

TEKSTİL
İŞVEREN

HUKUK

163

MART 2024

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI AYLIK DERGİSİ



MUVAZZAF ASKERLİK NEDENİYLE FESİH VE SÖZLEŞMELİ ERBAŞ-ER OLMA (Karar incelemesi)



Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA

İstanbul BAM 52. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2022/4092

Karar No.: 2024/97

Tarihi: 26.01.2024

Karar Özeti:

Davacı, sözleşmeli er olarak tertip edildiği birliğe katıldıktan sonra, zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılacağı süre kadar sözleşmeli er olarak çalıştığı veya çalışmadığı süre kadar, davacının ilişkisi kesilmeden (zorunlu/muvazzaf askerliği sona erdirilmeden), komutanlık tarafından belirlenecek birliklerde, erbaş veya er olarak zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirecektir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkeğin, askerlik hizmeti yapmaya mecbur olması karşısında davacının zorunlu/muvazzaf askerlik görevini sözleşmeli er olarak yapmak istemesi noktasında kanunda bir boşluk olduğu kabul edilirse bu boşluğu oluşturan yasal değişiklikleri işçi lehine yorumlayarak davacının iş akdini muvazzaf askerlik hizmeti nedeni ile 1475 sayılı Yasa'nın 14/1 maddesi kapsamında haklı nedenle feshettiğini kabul etmek gerekmektedir.

İlgili Mevzuat:

1475 sayılı İş Kanunu m. 14

6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu ek m. 3

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

İstanbul 29. İş Mahkemesi'nin 12/10/2021 tarihli 2017/367 Esas 2021/399 Karar sayılı kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine dosyanın dairemize tevzi edildiği anlaşılmakla, dosya ve ekleri incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

I-DAVA:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle;

Davacının 01/01/2015 tarihinden 25/07/2017 tarihine kadar davalı iş yerinde alan satış görevlisi olarak aylık asgari ücret + yemek ücreti ile çalıştığını, askerlik nedeni ile iş akdinin davacı işçi tarafından haklı nedenle sona erdirildiğini, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti,

fazla mesai ücreti, ulusal bayram genel tatil günleri ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını kısmi alacak davası ile talep etmiştir.

II-CEVAP:

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının Millî Savunma Bakanlığı bünyesinde sözleşmeli er olmak için işten ayrıldığını, davacının iş akdinin feshinde haklı bir nedenin bulunmadığını, davacının herhangi bir alacağının bulunmadığını, davanın tümünden reddi gerektiğini savunmuştur.

III-İLK DERECE MAHKEMESİ KARAR VE GEREKÇESİ:

İlk Derece Mahkemesi'nce yapılan yargılama neticesinde yukarıda esas ve karar sayısı belirtilen kararı ile; davanın reddine karar verilmiştir.

IV-İSTİNAF SEBEPLERİ:

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesi'nce yazılan gerekçeli karar, taraflara usulüne uygun tebliğ edilmiştir.

İstinaf kanun yoluna yasal süresinde davacı tarafça müracaat edilmiştir.

B. İstinaf Sebepleri

Davacı vekili gerekçeli istinaf dilekçesinde özetle; -Müvekkilinin askerlik görevini yapmak üzere davalı iş yerinden haklı nedenle işten ayrıldığını, kıdem tazminatı talebinin kabul edilmesi gerektiğini, 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun ek 3 maddesinde düzenlenen "Sevk tehiri, askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması" düzenlemesine uygun olarak 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na göre muvazzaf askerlik hizmetini yapmak üzere davalı iş yerinden ayrıldığını, kıdem tazminatı talebinin kabul edilmesi gerektiğini, beyanla istinaf yasa yoluna başvurmuştur.

V-DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE:

Dava, kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacakları istem davasıdır.

6100 sayılı HMK 355. maddesine göre; Bölge Adliye Mahkemesi, ileri sürülen istinaf sebepleriyle bağlı inceleme yapar, kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu resen gözetir, aynı yasanın 356/1 maddesine göre; 353'üncü maddede belirtilen hâller dışında inceleme, duruşmalı olarak yapılır.

İstinaf incelemesi, HMK 356/1. maddesi gereği incelemenin duruşmalı yapılmasını gerektiren eksik bir husus görülmemekle duruşmasız olarak yapılmıştır.

Aşağıda açıklanan gerekçelerle incelemesi yapılan İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek yeniden esas hakkında hüküm kurulmuştur.

-Hizmet süresi yönünden;

SGK kayıtları, dinlenen tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre davacının davalı şirket nezdinde 06/01/2015-25/07/2017 tarihleri arasında çalıştığı, davacının kıdeme esas hizmet süresinin 2 yıl 6 ay 19 gün olduğu anlaşılmıştır.

-Ücret miktarı yönünden;

Davacının iddiası, davalı savunması, bordro kayıtları, taraf tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, davacının ücret ödemelerinde kayıt dışılık yapılmadığı, bordrosuna yansıtılan ücretin banka hesabına ödendiği, dosya kapsamına uygun 01/11/2019 tarihli bilirkişi raporunda açıklandığı üzere, davacının aldığı son çıplak aylık brüt ücretin 1.931,73 TL, yemek yardımının ilavesi ile giydirilmiş aylık brüt ücretin 2.319,19 TL olduğu anlaşılmıştır.

-Fesih yönünden;

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollaması ile halen yürürlükte bulunan mülga 1475 sayılı Yasa'nın 14/1 maddesine göre işçi "... 3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla," iş akdini feshederse işçiye kıdem tazminatı ödenir.

Askerlik hizmeti, T.C. Anayasası'nın 72'nci maddesi gereğince her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek, askerlik hizmeti yapmaya mecburdur. Zorunlu askerlik hizmetinin niteliği iş akdinin fesih tarihi olan 25/07/2017 tarihindeki mevzuata göre değerlendirilmelidir. Fesih tarihinde yürürlükte olan mülga 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nda askerlik hizmeti düzenlenmiştir ve bu kanun hükümlerine göre yerine getirilir. Bu kanunun 1. maddesi "...Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur...", 2. maddesi "...Askerlik çağı her erkeğin nüfus kayıtlarında yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayarak kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir yıl sürer. Bu süre, Cumhurbaşkanı kararıyla beş yıla kadar uzatılabilir veya kısaltılabilir...", 3. maddesi "...Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır.", 5/1.maddesi "... (Değişik: 25/1/1984 -2973/1 md.) (Değişik: 21/7/1999- 4414/2 md.) Erbaş ve erler için

muvazzaflık hizmeti süresi; aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilahare on iki aya kadar indirilmesine, silahlı kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Cumhurbaşkanınca karar verilebilir...", 42. maddesi "...Yoklamaları neticesinde askerliğe elverişli oldukları tespit edilenler Millî Savunma Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslara göre askere sevk edilirler..." şeklindedir.

Askerlik çağı her erkeğin nüfus kayıtlarında yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayarak kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir yıl sürer. Bu süre, Cumhurbaşkanı kararıyla beş yıla kadar uzatılabilir veya kısaltılabilir. Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır. Zorunlu askerlik muvazzaf askerlik olarak bilinmektedir. Yoklamaları neticesinde askerliğe elverişli oldukları tespit edilenler Millî Savunma Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslara göre askere sevk edilirler. Zorunlu olarak askere gidip birliğe katıldıktan sonra yasal askerlik sürelerini değişik nedenlerle (fırar, izinsiz ayrılma, ...vb.) tamamlamayanların askerlik süreleri kendilerine tamamlattırılır.

6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun "Sevk tehiri, askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması başlıklı" ek-3 maddesi "...EK MADDE 3 – (Ek: 10/12/2014-6582/4 md.) (1) Askerlik hizmetine başlamadan sözleşmeli erliğe kabul edilenlerin sevkleri; ilgili kuvvet komutanlığının, Jandarma Genel Komutanlığı'nın veya Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın teklifine istinaden, sözleşmeli er oluncaya kadar Millî Savunma Bakanlığı tarafından tehir edilir. (2) Sözleşmeli erbaş ve erlerden, askerlik yükümlülüğünü daha önce tamamlamamış olanların, askerlik yükümlülüklerine ilişkin olarak uygulanacak hükümler şunlardır: a) Sözleşmeli erbaş ve erler ile sözleşmeli er adaylarından, ön sözleşme ve sözleşme süreleri içinde bu kanunun 6'ncı maddesinin (b) ve (c) bentleri hariç olmak üzere birinci fıkrası ile (f) ve (g) bentleri hariç dördüncü fıkrası gereğince ilişkisi kesilenlerden; ön sözleşme ve sözleşme döneminde ay olarak hizmette geçen sürelerinin üçte biri 1111 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin birinci fıkrasına göre belirlenen süreyi karşılayanlar, askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılır, bu süreyi karşılamayanların kalan süreleri tamamlattırılır.....ç) Askerlik hizmetinin tamamlattırılması, ilgilinin ilişkisi kesilmeden, kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından belirlenecek birliklerde, erbaş veya er olarak yerine getirilir." şeklindedir.

