tarihinde feshedilen davacıya 12.02.2010 tarihli tahsis talebine istinaden 15.02.2010 tarihinden geçerli olmak üzere yaşlılık aylığı bağlandığı, Trabzon İş Mahkemesi'nin 04.06.2010 tarihli ve 2010/129 E., 2010/516 K. sayılı karar ile feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasının kabul edilerek davacının işe iadesine karar verildiği, ayrıca süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı takdirde ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatının 4 aylık ücreti olarak belirlendiği, yine süresinde işe başlatılması için başvurusu hâlinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık boşta geçen süre ücretinin ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin hüküm altına alındığı, kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2010 tarihli ilamı ile onanarak kesinleştiği, ancak davacının işvereni tarafından işe başlatılmamakla birlikte 4 aylık boşta geçen süre ücretinin ödendiği ve bu döneme ilişkin çalışmasının da Kuruma bildirilerek sigorta primlerinin yatırıldığı, bu nedenle davalı Kurum tarafından işten ayrılma koşulunun gerçekleşmediği ve 5335 sayılı Kanun'a göre yaşlılık aylığı kesilmeden kamu işyerinde çalışılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle yaşlılık aylığının kesildiği, 15.06.2010 tarihi itibarıyla yeni bir tahsis talebi aranmaksızın tekrar yaşlılık aylığı bağlandığı, 4 aylık süre içinde ödenen 4.100,97TL'nin borç çıkarıldığı ve bunun üzerine eldeki davanın açıldığı görülmüştür.

25. Şu hâlde yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; iş sözleşmesinin 04.02.2010 tarihinde feshinden sonra açtığı feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasının lehine sonuçlanmasına rağmen davacı işvereni tarafından işe başlatılmamış, ancak işe iade kararı gereği 4 aylık boşta geçen süre ücreti ödenerek bu süreye ilişkin sigorta primleri yatırılmış ise de, davacıya ödenen ücret ve yatırılan sigorta primleri fiili çalışma karşılığı olmayıp 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtildiği üzere iş güvencesi hükümleri kapsamında çalıştırılmadığı süreye ilişkindir. Bu nedenle davalı Kurum tarafından davacının fiili çalışması olmadığı hâlde çalıştığı işten ayrılmadığı gerekçesiyle 4 aylık süreye ilişkin yaşlılık aylığının kesilerek yapılan ödemelerin borç çıkarılması işlemi yerinde olmayıp direnme kararı usul ve yasaya uygundur.

26. Hâl böyle olunca direnme kararı yerindedir.

27. Ne var ki, bozma nedenine göre hüküm altına alınan alacağın miktarına ve diğer yönlerle ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

28. Öte yandan kararın davalı ... vekili tarafından

temyiz edilmesine ve davacı vekilinin temyiz isteminin bulunmamasına rağmen Özel Daire bozma kararında "davacının ve davalı SGK'nın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır" cümlesindeki "davacının" ifadesinin maddi hata sonucu yazıldığı anlaşılmıştır.

IV. Sonuç:

Açıklanan nedenlerle;

Direnme uygun bulunduğundan davalı ... vekilinin hüküm altına alınan alacağın miktarına ve diğer yönlerle ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 10. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE, Karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 11.11.2021 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

Yargıtay Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas No.: 2019/834

Karar No.: 2021/1402

Tarihi: 11.11.2021

İlgili Mevzuat: 4857 sayılı Kanun m. 24

Karar Özeti: *Davacının iş başvurusu yaparken ibraz ettiği 29.05.1996 tarihli sağlık kurulu raporunda davacının sağ ayağında %40 oranında sürekli bir sakatlığının bulunduğu bu sebeple ayakta ağır işlerde çalıştırılmayacağı ve tercihen oturarak hafif işler yapabileceğinin belirtildiği anlaşılmıştır. Ayrıca davalı işyerinde işyeri hekimi tarafından düzenlenen 21.12.2004 tarihli ağır ve tehlikeli işlerde çalışacaklara ait işe giriş/periodyk muayene formunda davacının işçi mutfağında bedenlen çalışmaya elverişli olduğu rapor edilmiştir. Yine formun alt kısmında davacının oturarak hafif işler yapabileceği ancak ayakta ağır işler yapamayacağı not olarak yazılmıştır.*

