

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İŞÇİ İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARINDA YARGILAMA SÜRECİ
VE İSPAT**

Yüksek Lisans Tezi

Hüseyin Ekin ÇETİN

ANKARA-2021

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

İŞÇİ İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARINDA YARGILAMA SÜRECİ VE İSPAT

Yüksek Lisans Tezi

Hüseyin Ekin ÇETİN

**Tez Danışmanı
Prof.Dr. Levent AKIN**

ANKARA-2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

Hüseyin Ekin ÇETİN

**İŞÇİ İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARINDA YARGILAMA SÜRECİ
VE İSPAT**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Tez Danışmanı
Prof.Dr. Levent AKIN**

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Prof.Dr. Levent AKIN
- 2- Doç.Dr. Gaye BAYCIK
- 3- Dr.Öğr.Üyesi Hande Bahar AYKAÇ
- 4-
- 5-

Tez Savunması Tarihi

15.04.2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE,

Prof.Dr. Levent AKIN danışmanlığında hazırladığım, İşçi İşveren Uyuşmazlıklarında Yargılama Süreci ve İspat adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması halinde her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 15.04.2021

Hüseyin Ekin ÇETİN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	viii
Ş1. YARGILAMA SÜRECİ	1
I. Arabuluculuğa Başvuru	1
A. Genel Olarak.....	1
B. Başvuru Usulü	1
C. Arabuluculuğa Başvuru Süresi	4
1. Alacak ve Tazminatlar Bakımından	4
2. İşe İade Talepleri Bakımından.....	4
D. Arabuluculuk Süreci.....	5
E. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi	6
F. Arabuluculuk Ücreti.....	8
G. Arabulucuya Başvurulmadan Dava Açılmış Olması.....	9
II. Dava Açılması.....	10
A. İşe İade Davalarında Hak Düşürücü Süre	10
B. İş Mahkemelerinde Görev	11
1. Genel Olarak.....	11
2. 5953 Sayılı Kanuna Tabi Gazeteciler	12
3. 854 Sayılı Kanuna Tabi Gemi Adamları	14
4. Türk Borçlar Kanunu'na Tabi İşçiler	16
a. Deniz ve Hava Taşıma İşlerinde Çalışanlar.....	17
b. Tarım ve Orman İşlerinde Çalışanlar	18
c. Tarımla İlgili Yapı İşlerinde Çalışanlar	19
d. El Sanatı İşlerinde Çalışanlar	20
e. Ev Hizmetlerinde Çalışanlar	20
f. Çıraklar.....	21
g. Sporcular.....	22
h. Rehabilite Edilenler	22
1. Esnaf ve Sanatkâr İşyerinde Çalışanlar	23
C. İş Mahkemelerinde Yetki	25
D. İşçi İşveren Uyuşmazlıklarında Taraf ve Dava Ehliyeti	26
1. Giriş	26
2. Taraf Ehliyeti.....	27

a. Genel Olarak	27
b. Taraflardan Birinin Ölümü	27
c. Tüzelkişiliğin Sona Ermesi	30
d. Adi Ortaklıkta Taraf Ehliyeti.....	31
e. Konut Kapıcıları-Kat Malikleri Uyuşmazlıklarında Taraf Ehliyeti.....	33
3. Dava Ehliyeti	34
4. Taraf Sıfatı	35
E. İşçi İşveren Uyuşmazlıklarında Dava Türleri	36
1.Genel Olarak Dava Türleri	36
a. Talep Edilen Hukuki Korumaya Göre	36
b. Talep Sonucuna Göre	37
aa. Kısmi Dava	37
bb. Belirsiz Alacak Davası	38
2. İşçi-İşveren Uyuşmazlıklarında Belirsiz Alacak Davası-Kısmi Dava	41
3. İş Davalarında Dava Türüne Göre Özellik Arz Eden Bazı Durumlar	46
a. Zamanaşımı.....	46
b. Faiz	47
F. İş Mahkemelerinde Uygulanacak Yargılama Usulü	47
1. Genel Olarak.....	47
2. Davanın Açılması	48
3. Dava Dilekçesinin İçeriği	49
4. Davaya Cevap.....	52
5. Delillerin Gösterilme Zamanı	55
6. Ön İnceleme.....	58
7. Tahkikat.....	61
8. Hüküm	62
a. Genel Olarak	62
b. İşe İade Davalarında Hüküm	64
§ 2. İŞÇİ-İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARINDA İSPAT	67
I. Genel Olarak İspat ve İspat Yüğü Kavramları	67
A. İspat	67
B. İspat Türleri	68
1. Asıl İspat- Karşı İspat- Aksini İspat	68
2. Doğrudan İspat- Dolaylı İspat	69
3. Tam İspat- Yaklaşık İspat.....	69

C. İspat Yüğü.....	70
II. İşçinin Korunması- İşçi Lehine Yorum İlkesinin İspat Kuralları Üzerindeki Etkisi.....	73
III. İşçi Alacağı Davalarında İspat	75
A. İş Sözleşmesinin İspatı	75
1. Sözleşme İlişkisinin İspatı	76
2. Sözleşmenin İş Sözleşmesi Niteliğinde Olduğunun İspatı	78
a. Genel Olarak	78
b. İş Sözleşmesi - Vekalet Sözleşmesi	82
c. İş Sözleşmesi - Eser Sözleşmesi	83
B. İş Sözleşmesinin Türünün İspatı.....	84
1. Sürekli-Süreksiz İşler	85
2. Belirli-Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri	85
3. Tam-Kısmi Süreli İşler	87
C. Ücret Miktarının İspatı	88
D. Ücretin Ödendiğinin İspatı	92
E. Fazla Çalışma Ücreti Alacağında İspat.....	95
1. İmzalı-İmzasız Bordro	97
a. İmzasız-Tahakkuksuz Bordro	97
b. İmzasız-Tahakkuklu Bordro	98
c. İmzalı-Tahakkuksuz Bordro	99
d. İmzalı-Tahakkuklu Bordro	100
2. Puantajlar	102
3. İşyeri Kayıtları	103
4. Tanık.....	105
5. Hakkaniyet İndirimi.....	109
6. Fazla Çalışma Konusunda Özellik Gösteren Bazı Çalışan Grupları	110
a. Üst Düzey Yöneticiler	110
b. Kapıcı-Kaloriferciler	112
F. Hafta Tatili Ücreti Alacağında İspat	115
G. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti Alacağında İspat	119
H. Yıllık İzin Ücreti Alacağında İspat	121
1. Bir Yıllık Çalışma Süresi Şartı	122
2. Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin	125
3. Yıllık Ücretli İzin Süresi.....	127

4. Yıllık Ücretli İznin Bölünememesi.....	127
5. Yıllık Ücretli İzinde İspat	129
I. İhbar Tazminatında İspat	133
1. Genel Olarak.....	133
2. İş Sözleşmesini Fesheden Tarafın İspatı	135
a. İkale	137
b. İstifa	139
İ. Kötü Niyet Tazminatında İspat	140
J. Sendikal Tazminatta İspat.....	142
1. İşe Alınma ve Çalışma Süresinin Devamı Sırasında Sendikal Ayırım Yasağı.....	143
2. İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Ayırım Yasağı	143
K. Ayrımcılık Tazminatında İspat.....	149
1. Tazminatın Şartları ve İspatı.....	149
2. Diğer Tazminatlar ile İlişkisi.....	153
L. Değişiklik Feshinde Geçerli Nedenin İspatı	155
1. Genel Olarak.....	155
2. Esaslı Değişiklik Kavramı	156
3. İşverenin Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Kayıtlar ve Geçerlilik Koşulları	159
4. Değişiklik Feshi.....	162
M. İşçinin Haklı Fesih Nedenleri ve İspat.....	165
1. Genel Olarak.....	165
2. İşçinin Yaptığı İşin Sağlığı ve Yaşayışı Açısından Tehlikeli Olması	165
3. İşyerinde Bulunan Diğer Kişilerin Hastalığı	167
4. İşverenin İşçiyi Yanıltması.....	168
5. İşverenin Şeref ve Namusa Yönelik Söz ve Davranışları.....	168
6. Cinsel Taciz	169
a. İşverence İşçiye Cinsel Tacizde Bulunulması	169
b. İşyerindeki Bir Başka İşçi Tarafından Cinsel Tacizde Bulunulması.....	169
c. Cinsel Taciz İddiasında İspat	171
7. İşverenin Sataşması	172
8. Psikolojik Taciz (Mobbing).....	174
9. Ücretin Ödenmemesi	177
10. Parça Başı Ücretle Çalışan İşçiye Az İş Verilmesi.....	179

11. Çalışma Şartlarının Uygulanmaması	180
12. Zorlayıcı Nedenler	182
N. İşverenin Haklı Fesih Nedenleri	184
1. İşçinin Hastalığı, Engelli Hale Gelmesi Ya da Gebeliği Nedeniyle İşe Devamsızlığı	184
2. İşçinin Hastalığı Nedeniyle Çalışmasının Sakıncalı Olması	186
3. İşçinin İşvereni Yanıltması	189
4. İşçinin Şeref ve Namusa Yönelik Söz ve Davranışları	191
5. Cinsel Taciz	192
6. İşçinin Sataşması	194
7. İşçinin Sarhoşluğu ve Uyuşturucu Madde Kullanması	196
8. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması	197
9. İşçinin İşyerinde Suç İşlemesi	200
10. İşçinin Devamsızlığı	200
11. İşçinin Görevini Yapmamakta Israr Etmesi	204
12. İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi	206
13. İşvereni Zarara Uğratması	208
14. Zorlayıcı Nedenler	209
15. İşçinin Gözaltına Alınması Veya Tutuklanması	210
O. Haklı Fesih Nedeninin İspatı	212
Ö. Haklı Fesihte Hak Düşürücü Süre	213
P. Haklı Nedenle Fesihte Usul	215
R. Geçerli Fesih ve İspatı	216
1. Genel Olarak	216
2. İş Güvencesi Koşulları	217
a. İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na Tabiiyet	217
b. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması	217
c. Sözleşmenin İşverence Feshedilmiş Olması	218
d. En Az 30 İşçi Çalışması	218
e. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması	220
f. İşletmenin veya İşyerinin Bütününü Sevk ve İdare Eden İşveren Vekili Olmaması	223
3. İşçinin İş Güvencesi Kapsamında Olup Olmadığının İspatı	224
4. Süreli Fesihte Geçerli Nedenler	225
a. Genel Olarak	225

b. Geçerli Fesih Nedenleri	226
aa. İşçinin Fiziki Yetersizliği.....	226
bb. İşçinin Mesleki Yetersizliği.....	227
cc. İşçinin Davranışları	229
aaa. İşçinin İşvereni Yanıltması.....	230
bbb. İşçinin Şeref ve Namusa Dokunacak Sözleri	231
ccc. Cinsel Taciz.....	231
ddd. İşçinin Sataşması	232
eee. İşçinin İşyerine Alkollü Olarak Gelmesi.....	234
fff. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışı	234
ggg. İşçinin Devamsızlığı ve İşe Geç Gelmesi.....	235
hhh. İşçinin Görevini Yerine Getirmemesi.....	236
ııı. İşçinin İşvereni Zarara Uğratması	237
iii. İşçinin Tutukluluğu	238
jjj. Şüphe Feshi	238
dd. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Nedenleri.....	241
aaa. İşverenin Ekonomik Durumu	241
bbb. İşyeri Yapılanması.....	243
ccc. Teknolojik Gelişmeler.....	245
c. Fesihte Son Çare İlkesi	246
S. Geçerli Fesihte İspat Yüğü.....	248
Ş. Geçerli Fesihte Usul.....	249
a. Uyarı	250
b. İşçinin Savunmasının Alınması	250
c. Feshin Yapılma Süresi.....	251
d. Fesih Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılması.....	252
e. Fesih Nedeninin Bildirilmesi	252
T. Bildirilen Fesih Nedeniyle Bağlılık	253
U. Alt İşveren İlişkisinde Muvazaanın İspatı.....	254
1.Genel Olarak.....	254
2. Alt İşverenliğin Koşulları	255
a. İşverenlik Sıfatının Bulunması	255
b. İşin Asıl İşverenin İşyerinde Görülmesi	255

c. Alt İşveren İşçilerinin Yalnızca Asıl İşverene Ait İşyerinde Çalıştırılması	256
d. İşin Niteliği	256
3. Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa ve İspatı	258
SONUÇ	265
YARARLANILAN KAYNAKLAR	268
ÖZET	278
ABSTRACT	279



KISALTMALAR

BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	: İş Kanunu
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y	: Yargıtay

§1. YARGILAMA SÜRECİ

I. Arabuluculuğa Başvuru

A. Genel Olarak

25.10.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, arabuluculuğu dava şartı haline getirmiştir. Kanunun 3.maddesine göre, işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmuş olması dava şartıdır. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarında ise arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu tutulmamıştır (İMK m.3/3).