22/03/2011 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun ilk halinde sözleşmeli er kaynaklarının, askerlik hizmetini erbaş ve er olarak tamamlamış kişilerin olacağı düzenlenmiş iken, bu yasada 2014 yılında değişiklik yapan 6582

sayılı Yasa ile zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini hiç yapmayanlar veya askerlik hizmetini halen kıtalarında askerlik yaparken henüz tamamlamamış olanların da sözleşmeli er kaynağı olabileceği, sözleşmeli erbaş ve erlerden, askerlik yükümlülüğünü daha önce hiç yapmamış olanların, askerlik yükümlülüklerine ilişkin olarak da sözleşmeli erbaş ve erlerin hizmette geçen sürelerinin üçte birinin mülga 1111 sayılı Kanun'un 5/1 fıkrasına göre belirlenen süreyi karşılayanların, askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılacağı, bu süreyi karşılamayanların kalan sürelerinin tamamlanacağı, askerlik hizmetinin tamamlanmasının ise, ilgilinin halen bulunduğu kıtasından ilişiği kesilmeden (zorunlu/muvazzaf askerliği sona erdirilmeden), komutanlık tarafından belirlenecek birliklerde, erbaş veya er olarak yerine getirileceği düzenlenmiştir.

İşçi lehine yorum ilkesi; "Yorum yapılırken, iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gerekir. Yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket edilmesi zorunludur" (1958 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı: Y.İ.B.K., 27.05.1958 gün 1957/15 E, 1958/5 K., Y. HGK. 25.1.1978. 10-3435 E. 23 K.).

Eldeki dava değerlendirildiğinde; davacı, 01/02/1993 doğumlu olup iş akdinin fesih tarihi olan 25/07/2017 tarihi itibarıyla 20 yaşını geçmiş olup askerlik çağındadır ve davacı mülga 1111 sayılı Yasa gereği zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini hiç yapmamıştır.

Kara Kuvvetleri Komutanlığı 19/07/2017 tarih 168566 sayılı Tertip Emri konulu yazısı ile davacının tertip edildiğini, 31/07/2017 tarihinde saat 09:00'da tertip edildiği birliğe katılması gerektiğini davacıya bildirmiştir.

Davacı işverene verdiği "...çalışmakta olduğum D... Petrol ve Danışmanlık A.Ş.'den askerlik görevim ve sözleşmeli er olarak TSK'de başlayacağımdan dolayı istifa ediyorum..." içerikli dilekçe ile iş akdini feshetmiştir.

İş akdinin fesih sonrası davacının tertip edildiği birliğe 31/07/2017 tarihinde katıldığı ve halen sözleşmeli er olarak görev yapmakta olduğu katıldığı Yalvaç Askerlik Şube Başkanlığı'nın 21/06/2018 tarih 380 sayılı yazısından anlaşılmıştır.

Davacının zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yapmak üzere iş yerinden ayrılması durumunda davacıya kıdem tazminatının işveren tarafından ödeneceği uyuşmazlık dışıdır. Çözümlemesi gereken sorun, zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yapmak ve sözleşmeli er sözleşmesini imzalamak için işyerinden ayrılan işçinin kıdem tazminatı talebinin kabul edilip edilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

İlk Derece Mahkemesi davacının zorunlu/muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılmadığını, sözleşmeli uzman erbaşlığın TSK'nin erbaş kadrolarında devamlılık arz eden

teknik ve kritik görevlerde yetişmiş personel ihtiyacını karşılamak amacıyla oluşturulmuş bir meslek olduğunu, davacının sözleşmeli erbaş olarak çalışma amacıyla işten ayrılmasının zorunlu/muvazzaf askerlik nedeniyle iş akdinin feshi kapsamında sayılamayacağı gerekçesiyle davacı tarafından yapılan feshi haklı bir fesih kabul etmemiştir. Askerlik hizmeti, T.C. Anayasası'nın 72'nci maddesi gereğince her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Türkiye Cumhuriyeti vatanndaşı olan her erkek, askerlik hizmeti yapmaya mecburdur. Fesih tarihi itibarı ile zorunlu/muvazzaf askerlik hizmeti, mülga 1111 Askerlik Kanunu'na göre yapılmalıdır. Zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini daha önce hiç yapmamış olanlar için 22/03/2011 tarihinde resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'na 2014 yılında 6582 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini hiç yapmayanların zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetlerini sözleşmeli er olarak tamamlayabilecekleri tanınmış olup, bu yeni bir hukuki durum ve zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetinin bir türüdür. Daha önce zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yapmamış olanlar sözleşmeli er olarak zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetlerini yapabileceklerdir. Zorunlu/muvazzaf askerlik hizmeti zamanı gelen davacının, 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nda 2014 yılında 6582 sayılı Yasa ile getirilen zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini daha önce hiç yapmamış olanların, askerlik yükümlülüklerine ilişkin olarak sözleşmeli erbaş ve erlerin hizmette geçen sürelerinin üçte birinin mülga 1111 sayılı Kanun'un 5/1 fıkrasına göre belirlenen süreyi karşılayacağı imkanından yararlanmak istediği yukarıda yazılan iş akdinin fesih dilekçesi içeriğinden görülmektedir.

Davacının asıl amacı, sözleşmeli er sözleşmesini imzalayarak aynı zamanda zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmektir. Çünkü, değişik nedenlerle sözleşmeli er pozisyonunda geçirdiği süre yasanın aradığı süreden az olursa davacının TSK'den ilişiği kesilmeden (zorunlu/muvazzaf askerliği sona erdirilmeden) belirlenecek birliklerde zorunlu askerlik hizmetini yerine getirecektir. Bir örnek vermek gerekirse, mülga 1111 sayılı Askerlik Kanunu gereğince 12 ay olan zorunlu/muvazzaf askerlik süresi için 36 ay sözleşmeli er sözleşmesi imzalayan kişi, sözleşmesinin 24. ayında sözleşmeli er durumundan ayrılmak istediğinde, sözleşmeli erbaş ve erlerin hizmette geçen sürelerinin üçte biri zorunlu/muvazzaf askerlik sayılacağından hizmet ettiği 24 ayın üçte biri olan 8 ay, zorunlu/muvazzaf askerlik hizmeti olan 12 aydan mahsup edilecek, kalan 4 aylık süre kişinin ilişiği kesilmeden (zorunlu/muvazzaf askerliği sona erdirilmeden), komutanlık tarafından belirlenecek birliklerde, erbaş veya er olarak zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini

yerine getirecektir. Sonuç olarak, davacı, daha önce zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini hiç yapmadığından birliğine ilk kez katıldığı gün muvazzaf askerliğinin ilk günü olacaktır.

Burada davacı, sözleşmeli er olarak tertip edildiği birliğe katıldıktan sonra, zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılacağı süre kadar sözleşmeli er olarak çalıştığı veya çalışmadığı süre kadar, davacının ilişkisi kesilmeden (zorunlu/muvazzaf askerliği sona erdirilmeden), komutanlık tarafından belirlenecek birliklerde, erbaş veya er olarak zorunlu/muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirecektir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkeğin, askerlik hizmeti yapmaya mecbur olması karşısında davacının zorunlu/muvazzaf askerlik görevini sözleşmeli er olarak yapmak istemesi noktasında kanunda bir boşluk olduğu kabul edilirse bu boşluğu oluşturan yasal değişiklikleri işçi lehine yorumlayarak davacının iş akdini muvazzaf askerlik hizmeti nedeni ile feshettiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu yöne ilişkin davacı istinaf başvurusu kabul edilmiş ve İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılmıştır.

Dairemizce yeniden kurulan hükümde davacının iş akdini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollaması ile halen yürürlükte bulunan mülga 1475 sayılı Yasa'nın 14/1 maddesi kapsamında haklı nedenle feshettiği kabul edilmiştir.

-Kıdem tazminatı alacağı talebi yönünden;
Muvazzaf askerlik hizmeti nedeni ile iş akdini haklı nedenle fesheden davacının kıdem tazminatı talebinin kabul edilmesi gerekirken İlk Derece Mahkemesi tarafından reddedilmesi hatalı olduğundan İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılmıştır.

Dosya kapsamına uygun 01/11/2019 tarihli bilirkişi raporunda davacının talep edebileceği net kıdem tazminatı 5.879,64 TL olarak hesaplanmış ve bu tutar davacı tarafından talep edilmiş olduğundan dairemizce yeniden kurulan hükümde taleple bağlı kalınarak net 5.879,64 TL kıdem tazminatı talebi kabul edilmiştir.

-Yıllık izin alacağı, fazla mesai ücret alacağı ve ulusal bayram genel tatil günleri ücret alacağı talepleri yönünden;
Davacı tarafından talep edilen bu alacak kalemleri İlk Derece Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ret kararına karşı taraflar istinaf yasa yoluna başvurmamıştır. Değişik gerekçe ile İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırıldığından dairemizce yeniden kurulan hükümde davacı tarafından talep edilen yıllık izin alacağı, fazla mesai ücret alacağı ve ulusal bayram genel tatil günleri ücret alacağı talepleri ayrı ayrı reddedilmiştir.

-Sonuç olarak;
Davacı vekilinin istinaf sebebinin yerinde olduğu, yargılamada eksiklik bulunmamasıyla birlikte, kanunun olaya uygulanmasında İlk Derece Mahkemesi'nce hata edildiği ancak bu durumun yeniden yargılama yapılmasını

gerektirmediği anlaşılmakla, HMK 353/1-b-2 maddesi gereğince İlk Derece Mahkemesi'nin kararının kaldırılarak, yeniden esas hakkında karar vermek gerektiği sonuç ve kanaatine varılarak aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur.