Tanık anlatımları davacının sağlık sebebiyle iş sözleşmesini haklı feshettiğini kabule yeterli değildir. Kaldı ki, işe girdiği tarihten yaklaşık 10 yıl kadar sonra iş sözleşmesini fesheden davacının feshe dayanak olacak bir doktor raporu da bulunmamaktadır. Öte yandan işe girdiği tarihte sağlık problemleri olan davacının en son 2004 yılında durumunu tespiti yönelik işyeri hekimi tarafından yapılan değerlendirme bulunmakta olup fesih tarihi olan 2014 yılı itibarıyla davacının çalıştığı mutfak işlerinin çalışmasına uygun olup olmadığını belirlemeye yeterli ve elverişli değildir. Dosya içerisindeki bel ağırsı sebebiyle aldığı istirahat raporları da davacının fesih tarihindeki sağlık durumunu ve yaptığı işin sağlığı ile yaşayışı için tehlikeli olduğunu ispata yeterli değildir.

Öyle ise mahkemece bozma kararında belirtildiği gibi davacının rahatsızlığı sebebiyle çalıştırılabileceği uygun bir iş olup olmadığı araştırılıp mevcut işi yapmasının için niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı yönünde sağlık kurulu raporu alındıktan sonra sonucuna göre davacı tarafından yapılan feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

Yargıtay Kararı

1. Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Konya 2. İş Mahkemesi'nce verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karar davalı vekili

tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi'nce yapılan inceleme sonunda bozulmuş, mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.
3. Hukuk Genel Kurulu'nca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü.

I. Yargılama Süreci

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; davalı işyerinde engelli kadrosunda işe başlayan, sağ ayağının iki yerinde platin bulunan müvekkilinin 2014 yılı Mayıs ayında ağrılarının artması sebebiyle yer değişikliği için davalı işverene başvurusuna rağmen olumsuz cevap verildiği gibi, mevsimlik işçi olması sebebiyle de işten çıkışının verilerek baskı yapılmaya başlandığını, daha sonra da bel fitiği hastalığı başlayan ve işveren yetkililerinin baskıları ile çalışamaz hâle gelen müvekkilinin iş sözleşmesini sağlık sebebiyle haklı olarak 20.10.2014 tarihinde feshettiğini, her yıl ortalama on ay çalışan müvekkilinin sürekli işçi gibi değerlendirilerek yıllık izin hakkının kullanılmaması gerektiğini ancak çalıştığı dönemde yıllık izinleri kullanılmadığı, ücretlerinin de ödenmediğini ileri sürerek kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili cevap dilekçesinde; müvekkili şirkette idari ve sosyal işler işçi mutfağında çalışan davacının 20.10.2015 (doğrusu:20.10.2014) tarihli istifa dilekçesi ile işten ayrıldığını, bu durumun işyerinde tutulan tutanaklarla tespit edilerek Sosyal Güvenlik Kurumu'na "03" işten çıkış kodu ile bildirildiğini, işyeri şahsi sicil dosyasındaki işe giriş/periodyk muayene formuna göre davacının sağlık durumunun işçi mutfağı kısmında bedenlen çalışmaya elverişli olduğunun anlaşıldığını, davacının yaptığı işin niteliğinden kaynaklı bir sebeple sağlığı bozulmadığı gibi bu konuda müvekkiline sunduğu bir sağlık raporunun da bulunmadığını, 2004 yılında sunduğu sağlık raporu sebebiyle durumuna uygun bir iş verilen davacının mevcut durumunda ağırlaşmaya neden olacak ya da yaptığı işten kaynaklanacak bir rahatsızlığının bulunduğunu ispatlanması gerektiğini, yapılan iş ile rahatsızlığı arasında illiyet bağı bulunmayan davacının emsal Yargıtay kararları, 4857 sayılı İş Kanunu 53. maddesinin 2. fıkrası gereği de mevsimlik işçi olarak çalıştığından yıllık izin hakkı bulunmadığını belirtmek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. Konya 2. İş Mahkemesi'nin 11.07.2016 tarihli ve 2015/750 E., 2016/551 K. sayılı karar ile; dosyadaki sağlık raporlarından davacının askerliğe elverişli olmayıp %40 oranında sürekli engelli olduğunun, oturarak hafif işler yapabileceği ayakta ağır işler yapamayacağından, 21.12.2004 tarihli işyeri hekimi raporundan da işyeri mutfağında çalışmasının uygun olduğunun belirtilmesi, tanıkların da davacının aşçı yamağı, bulaşıkçı olup birçok kez yer değişikliği isteyerek daha rahat çalışabileceği yer talep etmesine rağmen bu talebinin kabul edilmediğini, tabak ve tepsi taşınması istenen davacının ayak ve kollarından rahatsız olduğunu ifade etmeleri karşısında davacının görevlendirildiği yerde çalışmasını engelleyecek şekilde sağlık problemlerinin olduğunun ve talebine rağmen davalı işveren tarafından raporlara uygun koşullarda