İşçi veya işveren alacağının tahsili için icra takibi yapılmış ve takibe itiraz edilmişse, itirazın iptali davası açabilmek için de öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulması gerekir. Hatta, icra takibi Kanunun 3.maddesinin yürürlüğe girdiği 01.01.2018 tarihinden önce olsa dahi, itirazın iptali davası 01.01.2018 tarihinden sonra açılacaksa öncelikle arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır¹.

B. Başvuru Usulü

İş Mahkemeleri Kanunu’nun arabuluculuk başvurusunun yapılacağı yeri düzenleyen 3.maddesinin 5.fıkrasına göre başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

¹ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 245.

Yönetmeliği'ne göre başvuru, dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilir (m.23).

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3.maddesinin 9.fıkrasında arabuluculuk bürosunun yetkisi ve yetki itirazı halinde izlenecek süreç düzenlenmektedir. Bu fıkra uyarınca arabuluculuk bürosunca görevlendirilen arabulucu, büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Sulh Hukuk Mahkemesi, başvurunun karşı tarafın veya karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki ya da işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna yapılıp yapılmadığına göre dosya üzerinden yapacağı inceleme ile büronun yetkisine yapılan itirazı karara bağlar. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin kararı kesindir.

Mahkemece yetki itirazının reddine karar verilmiş olması halinde aynı arabulucu yeniden görevlendirilir. Yetki itirazı kabul edilecek olursa bu kararın tebliğinden itibaren bir haftalık süre içinde yetkili büroya başvurulmalıdır. Bu halde yetkili büro, yeni bir arabulucu görevlendirir. Böyle bir durumda arabuluculuğa başvuru tarihinin tespitinde yetkisiz büroya başvuru tarihi esas alınır (İMK m.3/9).

Arabuluculuk başvurusunda, arabuluculuğa konu alacaklar tek tek belirtilmelidir. Zira, arabuluculuk yolundan sonuç alınamaması halinde, arabuluculuğa başvuru şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde davada talep edilen her alacak kalemi yönünden ayrı ayrı inceleme yapılacaktır. Bu hususta, zorunlu arabuluculuk müessesesinin ortaya çıktığı ilk zamanlarda arabuluculuk anlayamama tutanağında anlaşma sağlanamayan alacak kalemlerinin tek tek belirtilmediği, “işçilik alacakları” veya “işçi-işveren uyuşmazlığı” gibi genel nitelikli ifadeler kullanılmaktaydı. Bu hallerde arabuluculuk başvuru dilekçesi ya da formunda talep

konusu alacak kalemleri tek tek belirtilmiş ise söz konusu alacak kalemleri yönünden dava şartının sağlandığı kabul edilecektir. Arabuluculuk başvurusunda da alacak kalemleri tek tek belirtilmeyip soyut ifadeler kullanılmış ise bu durumda arabuluculuk başvuru tarihine göre farklı değerlendirme yapılacaktır. Yargıtay, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği 02.06.2018 tarihini ölçüt almakta, bu yönetmelikle başvuru formu usulü getirildiğinden, yönetmelik tarihinden önceki arabuluculuk başvurularında ve anlaşamama tutanaklarında alacak kalemlerinin tek tek belirtilmeyip “işçilik alacakları” gibi genel nitelikli ifadelerin kullanılmış olması durumunda arabuluculuk başvuru şartının gerçekleştiğini kabul etmektedir². Buna karşılık, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 02.06.2018 tarihinden sonraki arabuluculuk başvurularında, yalnızca başvuru formunda ve dolayısıyla anlaşmama tutanağında belirtilen alacak kalemleri yönünden dava şartının sağlandığı; başvuru formunda belirtilmeyen alacak kalemleri yönünden ise dava şartının gerçekleşmediği kabul edilecektir³.

Belirtilmelidir ki, arabuluculuk başvurusunda belirtilmeyen alacak kaleminin, arabuluculuk devam ederken sürece dahil edilmesi mümkündür. Böyle bir halde, sonradan arabuluculuğa eklenen alacak kalemi yönünden, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler alacak kaleminin sürece dahil edildiği tarih esas alınmalıdır⁴.

² Y9HD., 2018/11190 E., 2019/3278 K., 11.02.2019 T.: “davacı arabuluculuğa başvururken taleplerini başvuru sırasında belirttiğini iddia ettiğinden; Mahkemece, arabulucuya başvuru evrakının arabulucu onaylı sureti getirilmeli, davaya konu tazminat ve alacak kalemlerinin belirtilmesi veya işaretlendiğinin tespiti halinde dava şartının ikmal edildiği kabul edilerek işin esasına girilmeli ve yargılamaya devam olunmalıdır. Başvurunun “ işçilik alacakları, işçi-işveren ilişkisi” şeklinde genel bir içerik taşıması durumunda ise başvuru tarihinin yönetmelikten öncesine ait oluşu nedeni ile dava şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir.”

³ Y9HD., 2019/6226 E., 2019/15522 K., 10.09.2019 T.: “Somut uyuşmazlıkta, arabulucu tarafından dosyaya sunulan 10.09.2018 tarihli “Arabuluculuk Başvuru Formu”ndan, dava dilekçesinde talep edilen kötüniyet tazminatı alacağının arabuluculuk sürecinde talep edilmediği anlaşıldığından, kötüniyet tazminatı alacağına yönelik davanın usulden red kararı doğru ise de dava dilekçesinde talep edilen hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, yıllık ücretli izin alacağı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı alacaklarının “Arabuluculuk Başvuru Formu”nda da talep edilmesi karşısında bu talepler yönünden arabuluculuğa başvuru şartının gerçekleştiği kabul edilerek esasa dair inceleme yapılması gerekirken davanın bu talepler yönündende dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi hatalıdır”.

⁴ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 265.

C. Arabuluculuğa Başvuru Süresi

1. Alacak ve Tazminatlar Bakımından

İşçi veya işveren alacağı ya da tazminatlar için herhangi bir başvuru süresi bulunmamaktadır. Söz konusu alacak ya da tazminatlar zamanaşımına uğramış olsa dahi arabuluculuk yoluna başvurulması ve zamanaşımına uğramış alacaklar için tarafların anlaşması mümkündür⁵.

2. İşe İade Talepleri Bakımından

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçinin feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadesini talep etmesi halinde arabulucuya başvurması gereken süre 7036 sayılı Kanunun 11.maddesi ile değişik İş Kanunu'nun 20.maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, işe iade talebinde bulunan işçinin, fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren bir aylık süre içinde arabuluculuk yoluna başvurması gerekir. Aksi halde işçi işe iadesini talep edemeyecek, işveren feshi geçerli bir fesih olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır⁶. Buna karşılık fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren bir aylık süreden sonra da işe iade talebiyle arabuluculuk yoluna başvurulması ve tarafların anlaşması halinde işçinin işe iadesi mümkündür. Ancak arabuluculuk yolundan sonuç alınamaması ve dava açılması halinde arabulucuya başvuru süresi Mahkemece re'sen dikkate alınacak ve başvuru hak düşürücü süre içinde yapılmadığından davanın reddine karar verilecektir⁷.

Belirtilmelidir ki, iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu'nun 25.maddesi uyarınca haklı nedene dayanılarak feshedilmesi halinde yazılı bildirim yapılması şart

⁵ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 267.

⁶ Astarlı, 41; Demir, 304.

⁷ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 268.

olmadığından, bu hallerde işçinin arabuluculuk yoluna başvurması gereken sürenin başlangıcı olarak sözleşmenin feshedildiğinin sözlü olarak kendisine bildirildiği tarih esas alınacaktır⁸. Buna karşılık, iş güvencesi hükümlerine tabi işçi tarafından iş sözleşmesinin geçerli nedene dayalı feshinde İş Kanunu'nun 19.maddesine aykırı olarak yazılı değil de sözlü fesih bildiriminde bulunulmuş olması halinde işçinin feshin geçerli nedene dayanmadığı iddiasıyla arabulucuya başvurusunda hak düşürücü süre başlamayacaktır. Nitekim İş Kanunu'nun 19.maddesi uyarınca geçerli fesihte işverence iş sözleşmesinin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak zorundadır⁹.

D. Arabuluculuk Süreci

İşçi veya işveren tarafından arabuluculuk başvurusunda bulunulması ve büro tarafından arabulucu görevlendirilmesi sonrasında arabulucu, başvurusunun bildirdiği veya 7036 sayılı Kanunun 3/7.maddesi uyarınca resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerinden taraflara ulaşp ilk toplantıya davet eder. Arabulucu tarafından yapılacak bilgilendirme ve davete ilişkin işlemler tutanağa bağlanır (İMK m. 3/8).

7036 sayılı Kanunun 3/10.maddesi, başvurunun sonuçlandırılması için azami bir süre belirlemiş; arabulucunun başvuruyu sonuçlandırması için üç haftalık bir süre tanımış, bu sürenin zorunlu hallerde en fazla bir hafta uzatılabileceğini belirtmiştir.

Kanunun arabuluculuk görüşmelerine katılabilecek tarafları düzenleyen 3/18.maddesi uyarınca arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat katılabilecekleri gibi kanuni temsilcileri ya da avukatları aracılığıyla da katılabilirler. Hatta, işverenin arabuluculuk görüşmelerine katılması için özel olarak bir başka çalışanını da yetkilendirebilir. Ancak, tarafların arabuluculuk görüşmelerinde kendilerini avukatla

⁸ Astarlı, 42.

⁹ Demir, 304.

temsil ettirmeleri halinde avukatın vekaletnamesinde görüşmeye katılmaya ve son tutanağı imzalamaya yetkili olduğunun özellikle belirtilmiş olması gerekir¹⁰.

7036 sayılı Kanunun 3/12.maddesi, arabulucu tarafından yapılan çağrıya rağmen taraflardan birinin mazeretsiz olarak toplantıya katılmaması halinde arabuluculuk faaliyetinin sona ereceğini öngörmüştür. Söz konusu hükme göre taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur ve ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

E. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17.maddesinin birinci fıkrasında arabuluculuğun sona erme nedenleri sayıldıktan sonra maddenin ikinci fıkrasında arabuluculuk faaliyetinin sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığının bir tutanak ile belgelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

6325 sayılı Kanunun 18.maddesine göre, arabuluculuk faaliyetinin tarafların anlaşmasıyla sonuçlanması halinde, varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir. Anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflarca talep edilmesi halinde, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi tarafından anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine dair şerh verilir. Anlaşma belgesi, bu şerh ile birlikte ilam niteliği kazanır. Bununla birlikte 7036 sayılı Kanunun

¹⁰ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 275.

24.maddesi ile eklenen hükme göre taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacaktır.

Sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi talep edilmesi halinde mahkemece anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı (6325 s.K. m.18/3); bir başka deyişle uyuşmazlığın iş hukukundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve anlaşmanın infaza elverişli olarak bir eda hükmü içerip içermediği değerlendirilerek talep hakkında karar verilecektir¹¹.

İş Kanunu'nun 21/7.maddesinde işe iade taleplerinde arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflarca anlaşmaya varılması halinde belirlenmesi gereken hususlar düzenlenmiştir. Buna göre işe başlatma tarihi, boşta geçen süre ücreti olarak bilinen İş Kanunun 21/3.maddesinde belirtilen en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların parasal miktarları, işçinin işe başlatılmaması halinde İş Kanunun 21/2.maddesinde düzenlenen işe başlatmama tazminatının parasal miktarlarının belirlenmesi zorunludur. Aksi halde anlaşma sağlanamamış sayılacak ve arabuluculuk son tutanağı buna göre düzenlenecektir. İşçinin işe iadesine ilişkin anlaşma halinde işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması feshi geçerli hale getirir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

6325 sayılı Kanunun 18.maddesinin 5.fıkrasına göre arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacaktır.