VI-HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda izah edildiği üzere;

A-İstinaf Başvurusu Yönünden;

Davacı vekilinin istinaf kanun yolu başvurusunun kısmen kabulü ile; İSTANBUL 29. İŞ MAHKEMESİ'nin 12/10/2021 tarihli 2017/367 Esas, 2021/399 Karar sayılı kararının, 6100 sayılı HMK 353/1-b-2 bendi uyarınca KALDIRILMASINA,

B- Davanın Esası Yönünden;

1-DAVANIN KISMEN KABULÜ İLE,
a-Net 5.879,64 TL kıdem tazminatının fesih tarihi olan 25/07/2017 tarihinden itibaren işleyecek en yüksek banka mevduat faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
b-Yıllık ücretli izin alacağı talebinin reddine,
c-Fazla mesai ücreti talebinin reddine,
ç-Ulusal bayram genel tatil günleri ücreti talebinin reddine,
2-Alınması gereken 427,60 TL harçtan peşin alınan 130,40 TL harcın mahsubu ile bakiye 297,20 TL harcın davalıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına,
3-Davacı tarafça ilk derece ve istinaf yargılaması aşamasında yapılan müzekkere-tebligat-bilirkişi ücreti harcamalarından oluşan 703,80 TL yargılama masrafından davanın kabul ve ret oranına göre hesaplanan 669,63 TL yargılama masrafı ile, peşin-başvuru-ıslah/bedel arttırım harçlarından oluşan 161,80 TL harç olmak üzere toplam 831,43 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin yargılama masrafının davacı üzerinde bırakılmasına,
4-Davalı tarafça ilk derece ve istinaf yargılaması aşamasında yapılan 52,10 TL yargılama masrafının davanın kabul ve ret oranına göre hesaplanan 2,53 TL masrafın davacıdan alınarak davalıya verilmesine, fazlaya ilişkin yargılama masrafının üzerinde bırakılmasına,
5-Davacı taraf kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince kabul edilen miktar üzerinden hesaplanan 5.879,64 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
6-Davalı taraf kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince reddedilen miktar üzerinden hesaplanan 300,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
7-Taraflarca yatırılan delil ve gider avansından arta kalan miktarların karar kesinleştiğinde ve talep halinde İlk Derece Mahkemesi tarafından taraflara ayrı ayrı iadesine,

C- İstinaf İncelemesi Yönünden;

1-Davacı vekilinin istinaf kanun yolu başvurusunda haklılığı dikkate alınarak, bu tarafça istinaf başvuru aşamasında yatırılan karar ve ilam harcının karar kesinleştiğinde ve istek halinde yatıran tarafa iadesine,
2-İstinaf yargılamasına ilişkin giderler yukarıda hüküm fıkrasının B/3-4 maddelerinde değerlendirildiğinden yeniden hüküm kurulmasına yer olmadığına,
3- İstinaf yargılamasında duruşma yapılmadığından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin ikinci kısmının ikinci bölümünün 17. bendi uyarınca taraflar yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,
4-HMK 359. maddesinin 4. fıkrası gereği kararın tebliği, HMK 302. maddesinin 5. fıkrası gereği harç tahsil müzakeresi yazılması ve HMK 333/1 maddesi gereğince taraflarca yatırılan delil-gider avansından harcanmayan kısmının kararın kesinleşmesinden sonra masrafı avans-tan karşılanarak re'sen taraflara iadesi işlemlerinin İlk Derece Mahkemesi tarafından yapılmasına,
dair, dava konusunun miktarına göre; 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7/3. maddesi yollaması ile 6100 sayılı HMK 362/1-a maddesi uyarınca, temyiz yolu kapalı ve kesin olmak üzere 26/01/2024 tarihinde daire başkanı ...'nin muhalefeti ile oy çokluğuyla karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde, kıdem tazminatı ödenmesi gereken haller sayılmıştır. Buna göre; muvazzaf askerlik hizmeti, emeklilik amacıyla fesih veya kadın işçinin sözleşmenin evlendiği tarihten itibaren 1 yıl içinde kendi isteği ile sona erdirmesi hallerinde, işçi kıdem tazminatı isteyebilir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesi kapsamında davacının kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için kanunda öngörülen koşulları sağlaması, iş akdini İş Kanunu'nun 14. maddesinde sayılan hallerden biri nedeniyle sona erdirmesi gerekmektedir. İş Kanunu'nun 14. maddesinde sayılan ve sınırlandırılanlar dışında kalan sona erme hallerinde kıdem tazminatının ödenmesi söz konusu olmayacaktır. İşçinin muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınması hali 4857 sayılı Kanun'un 31. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durum 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde yer almamaktadır. Davacının iş akdinin 25/07/2017 tarihinde sona erdiği, dosya içeriğine göre fesihden önce 04/03/2017 tarihinde MSB Personel Temin Dairesi Başkanlığı'na KKK sözleşmeli er temini için başvuruda bulunduğu, talebi doğrultusunda yapılan işlem neticesinde T.C. Genelkurmay Başkanlığı Kara Kuvvetleri Komutanlığı'nca personel olarak kabul edildiği ve görevlendirildiği birliğe katılmadan önce ilgili kurumla yasal düzenleme doğrultusunda ön sözleşme imzaladığı, aylık ücret ile personel olarak 6191

sayılı Kanun hükümlerine göre istihdam edildiği anlaşıldığından, davacının iş akdini 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde sayılan hallerden olan muvazzaf askerlik hizmeti nedeni ile feshettiğine ilişkin sayın dairenin çoğunluk görüşüne muhalifim.

Kararın İncelenmesi

4857 sayılı İş Kanunu kıdem tazminatına hak kazanma koşullarını ve tazminatın miktarı ile tabi olduğu hukuki esasları düzenlememiş; kıdem tazminatı için bir fon kurulacağını, kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı haklarının saklı olduğunu öngörmüştür (geç.m.6). Böylece, iş sözleşmesinin sona erme hallerinden hangilerinde kıdem tazminatına hak kazanılacağı 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmeye devam etmektedir.

Kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için işçinin iş sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunu m.14'te sayılan fesih halleri veya işçinin ölümü ile son bulması şarttır. Bu hallere ek olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 24 uyarınca işçi sendikası, sendika şubesi veya konfederasyonu (profesyonel) yöneticilerine tanınan kıdem tazminatı hakkı sayılabilir.

İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi yahut işyeri uygulaması ile benimsenen aksi yöndeki uygulamalar dışında, kıdem tazminatına hak kazanılabilmesi için iş sözleşmesinin belirtilen yasal düzenlemelerde öngörülen hallerden biri nedeniyle sona ermesi gerekir. 1475 sayılı İş Kanunu m. 14'te sayılan hallerden biri de, iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla feshedilmesidir (m.14/1, b.3).

Ülkemizde 1927 yılından beri uygulanan 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 25.06.2019 tarihli 7179 sayılı Askerlik Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 7179 sayılı Kanunu'nda, "Askerlik hizmeti: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 72'nci maddesine göre her Türkün hak ve ödevi olan vatan hizmetinin bu kanun esaslarına göre yerine getirilmesini," (m.3/1,b), "Muvazzaf: askerlik hizmetini yerine getirmek üzere silaha alınmaları," (m.3/1,ö), "Muvazzaflık dönemi: yükümlünün sevk belgesinde yazılı sevk tarihi ile başlayıp terhis tarihine kadar geçen süreyi", (m.3/1,p) ifade eder şeklinde tanımlara yer verilmiştir.

Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasına göre, işçinin askere gidişi işyerinden ayrılmasından kısa ve makul bir süre sonra olmalıdır. Yüksek mahkemeye göre, işçinin fesihden yaklaşık dört ay sonra askere sevk edildiği bir olayda fesih askerlik sebebiyle yapıldığı kabul edilemeyecekken (Yarg. 9. H.D., 14.09.2020, E. 2020/1756, K. 2020/7557); işçinin işten ayrıldığı tarih ile askere sevk arasında geçen

iki ay sekiz günlük süre, muvazzaf askerlik nedeniyle feshin varlığını kabul için makul bir süredir (Yarg. 22. H.D., 05.11.2018, E. 2017/ 16386, K., 2018/ 23401).