çalışmasının temin edilmemesi sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği ancak yıllık izne hak kazanmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Konya 2. İş Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi'nce 08.02.2019 tarihli ve 2017/30325 E., 2019/2841 K. sayılı kararı ile; "... Dosya kapsamına göre davacının davalıya ait işyerinde 13.12.2004-20.10.2014 tarihleri arasında çalıştığı, işyerinin mutfak bölümünde çalışan davacının iş sözleşmesini sağlık sebebiyle feshettiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Dosyada davacının %40 oranında engelli olduğunda ilişkin 30.05.1996 tarihli sağlık kurulu raporu ile işyeri hekimi tarafından verilen ve mutfak işinde bedenen çalışmaya elverişli olduğunu belirten 21.12.2004 tarihli rapor bulunmaktadır. Davacı tanıkları davacının mutfak bölümünde çalıştığını, iki kez yer değişikliği talebinde bulunduğu halde bölümünün değiştirilmediğini belirtmişlerdir. Bir davalı tanığı ise davacının işyerinin başka bir mutfağında çalışmak istediğini, talebinin kabul edildiğini, diğer mutfakta 3 ay kadar çalıştıktan sonra tekrar önceki mutfakta görevlendirildiğini belirtmiştir. Mahkemece işyerinde davacının rahatsızlığı nedeniyle çalıştırılabileceği uygun iş olup olmadığı araştırılmamıştır. Diğer yandan İş Kanunu'nun 24/I-a maddesi kapsamında mevcut işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple davacının sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı yönünde sağlık kurulu raporu da alınmamıştır. Feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının takdir ve değerlendirilmesi bakımından belirtilen yönlerden araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Konya 2. İş Mahkemesi'nin 19.06.2019 tarihli ve 2019/326 E., 2019/732 K. sayılı kararı ile; iş mevzuatında sosyal devlet anlayışı çerçevesinde emredici hüküm niteliğinde olan belli sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde engelli kadrosunda işçi çalıştırılmasına ilişkin düzenleme ile engelli çalışanın mevcut engellerine uygun işlerde çalışmasının temininin amaçlandığı, ayrıca engelli kadrosunda çalışan işçiler açısından pozitif ayrımcılık yapılması gerektiği, çalışmasındaki zorluklar ve işyerindeki koşullar nedeniyle yer değiştirme talebi kabul görmeyen davacının son çare olarak engelli kadrosunda çalışmış olduğu işyerinde sağlık nedenlerini bildirerek iş sözleşmesini feshetmesinin haklı fesih niteliğinde olup, yaşamış olduğu zorluklara rağmen aynı işi yapmaya devam etmesini beklemenin ve iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesini doktor raporuna bağlamanın hakkaniyete uygun olmadığı, olağan bir sağlık problemini ileri sürmüyüp aksine devamlı şekilde kendisine engel teşkil eden engeli nedeniyle yapmış olduğu işin elem ve ıstırap verici hâle geldiğini ileri süren davacı tarafından yapılan feshin haklı olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. Uyuşmazlık

11. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacı işçinin sağlık nedenine dayalı olarak yaptığı feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının tespiti yönünde dosya içerisinde bulunan raporların ve tanık beyanlarının yeterli olup olmadığı; buradan varılacak sonuca göre işyerinde davacının rahatsızlığı nedeniyle çalıştırılabileceği uygun iş olup olmadığının araştırılmasının ve mevcut işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple davacının sağlığı ve yaşayışı için tehlike arz edip etmeyeceği hususunda sağlık kurulu raporu alınmasının gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. Gerekçe

12. İş sözleşmesini sona erdiren en önemli sebeplerden biri fesihtir. Fesih, sürekli (belirli ya da belirsiz süreli) bir iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdiren, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla fesih karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran, karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen bir irade açıklamasıdır (Senyen Kaplan, Emine Tuncay: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, Sayı: 36, s. 23).

13. İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında kurulan ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, işçi ile işveren arasında karşılıklı güvene dayanan kişisel ve sürekli bir ilişki yaratır. Bu nedenle işçi veya işveren taraflarından birinin davranışı ile bu güveni sarsması hâlinde güveni sarsılan tarafın objektif iyi niyet kurallarına göre artık bu ilişkiyi sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda iş sözleşmesi ile bağlı kalamayacağı gerçeğinden hareket eden kanun koyucu, yaptığı düzenleme ile taraflara iş sözleşmesini haklı nedenle tazminatsız fesih hakkı tanımıştır.

14. Hukukumuzda "olağanüstü fesih", "bildirimsiz fesih", "süresiz fesih", "önelsiz fesih", "derhal fesih", "muhtemmel sebeple fesih" gibi terimlerle ifade edilen haklı nedenle fesih Türk Borçlar K. md. 435, İş K. md. 24 ve 25; Deniz İş K. md. 14, 16; Basın İş K. md. 11'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, haklı nedenle fesih kanunla tanınmış bir haktır. Bir tarafın işte bu haklı nedenle fesih hakkına dayanarak, karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla iş sözleşmesine geçmişe etkili olmaksızın derhal son vermesi, haklı nedenle fesih olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla İş Kanunu, haklı nedenle fesih hakkını "Haklı nedenle derhal fesih" başlığı altında düzenlemektedir (Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 794).

15. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddeleri, iş sözleşmesinin işçi ve işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih hâllerini düzenlemekte olup, "İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlıklı 24. maddesi; "Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir:

I. Sağlık sebepleri:

a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa..." şeklinde düzenlenmiştir.

16. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin (I) numaralı bendinde sağlık sebepleriyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi iki durumla sınırlı olarak kabul edilmiştir. İlgili maddenin (I) numaralı bendinin (a) alt bendinde; iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması durumunda işçinin haklı fesih imkânının olduğu açıklanmıştır.

17. Bu hükme göre işçi lehine sağlık nedeniyle fesih hakkının doğabilmesi için her şeyden önce yapılan iş işçinin yaşamı veya sağlığı için tehlike yaratmalıdır. Bunun gibi söz konusu tehlike işin niteliğinden kaynaklanmış olmalıdır (Süzek, Sarper: İş Hukuku Yenilenmiş, 18. Baskı, İstanbul 2019, s. 682).

18. Somut olaya gelince, davacı vekili engelli kadrosunda çalıştığını ileri sürdüğü, sağ ayağında platin bulunan müvekkilinin 2014 yılı Mayıs ayında ağrılarının artması sebebiyle yer değişikliği başvurusunda bulunduğunu ancak kabul edilmediğini ve bel fitiği rahatsızlığının da başlaması üzerine iş sözleşmesini sağlık nedeniyle feshettiğini ileri sürmüştü; davalı vekili ise idari ve sosyal işler işçi mutfağında çalışan davacının sağlık durumunun bu yerde çalışmaya elverişli olduğunu, yaptığı işin niteliğinden kaynaklı bir sebeple sağlığı bozulmadığı gibi, yaptığı iş nedeniyle oluşan bir rahatsızlığının bulunmadığını savunmuştur.

19. Davacının davalı işyerinde 13.12.2004 tarihinde çalışmaya başladığı ve iş sözleşmesini feshettiğini 20.10.2014 tarihine kadar yaklaşık 10 yıl çalıştığı anlaşılmaktadır.