İşçi veya işveren alacağı ya da tazminat taleplerinde alt işverenlik ilişkisinin bulunması halinde, işverenler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığından, arabuluculuk başvurusunda alt işveren veya asıl işverenden birinin taraf gösterilmesi mümkündür; yani, işçi, arabuluculuk başvurusunu her iki işvereni taraf göstererek

¹¹ Kar, İş Yargılaması, 407.

yapabileceği gibi iki işverenden birini taraf göstererek de yapabilir. Ancak, arabuluculuk sürecinde taraf gösterilmeyen işveren, arabuluculuk yolundan sonuç alınamaması halinde açılacak davada taraf gösterilemez. Böyle bir durumda, arabuluculuk sürecine dahil edilmeyen asıl ya da alt işveren yönünden dava tefrik edilmeli ve dava şartı gerçekleşmediğinden dava usulden reddedilmelidir¹².

7036 sayılı Kanunun 3/15.maddesi uyarınca işe iade taleplerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır. Bu hükme göre, işe iade talepli davalarda asıl işveren ve alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan, arabuluculuk yoluna her iki işverene karşı değil de bunlardan birine karşı başvurulmamış olması, dava şartının gerçekleşmemesi sonucunu doğuracaktır; bu hallerde davanın usulden reddine karar verilmelidir¹³.

F. Arabuluculuk Ücreti

7036 sayılı Kanunda arabuluculuk ücretinin ne şekilde karşılanacağı, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşıp anlaşamamasına göre farklı belirlenmiştir. 7036 sayılı Kanunun 3.maddesinin 13.fikrasına göre taraflarca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılması halinde, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenecek arabuluculuk ücreti, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece eşit olarak ödenir.

¹² Çil, Yargıtay Uygulamaları, 276; Akpulat, 385.

¹³ Astarlı, 43; Gaziantep BAM 8HD., 2019/2492 E., 2020/534 K., 11.05.2020 T.: “...işe iade davalarında asıl işveren ile alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu göz önüne alındığında, davacının asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte arabulucuya başvurmuş olması, dava şartının gerçekleşmesi bakımından aranması gerekecektir. Mahkemece arabuluculuk dava şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi yerinde olmuştur.”

Takip eden fıkraya göre arabuluculuk faaliyeti, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları nedeniyle sona ermişse, bu hallerde Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenecek iki saatlik ücret tutarı Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Tarafların anlaşamaması 2 saati aşan bir süre sonunda gerçekleşmişse, iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Söz konusu hallerde Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen veya taraflarca karşılanan arabuluculuk ücretleri, açılacak dava sonunda yargılama giderlerine eklenir¹⁴. Yargılama sonunda, arabuluculuk ücreti, kabul ve ret oranına göre taraflara yüklenir. Ancak yukarıda bahsedildiği üzere, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan taraf, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin ve dolayısıyla arabuluculuk ücretinin tamamından sorumlu olur; bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez (7036 s.K. m.3/12)¹⁵.

G. Arabulucuya Başvurulmadan Dava Açılmış Olması

7036 sayılı Kanunun yürürlük tarihlerini düzenleyen 38.maddesine göre Kanunun arabuluculuk hükümlerini içeren 3.,11. ve 12. Maddeleri 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu hüküm uyarınca, 01.01.2018 tarihi ve sonrasında açılan davalarda arabulucuya başvurulmamış olması halinde dava şartı yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilecektir¹⁶.

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Dava dilekçesi içeriğinden arabuluculuk yoluna başvurulmadan dava açıldığı anlaşılıyorsa herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğu

¹⁴ Konya BAM 8HD., 2019/1214 E., 2020/383 K., 04.03.2020 T.

¹⁵ Samsun BAM 3HD., 2020/410 E., 2020/597 K., 20.03.2020 T.

¹⁶ Odaman, 49.

nedeniyle usulden reddine karar verilir¹⁷ (İMİK m.3/2). Buna karşılık, davacı tarafça anlaşamamaya ilişkin arabuluculuk son tutanağı dava dilekçesine eklenmemekle birlikte dava dilekçesi içeriğinden arabuluculuk yoluna başvurulduğu anlaşılıyor ise, bu durumda davacıya anlaşamamaya ilişkin arabuluculuk son tutanağını ibraz etmek üzere 1 haftalık kesin süre verilir; kesin süre içinde son tutanak ibraz edilmezse dava dilekçesi davalıya tebliğ çıkarılmadan davanın usulden reddine karar verilecektir¹⁸.

İşe iade taleplerinde, arabuluculuk yoluna gidilmeden açılmış olması ya da kesin süre içinde arabuluculuk son tutanağının ibraz edilmemiş olması nedeniyle davanın usulden reddine ilişkin kesinleşen kararın tebliği tarihinden itibaren iki haftalık süre içinde arabulucuya başvurulabilecektir (İK m.20/1). Bu şekilde, işe iade taleplerinde fesih bildiriminin tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayacak olan hak düşürücü süreler korunmuş olacaktır¹⁹.

II. Dava Açılması

A. İşe İade Davalarında Hak Düşürücü Süre

İş Kanunu'nun 20.maddesine göre iş sözleşmesi feshedilen işçinin, işveren tarafından geçerli neden gösterilmediği ya da gösterilen nedenin geçerli olmadığını ileri sürebilmesi için dava açmadan önce fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde arabuluculuk yoluna başvurması gerekir. İşçi, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşamaması halinde, anlaşamamaya ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade talebiyle dava açabilir. Söz konusu iki haftalık süre

¹⁷ Akın, Arabuluculuk, 12.

¹⁸ Antalya BAM 10HD., 2019/2676 E., 2019/2645 K., 20.12.2019 T.

¹⁹ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 262.

hak düşürücü nitelikte olup; davanın süresi içinde açılıp açılmadığını mahkemece re'sen değerlendirecektir²⁰.

B. İş Mahkemelerinde Görev

1. Genel Olarak

Mahkemeler arasındaki görev ilişkisi, bir davanın o yerdeki hukuk mahkemelerinden hangisinde görülüp sonuçlandırılacağını ifade etmektedir²¹. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda asliye hukuk mahkemelerinin ve sulh hukuk mahkemelerinin görevleri düzenlenmiş olup (m.2 ve 4); Kanunun 2.maddesinde bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevli olduğu belirtilmekle, özel mahkemelerde görüleceği düzenlenmeyen tüm davaların asliye hukuk mahkemesinin görev alanına gireceği öngörülmüştür²².

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1.maddesi, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinin görev alanına girdiğini düzenlemiştir. Burada dikkati çeken husus, davada iş mahkemesinin görevli olması için işçinin İş Kanunu'na tabi olarak çalışmasının gerekmesidir. Taraflar arasında iş sözleşmesi bulunsun da İş Kanunu'na tabi olmayan, yani İş Kanunu'nun uygulanmayacağı işler ise İş Kanunu'nun 4.maddesinde belirtilmiştir. Bu madde uyarınca örneğin elliden az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerde çalışan işçilerin çalışması İş Kanunu'na tabi değildir. İşte, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu döneminde İş

²⁰ Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, 17; Kar, 397.

²¹ Kuru, 50.

²² Kuru, 51; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 98; Kar, İş Yargılaması, 143.

Kanunu'na tabi olmayan işçilerin tarafı olduğu iş sözleşmesinden veya İş Kanunu'ndan kaynaklanan davalarda iş mahkemeleri değil genel mahkemeler görevliydi²³.

25.10.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş mahkemelerinin görevine ilişkin olarak önceki 5521 sayılı Kanundan farklı bir hüküm getirilmiştir. 7036 sayılı Kanunun 5.maddesine göre, gazeteciler, gemiadamları, İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler ile birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri kapsamında çalışan işçilerin taraf olduğu işçi işveren uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevi kapsamına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca iş sözleşmesiyle çalışan tüm işçilerin tarafı olduğu işçi-işveren uyuşmazlıklarında iş mahkemeleri görevli hale getirilmiştir²⁴.

Belirtmek gerekir ki, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yayımlanarak yürürlüğe girdiği 25.10.2017 tarihinden önce açılan davalar, açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam edilecektir. Bir diğer deyişle, dava tarihi 25.10.2017 tarihinden önce olan ve işçinin İş Kanunu'nun 4.maddesi uyarınca İş Kanunu hükümlerine tabi olduğu davalarda genel mahkemeler görevlidir (7036 s.K. Geçici Madde 1).

2. 5953 Sayılı Kanuna Tabi Gazeteciler

7036 sayılı Kanunun 5.maddesinin (a) bendinde 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna tabi gazeteciler ile işveren veya işveren vekilleri arasındaki iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Nitekim bu hususa 5953 sayılı Kanunun ek 4.maddesinde de işaret edilmiştir; buna göre “Basın mesleğinde çalışanlarla çalıştıranlar arasında 5953 sayılı Kanun ile bunun ek ve tadillerine dayanan

²³ Baskan, 318; Y22HD., 2013/14082 E., 2014/17129 K., 12.06.2014 T.

²⁴ Kar, İş Yargılaması, 146; Rüzgar/Taş, 21; Y22HD., 2017/26972 E., 2020/1536 K., 04.02.2020 T.

her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerine tevfikan bu mahkemeler tarafından rüyet edilir.”

5953 sayılı Kanunun 1.maddesinin ikinci fıkrası, bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanları gazeteci olarak tanımlamaktadır. O halde bir çalışanın gazeteci olarak tanımlanabilmesi için çalıştığı işyerinin gazete ya da dergi gibi dönemsel yayınların basıldığı veya internet ortamında yayın yapılan yahut 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 38.maddesi uyarınca özel radyo ve televizyon yayınlarının yapıldığı işyerlerinden olması; çalışanın haber, fikir veya sanat işlerinde çalışması yani gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair alanlarda çalışması gerekir. Bu bağlamda; yazar, muhabir, kameraman, çevirmen, fotoğrafçı, karikatürist, spiker gibi çalışanlar 5953 sayılı Kanun Kapsamında gazeteci olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık söz konusu işyerlerinde şoför, sekreter, muhasebeci, idari personel olarak çalışanlar, yazının, sanatın ya da haberin oluşumuna doğrudan doğruya katkıda bulunmadıklarından gazeteci kavramına dahil değildirler²⁵.

Belirtmek gerekir ki gazete, elektronik gazete, dergi, radyo ve televizyon yayınları yapan işyerlerinde çalışan şoför ya da sekreter gibi kişilerin gazeteci olarak kabul edilmemesi yalnızca tabi oldukları Kanun bakımından farklılık oluşturacak olup bu çalışanlar ile işveren ya da işveren vekilleri arasındaki iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda da iş mahkemeleri görevli olacaktır²⁶. Buna karşılık, çalışanın 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteci olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda uyuşmazlık bulunması halinde, çalışanın yaptığı işin niteliği tespit edilerek haber, fikir veya sanat işinde doğrudan katkısının bulunup bulunmadığına göre 5393 sayılı Kanuna tabi çalışan olduğunun anlaşılması halinde tazminat ve alacak taleplerinin bu Kanun hükümlerine

²⁵ Y9HD., 2016/23230 E., 2019/4741 K., 26.02.2019 T.

²⁶ Kar, İş Yargılaması, 244; Akpulat, 115.

göre; aksi halde 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir²⁷.

3. 854 Sayılı Kanuna Tabi Gemi Adamları

7036 sayılı Kanun, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi gemi adamları ile işveren veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğunu öngörmektedir. 854 sayılı Kanunun 46.maddesi de: “Bu kanun kapsamına giren gemiadamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet aktinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı kanun hükümleri uygulanır” hükmünü içermektedir. Kanunun 2.maddesi ise gemi adamını bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimseler olarak tanımlamaktadır.

854 sayılı Kanunun 1. maddesinin 1. ve 2. fıkrası bu Kanun kapsamındaki gemi adamlarını ve işverenlerini geminin bayrak devletine ve hacmine göre belirlemektedir. Buna göre denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemiler ile aynı işverene ait ve grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olan gemilerden birinde çalışan gemi adamları ve işverenleri bu Kanuna tabidir. Yine, işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla ise gemi adamı yine 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi olacaktır. Belirtilen nitelikleri taşımayan bir gemide çalışan gemi adamı ise Borçlar Kanunu hükümlerinin hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.