Kanaatimizce iş sözleşmesini askerlik nedeniyle feshederek kıdem tazminatına hak kazanılabilmesi için fiilen silah altına alınma zorunludur. 1475 sayılı İş Kanunu m.14'te muvazzaf askerlik hizmetinin esas alınması, Askeralma Kanunu'nda muvazzaf kelimesinin tanımında silah altına alınmadan söz edilmesi karşısında, temel eğitim için dahi olsa herhangi bir şekilde silah altına alınmaksızın sadece bedel ödemek suretiyle bedelli askerlik yapanların, bu gerekçe ile iş sözleşmelerini feshedip kıdem tazminatına hak kazanamamaları gerekir. Bu görüşümüz sadece 7179 sayılı Kanun'daki muvazzaf tanımına dayanmamaktadır. Tanım görüşümüzü teyit etmektedir. Nitekim, geçmişte 7179 sayılı Kanun'un yürürlüğü öncesinde, 1111 sayılı Kanun döneminde bir gün dahi silah altına alınmaksızın bedelli askerlik yapılması imkanını öngören bir düzenleme getirilmiş olup, bize göre bu düzenleme kapsamında bedelli askerlik yapanların iş sözleşmelerini 1475 sayılı İş Kanunu m.14/1,b.3 uyarınca feshetme hakları bulunmamaktaydı. Zira kıdem tazminatı hakkı öngören düzenlemenin amacı fiilen askerlik yapmak için işyerinden ayrılmak zorunda olanlara bu hakkı tanımadır. Belirtilen nedenle, Yargıtay'ın geçmiş dönemde bu tür bir bedelli askerlik uygulaması öngören düzenlemeye ilişkin içtihadı isabet taşımamaktadır (aynı yönde, Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E.: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, İstanbul 2023, 709; Akyiğit, E.: Bedelli Askerlikte Son Durum, Terazi Hukuk Dergisi, C.15 S.163, Mart 2020, 542; Özkaraca, E.: İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, İş Hukuku Değerlendirme Sempozyumu 2022, TİSK-TAA-TÜRK-İŞ, Ankara 2023, 199; Arslan Ertürk, A.: 7146 Sayılı Kanunla Yapılan Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S.2, Y. 2019, 794; Gazioğlu, H.: Zorunlu Askerlik Hizmetinin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023, 151; Karşı görüş için bkz. Okur, A. R.: Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Kararlaştırılması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, 2012, 21; Astarlı, M.: İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, 2017, 356-358; 7146 sayılı Kanun öncesi dönemde bedelli askerliğin fiilen yapılıp yapılmadığının bir önemi olmadığını ve bu amaçla yapılan feshin kıdem tazminatına hak kazandırdığının düşünülebileceği yönünde bkz. Manav Özdemir, E./Göktaş, S.: Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.40, 2018, 60). Gerçekten, yüksek mahkeme kanımızca isabetsiz olarak o dönemde sadece bedel ödeyerek askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılanların

da kıdem tazminatı alabileceğine hükmetmişti (Yarg. 9. H.D., 05.11.2015, E. 2014/15064 K. 2015/31360).

Bugün için yürürlükte olan 7179 sayılı Askeralma Kanunu bedelli askerlik uygulamasını artık her zaman geçerli olan bir uygulamaya dönüştürmüş ve kurallarını standart bir şekilde öngörmüştür. Kanuna göre bedelli askerlik, "Kanıunda belirtilen yararlanma şartlarını taşımak kaydıyla bedelli askerliğe seçilenlerin belirlenen bedeli ödemesi ve temel askerlik eğitimi yapması şartı ile yerine getirilen askerlik hizmetini," ifade eder (m.3/1,e). Görüldüğü gibi, şu an geçerli olan bedeli askerlik uygulamasında temel askerlik eğitimi yapma şartı, dolayısıyla silah altına alınma söz konusu olduğundan, bu sebeple iş sözleşmesinin feshi de kıdem tazminatına hak kazandıracaktır.

İnceleme konumuza dönecek olursak, inceleme konusu kararda muvazzaf askerlik nedeniyle yapılmış bir fesih bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. Karara konu olayda davacı iş sözleşmesini sözleşmeli er olarak istihdam edileceği için feshetmiştir. Gerçekten hukukumuzda sözleşmeli er veya erbaşlık bir istihdam biçimi olarak düzenlenmiştir. 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nda, "Sözleşmeli erbaş ve er: Erbaş ve er kadro görev yerlerinde, bu kanun esaslarına göre istihdam edilenleri...ifade eder" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir (m.2/1,d).

6191 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Sözleşmeli Erbaş ve Er Yönetmeliği'nde, "Hizmet şartları ve yedeklik dönemi" başlıklı 12. maddede, "Sözleşmeli erbaş ve erler ile sözleşmeli er adayları asker kişi sayılırlar. Sözleşmeli erbaşlar muvazaflık hizmetinde olan emsal rütbedeki erbaşların üstü, emsal rütbedeki uzman erbaşların astıdır." düzenlemesine yer verilmiştir (m.12/1). Bu düzenlemede, sözleşmeli erbaşların, "muvazaflık hizmetinde" olan emsal rütbedeki erbaşlarla olan hiyerarşik ilişkisinin düzenlenmesi de kanaatimizce burada muvazzaf askerlik hizmeti bulunmadığını göstermektedir.

Gerçi söz konusu yönetmelik, sözleşmeli erbaş ve erliğin sadece muvazzaf askerlik hizmetini tamamlayan kişilerce yapılabildiği dönemde çıkarılmış ve yönetmelikte henüz yasal değişikliğe uygun düzenlemeler getirilmemiştir. Bununla birlikte bize göre söz konusu düzenleme, sözleşme erbaş statüsünün muvazaflık hizmetinden ayrı bir statü olduğunu ortaya koymaktadır.

Sözleşmeli erbaş veya er şeklinde istihdam edilmenin muvazzaf askerlik hizmeti olmadığı, muvazzaf askerlik hizmetinden başkaca bir kamu hizmeti olduğu, esasen muvazzaf askerlik hizmetini halihazırda tamamlamış olanların da bu şekilde istihdam edilebilmelerinden anlaşılmaktadır. Kaldı ki, başlangıçta bu istihdam şekli sadece muvazzaf askerlik hizmetini tamamlamış olanlara özgü iken, kararda belirtildiği gibi, 2014 yılında yapılan değişiklikle henüz muvazzaf askerlik hizmetini tamam-

lamamış olanlara da bu şekilde istihdam edilme imkanı tanınmıştır. Öte yandan, bu istihdam biçimi muvazzaf askerlik hizmeti süresi veya bu sürenin belirli bir katı ile sınırlı değildir. Burada başka bazı durumlarda söz konusu olduğu gibi, muvazzaf askerlik hizmetinin yerine getirilmesi değil, kısmen veya tamamen yerine getirilmiş sayılması söz konusudur (6191 sayılı Kanun ek m. 3).

Gerçekten Askeralma Kanunu m. 48 uyarınca, "a) Türk Silahlı Kuvvetleri adına okudukları Milli Savunma Üniversitesi ve diğer üniversite, fakülte veya yüksekokullar ile meslek yüksekokullarından mezun olmayı müteakip muvazzaf subay ve astsubay naspedilenlerin, bu okullarda ay olarak geçen sürelerinin üçte biri ile muvazzaf subay ve astsubaylıkta geçen sürelerinin tamamı,

b) Dış kaynaktan temin edilen muvazzaf subay ve astsubaylar ile bunların adaylarından deneme süresinin bitimine kadar ayrılanların temel eğitimde ve muvazzaf subay ve astsubaylıkta ay olarak hizmette geçen sürelerinin üçte biri, deneme süresi sonrasında geçen sürelerinin tamamı,

c) Sözleşmeli subay veya sözleşmeli astsubayların ve bunların adaylarının ön sözleşme ve sözleşme sürelerinin toplamının üçte biri,

ç) Uzman erbaşların sözleşme döneminde ay olarak geçen sürelerinin üçte biri,

d) Sözleşmeli erbaş ve erler ile sözleşmeli er adaylarından, ön sözleşme ve sözleşme döneminde ay olarak hizmette geçen sürelerinin üçte biri,

e) Türk Silahlı Kuvvetleri'nin ihtiyacı olan statülerde istihdam edilmek üzere temini silahaltında iken gerçekleştirilen yükümlülerin silahaltında geçirilen sürelerinin tamamı,

askerlik hizmetinden sayılır.

(2) Sayılan hizmet süresi erbaş ve erlerin tabi olduğu hizmet süresini karşılayanlar askerlik hizmetini yapmış sayılır. Hizmet süresini karşılamayanların eksik kalan süreleri, erbaş ve erlerin tabi olduğu hizmet süresi esas alınarak, bu kanun hükümlerine göre erbaş ve er olarak tamamlattırılır."

Yine aynı kanuna göre, görevlerinden ayrılan veya ilişkileri kesilen uzman jandarmaların hizmette geçirdikleri sürelerin tamamı askerlik hizmetinden sayılır. Sayılan hizmet süresi erbaş ve erlerin tabi olduğu hizmet süresini karşılayanlar askerlik hizmetini yapmış sayılır. Hizmet süresini karşılamayanların eksik kalan süreleri, erbaş ve erlerin tabi olduğu hizmet süresi esas alınarak, bu kanun hükümlerine göre erbaş ve er olarak tamamlattırılır (m.12/3).

Kanunda ayrıca askeri okullardan ayrılanlarla ilgili olarak, "Askerî öğrenci olarak okudukları Milli Savunma Üniversitesi ve diğer üniversite, fakülte veya yüksekokullar ile meslek yüksekokullarından ilişiyi kesilenlerin, bu okullarda ay olarak okudukları sürenin üçte biri muvazaflık hizmetinden sayılır. Askerlik hizmetinden sayılan sürenin erbaş ve erlerin tabi olduğu hizmet süresini karşılaması

hâlinde bunlar askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılır" düzenlemesine de yer verilmiştir (m.46/1).