20. Dosya içeriğinde davacının sağlık durumuna ilişkin olarak 16.03.1988 tarihinde Kara Kuvvetleri Komutanlığı tarafından düzenlenen davacının askerliğe elverişli olup olmadığına dair rapor bulunmaktadır. Söz konusu raporda; davacının sağ ayak bileğinden ameliyatsız olduğunun tespiti ile askerliğe elverişli olmadığına karar verilmiştir.

21. Bununla birlikte davacının iş başvurusu yaparken İş ve İşçi Bulma Kurumu'na şahsi sicil dosyası içerisinde ibraz ettiği 29.05.1996 tarihli sağlık kurulu raporunda ise davacının sağ ayağında %40 oranında sürekli bir sakatlığının bulunduğu bu sebeple ayakta ağır işlerde çalıştırılmayacağı ve tercihen oturarak hafif işler yapabileceğinin belirtildiği anlaşılmıştır.

22. Ayrıca davalı işyerinde işyeri hekimi tarafından düzenlenen 21.12.2004 tarihli ağır ve tehlikeli işlerde çalışacaklara ait işe giriş/periodyk muayene formunda davacının işçi mutfağında bedenen çalışmaya elverişli olduğu rapor edilmiştir. Yine formun alt kısmında davacının oturarak hafif işler yapabileceği ancak ayakta ağır işler yapamayacağı not olarak yazılmıştır.

23. Öte yandan taraflar iddialarını ve savunmalarını ispata yönelik olarak tanık dinletmiş olup davacı tanığı ..., kollarından ve ayaklarından rahatsız olan davacının aşçı yamağı olarak çalıştığını, bulaşıcı olmadığı zamanlarda da bulaşık yıkadığını, iki defa yer değişikliği talebinde bulunmasına rağmen kabul edilmediğini, işten ayrılmasına ilişkin duyum dışında bilgisi olmadığını belirtmiş; diğer davacı tanığı da benzer yönde açıklamalar yaparak davacının bulaşıcı

olarak çalıştığını, sağlık problemleri sebebiyle iş sözleşmesini feshettiğini ifade etmiştir.

24. Davalı tanıkları ise davacının bulaşıcı olarak çalıştığını, çalışırken herhangi bir rahatsızlığı olmadığı gibi işten ayrılma sebebinin bilmediklerini beyan etmişlerdir.

25. Ancak tanık anlatımları davacının sağlık sebebiyle iş sözleşmesini haklı feshettiğini kabule yeterli değildir. Kaldı ki, işe girdiği tarihten yaklaşık 10 yıl kadar sonra iş sözleşmesini fesheden davacının feshe dayanak olacak bir doktor raporu da bulunmamaktadır.

26. Öte yandan işe girdiği tarihte sağlık problemleri olan davacının en son 2004 yılında durumunu tespiti yönelik işyeri hekimi tarafından yapılan değerlendirme bulunmakta olup fesih tarihi olan 2014 yılı itibarıyla davacının çalıştığı mutfak işlerinin çalışmasına uygun olup olmadığını belirlemeye yeterli ve elverişli değildir. Dosya içerisindeki bel ağrısı sebebiyle aldığı istirahat raporları da davacının fesih tarihindeki sağlık durumunu ve yaptığı işin sağlığı ile yaşayışı için tehlikeli olduğunu ispata yeterli değildir.

27. Öyle ise mahkemece bozma kararında belirtildiği gibi davacının rahatsızlığı sebebiyle çalıştırılabileceği uygun bir iş olup olmadığı araştırılıp mevcut işi yapmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı yönünde sağlık kurulu raporu alındıktan sonra sonucuna göre davacı tarafından yapılan feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

28. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

29. Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce davacının işe girdiği tarihten itibaren rahatsızlığının mevcut olduğu, sağlığının yerinde olmadığını, hafif işte çalıştırılması gerekirken ayakta çalıştırıldığının dosyadaki raporlardan anlaşıldığı, dinlenen tanık beyanlarına göre de davacının bulaşıcı olarak çalıştırıldığının, çalışması esnasında ağrılarının arttığının sabit olduğu, bu durumda davacı tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığı ispatlandığından sağlık kurulu raporunun alınmasının gerekmediği bu sebeplerle direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş, kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

30. O hâlde direnme karar bozulmalıdır.

IV. Sonuç:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, Karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 11.11.2021 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.