Gemi adamının Deniz İş Kanunu'na tabi olması için ayrıca gemide yapılan işin deniz taşıma işi niteliğinde olması gerekir. Bu bağlamda, turistik hizmet veren

²⁷ Süzek, 145; Y9HD., 2016/20501 E., 2020/6789 K., 01.07.2020 T.: “davacının davalı Şirkete ait ... Gazetesinin spor bölümünde sayfa sekreteri olarak günlük maç, etkinlik ve spor haberlerini takip ederek spor sayfasını düzenlediğini, resim ve yazıları toplayıp spor sayfasına görsel son şeklini vererek baskıya hazırladığı anlaşılmaktadır. Buna göre davacının 5953 Sayılı Kanuna tabi çalışan olduğu kabul edilmelidir.; Y9HD., 2019/7422 E., 2020/6254 K., 24.06.2020 T.

gemilerde çalışan gemi adamları 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na değil 4857 sayılı İş Kanunu'na tabidir²⁸.

Gemi adamının 854 sayılı Kanun kapsamında olup olmaması görevli mahkemeyi değiştirmeyecek, gemi adamı Deniz İş Kanunu kapsamında olmasa dahi görevli mahkeme iş mahkemeleri olacaktır. Ancak, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi olmayan işçi ile işveren arasında 7036 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 25.10.2017 tarihinden önce açılan davalarda Kanunun geçici 1.maddesi uyarınca açıldıkları mahkemede görülmeye devam olunacağından genel mahkemeler görevli olacaktır.

Burada değinilmesi gereken bir husus, görev konusunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile 7036 sayılı Kanunun görev hususunu düzenleyen 5.maddesinin çeliştiği hususlarda hangi mahkemelerin görevli olacağıdır. 6102 sayılı Kanunun 1352.maddesi “gemi adamlarına, gemide çalışmaları dolayısıyla ödenecek ücretlerle, onlara ödenmesi gereken diğer tutarlara ilişkin istemler”i deniz alacakları arasında saymıştır. Yine aynı Kanunun 1320. Maddesi, ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem haklarını gemi alacaklısı hakkı olarak kabul etmekte; bu halde gemi alacağı bulunan gemi adamı 6102 sayılı Kanunun 1321.maddesi uyarınca gemi ve eklentisi üzerinde kanuni rehin hakkına sahip olmaktadır. Bu hükümlere göre gemi adamlarının ücretine ilişkin uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemeleri görevli olacaktır. Ancak aynı geminin 854 sayılı Kanunun 1.maddesinde sayılan Türk bayrağı taşıma ve hacim şartını sağlaması halinde 7036 sayılı Kanunun 5.maddesi uyarınca gemi adamı ile işveren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıkların iş

²⁸ Y9HD., 2010/38298 E., 2013/3161 K., 28.01.2013 T.: “Davacının çalıştığı geminin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrası anlamında deniz taşıma işi yapıp yapmadığı, turistik maksatla kullanılan yat olup olmadığı açıklığa kavuşturulmadan, eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır. Davacı turistik amaçlı, 4490 sayılı Kanunu'nun 2/b maddesi uyarınca belirlenen deniz aracında çalışıyor ise deniz taşıma işinde çalışmadığı ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışan işçi olduğu kabul edilerek sonuca gidilmesi gerekir.”

mahkemelerinde görülmesi gerekecektir. Böyle bir durumda görevli mahkemenin belirlenmesi hususunda öğretilerdeki bir görüş geminin ticaret gemisi olması halinde uyuşmazlığın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiğini savunmaktadır²⁹. Buna karşılık, taraflar arasında ticari bir ilişki bulunmadığı da dikkate alındığında, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre gemi adamı ile işveren arasındaki uyuşmazlığın hizmet akdinden doğması nedeniyle gemi ticaret gemisi olsa dahi uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir³⁰.

4. Türk Borçlar Kanunu'na Tabi İşçiler

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesi ile mülga 5521 sayılı Kanun'dan farklı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarında iş mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Ancak Kanunun geçici 1.maddesi ile Kanunun yürürlüğe girdiği 25.10.2017 tarihinde açılan davaların açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam edileceği öngörülmüştür. Yeni düzenlemeyle, Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler ile işverenleri arasında iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklarda, 25.10.2017 ve sonrasında açılan davalar iş mahkemelerinde görülecektir.

İş Kanunu'nun kapsamını belirleyen 1.maddesinin 2.fikrasına göre bu Kanun, 4.maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır. Bu fıkra atıf yapılan 4.maddede ise Kanun kapsamı dışında bırakılan istisna iş ve iş ilişkileri gösterilmiştir. İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na

²⁹ Kar, İş Yargılaması, 248.

³⁰ Akpulat, 112.

tabi olması, 7036 sayılı Kanunun 5.maddesi uyarınca görevli mahkemeyi değiştirmeyecek ise de talep edilen alacak ve tazminatların hangi kanun hükümlerine göre değerlendirileceğini belirleyeceğinden bu kısımda Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamındaki çalışmalara kısaca değinilmiştir.

a. Deniz ve Hava Taşıma İşlerinde Çalışanlar

Deniz taşıma işlerinde çalışanlar, çalıştıkları geminin 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1.maddesinde sayılan nitelikleri taşıması halinde Deniz İş Kanunu kapsamındadır. Ancak söz konusu maddede belirtilen nitelikleri taşımayan gemilerde çalışanlar, 4857 sayılı Kanunun 4/1-a. bendi uyarınca İş Kanunu'na tabi olamayacak, bu çalışanların alacak ve tazminat talepleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilecektir. İş Kanunu'nun 4/2-a. ve 4/2-f. maddesi uyarınca Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri ile Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işlerde çalışanlar ise İş Kanunu hükümlerine tabidir.

Hava taşıma işlerinde çalışanlar, iş sözleşmesi veya üye oldukları sendikaların işverenle yaptığı toplu iş sözleşmesi ile İş Kanunu hükümlerinden yararlanmaları öngörülmediği sürece³¹ Türk Borçlar Kanunu kapsamındadır. Buna göre hava taşıma işinde çalışan pilot, kabin amiri ve hostes gibi çalışanlar ile işveren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır³². Ancak her pilot ve hostesin bu kapsamda değerlendirilemeyecek, hava aracının yolcu veya kargo taşıma işi haricinde örneğin orman yangın söndürme faaliyeti yapması halinde bu işte çalışan hostes, pilot ya da diğer kişiler 4857 sayılı Kanun

³¹ YHGK., 2013/13-2317 E., 2015/1509 K., 05.06.2015 T.

³² Y13HD., 2015/11426 E., 2016/21100 K., 15.11.2016 T.

kapsamında kabul edilecektir³³. O halde, Mahkemece işin hava taşıma işi niteliğinde olup olmadığı araştırılarak alacak veya tazminat taleplerinin hangi kanun kapsamında değerlendirileceği tespit edilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/2-b. maddesi havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işlerde çalışanların İş Kanunu hükümlerine tabi olduğunu öngörmektedir. O halde, hava taşıma işinde olmakla birlikte uçucu personel olarak çalışmayan ve uçak bakım-onarım işlerinde veya atölyede yani yer tesislerinde çalışanlar ile işveren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklarda İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır³⁴.

b. Tarım ve Orman İşlerinde Çalışanlar

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/1-b.maddesi uyarınca 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde çalışanlar ile işverenleri arasında iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır. O halde, bu bent kapsamındaki işçiler ile işverenler arasındaki davalarda görevli mahkeme yine iş mahkemeleri olacak ise de uyuşmazlıkta uygulanacak kanun hükümlerinin belirlenmesi bakımından işyerinde yapılan işin tarım veya orman işi niteliğinde olup olmadığı ve çalıştırılan işçi sayısı tespit edilmelidir³⁵.

³³ Y22HD., 2016/12509 E., 2016/15417 K., 30.05.2016 T.: “Mahkemece, yapılan işin hava taşıma işi kapsamında olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmişse de asıl iş, orman yangınlarını söndürmek olup hava taşıma işi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.”

³⁴ Y7HD., 2013/15340 E., 2013/11539 K., 19.06.2013 T.; Y9HD., 2013/3554 E., 2014/33712 K., 12.11.2014 T.: “Dairemizin 18.09.2009 tarih 2009/28199-23657 E.K. sayılı ilamıyla “... davacının yaptığı işin belirlenerek yer hizmetinde çalışıp çalışmadığı ve uçucu personel olup olmadığı açıklığa kavuşturulmadan görev yönünden reddine karar verilmesinin hatalı olduğu...” gerekçesiyle bozulmuş, Mahkemece, bozmadan sonra yapılan yargılamada dinlenen taraf tanıklarının ortak açıklamalarından davacının uçak teknisyeni olarak yer hizmetlerinde görev yaptığı tespit edilerek 4857 Sayılı Kanunun 4. Maddesinde öngörülen hava taşıma işinde çalışmadığı sonucuna varılarak kıdem tazminatı ile taraflar arasındaki sözleşmenin 5. Maddesindeki cezai şart tazminatının hüküm altına alındığı görülmektedir. Davacının kıdem tazminatına hak kazandığına ilişkin Mahkeme kabulü yerinde ise de...”

³⁵ Y22HD., 2015/28030 E., 2018/7291 K., 21.03.2018 T.

İşçinin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğunun kabul edilebilmesi için 50'den az işçi çalıştırılan işyerinde tarım işi yapılması yanında işçinin de burada tarım işi yapması, diğer bir deyişle tarım işyerinde muhasebe, bekçilik, şoförlük gibi işlerde çalışmaması gerekir³⁶. İşçi, tarım işi ile birlikte bitki ve hayvan üretimi, bakım ve yetiştirmesi dışındaki tarım işi sayılmayan başka bir işi de yapıyorsa, işçinin ağırlıklı olarak hangi işi yaptığı araştırılarak baskın olarak yaptığı işin tarım işi olduğunun anlaşılması halinde çalışmasının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğu kabul edilmelidir³⁷.

İş Kanunu'nun 4/2-c. ve 4/2-d. maddelerinde tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işlerde ve tarım işletmelerinde yapılan yapı işlerinde çalışanların İş Kanunu hükümlerine tabi olduğu öngörülmüştür.

c. Tarımla İlgili Yapı İşlerinde Çalışanlar

İş Kanunu'nun 4/1-c. maddesi, aile ekonomisi sınırları içinde kalmak kaydıyla tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde çalışanların İş Kanunu hükümleri kapsamı dışında olduklarını düzenlemektedir. Bu hükme göre, aynı maddenin 2.fıkrasının (d) bendi uyarınca “Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri”nde çalışanlar İş Kanunu hükümlerine tabi iken, “aile ekonomisi sınırları içindeki” tarımla ilgili yapı işlerinde çalışanlar ile işverenleri arasındaki iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

³⁶ Süzek, 235.

³⁷ Y22HD., 2017/26972 E., 2020/1536 K., 04.02.2020 T.: “dosya kapsamında davacının “bekçilik” ve “kalorifercilik” işini yaptığına dair herhangi bir delil tespit edilememektedir. Davacının işyerinde yaptığı ağırlık iş netleştirilmeden, yapılan işin İş Kanunu kapsamında mı, yoksa Borçlar Kanunu kapsamında mı olduğu açıklığa kavuşturulmadan işin esasına girilerek hüküm kurulması yerinde değildir.”

d. El Sanatı İşlerinde Çalışanlar

4857 sayılı Kanunun 4/1-d. maddesi uyarınca bir ailenin üyeleri ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışanlar İş Kanunu hükümlerine tabi değildir. O halde, çalışmanın bu kapsamda kabul edilebilmesi için öncelikle işin bir el sanatı niteliğinde olması gerekecektir. Aynı şekilde, el sanatı işinin evde görülmesi gerekir ki, çalışmanın Türk Borçlar Kanunu kapsamında olduğu kabul edilebilsin; aksi halde, el sanatı niteliğindeki bir işin işyerinde görülmesi halinde bu iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar İş Kanunu hükümlerine göre çözümlenecektir. Son olarak, evde yapılan ve el sanatı niteliğinde olan işin Türk Borçlar Kanunu kapsamında kabul edilebilmesi için işin aile üyeleri ve üçüncü dereceye kadar hısımlar arasında görülmesi, dışarıdan bir başka kişinin işe katılmaması gerekir.

e. Ev Hizmetlerinde Çalışanlar

İş Kanunu'nun 4/1-e.maddesinde öngörülen istisna uyarınca aşçılık, temizlik, bahçıvanlık, şoförlük gibi ev hizmetlerinde çalışanlar ile işverenleri arasındaki uyuşmazlıkların Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Ancak, işçinin çalışmasının Türk Borçlar Kanunu kapsamında kabul edilebilmesi için işin işverene ait evde görülmesi yeterli değildir; işin nitelik itibarıyla eş hizmeti olması gerekir. Örneğin, Yargıtay, işverenin evinde hasta bakıcı veya çocuk eğiticisi olarak çalışanların³⁸ ya da evin bekçilerinin³⁹ bu istisna kapsamında kalmadığını ve uyuşmazlığın İş Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmektedir.