Oyçokluğu ile verilen Bölge Adliye Mahkemesi kararındaki bakış açısı esas alınır, askeri okullarda öğrenci olmak amacıyla işten ayrılanlara da kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği gibi bir sonuca ulaşılabilecektir. Kanaatimizce 1475 sayılı Kanun m.14'teki yasal düzenleme bu halleri kapsamamaktadır. Bu açıdan 1111 sayılı Kanun ile 7179 sayılı Kanun arasında herhangi bir farklılık da bulunmamaktadır. Sözleşmeli erbaş veya erliğin ya da askerlik hizmet süresinden sayılan diğer hallerin, muvazzaf askerlik hizmeti niteliğinde olmadığı, bu hallerde geçen sürelerin tamamının muvazzaf askerlik hizmetinden sayılmamasından da anlaşılmaktadır.

Sözleşmeli erbaş ve erlerin durumu bir açıdan askerlik hizmetinden sayılan diğer hallerden farklılık arz eder görünmektedir. Nitekim inceleme konusu kararda da bu hususa vurgu yapılmıştır. Şöyle ki, yasal düzenlemeye bakıldığında, sözleşmeli er ya da erbaş olan kişi, her hâlükârda ya muvazzaf askerlik hizmetini tamamlamış sayılmakta ya da kalan süre kadar fiilen muvazzaf askerlik yapmaktadır ve bu durum ilgilinin ilişiyi kesilmeden gerçekleşmektedir. Öte yandan, sözleşmeli erbaş veya er olan kişi pek çok açıdan muvazzaf askerlik hizmetini yerine getiren kişilerle aynı kurallara tabi kılınmıştır. Bu kişilerin kıdem tazminatı hakkı bulunup bulunmadığı hususunda tereddüt uyandıran da bu özellikli durumlardır. Belirtilen özel durumları nedeniyle askerlik hizmetini yapmamışken sözleşmeli erbaş veya er olan bu kişilerin de kıdem tazminatı almaları gerektiği düşünülebilir ancak bu husus kanaatimizce ancak yasal bir değişiklik söz konusu olabilir. Belirtilen hususlar, söz konusu statünün muvazzaf askerlik hizmeti olmamasını değiştirmemektedir.

Sonuç olarak inceleme konusu Bölge Adliye Mahkemesi kararının isabet taşımadığı, karşı oy yazısının isabetli olduğu kanaatindeyim.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2023/13102

Karar No.: 2023/17770

Tarihi: 22.11.2023

İlgili Mevzuat:

4857 sayılı İş Kanunu m.41, 44

Karar Özeti:

Somut uyuşmazlıkta davacının çalıştığı süre boyunca genel müdür olarak görev yaptığı, kendisine emir ve talimat veren bir kişinin bulunmadığı, çalışma düzenini kendisinin belirlediği gözetilerek fazla çalışma ücreti

alacağının reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Ne var ki bayram ve genel tatil ile hafta tatili günlerinin dinlenme hakkına ilişkin olduğu, işçinin ücretinin yüksek olması veya çalışma saatlerini kendisinin belirlemesinin dinlenme hakkının kullanımına engel teşkil etmeyeceği düşünülmeksizin bayram ve genel tatil ile hafta tatili ücreti taleplerinin de reddine karar verilmesi isabetli değildir. Söz konusu alacaklara hak kazanılıp kazanılmadığının tüm dosya kapsamındaki bilgi ve belgelere göre değerlendirilip yapılacak değerlendirmenin sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Yargıtay Kararı:

Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararın taraf vekillerince istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesi'nce istinaf başvurularının ayrı ayrı esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. Dava

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde üst düzey yönetici olarak 01.10.2009 tarihinden 08.01.2018 tarihine kadar çalıştığını, davalı şirket tarafından ... sözleşmesinin 08.01.2018 tarihinde feshedildiğini, davacının hak ve alacaklarının ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, ikramiye, fazla çalışma ücreti, ... bayram genel tatil ücreti ve hafta tatili ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

II. Cevap

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davalının otelde genel müdür sıfatıyla görev yaptığını, otel genel müdürü olması sebebiyle sözleşme yapma, fiyat belirleme, vade belirleme, alacak tahsili ve takibi, muhasebe birimine emir verme gibi çok sayıda yetkisinin bulunduğunu, bu yetkilerin suistimali, şirketin aleyhine, kendi çocuğunun şirketinin lehine güveni kötüye kullanma, doğrudan ve dolaylı menfaat temin etme gibi eylemlerde bulunduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

III. İlk Derece Mahkemesi Kararı

İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayı belirtilen kararı ile; davanın kısmen kabulüne karar verilmiş,

davacının üst düzey yönetici olduğundan hareketle fazla çalışma, hafta tatili ve ... bayram genel tatil ücreti alacaklarının reddine karar verilmiştir.

IV. İstinaf

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri istinaf başvurusunda bulunmuşlardır.

B. İstinaf Sebepleri

1. Davacı vekili istinaf dilekçesinde, davacının tam anlamı ile genel müdür olmadığını, davalı şirketin Yönetim Kurulu Başkanı A.K.'nin oteldeki tüm işleyişe müdahale ettiğini, işlerin nasıl yapılacağı, çalışma şartlarının ne olacağı, hangi saat dilimleri arasında çalışılacağı ile ilgili olarak davacıya emir ve talimat verdiğini, davacının kendisine verilen talimat doğrultusunda sabahın çok erken saatlerinden gecenin geç saatlerine kadar misafir karşılama, tur otobüslerini karşılama, mutfağı denetleme, açık büfeyi denetleme, düğün organizasyonunu bizzat kontrol etme gibi işleri yaptığını, hafta tatili yapmasının engellendiğini, resmî ve dinî bayramlarda çalışmasının zorunlu kılındığını, tanık beyanlarından otelin sahibinin ayın neredeyse yarısında otelde kaldığının ve davacıyı da otelde kalmaya mecbur bıraktığının anlaşıldığını, fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil çalışma ücreti alacağı taleplerinin reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu ileri sürerek İlk Derece Mahkemesi kararının ortadan kaldırılması istemi ile istinaf yoluna başvurmuştur.

2. Davalı vekili istinaf dilekçesinde; ... sözleşmesinin 4857 sayılı ... Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun) 25'inci maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, zira, davacının genel müdürlük yaptığı dönemde, turizm sektöründe iştigal eden oğluna ait ... Tur Ltd. Şti.'ye diğer acentelerden farklı ve davalı otelin aleyhine olacak şekilde kampanyalar uyguladığını, davalı otelin alacaklarını tahsil edemeyeceğini öngörmesine rağmen oğluna ait şirketle olan ticari ilişkiyi sürdürdüğünü, işyerindeki pozisyonunun kendisine verdiği gücü kullanarak kendisini ve ailesini zenginleştirdiğini, davalı şirketi borç altına soktuğunu, diğer anlaşmalı acenteler için genellikle 14, 21 veya 30 gün olarak belirlenen vadenin davacının oğlunun şirketine 90 gün olarak belirlendiğini, davacının kendisine ait tüm harcamaları otel bütçesinden yaptığını, kendisine iki oda birleştirterek adeta bir mesken kurduğunu ve davalıyı maddi açıdan zarara uğrattığını, kendisine olan güveni kötüye kullandığını, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerektiğini, davacıya çalıştığı süre boyunca ödenmesi gereken tüm ikramiyelerin banka aracılığıyla, düzenli ve eksiksiz şekilde ödendiğini, ikramiye alacağı

bulunmadığını, yine çalıştığı sürece yıllık izinlerini kullanmış olması ve kullanmadığı yıllık izinlerin ücretinin eksiksiz şekilde ödenmiş olması nedeniyle yıllık izin ücreti alacağı talebinin de reddi gerektiğini ileri sürerek İlk Derece Mahkemesi kararının ortadan kaldırılması istemi ile istinaf yoluna başvurmuştur.

C. Gereke ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; davalı tarafın ... sözleşmesinin tazminata hak kazanmayacak şekilde feshedildiğine dair üzerine düşen ispat külfetini yerine getiremediği ve davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazandığı yönündeki kabulde isabetsizlik bulunmadığı; işyerinde yönetici pozisyonunda çalışanlara yılda bir kez 1 aylık ücret tutarında ikramiye ödemesi yapıldığı iddiasına karşı davalı tarafça davacının 2016 yılı sonunda hak ettiği ikramiyenin 2017 yılında elden ödendiğinin savunulduğu, bu konuda 2017 yılının aralık ayına ait bordroda bir miktar tahakkuk yapıldığı, dolayısıyla davalının da kabulünde olan ikramiye ödemesi yönünden bakiye alacağına karar verilmesinde hata bulunmadığı; davacıya hak ettiği yıllık izinlerin tamamının kullandırıldığı veya ücretinin ödendiği ispat edilemediğinden, yapılan ödemenin mahsubu ile bakiye yıllık izin ücreti alacağına hükmedilmesinin doğru olduğu; davalı işyerinde genel müdür olarak çalıştığı sabit olan davacının tanıklarca da beyan edildiği üzere kendi çalışma saatlerini kendisinin ayarladığı ve kimseden emir ve talimat almadığı, bu hâliyle üst düzey yönetici konumunda olup fazla çalışma, hafta tatili çalışma ve genel tatil çalışma ücreti alacaklarına hak kazanmadığına dair kararda da hata olmadığı şeklindeki gerekçe ile tarafların istinaf başvurularının ayrı ayrı esastan reddine karar verilmiştir.

V. Temyiz

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

Bölge Adliye Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davacı vekili; istinaf dilekçesinde belirttiği sebepleri tekrar ederek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılması istemi ile kararı temyiz etmiştir.

C. Gereke

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık, davacının üst düzey yönetici olması gerekçesi ile reddedilen fazla çalışma, bayram genel tatil ve hafta tatili ücreti alacaklarına hak kazanıp kazanamayacağına ilişkindir.

2. İlgili Hukuk

- 1.2709 sayılı T.C. Anayasası'nın (Anayasa) 50'nci maddesi.
2. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369'uncu maddesinin birinci fıkrası ile 371'inci maddesi.
3. 4857 sayılı ... Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun) 41, 44, 46, 47 ve 63'üncü maddeleri.

3. Değerlendirme

1. Tarafların iddia, savunma ve dayandıkları belgelere, uyuşmazlığın hukuki nitelendirilmesi ile uygulanması gereken hukuk kurallarına, dava şartlarına, yargılamaya hâkim olan ilkelere, ispat kurallarına ve temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere göre davacı vekilinin aşağıda yer alan paragrafların kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.
2. Anayasa'nın "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50'nci maddesine göre, dinlenmek çalışanların hakkıdır. Aynı maddede dinlenme hakkının kapsamı açıklığa kavuşturularak, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.
3. 4857 sayılı Kanun'un 46'ncı maddesinde, işçinin tatil gününden önce 4857 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesine göre belirlenmiş olan ... günlerinde çalışmış olması koşuluyla, yedi günlük zaman dilimi içinde yirmi dört saat dinlenme hakkının bulunduğu belirtilmiş; işçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46'ncı maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır.
4. Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmi dört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullandırılamaz. Buna göre hafta tatilinin yirmi dört saatten az olarak kullandırılması hâlinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.
5. Hafta tatili dinlenme hakkına ilişkin olup işçinin ücretinin yüksek olması veya çalışma saatlerini kendisinin belirlemesi bu hakkın kullanımına engel teşkil etmez. Hafta tatilinde çalışan işçiye hafta tatili ücreti ödenmelidir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.....2022 tarihli ve 2022/7405 Esas, 2022/8328 Karar sayılı kararı).
6. 4857 Kanun'un 47'nci maddesinde, kanunun kapsamındaki işyerleri bakımından, bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışma karşılığı olmaksızın o günün ücretinin ödeneceği, tatil yapılmayarak çalışıldığında ise ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücretin ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Nispi emredici nitelikteki bu kurala göre, bayram ve genel tatil günlerinde çalışmamak işçinin hakkıdır. Ancak kanun koyucu işçinin çalışması hâlinde, bu çalışmaya ne şekilde bir hukuki sonuç bağlanacağını da öngörmüş olup aynı hükümde, bayram ve genel tatil gününde çalışan işçiye çalışılan her gün için bir günlük ücretin ödeneceği ifade edilmiştir.

7. 4857 sayılı Kanun'da bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmalar için herhangi bir denkleştirme kuralına yer verilmediği gibi fazla çalışmada olduğu gibi serbest zaman verilmesine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.

8. Bayram ve genel tatil günleri, dayanışma, birlik ve beraberlik günleri olup diğer günlerden farklı bir özellik gösterir. Bu günlerde bayramlaşma, sosyalleşme, aile ve toplumun diğer bireyleri ile birlikte zaman geçirme gibi manevi birtakım ihtiyaçların giderilmesi söz konusudur. İşçinin açık onayı olmadığı sürece, bayram veya genel tatil gününde çalışmanın, diğer herhangi bir günde çalışmamak suretiyle telafisi mümkün görülmemelidir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 12.01.2021 tarihli, 2020/3846 Esas ve 2021/290 Karar sayılı kararı).

9. Somut uyuşmazlıkta davacının çalıştığı süre boyunca genel müdür olarak görev yaptığı, kendisine emir ve talimat veren bir kişinin bulunmadığı, çalışma düzenini kendisinin belirlediği gözetilerek fazla çalışma ücreti alacağına reddine karar verilmesinde isabetlilik bulunmamaktadır. Ne var ki bayram ve genel tatil ile hafta tatili günlerinin dinlenme hakkına ilişkin olduğu, işçinin ücretinin yüksek olması veya çalışma saatlerini kendisinin belirlemesinin dinlenme hakkının kullanımına engel teşkil etmeyeceği düşünülmezsin bayram ve genel tatil ile hafta tatili ücreti taleplerinin de reddine karar verilmesi isabetli değildir. Söz konusu alacaklara hak kazanılıp kazanılmadığının tüm dosya kapsamındaki bilgi ve belgelere göre değerlendirilip yapılacak değerlendirmenin sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

VI. Karar

Açıklanan sebeplerle;

1. Temyiz olunan, İlk Derece Mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının ORTADAN KALDIRILMASINA,
2. İlk Derece Mahkemesi kararının BOZULMASINA,
Peşin alınan temyiz karar harcının istek hâlinde ilgiliye iadesine,
Dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesi'ne, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 22.11.2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2023/5750

Karar No.: 2023/8098

Tarihi: 13.09.2023

İlgili Mevzuat:

5510 sayılı Kanun m.86

Karar Özeti:

Sahte sigortalılığa dayanan davalar hizmet tespiti içerikli olmakla, davanın yasal dayanağını oluşturan 5510 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesinde bu tür hizmet tespiti davalarının kanıtlanması yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. Kimi ayrı durumlarda dışında resmi belge ve yazılı delillerin bulunması sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibarıyla sonuca etkili olurlar. Ne var ki bu tür kanıtların bulunmaması halinde somut bilgilere dayanması inandırıcı olmaları koşuluyla bordro tanıkları veya iş ilişkisini bilen komşu işyeri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen diğer tanıklarla dahi sonuca gitmek mümkündür.

Mahkemece, önceki bozma içeriği gözetilerek, davacının sigortalı olarak bildirildiği dönemde iş yerinin açık ve faal olup olmadığı yönünde araştırma genişletilmeli, uyuşmazlık konusu döneme ilişkin tüm vergi kayıtları, yoklama fişleri, çalışma ve tespit tutanakları temin edilmeli, diğer yandan vergi kaydının yolsuz tescile dayanıp dayanmadığı araştırılmalı, bozma sonrası yargılamada, davalıya ait iş yerinden çalışması iptal edilmeyen kimse olmadığının ve komşu iş yeri tespiti yapılmadığının bildirilmesi karşısında, davacı yanın beyanı alınmak suretiyle, çalışmasının geçtiği iddia edilen işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinin sahipleri ve iş yeri çalışanları (bordrolara geçmiş kişiler) saptanarak somut bilgi ve görgülerine başvurulmalı, dinlenen tanık anlatımlarının değerlendirilmesinde, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği dikkate alınarak, eylemleri çalışmanın varlığı araştırılmalı, tüm deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir.

Yargıtay Kararı:

Taraflar arasında İlk Derece Mahkemesi'nde görülen ve istinaf incelenmesinden geçen kurum işleminin iptali istemli davada verilen karar hakkında yapılan temyiz incelemesi sonucunda, dairece, Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılmasına, İlk Derece Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi'nce bozmaya uyularak yeniden yapılan yargılama sonucunda; davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararı davacı ve davalı ... vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve tetkik hâkimi ... tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. Dava

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde fiilen çalışmasını sürdürdüğü 2010-2011 ve 2012 yılının 3 aylık dönemindeki toplam 27

aylık sigortalılığının iptal edilmesine ilişkin kurum işleminin iptali ile 01.01.2010-31.03.2012 tarihleri arasındaki çalışmalarının tesciline karar verilmesini talep etmiştir.

II. Cevap

Davalı ... vekili cevap dilekçesinde; davanın zaman aşımı süresi dolduktan sonra açıldığını, denetmen raporunda çalışanların alınan ifadelerinin, çalışanların kimler olduğu konusunda sorulara verilen cevaplarda çelişki olduğunu, çalışma ve ödemelere ilişkin resmi kayıt ve belge sunulmadığını, yersiz açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

III. İlk Derece Mahkemesi Kararı

İlk Derece Mahkemesi'nin 06.02.2018 tarihli ve 2016/63 Esas, 2018/52 Karar sayılı kararıyla; "Davanın kısmen kabul kısmen reddi ile;

1-Davacının dahili davalı işveren ...'a ait işyerinde 01.01.2010-30.04.2010 tarihleri arasında asgari ücretle çalıştığının tespitine, aksi yöndeki kurum işleminin iptali ile fazlaya dair istemin reddine," karar verilmiştir.

IV. İstinaf

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı ve davalı ... vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesi'nin 19.12.2019 tarihli ve 2018/731 Esas, 2019/1799 Karar sayılı kararıyla; "Uşak 1. İş Mahkemesi'nden verilen 06.02.2018 tarih, 2016/63 Esas ve 2018/52 Karar sayılı kararına yönelik taraf vekillerinin istinaf başvurusunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine," karar verilmiştir.