³⁸ Y22HD., 2017/8730 E., 2017/21258 K., 10.10.2017 T.

³⁹ Y22HD., 2016/6816 E., 2019/5648 K., 11.03.2019 T.

İşçi, ev hizmetiyle birlikte ev hizmeti olarak değerlendirilemeyecek bir başka işi de görmekteyse o halde çalışmasının İş Kanunu kapsamında olup olmadığı hangi işi daha baskın ya da ağırlıklı olarak yaptığına göre belirlenecektir⁴⁰.

f. Çıraklar

4857 sayılı Kanunun 4/1-f.maddesi uyarınca çırakların çalışması da İş Kanununa hükümlerine tabi değildir.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 3.maddesine göre çırak; çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişidir. İş sözleşmesinden farklı olarak çıraklık sözleşmesinin esaslı unsuru iş görme veya ücret ödeme değil çırağa bir meslek veya sanatın öğretilmesidir⁴¹. Buna karşılık, Yargıtay'a göre çırak, işyerinde üretimle ilgili çalışmalara bilfiil katılıyor; meslek ve sanat eğitimi arka planda tutuluyorsa, bu durumda çıraklık ilişkisinden söz edilemeyecektir⁴².

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 13.maddesinin son fıkrası uyarınca çırakların çalışması kural olarak bu Kanun hükümlerine tabidir. Bu hükme göre: "Bu Kanunun uygulandığı yer ve meslek dallarında 818 sayılı Borçlar Kanununun çıraklık sözleşmesine dair hükümleri ile onsekiz yaşını doldurduktan sonra sözleşmesi devam eden çıraklar hakkında 1475 sayılı İş Kanununun, İşçi Sağlığı ve Güvenliği başlıklı beşinci bölümünde yer alan hükümleri dışındaki hükümler uygulanmaz." Bu Kanun kapsamında olmayan çıraklar ise İş Kanunu'nun 4/1-f.maddesi gereğince Türk Borçlar

⁴⁰ Y22HD., 2019/5863 E.,2019/16475 K., 17.09.2019 T.; Y22HD., 2016/294 E., 2018/25232 K., 26.11.2018 T.; Y22HD., 2016/30630 E., 2017/1090 K., 26.01.201 T.: "davacının yaptığı işin ağırlıklı olarak ev hizmetleri kapsamında olup olmadığının tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durumda tarafların gösterdikleri şahitler yeniden dinlenmeli, göreve dair gösterecekleri tüm deliller toplanmalı ve yukarıda açıklanan ilke kararı doğrultusunda davacının ağırlıklı olarak ev hizmetleri kapsamında çalıştığının anlaşılması durumunda şimdiki gibi görevsizlik kararı verilmelidir. Çocuk bakıcılığının baskın olduğu kanaatine varılır ise davaya bakmakla iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmeli ve işin esasına girilerek bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

⁴¹ Süzek, 147;

⁴² Y21HD., 2016/1846 E., 2017/5091 K., 08.06.2017 T.

Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinden faydalanacaktır. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393.maddesinin üçüncü fıkrası: “Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır” hükmünü içermektedir. Hangi işyerlerinde çalışan çırakların 3308 sayılı Kanun kapsamında değerlendirileceği ise aynı Kanunun 2. ve 13/1.maddeleri uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenecektir.

g. Sporcular

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/1-g. maddesi ile sporcular da İş Kanunu kapsamından çıkarılan istisnalar arasına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca sporcu ile işvereni konumundaki spor kulübü arasındaki iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda İş Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır⁴³. Buna karşılık, öğretide ve uygulamada Kanundaki istisnanın dar yorumlanması ve spor kulübünde çalışan antrenörlerin İş Kanununa tabi olması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴. Aynı şekilde, spor kulübünde idari-genel menajer, masör ya da kulüp doktoru olarak çalışan ve dolayısıyla aktif spor yapmayan kişilerin de İş Kanunu hükümlerinden yararlanacağını belirtmek gerekir⁴⁵.

h. Rehabilit Edilenler

İş Kanunu'nun 4/1-h. maddesinde İş Kanunu hükümlerinin rehabilit edilemler hakkında uygulanmayacağı öngörölmüştür. Kanunda kast edilen çalışmlar, fiziksel ya

⁴³ Y22HD., 2015/20501 E., 2017/25991 K., 22.11.2017 T.

⁴⁴ Süzek, 239; Kar, İş Yargılaması, 210; Y9HD., 2015/17745 E., 2015/25607 K., 14.09.2015 T.: “Gerek özel hakem, gerekse genel mahkemelerde görölen sporcu ile kulübü arasındaki alacaklara dair uyuşmazlıklarda, 4857 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Ancak antrenör, teknik direktör, idareci, masör ve benzeri elemanlar ile kulüpleri arasında çıkan uyuşmazlıklarda, özel yasal düzenlemeler dışında İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Somut olayda; davacının antrenör olduğı tartışma konusu olmayıp, yukarda açıklanan yasal düzenlemeler karşısında davacının sporcu olmadığı anlaşıldığından İş Mahkemesi'nin görevli olup, mahkemece işin esasına girilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile görevsizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

⁴⁵ Y22HD., 2016/12608 E., 2016/15418 K., 30.05.2016 T.

da mental sorunlar nedeniyle rehabilitasyon merkezlerinde bulunan kişilere meslek kazandırılabilmesi ya da çalışabilmeleri için yaptırılan çalışmalardır. Bu kişilere yaptırılan çalışmalar bir ilişkisi kapsamında kabul edilemeyeceğinden ve işveren adına iş görme, ücret ve bağımlılık unsurları bulunmadığından, söz konusu istisna hükmü Kanunda yer almasaydı dahi, bu kişilerin çalışmaları İş Kanunu kapsamında değerlendirilemeyecekti⁴⁶.

1. Esnaf ve Sanatkâr İşyerinde Çalışanlar

İş Kanunu'nun 4/1-1.maddesi uyarınca 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışanlar ile işverenleri arasındaki iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda İş Kanunu hükümleri uygulanmaz.

507 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 3.maddesinde esnaf ve sanatkâr “İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler” olarak tanımlanmıştır.

İş Kanunu'nun 4/1-1.maddesi ile 5362 sayılı Kanunun 3.maddesindeki esnaf ve sanatkâr tanımı birlikte değerlendirildiğinde; iş ilişkisinin İş Kanunu hükümleri kapsamı dışında kabul edilebilmesi için öncelikli koşul; işyerinde görülen işin, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarından birine dahil olması gerekir. Aynı şekilde, işverenin

⁴⁶ Süzek, 239.

ekonomik faaliyetinin sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayanması gerekir. Bedeni çalışması olmayan, bir diğer deyişle bizzat kendisi de çalışmayan işveren ile işçi arasında iş ilişkisinden doğacak uyuşmazlığın İş Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerekecektir⁴⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/1-1.maddesine göre işçinin İş Kanunu hükümlerine tabi olmaması için diğer bir kriter işverenin kazancının kendisine tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak seviyede olması ; basit usulde vergilendirilmesi ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olması ya da vergiden muaf bulunan meslek ve sanatlara dahil olan işlerde faaliyet göstermesi gerekir. O halde, Mahkemece işverenin esnaf odasına kaydının bulunup bulunmadığı ve vergi kayıtları incelenerek esnaf mı tacir mi olduğunun belirlenmesi gerekir⁴⁸.

Son olarak, iş ilişkisinin İş Kanunu'na tabi olmayan istisnalardan kabul edilebilmesi için işyerinde en fazla üç kişinin çalışıyor olması gerekir. Öğretideki bir görüş, esnaf veya sanatkarın söz konusu üç kişiye dahil edilmemesi gerektiğini, Kanundaki “üç kişi” ibaresinin bilinçli bir tercih olmadığını savunurken⁴⁹; bizim de katıldığımız diğer bir görüş, mülga 1475 sayılı Kanunda “üç işçi” ölçütü aranmaktayken 4857 sayılı Kanunda “üç kişi” ibaresine yer verilmesinin Kanunkoyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, esnaf veya sanatkarın da üç kişiye dahil edilmesi gerektiği, bu haliyle yukarıda sayılan diğer kriterleri taşımakla birlikte ikiden fazla işçi çalıştıran esnaf veya

⁴⁷ Y22HD., 2016/21410 E., 2019/19943 K., 24.10.2019 T.; Y9HD., 2016/16215 E., 2020/4814 K., 03.06.2020 T.: “Somut olayda davalı vekilinin 21.10.2015 tarihli celsedeki açık beyanına göre minibüs sahibi davalının bizzat çalışmadığı, minibüste 3 şoför çalıştırdığı anlaşılmakla ve kaldı ki daha sonra beyan edildiği gibi çalışan sayısı 2 olsa dahi davalı bizzat çalışmadığı için sadece bu nedenle dahi esnaf kabul edilemeyeceği davalının İş Kanununa tabi işveren olduğu gözetilerek yargılamaya devamla davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.”

⁴⁸ Y9HD., 2017/14256 E., 2020/2874 K., 24.02.2020 T.: “davalının esnaf kaydının olup olmadığı, basit usulde mi vergilendirildiği, işletme hesabı esasına göre mi defter tuttuğu, vergiden muaf olup olmadığı araştırılmalı ve yukarıdaki ilkelere göre görev hususu bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.”; Y22HD., 2017/20327 E., 2019/12571 K., 11.06.2019 T.: “gerçek usulde gelir vergisine tabi mükellef olduğu, işe başlama tarihinden itibaren 213 Sayılı vergi usul kanunun 176 ve 178. maddelerine istinaden ticari işletme hesabına göre defter tuttuğu, 2018 takvim yılı itibariyle de yine aynı kanunun 177 ve 180. maddesi kapsamında ticari bilanço esasına göre defter tuttuğu'nun bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalının işletmesinin esnaf işletmesi sınırlarını aştığı 2. sınıf tacir olarak gerçek usulde ticari işletme hesabına göre defter tuttuğu...”

⁴⁹ Süzek, 241.

sanatkar işveren ile işçi arasındaki uyuşmazlıkların İş Kanunu hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁵⁰. Nitekim yukarıda bahsedildiği üzere esnaf veya sanatkarın da işyerinde bedeni çalışmasının olması, işyerindeki çalışmanın İş Kanunu'nun 4/1-1. maddesinde öngörülen istisna kapsamında kabul edilebilmesi için gerekli olup çalışan sayısına esnaf veya sanatkarın da dahil edilmesi gerekir. Yargıtay da istikrarlı olarak, bedeni gücü ile çalışmakta olan esnafın da işyerinde çalışan üç kişi içinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁵¹.

C. İş Mahkemelerinde Yetki

Mahkemelerin yetkisi, bir davanın hangi yer hukuk mahkemesinde görüleceğine ilişkindir⁵². Davanın görüleceği yetkili mahkeme, davada görevli mahkemenin tespiti yapıldıktan sonra belirlenecektir. Görevli mahkemelerden hangi yer mahkemesinde davanın görüleceğini yetki kuralları belirler. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 5.maddesi, mahkemelerin yetkisinin özel kanunlardaki yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla HMK'ya göre belirleneceğini düzenlemektedir. Kanunun 6.maddesinde genel yetkili mahkemenin davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğu belirtildikten sonra devamı maddelerde özel yetki kuralları düzenlenmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu döneminde iş mahkemelerinin yetkisi, Kanunun 5.maddesinde düzenlenmişti. Söz konusu hükme göre iş mahkemelerinde açılacak her dava, dava tarihi itibarıyla davalının yerleşim yeri mahkemesinde veya işçinin işini yaptığı yer mahkemesinde görülebilecektir.