V. Bozma ve Bozmadan Sonraki Yargılama Süreci

A. Bozma Kararı

1. Bölge Adliye Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı ve davalı ... vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

2. Dairenin 21.06.2021 tarihli ve 2020/4947 E. 2021/8646 K. sayılı ilamı ile; "Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının 18.07.2009- 2012/03 tarihleri arasında dahili davalı ...'a ait 1016440 sicil sayılı işyerinden yapılan sigortalı bildirimlerinden, 01.01.2010 tarihi sonrasına ilişkin çalışmaların 22.05.2012 tarihli Kurum Denetmen Raporu'na istinaden, fiili ve gerçek olmadığından bahisle iptal edildiği, ...'a ait 1016440 sicil numaralı işyerinin 19.11.2008 tarihinde kanun kapsamına alındığı, 31.03.2012 tarihinden kanun kapsamından çıktığı, işyeri mahiyetinin tabldot yemek üretim fabrikası olarak belirtildiği, Uşak

Vergi Dairesi'nce dosyaya sunulan, anılan işverenliğe yönelik işyeri adresinde 29.06.2011 ve 01.07.2011 tarihlerinde yapılan yoklamalar sonucunda, işyerinin aralık 2009 tarihinde terk edildiği, bu tarihten itibaren faaliyet göstermediğinin tespit edildiği, işyerinin kapalı olduğu rapor edilmekle, vergi dairesinin kendi kayıtlarında ...'a ait işyerinin mükellefiyet kaydını işi bırakma nedeniyle 30.04.2010 tarihi itibarıyla resen terk ettiğinin belirtildiği, kurum icra memurlarınca 10.04.2012 günü işyeri adresine gidildiğinde, anılan adreste ...'a ait işyeri olmadığı ve işyerinin iki yıldan fazla bir süredir kapalı olduğu bilgisine ulaşıldığının tutanak altına alındığı, işyeri adresine gönderilen 06.01.2010, 17.06.2010, 17.12.2010 tarihli tebligatların adresin boş olmasından kaynaklı iade geldiği, dosya kapsamında bordro tanığı olarak ifadesine başvuru olan ..., .. isimli tanıkların da davalı işverenlik nezdinden 01.01.2010 tarihinden sonra bildirilen sigortalı hizmetlerinin SGK denetmen raporuna istinaden iptal edildiğinin anlaşıldığı, mahkemece beyanına itibar edilen ... isimli tanığın, hizmet tespiti talebiyle açtığı dava sonucunda, ...'a ait işyerinden 05.01.2010-25.04.2010 tarihleri arasındaki çalışmalarının tespitine karar verildiği, verilen kararın kesinleştiği ancak anılan dosya kapsamında sigortalılık iptaline kurum kayıtları irdelenmeksizin, sigortalılığı iptal edilen kişilerin bordro tanığı olarak kabulü suretiyle, beyanlarına itibarla, çalışma olgusunun varlığının kabul edildiği, diğer yandan ...'ın 02.05.2012 tarihli kurum denetmenine verdiği ifadesinde "... , .. , ... isimli kişileri tanımadığını" beyan etmesine rağmen, eldeki dosya kapsamında mahkemeye verdiği ifadesinde "davacının, kendisi işe başladığında asgari ücretle, şoför olarak çalıştığını" beyan etmesi karşısında, ifadeleri arasında açık ve net bir şekilde çelişkinin mevcut olduğu görülmektedir. Somut olayda, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular ışığında, talep konusu dönemde davacının çalışmalarının fiili çalışmaya dayalı olup olmadığına tespiti noktasında yapılan araştırma yetersiz olup; mahkemece, öncelikle iptale dayanak müfettiş raporuyla, sigortalılığı iptal edilmeyen, ...'a ait 1016440 sicil numaralı işyeri bordrolarında kayıtlı kişiler ile davacının çalışmasını bilebilecek, çalışmasının geçtiği iddia edilen işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinin sahipleri ve iş yeri çalışanları (bordrolara geçmiş kişiler) saptanarak somut bilgi ve görgülerine başvurulmalı, tanık beyanları arasındaki çelişkiler giderilmeli, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği dikkate alınarak, anılan işverenliğe yönelik vergi yoklama fişleri, çalışma ve tespit tutanakları nazarında, eylemli çalışmanın var olup olmadığı, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek, sonucuna göre karar verilmelidir." hususlarına işaret edilmiştir.

B. İlk Derece Mahkemesi'nce Bozmaya Uyularak Verilen Karar

İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; "Davanın kısmen kabul kısmen reddi ile; 1-Davacının dahili davalı işveren ...'a ait işyerinde 01.01.2010-30.04.2010 tarihleri arasında asgari ücretle çalıştığına tespitine, aksi yöndeki kurum işleminin iptali ile fazlaya dair istemin reddine," karar verilmiştir.

VI. Temyiz

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı ve davalı ... vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

1.Davacı vekili temyiz dilekçesinde; davalı işveren tarafından 18.07.2009-31.03.2012 tarihleri arasında davacının hizmetlerinin bildirildiği ve davacının belirtilen tarihler arasında kesintisiz çalıştığını beyan eden tanık beyanlarına itibar edilmeyerek müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde 01.01.2010-30.04.2010 tarihleri arasında çalışması olduğunun kabulünün usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek kararın bozulmasını talep etmiştir.

2.Davalı ... vekili temyiz dilekçesinde; davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığını, mahkemece hak düşürücü süre ve zamaşımı itirazları konusunda karar verilmediğini, davacı tarafından dava ikame edilmeden önce kuruma herhangi bir başvuruda bulunulmadığını, dava şartı yokluğundan davanın reddi gerektiğini, esasa ilişkin olarak kurumca tesis edilen işlemin usul ve yasaya uygun olduğunu, bu dosya ile U... 2. İş Mahkemesi ilamındaki tespiti istenen tarih aralıklarının birbiriyle örtüşmediğini ve kararın bu dosyaya emsal teşkil etmediğini, 2009 yılından itibaren şirketin T..... Sitesi'ndeki adresinde gerçek bir çalışma yapılmadığını, işyeri komşuları ve site yöneticisinin işyerinin yaklaşık 2 yıldan fazla zaman önce faaliyetine son verdiğine ilişkin beyanlarının tespit edildiğini, davacı tarafın faal işyeri olmayan bir yerde gerçek çalışmasının olduğunu iddia etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, davacının iddiasını ispat edemediğinden davanın reddi gerekirken davanın kısmen kabulüne karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu beyanla kararın bozulmasını istemiştir.

C. Gerekeç

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık, kurum denetmen raporuna istinaden iptal edilen çalışmaların gerçek ve fiili çalışmaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

2. İlgili Hukuk

Sahte sigortalılığa dayanan davalar hizmet tespiti içerikli olmakla, davanın yasal dayanağını oluşturan 5510 sayılı

Kanun'un 86'ncı maddesinde bu tür hizmet tespiti davalarının kanıtlanması yönünden özel bir yöntem öngörülmemiştir. Kimi ayrı durumlarda resmi belge ve yazılı delillerin bulunması sigortalı sayılması gereken sürelerin saptanmasında güçlü delil olmaları itibarıyla sonuca etkili olurlar. Ne var ki bu tür kanıtların bulunmaması halinde somut bilgilere dayanması inandırıcı olmaları koşuluyla bordro tanıkları veya iş ilişkisini bilen komşu işyeri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen diğer tanıklarla dahi sonuca gitmek mümkündür. Bu tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunlu olup mahkemece, tarafların sunduğu deliller ile yetinilmemeli, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri esas alınarak kendiliğinden araştırma ilkesi benimsenmeli, sigortalılığın kabulü ve hüküm altına alınabilmesi için hizmet akdinin ve eylemlerinin varlığı ortaya konulmalıdır.

3. Değerlendirme

Eldeki davada ise, bozmaya uyulmuş ise de bozma gerekleri tam olarak yerine getirilmemiştir. Dosyanın incelenmesinde, davalı ...'a ait iş yeri adresinde, vergi dairesince 29.06.2011 ve 01.07.2011 tarihlerinde yapılan yoklamalar sonucunda, işyerinin Aralık 2009 tarihinde terk edildiğinin ve kapalı olduğunun, bu tarihten itibaren faaliyet göstermediğinin tespit edildiğinin rapor edildiği, kurum icra memurlarınca 10.04.2012 günü işyeri adresine gidildiğinde, anılan adreste ...'ait işyeri olmadığı ve işyerinin iki yıldan fazla bir süredir kapalı olduğu bilgisine ulaşıldığının tutanak altına alındığı, işyeri adresine gönderilen 06.01.2010, 17.06.2010, 17.12.2010 tarihli tebligatların adresin boş olmasından kaynaklı iade geldiğinin anlaşılması karşın, aynı işverenliğe yönelik olarak,tarafından açılan ve kesinleşen hizmet tespiti davası sonucunda verilen tespit hükmü ve davalı ...' a ait iş yeri mükellefiyet kaydı nazarında, iş yerinin faaliyette olduğu kabul edilerek, eldeki dava dosyası yönünden davacı yanın bir kısım hizmetlerinin tesciline karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

Mahkemece, önceki bozma içeriği gözetilerek, davacının sigortalı olarak bildirildiği dönemde iş yerinin açık ve faal olup olmadığı yönünde araştırma genişletilmeli, uyuşmazlık konusu döneme ilişkin tüm vergi kayıtları, yoklama fişleri, çalışma ve tespit tutanakları temin edilmeli, diğer yandan vergi kaydının yolsuz tescile dayanıp dayanmadığı araştırılmalı, bozma sonrası yargılamada, davalıya ait iş yerinden çalışması iptal edilmeyen kimse olmadığı ve komşu iş yeri tespiti yapılmadığının bildirilmesi karşısında, davacı yanın beyanı alınmak suretiyle, çalışmasının geçtiği iddia edilen işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinin sahipleri ve iş yeri çalışanları (bordrolara geçmiş kişiler) saptanarak somut bilgi ve görgülerine başvurulmalı, dinlenen tanık anlatımlarının

değerlendirilmesinde, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği dikkate alınarak, eylemli çalışmanın varlığı araştırılmalı, tüm deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir.