⁵⁰ Kar, İş Yargılaması, 218.

⁵¹ Y9HD., 2016/27852 E., 2020/11930 K., 14.10.2020 T.; Y9HD., 2016/11884 E., 2020/827 K., 21.01.2020 T.

⁵² Kuru, 65; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 106.

Yürürlükte olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6.maddesinde ise iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesi olarak belirlenmiştir. Davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması halinde bunlardan her iki davalının yerleşim yeri mahkemesi de davanın görülmesinde yetkilidir (İMK m.6/2).

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6.maddesinin son fıkrası, yetki kurallarını belirleyen bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmelerinin geçersiz olduğunu belirtmektedir. Bu hükümden de hareketle, iş mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeninden olduğu, yetkiye ilişkin kurallarda tarafların anlaşması yoluyla yetkili mahkemenin belirlenemeyeceği, davalı tarafça yetki itirazında bulunulmamış olsa dahi mahkemenin kamu düzeninden olan yetki hususunu re'sen incelemesi gerektiği sonucuna varılmaktadır⁵³.

D. İşçi İşveren Uyuşmazlıklarında Taraf ve Dava Ehliyeti

1. Giriş

Taraf ve dava ehliyeti kavramları, usul hukukuna ilişkin kavramlar olup; taraf ehliyeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50.maddesinde, dava ehliyeti ise aynı Kanunun 51.maddesinde düzenlenmiştir. İş davalarında, davanın tarafları işçi ve iş ilişkisi içinde bulunduğu işverendir. Aşağıda açıklanacağı üzere iş hukukunun kendine özgü bazı kurumları dava ve taraf ehliyeti bağlamında farklılıklar gösterebilmektedir. Bunun için, öncelikle usul hukukunda taraf ve dava ehliyeti ve taraf sıfatı kavramlarına iş davaları ile ilişkilendirilmek suretiyle değinmek gerekmektedir.

⁵³ Süzek, 120; Kar, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 397; İş Yargılaması, 285; Y9HD., 2017/9666 E., 2019/9026 K., 17.04.2019 T.

2. Taraf Ehliyeti

a. Genel Olarak

Taraf ehliyeti, bir gerçek ya da tüzel kişinin davada taraf olarak yer alıp alamayacağını belirleyen, davada taraf olabilme yeteneği olarak açıklanabilir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun taraf ehliyeti başlıklı 50.maddesine göre medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir. Taraf ehliyeti medeni haklardan yararlanma ehliyetine yani hak ehliyetine göre belirlendiğinden Türk Medeni Kanunu'nun gerçek kişilerin hak ehliyetini düzenleyen 8.maddesine ve tüzel kişilerin hak ehliyetini düzenleyen 48.maddesine bakmak gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 8.maddesi her insanın hak ehliyetinin bulunduğunu; aynı Kanunun 48.maddesi ise tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil olduğunu düzenlemiştir. Bu iki hüküm uyarınca, bütün gerçek ya da tüzel kişilerin taraf ehliyetine sahip olduğu söylenebilir⁵⁴.

Taraf ehliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-d. maddesinde dava şartları arasında gösterildiğinden aynı Kanunun 115/1.maddesi uyarınca taraflarca ileri sürülmesi dahi Mahkemece re'sen dikkate alınır; taraf ehliyetinin bulunmadığının anlaşılması halinde 115/2.madde uyarınca dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilir.

b. Taraflardan Birinin Ölümü

Hak ehliyeti ve dolayısıyla taraf ehliyeti ölümle birlikte sona ereceğinde dava tarihi itibarıyla ölü olan kişiye karşı dava açılmaz. Böyle bir durumda taraf ehliyeti

⁵⁴ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, 183.

yokluğu nedeniyle davanın usulden gerekir. Bununla birlikte ölü kişiye karşı dava açılması, kişinin ölü olduğunun bilinmemesi veya mirasçılarının tespit edilememesinden kaynaklanabileceğinden bu durumda tarafta iradi değişikliği düzenleyen HMK'nın 124.maddesi uyarınca işlem yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵. Yargıtay da, dava açılmadan önce davalının vefat etmiş olması halinde müteveffanın mirasçılarının davaya dahil edilmesi gerektiğini kabul edilmektedir⁵⁶.

Davalının dava tarihinden önce ölmüş olması halinde HMK'nın 124.maddesi uyarınca mirasçılar davaya dahil edilerek yargılamaya devam edilebilecek olması karşısında, dava tarihinden önce davacının vefat etmiş olması halinde mirasçılar davaya dahil edilmez; dava tarihi itibarıyla taraf ehliyeti bulunmadığından davanın dava şartı yokluğu nedeniyle HMK'nın 115/2.maddesi uyarınca reddine karar verilir⁵⁷.

Dava sırasında taraflardan birinin vefatı halinde, taraf ehliyeti ölümle birlikte sona erer. HMK'nın 55.maddesine göre taraflardan birinin ölümü hâlinde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Bununla beraber hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir. O halde, yargılama devam ederken davalının vefat etmesi halinde HMK'nın 55.maddesi uyarınca mirasın reddi için tanınan üç aylık süre için dava ertelenmeli; devamında mirası reddetmeyen mirasçılarının davaya dahili sağlanmalıdır⁵⁸.

⁵⁵ Kuru, 109; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 183.

⁵⁶ Y9HD., 2012/7637 E., 2014/13027 K., 17.04.2017 T.: “Dava, M.. Ç.. aleyhine 13.11.2008 tarihinde açılmıştır. Davalıya ait nüfus kayıt örneğine göre ise davalı M.. Ç.. 02.06.2008 tarihinde dava açılmadan önce vefat etmiştir. Davalı M.. Ç.. dava açılmadan evvel ölü olup, ölü kişi aleyhine dava açılmıştır.Bu sebeple Mahkemece ölen M.. Ç..’nın tüm mirasçılarının davaya dahil edilmesi gerekirken, yazılı şekilde yargılamaya devam edilmesi hatalıdır.”

⁵⁷ Y9HD., 2020/2733 E., 2020/10257 K., 01.10.2020 T.: “davacının dava tarihinden önce öldüğü ve taraf ehliyetinin bulunmadığı gözetilerek davanın aktif ehliyet yokluğu sebebiyle husumetten reddine karar vermek gerekirken ölü kişinin mirasçılar davaya dâhil edilmek suretiyle işin esasına girilerek karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur”

⁵⁸ Y9HD., 2016/33926 E., 2016/20678 K., 22.11.2016 T.: “davalı ...’in 14.11.2015 tarihinde vefat ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davalının mirasçılar davaya dahil edilerek taraf teşkili sağlanmadan, yargılamaya devam edilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”

Dava sırasında davalının vefatı halinde mirası reddeden mirasçısı davada taraf sıfatı kazanmaz. Vefat eden davalının en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından miras reddedilecek olursa, Türk Medeni Kanunu'nun 612.maddesi uyarınca miras iflas hükümlerine göre tasfiye edileceğinden, sulh hukuk mahkemesinden mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesi sağlanmalı; alacak ya da tazminat talepli davaya davalının tereke tasfiye memurunca temsiliyetiyle devam edilmelidir⁵⁹.

Yargılama devam ederken davacının vefat etmesi halinde de dava HMK'nın 55.maddesi uyarınca üç aylık süre için ertelenmeli; devamında mirası reddetmeyen mirasçılarının katılımıyla davaya devam olunmalıdır. Bu durumda mirası reddetmeyen mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunur; mirasçıların davaya katılmaları ya da davaya muvafakatname vermeleri gerekmektedir; mirasçılardan biri dahi davaya katılmak istemez ya da muvafakatname vermeyecek olursa tereke temsilcisi atanarak davaya devam edilmesi gerekecektir⁶⁰.

Dava sırasında davacının vefat etmesi ve mirasçılar davaya dahil edilmek suretiyle yargılamanın sonuçlandırılması halinde hükmün müteveffa davacı lehine değil mirasçılar lehine miras payları oranında oluşturulması gerekmektedir⁶¹.

İşe iade talepli davalarda davacının yargılama sırasında vefatı halinde, işe iade ve işe başlatmama tazminatı talepleri yönünden dava konusuz kalacak; feshin

⁵⁹ Y22HD., 2017/40312 E., 2017/21546 K., 12.10.2017 T.; Y9HD., 2017/1433 E., 2017/3602 K., 09.03.2017 T.: “en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Bu durumda , yargılama sırasında vefat eden davalının dava ehliyeti sona erdiğinden ve yasal mirasçılar tarafından da davalının mirası reddedildiğinden mirasın, TMK'nun 612. maddesi gereğince Sulh Mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilmesi gerekir. ... Bu durumda mahkemece yapılacak iş; davacıya talebi halinde yetki verilerek yetkili Sulh Hukuk Hakiminden mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesi sağlanmalı, mahkemece mirası reddedilen borçlu için atanacak ve yetkilendirilecek bir temsilci huzuru ile davaya devam olunmalıdır.”

⁶⁰ Y9HD., 2014/33653 E., 2016/10474 K., 26.04.2016 T.; Y22HD., 2016/17598 E., 2016/21522 K., 29.09.2016 T.: “Mahkemece, davacının mirası reddetmeyen mirasçılarının tamamı davaya katılmadan, izinleri alınmadan veya terekeye temsilci atanmadan ve murisin eşinin feragat beyanı hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmadan hüküm kurulması isabetli olmamıştır. Mirası reddetmeyen tüm mirasçılarının davaya iştirak veya muvafakatlarının sağlanması ya da terekeye temsilci tayin ettirmesi konusunda mehil verilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

⁶¹ Y9HD., 2020/3389 E., 2020/19730 K., 23.12.2020 T.

geçersizliğinin tespiti halinde boşta geçen süre ücretinin mirasçıları lehine hükmedilmesi gerekecektir⁶².

c. Tüzelkişiliğin Sona Ermesi

Tüzel kişiliğin sona ermesi ile birlikte taraf ehliyeti de son bulur. İşçi işveren uyumsuzluklarında işveren konumundaki ticari şirketlerin yargılamanın devamı sırasında ticaret sicilinden terkin edilmek suretiyle tüzel kişiliklerinin sona erdiği görülebilmektedir. Bu durumda taraf ehliyeti kalmayan ticari şirketin ihyası için dava açmak üzere süre verilmesi, bu davanın sonucunun beklenerek taraf ehliyetine ilişkin dava şartının değerlendirilmesi gerekecektir⁶³. Açılacak dava neticesinde şirketin ihyasına karar verilecek olursa şirket yeniden tüzel kişilik kazanacak⁶⁴, böylelikle tasfiye memurları temsiliyetiyle davaya devam edilebilecektir. Davalı şirketin dava tarihinden önce tüzel kişiliğinin sona erdiğinin anlaşılması halinde yine aynı şekilde şirketin ihyası için dava açmak üzere süre verilmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Davacı tarafın ticari şirket olması durumunda ise ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Davacı şirket dava tarihinden önce ticaret sicilinden terkin edilmekle tüzel kişiliğini kaybetmiş ise, bu durumda taraf ehliyeti bulunmadığından davanın HMK'nın 115/2.maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi gerekir⁶⁵. Buna karşılık davacı şirket dava tarihinden sonra ticaret sicilinden terkin edilerek tüzel kişiliğini ve dolayısıyla taraf ehliyetini kaybetmiş ise, bu durumda davacı şirketin ihyası için dava açmak üzere süre verilmesi gerekecektir⁶⁶.

Dava sırasında, taraf şirketin henüz ticaret sicilinden terkin edilmemekle birlikte tasfiye haline girmesi mümkündür. Bu halde, şirketin tüzel kişiliği devam

⁶² Y22HD., 2017/33082 E., 2017/13963 K., 13.06.2017 T.

⁶³ Y9HD., 2017/19268 E., 2020/18998 K., 17/12/2020 T.

⁶⁴ Atıcı, 254.

⁶⁵ Y12HD., 2018/13185 E., 2018/9332 K., 08.10.2018 T.

⁶⁶ Y3HD., 2017/5408 E., 2019/1551 K., 26.02.2019 T.

edeceğinden⁶⁷, şirket taraf ehliyetini kaybetmeyecek ve yukarıda açıklanan ihya prosedürünün işletilmesine gerek bulunmayacaktır⁶⁸. Ancak bu durumda, taraf şirketin tasfiye memurunca temsiliyetiyle davaya devam olunacaktır⁶⁹.

d. Adi Ortaklıkta Taraf Ehliyeti

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620.maddesine göre adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Adi ortaklıkların tüzel kişilikleri ve dolayısıyla hak ehliyetleri ve taraf ehliyetleri bulunmamaktadır⁷⁰.

Adi ortaklıkların tarafı bulunduğu uyuşmazlıklarda, davanın tüm ortaklar tarafından birlikte açılması gerekmektedir. Zira ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeylerin, alacakların ve ayni hakların ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olacağını öngören Türk Borçlar Kanunu'nun 638.maddesine göre adi ortaklıkta elbirliği mülkiyeti söz konusudur. Alacak ve haklara elbirliği ile malik olan ortakların, söz konusu alacak ve haklardan doğan davayı birlikte açmaları gerekir⁷¹. Dava, adi ortakların tamamı tarafından açılmamışsa, doğrudan taraf ehliyeti yokluğu nedeniyle davanın reddi yerine davada taraf olmayan ortağın davaya muvafakatini sağlamak üzere davacı tarafa süre verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷². Hatta Yargıtay, davada taraf olmayan ortağın davaya muvafakat vermemesi halinde eldeki davayla birleştirilmek üzere muvafakat vermeyen ortak hasım

⁶⁷ Atıcı, 253.

⁶⁸ Kuru, 113.

⁶⁹ Y10HD., 2019/5799 E., 2021/583 K., 21.01.2021 T.

⁷⁰ Kuru, 114; Atıcı, 276.

⁷¹ Kuru, 114; Atıcı, 276.

⁷² Kuru, 114; Atıcı, 276.

gösterilmek suretiyle yeni bir dava açması için davacı tarafa süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷³.

İşveren tarafta adi ortaklığın bulunduğu iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda davalı olarak tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık gösterilmiş ise; bu durum HMK'nın 124.maddesi uyarınca kabul edilebilir bir yanılı olarak kabul edilerek ortaklığı oluşturan gerçek ya da tüzel kişilerin tamamının davada yer almasının sağlanması için davacı tarafa süre verilmesi; bu şekilde taraf teşkili sağlandıktan sonra davaya devam edilmesi gerekmektedir⁷⁴.

Davada, adi ortaklığı oluşturan ortaklardan yalnızca bir ya da birkaçına husumet yöneltilmesi halinde taraf ehliyeti, davanın türüne göre farklı değerlendirilecektir. Alacak ve tazminat davalarında, Türk Borçlar Kanunu'nun 638/3.maddesi uyarınca, adi ortaklığı oluşturan ortakların müteselsil sorumluluğu bulunduğu, ortakların tamamına karşı husumet yöneltilmesi gerekmez; davalı olarak gösterilen ortak ya da ortaklar, işçiye karşı tüm alacak ve tazminat miktarı yönünden müteselsilen sorumlu olur⁷⁵. Buna karşılık işe iade talepli davalarda, işveren tarafında adi ortaklık bulunuyorsa, dava konusu para olmayıp ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu, adi ortaklığı oluşturan ortakların tamamının taraf olarak gösterilmesi gerekmektedir⁷⁶. Ortaklardan bir ya da birkaçı taraf olarak gösterilmiş ise, bu durum da HMK'nın 124.maddesi uyarınca kabul edilebilir bir yanılı olarak kabul edilerek davacı tarafa adi ortaklığı oluşturan tüm gerçek ya da tüzel kişilere husumet yöneltilmesi için süre verilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra yargılamaya devam edilmesi

⁷³ Y15HD., 2018/5504 E., 2019/4133 K., 24.10.2019 T.: “davacıya adi ortaklık sözleşmesi ibraz ettirilip adi ortaklığı oluşturan şirket ve gerçek kişilerin davaya muvafakatlerini sağlamak, muvafakat vermemeleri halinde eldeki dava ile birleştirilmek üzere dava açması için yeterli ve kesin süre verilip bu şekilde taraf ehliyeti ve teşkili sağlandıktan sonra işin esasının incelenip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken...”

⁷⁴ Y9HD., 2018/8407 E., 2021/168 K., 11.01.2021 T.

⁷⁵ Y9HD., 2016/21583 E., 2016/18862 K., 31.10.2016 T.: “Somut uyuşmazlıkta davacı para alacaklarına ilişkin olarak adi ortaklığa değil, ortaklığı oluşturan ve müteselsilin sorumluluğu bulunan davalı şirkete karşı dava açmıştır. Davalının müteselsil sorumluluğu ile yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında sorumluluğu ve taraf sıfatı bulunmaktadır. Esas hakkında karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde usulden ret kararı verilmesi hatalıdır.”

⁷⁶ Kar, İş Yargılaması, 324.

gerekmektedir⁷⁷. Ancak böyle bir durumda, adi ortaklığı oluşturan gerçek ya da tüzel kişiler yönünden arabuluculuk yoluna başvurulup başvurulmadığına göre dava şartının sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerekir.

e. Konut Kapıcıları-Kat Malikleri Uyuşmazlıklarında Taraf Ehliyeti

4857 sayılı İş Kanunu'nun 110.maddesi atfıyla 03.03.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 3.maddesine göre konut kapıcısı; anataşınmazın bakımı, korunması, küçük çaptaki onarımı, ortak yerlerin ve döşemelerin bakımı, temizliği, oturanların çarşı işlerinin görülmesi, güvenliklerinin sağlanması, kaloriferlerin akılması ve bahçenin düzenlenmesi ve bakımı ve benzeri hizmetleri gören kişidir. Aynı maddeye göre işveren, konutun maliki veya ortaklarını; yönetici ise işveren vekili olarak hareket eden kişiyi ifade eder. Yönetmeliğin 4.maddesi uyarınca yönetici, İş Kanunu ve bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında ve yargı uyuşmazlıklarında işveren temsilcisidir.

Kat malikleri kurulunun veya uygulamada görüldüğü üzere apartman yönetiminin tüzel kişiliği ve dolayısıyla taraf ehliyetleri bulunmadığından⁷⁸, konut kapıcıları ile işveren kat malikleri arasındaki iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda kat malikleri kurulunun veya apartman yönetiminin taraf olarak gösterilmesi halinde HMK'nın 124.maddesi uyarınca davanın doğru hasma yöneltilmesi için davacı tarafa süre verilmeli⁷⁹; aksi halde davanın taraf ehliyeti yokluğu nedeniyle HMK'nın 115/2.maddesi uyarınca usulden reddine karar verilmelidir.

Bu tür davalar, kat maliklerinin tamamına husumet yöneltilmek suretiyle açılabilmesi gibi, Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 4.maddesi uyarınca yönetici işveren temsilcisi konumunda bulunduğundan yalnızca yöneticiye husumet yöneltilerek

⁷⁷ Y22HD., 2019/7584 E., 2019/19835 K., 24.10.2019 T.

⁷⁸ Kuru, 117; Atıcı, 281.

⁷⁹ Y22HD., 2017/24385 E., 2019/17681 K., 30.09.2019 T.

açılması da mümkündür. Ancak, husumet yöneticiye yöneltilmiş olsa dahi, davanın kabulü halinde yönetici aleyhine hüküm kurulamaz; hükmolunan alacak ya da tazminatların kat maliklerinden eşit olarak tahsiline karar verilmesi gerekmektedir⁸⁰.

Konut kapıcıları tarafından açılan dava tüm kat maliklerine ya da sadece kat maliklerini temsilen yöneticiye karşı açılması gerekir⁸¹. Konut kapıcısı tarafından kat malikleri hasım gösterilerek dava açılması halinde, Mahkemece tüm kat malikleri araştırılarak davada taraf olmayan kat maliki bulunuyor ise bu kişilerin davaya dahil edilmesi için davacıya süre verilmesi, süresi içinde kat maliklerinin davaya dahil edilmemesi halinde davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir.

3. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, öğretide, kişinin kendisi veya yetkilendirdiği temsilcisi aracılığıyla davayı takip etme ve taraf usul işlemi yapabilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır⁸². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51.maddesi dava ehliyetini medenî hakları kullanma ehliyetinin yani fiil ehliyetinin varlığına bağlamıştır. Buna göre, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olan gerçek kişiler ile tüzel kişiler fiil ehliyetini haiz olduklarından dava ehliyetleri de bulunur.

Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin olmayanlar ile kısıtlılar; kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davalar (TMK m.16/1-2.cümle), kendisine bir meslek veya sanatla uğraşma izni verilenlerin bu işle ilgili olarak açılacak davalar (TMK m.453 ve m.359), kendi tasarruflarına bırakılan mallarla ilgili davalar (TMK m.455) ve ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından açılacak nafaka davaları hariç olmak üzere;

⁸⁰ Y9HD., 2016/23095 E., 2020/8680 K., 22.09.2020 T.: “Hüküm altına alınan alacakların kat maliklerinden 634 sayılı Kanun'un 20/a maddesi uyarınca kat maliklerinden eşit olarak tahsili yerine “davalıdan tahsiline” karar verilmesi hatalı olup...”

⁸¹ Y22HD., 2017/33689 E., 2020/7073 K., 17.06.2020 T.

⁸² Kuru, 119; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 184; Atıcı, 24.

dava ehliyetine sahip olmadıklarından HMK'nın 52.maddesi uyarınca davada kanuni temsilcileri aracılığıyla temsil edilirler.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan, yani TMK'nın 13.maddesi uyarınca yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olanlar da dava ehliyetine sahip değildir; bu kişiler de davada kanuni temsilcileri aracılığıyla temsil edilir.

Tüzel kişiler dava ehliyetine sahip olmakla birlikte HMK'nın 52.maddesi uyarınca davada yetkili organları tarafından temsil edilir.

4. Taraf Sıfatı

Husumet olarak da bilinen taraf sıfatı, dava konusu ile ilgili hukuki ilişkinin taraflarını ifade eder. Taraf sıfatı, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti kavramlarıyla karıştırılabilmekte ise de⁸³, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti usul hukukuna ilişkin olarak gerçek ya da tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine göre belirlenen dava şartlarından olmasına karşılık taraf sıfatı dava konusu edilen sübjektif hakka ilişkindir⁸⁴.

Taraf sıfatı, usulî bir kavram olmayıp maddi hukuk sorunudur. Örneğin, bir alacak davasında dava konusu edilen alacakla ilgili olarak alacağın dayandırıldığı hukuki ilişkinin taraflarının davada taraf olması, taraf sıfatına ilişkindir. Söz konusu hukuki ilişkide alacaklı taraf davacı, borçlu taraf ise davalıdır; davanın o hukuki ilişkinin tarafı olmayan üçüncü bir kişi tarafından veya üçüncü bir kişiye karşı açılması durumunda bu kişinin taraf sıfatının bulunmadığı kabul edilecektir⁸⁵. Burada, dava konusu edilen alacağın alacaklısı olduğunu iddia eden taraf için aktif husumet, borçlusu olduğu iddia edilen taraf için pasif husumet söz konusudur.

⁸³ Atıcı, 28.

⁸⁴ Kuru, 122; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 187.

⁸⁵ Kuru, 122; Atıcı,79.

Taraf sıfatı, bir dava şartı olmayıp, maddi hukuka göre belirleneceğinden taraf sıfatının bulunmaması halinde davanın reddi usulden değil esastan ret niteliğinde olacaktır⁸⁶.

İşçi işveren uyumsuzluklarında da, davalı olarak gösterilen kişi ya da kişilerin iş ilişkisinin tarafı olmaması veya işverenler arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunmadığının tespit edilmesi halinde pasif husumet yani taraf sıfatı yokluğu nedeniyle reddine karar verilecektir⁸⁷.