VII. Karar

Açıklanan sebeplerle;

Temyiz olunan İlk Derece Mahkemesi kararının yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA,

Temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine,

Dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesi'ne gönderilmesine,

13.09.2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Konya BAM 8. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2022/384

Karar No.: 2024/794

Tarihi: 12.03.2024

İlgili Mevzuat:

1475 sayılı İş Kanunu m. 14

1111 sayılı Askerlik Kanunu Geçici m.55/4

Karar Özeti:

Kıdem tazminatına hak kazanma bakımından işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshetmesi yeterli olup, askerliğin kısa süreli ya da bedelli olması önem taşımaz. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi "Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla" işten ayrılanların kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenlemekle yetinmiş, muvazzaf askerlik hizmetinin ne şekilde yapılacağı, diğer bir ifade ile fiilen mi yoksa bedel ödemek suretiyle mi yapılacağı konusunda bir ayırım yapmamıştır. Bu bağlamda bedelli askerlik suretiyle muvazzaf askerlik hizmetini yapmış sayılmak için işyerinden ayrılan işçinin de kıdem tazminatına hak kazanması gerekir. Bu durumda 2018 yılı bedelli askerlik uygulamasında, temel askerlik eğitimini tamamlayarak bedelli askerlik yapan işçiye kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. İşçinin bir yandan 7146 sayılı Kanun'da getirilen ücretsiz izin hakkı, bir yandan da 1475 sayılı Kanun'da öngörülen kıdem tazminatını talep etme hakkı vardır. İşçinin bu bağlamda seçim hakkı vardır.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

İlk Derece Mahkemesi'nce verilen karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuş ve dosya istinaf incelemesi yapılmak üzere dairemize gelmiş olmakla dosya incelendi, yapılan müzakere sonunda, gereği düşünüldü;

Tarafların İddia ve Savunmalarının Özeti

Davacı vekili dava dilekçesi ile; davacının 04.09.2014-16.10.2018 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde

mağaza müdürü olarak aralıksız çalıştığını, davacının çalışması karşılığında hizmet döküm cetveli gereği son aylık brüt 3.971,00 TL ücret ile çalıştığını, davacının keşide ettiği Konya 7. Noterliği 04.10.2018 tarih ve 38566 yevmiye numaralı ihtarname ile askerlik hizmeti nedeni ile işten ayrılacağını ve kıdem tazminatının ödenmesini talep ettiğini, fazlaya ilişkin haklarının saklı kalması kaydıyla 100,00 TL kıdem tazminatı akdin fesih tarihinden itibaren uygulamadaki en yüksek faizi ile birlikte, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de davalıdan tahsilini talep etmektedir.

Davalı vekili cevap dilekçesi ile; davacının 04.09.2014-16.10.2018 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde mağaza müdürü olarak çalıştığını, davacının bedelli askerlik hizmetinden yararlandığını, davacının askerlik sevk tarihi 06.10.2018'dir, davacının bu tarihten terhis tarihine kadar ücretsiz izinli sayılması gerekirken hakkını kullanmadığını ve keşide ettiği ihtarname ile işten ayrıldığını, davanın reddine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de davacıdan tahsilini talep etmektedir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti

İlk Derece Mahkemesi'nce; "Davacının davasının KABULÜNE,

Davacının kıdem tazminatına ilişkin talebinin kabulü ile bilirkişi raporunda hesaplanan brüt 13.593,50 TL kıdem tazminatının iş akdinin fesih tarihi olan 30/09/2018 tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizi düzeyinden hesaplanacak faizi ile davalıdan alınarak davacıya verilmesine, yasal kesintilerin icra aşamasında dikkate alınmasına, " şeklinde karar verilmiştir.

İleri Sürülen İstinaf Sebepleri

Davalı vekili istinaf dilekçesi ile; belirtilen gerekçelerle yerel mahkeme kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Delillerin Değerlendirilmesi ve Hukuki Sebepler

Dava, kıdem tazminatı alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davacı taleplerinin kabulüne karar verilmiş, karara karşı davalı vekilince istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

Dairemizce istinaf incelemesi HMK 355 ve 357. maddesi gereğince istinaf sebepleri ile bağlı olarak ve kamu düzenine aykırılık hususları da gözetilerek yapılmıştır.

İncelenen dosya kapsamına göre: davacının davalı nezdinde 04.09.2014-30.09.2018 tarihleri arasında çalıştığı, davacının iş akdini askerlik sebebi ile feshettiğine dair dilekçe sunduğu, buna istinaden davalı işverence kuruma SGK çıkış kodunun 3 (Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi) olarak bildirildiği görülmüştür.

Öncelikle, davalı vekilince davanın belirsiz alacak davası türünde açılmayacağından usulden reddi gerektiği ileri sürülmüş ise de; davanın kısmi dava türünde açıldığı sabit olduğundan bu yöndeki, istinaf itirazı yerinde görülmemiştir.

Davacının, bedelli askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılması sonucu kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Kıdem tazminatı, kanunda düzenlenen asgari bir yıllık çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda belirtilen sebeplerden biriyle işçi ya da işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçiye veya kanuni mirasçılara kıdemi ve ücreti dikkate alınarak işverence ödenen bir tazminattır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte bulunan 14. maddesinde "Bu kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin... muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla...feshedilmesi...hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır." hükmü bulunmaktadır.

7146 sayılı Askerlik Kanunu ile Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (Kabul Tarihi: 26/7/2018) 2. maddesinde ise "Bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar." hükmü yer almaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14'üncü maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi gereği kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden biri de muvazzaf askerliktir. Muvazzaf askerlik nedeniyle, iş sözleşmesini 17. maddeye göre fesheden işçiye, işveren kıdem tazminatı ödemek zorundadır.

Muvazzaf askerlik kanunda tanımlanmamıştır. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'na ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na göre muvazzaf askerlik deyiminden sürekli, diğer bir ifade ile daimi askerlik anlaşılmaktadır. Ancak İş Kanunu 14/3 maddesi çerçevesinde muvazzaf askerlik; geçici, yedek, kısa dönem askerlik hizmeti anlamında kullanılmıştır. Bu bağlamda muvazzaf askerlik hizmeti, Askerlik Kanunu'na göre, her erkek Türk vatandaşının yapmakla yükümlü olduğu askerlik hizmetidir ve işçi tarafından sözleşmesinin bu sebeple feshi kıdem tazminatına hak kazandırır.

İş sözleşmesinin muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshedilmiş sayılabilmesi için, işçinin işten ayrılması ile askere gidiş tarihi arasında uzun bir süre geçmemiş olmalıdır. Bu bağlamda feshin nedeninin askere gitme olduğunu kabul etmeye imkân sağlayacak makul bir süre olmalıdır.

Kıdem tazminatına hak kazanma bakımından işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshetmesi yeterli olup, askerliğin kısa süreli ya da bedelli olması önem taşımaz. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi "Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla" işten ayrılanların kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenlemekle yetinmiş, muvazzaf askerlik hizmetinin ne şekilde yapılacağı, diğer bir ifade ile fiilen mi yoksa bedel ödemek suretiyle mi yapılacağı konusunda bir ayırım yapmamıştır. Bu bağlamda bedelli askerlik suretiyle muvazzaf askerlik hizmetini yapmış sayılmak için işyerinden ayrılan işçinin de kıdem tazminatına hak kazanması gerekir.

Bu durumda 2018 yılı bedelli askerlik uygulamasında, temel askerlik eğitimini tamamlayarak bedelli askerlik yapan işçiye kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. İşçinin bir yandan 7146 sayılı Kanun'da getirilen ücretsiz izin hakkı, bir yandan da 1475 sayılı Kanun'da öngörülen kıdem tazminatını talep etme hakkı vardır. İşçinin bu bağlamda seçim hakkı vardır.

Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre vakıa ve hukuki değerlendirmede usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı değerlendirilmiş davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

Hüküm

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Hakkında istinaf başvurusunda bulunulan İlk Derece Mahkemesi kararı usul ve esas yönünden hukuka uygun bulunduğundan davalı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nin 353/1-b.1 maddesi gereğince ESASTAN REDDİNE,

2-Alınması gereken 427,60 TL istinaf karar harcından peşin alınan 80,70 TL'nin mahsubu ile bakiye 346,90 TL'nin davalıdan tahsili ile hazine gelir kaydına,

3-İstinaf incelemesi sırasında duruşma açılmadığından vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

4-HMK'nin 333. maddesi uyarınca kullanılmayıp kalan gider avansının olması durumunda sarf edene iadesine,

5-Kararın taraflara tebliği ve harç tahsil müzekkeresi yazılması işleminin ilk derece mahkemesince yerine getirilmesine,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7/3. ve 9. maddesi göndermesiyle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362/1.maddesi gereğince miktar itibarıyla KESİN olmak üzere 12.03.2024 tarihinde oybirliği ile karar verildi.