E. İşçi İşveren Uyuşmazlıklarında Dava Türleri

1.Genel Olarak Dava Türleri

Dava türleri, öğretide, talep edilen hukuki korumaya göre ve talep sonucuna göre dava türleri olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁸⁸. Talep edilen hukuki korumaya göre dava türleri eda davası, tespit davası ve inşai davadır. Talep sonucuna göre dava türleri ise kısmi dava ve belirsiz alacak davasıdır.

a. Talep Edilen Hukuki Korumaya Göre

Talep edilen hukuki korumaya göre dava türlerinden eda davası, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105.maddesinde düzenlendiği üzere, Mahkemeden davalının bir şeyi vermesi, yapması veya yapmamasına yönelik hüküm verilmesi talep edilen dava türüdür. Bir alacak ya da tazminatın ödenmesi, eşyanın teslimi ya da taşınmazın tahliyesi gibi taleplerde dava bir eda davası niteliğindedir. Eda davası

⁸⁶ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14HD., 2020/600 E., 2020/492 K., 04/06/2020 T.

⁸⁷ Y9HD., 2017/17908 E., 2021/1250 K., 18/01/2021 T.; Y9HD., 2020/6472 E., 2020/11901 K., 14.10.2020 T.: “davalılar arasında belirli bir işin yapılıp teslim edilmesine ilişkin anahtar teslim işi konu alan bir eser sözleşmesi bulunduğu, davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla davalı ... A.Ş. yönünden pasif husumet yokluğu sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken...”

⁸⁸ Kuru, 146-154; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, 252.

neticesinde davacının talebi kabul edilecek olursa, hükmün ilamlı icra yoluyla yerine getirilmesi mümkündür.

Mahkemeden talep edilen, bir hakkın ya da hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut da belgenin sahteliğinin tespitine ilişkin ise, HMK'nın 106.maddesi anlamında bir tespit davasından söz edilir. Eda davasının aksine, tespit davasının kabulü halinde tespit hükmü ilamlı icra yoluyla yerine getirilemez⁸⁹.

Talep edilen hukuki korumaya göre dava türlerinden sonuncusu ise HMK'nın 108.maddesinde düzenlenen inşai davalardır. Bu maddeye göre, davacının talebi yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılmasına yönelik ise dava, inşai dava niteliğinde oluş boşanma, soybağının reddi, genel kurul kararının iptali taleplerini içeren davalar inşai davalara örnek gösterilebilir⁹⁰.

b. Talep Sonucuna Göre

aa. Kısmi Dava

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109/1.maddesine göre talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir. Bölünebilir nitelikteki bir alacak ya da hakkın bir kısmının dava konusu edilip diğer kısmının dava konusu edilmemesi halinde dava, kısmi dava niteliğindedir. Bölünebilir alacak ya da haktan anlaşılması gereken; davacının talep edebileceği birden çok alacak ya da hak bulunmasına rağmen bunlardan birinin talep sonucuna yazılması değil; tek bir alacak ya da hakkın kısmen talebe konu edilmesidir⁹¹.

⁸⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, 255.

⁹⁰ Kuru,151.

⁹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, 258.

Talep sonucunun bölünebilir olması gerektiğinden, uygulamada çoğunlukla alacak ya da tazminat davalarının kısmi dava olarak açıldığı görülmektedir. Davanın kısmi dava niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için davacı tarafça bu hususun açıkça belirtilmesi gerekmemekte; dava dilekçesi içeriğinden alacağın ya da hakkın yalnızca bir kısmının dava konusu edildiğinin anlaşılması yeterlidir⁹². Bununla birlikte uygulamada genellikle talep sonucunun “fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle” ya da “şimdilik” talep edildiği belirtilmek suretiyle kısmi davaya ilişkin irade açıklanmaktadır. Ancak, bu yöndeki irade açıklanmasa dahi, HMK’nın 109/3.maddesi gereğince, alacak ya da hakkın dava dilekçesinde talep sonucuna konu edilmeyen kısmından feragat edildiği sonucuna ulaşılmaz; bu kısmın ayrı bir davaya konu edilmesi veya aynı davada ıslah yoluyla talep edilmesi mümkün olur⁹³.

Kısmi davada, alacak ya da hakkın dava dilekçesinde talep sonucuna konu edilmeyen kısmı, yargılama sırasında ıslah yoluyla ya da ayrı bir dava açılması suretiyle talep edilebilir.

bb. Belirsiz Alacak Davası

Belirsiz alacak davası, HMK’nın 107.maddesinde düzenlenmiştir. Alacağın miktarının tam ve kesin olarak belirlenemeyeceği hâllerde, hukuki ilişkinin ve asgari bir miktar ya da değerin belirtilmesi suretiyle açılacak dava belirsiz alacak davasıdır. Davacı, alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirleyemediğinden, dava dilekçesinde asgari bir miktar göstermek suretiyle dava açar.

Bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilebilmesi için, dava tarihi itibarıyla söz konusu alacağın tam ve kesin olarak belirli olmaması, alacak miktarının belirlenmesinin objektif olarak davacıdan beklenemeyecek olması gerekir. Hangi

⁹² Kuru, 158.

⁹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, 258.

hallerde alacak miktarının belirlenemeyeceği hususunda ise her somut olayın özellikleri dikkate alınarak, objektif olarak dürüstlük kuralı çerçevesinde her türlü özen ve çabaya rağmen davacının miktarı tam ve kesin olarak belirleyip belirleyemeyeceği, alacak miktarının belirlenmesi için değerlendirilmelidir⁹⁴.

Alacak miktarının hangi hallerde tam ve kesin olarak belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hususunda Kanunkoyucu, HMK'nın 107/2.maddesinden anlaşılabileceği üzere, alacak miktarının karşı tarafın verdiği bilgi ya da tahkikat sonucunda elde edilecek veriler sayesinde belirlenebilecek olmasını aramıştır. Buna göre, davacının talep ettiği alacak miktarı davalıdan ya da tahkikat sırasında keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde elde edilecek bilgiler sayesinde belirlenebilecek ise, dava belirsiz alacak davası olarak açılabilir⁹⁵.

Alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu hallerde belirsiz alacak davası açılmaz; böyle bir durumda davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararı bulunmaması nedeniyle davanın HMK'nın 115/2.maddesi uyarınca reddine karar verilir⁹⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28.07.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanunun 5.maddesi ile değişik 107/2.maddesi uyarınca, belirsiz alacak davasında alacak miktarı tam ve kesin olarak belirli hale geldiğinde, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir; aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır.

HMK'nın 107/2.maddesinin 7251 sayılı Kanun ile değişik hali ile değişiklik yapılmadan önceki hali arasındaki fark dikkate alındığında, Kanunkoyucunun amacının

⁹⁴ Tanrıver, 4.

⁹⁵ Tanrıver, 7; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, 261; Kar, İş Yargılaması, 483.

⁹⁶ Tanrıver, 9; Akın, Belirsiz Alacak, 28; Y11HD., 2018/4627 E., 2019/5930 K., 30.09.2019 T.

alacak miktarı belirli hale geldiğinde, alacağın belirli hale geldiği ve karar verilmeden önce son talebinin belirlenmesi hususunda hakimın davacı tarafa hatırlatma yapması olduğu düşünülebilir.

7251 sayılı Kanun ile HMK'nın 107/2.maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, öğretide bir görüş, önceki dönemde davacının tahkikatın ne zaman sona erdirileceğini bilmemesi ve bu nedenle ilk bilirkişi raporundan sonra alacağı belirli hale getirme dilekçesi vermek ya da sonraki raporu beklemek suretiyle yüksek yargılama gideri riskiyle karşı karşıya kalması şeklindeki dezavantajın sona erdiğini; hakimın tahkikatı sona erdirmeden önce iki haftalık kesin süre içinde talebini belirlemesini davacıya bildirmesinin davayı aydınlatma görevinin gereği olduğunu savunmaktadır⁹⁷.

Kanaatimizce, hakime, alacağın belirli hale geldiğini taraflara hatırlatma görevi yüklemek doğru değildir. Her ne kadar yukarıda açıklanan görüş tarafından kanun değişikliği öncesi durumda yüksek yargılama gideri riskiyle karşı karşıya kalınması suretiyle davacının dezavantajının bulunduğu savunulmuş ise de, kısmi dava açabilecekken avantajları nedeniyle belirsiz alacak davası açan davacının söz konusu dezavantajı da göze alması gerekir. Davacı taraf aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesi ihtimali nedeniyle hakime görüş açıklama ya da yol gösterme olarak değerlendirilebilecek bir hatırlatma görevi yüklenmemelidir. Zira, alacak miktarının bilirkişi raporu ile tespit edildiği davalarda, örneğin fazla çalışma iddiası taraf delil ve tanıklarına göre kısmen sabit görülerek yapılan fazla çalışma ücreti alacağı hesabı neticesinde ortaya çıkan miktar esas alınarak hakim tarafından davacı tarafa alacağın belirli hale geldiği yönünde hatırlatma yapılması, hesaplama esas alınan haftalık fazla çalışma saati kadarıyla fazla çalışma iddiasının sabit görüldüğü yönünde görüş açıklaması olarak değerlendirilebilecektir. Böyle bir durumda, hakimın taraflara yol gösterdiği şeklinde itirazların vuku bulması muhtemeldir⁹⁸. Bunun yanında, alacağın

⁹⁷ Öztekt/Taşpınar Ayvaz/Kale, 103.

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, 271.

bir kısmının dava konusu edildiği kısmi davalarda da alacak miktarı bilirkişi raporu yoluyla belirlendiğinde ıslah yoluyla belirlenen alacağın tamamının talep edildiği ve bu davalarda davacı tarafa ıslah yoluyla alacağın tamamını talep edebileceği yönünde bir hatırlatma görevinin yüklenmediği de dikkate alındığında belirsiz alacak davalarında hakime bu şekilde bir hatırlatma görevinin yüklenmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz⁹⁹.

2. İşçi-İşveren Uyuşmazlıklarında Belirsiz Alacak Davası-Kısmi Dava

İşçi alacağı ve tazminat talepli davaların belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı öğretide ve uygulamada uzun yıllar tartışılmış, Yargıtay daireleri arasında farklı görüş ve uygulamalar oluşmuş ve bu husus İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul kararına da konu olmuştur.

Belirtmek gerekir ki, meselenin özünde, belirsiz alacak davasının aşağıda açıklanacağı üzere zamanaşımının tüm alacak yönünden dava tarihi itibarıyla kesilmesi ve faizin dava tarihinden itibaren işletilecek olması ile alacağın kalan kısmının ıslaha gerek kalmaksızın HMK'nın 107/2.maddesi uyarınca talep edilebilecek olması şeklindeki avantajları nedeniyle davacı taraflarca tercih edilmesi bulunmaktadır¹⁰⁰.

İşçi alacak ve tazminatlarının belirsiz alacak davasına konu edilip edilemeyeceğine dair savunulan görüşlerden birine göre; alacak ve tazminatların belirlenmesine ilişkin olarak çalışma sürelerini, kullandırılan yıllık izin günlerini ve yapılan ödemeleri gösterir belgelerin işveren tarafından tutulmasının gerekmesi, eğitim düzeyi ve sosyal durumları birbirinden farklı olan işçilerin çıplak ve giydirilmiş ücretleri ve dolayısıyla alacak ve tazminatlarını hesaplamasının kendilerinden beklenemeyecek olması, alacak ve tazminata esas ücret miktarı ve hizmet süresinin

⁹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, 270.

¹⁰⁰ Pekcanitez, 934.

taraflar arasında ihtilaflı olması, söz konusu alacak ve tazminatların hesap raporu alınmak suretiyle hesaplanması gerektiğinden belirsiz alacak kabul edilmesi ve hesaplanacak alacak miktarı üzerinden hakim tarafından takdiri indirim yapılabilecek olması gerekçeleriyle alacak ve tazminat talepleri belirsiz alacak davasına konu edilebilir¹⁰¹. Benzer nitelikteki bir başka görüş; işçinin çalıştığı süreyi ve fazla çalışma süresini bilemeyeceği, çalışma ve ücrete ilişkin hususlarda kayıt dışılık nedeniyle işçinin ücret miktarını tespit edemeyebileceği¹⁰², işçinin alacak ve tazminat miktarlarının hesaplamayacağı gerekçeleriyle işçi alacak ve tazminat taleplerinin belirsiz alacak davası olarak açılabilceğini savunmaktadır¹⁰³.

Belirtildiği gibi, işçi alacak ve tazminatlarının belirsiz alacak davasına konu edilip edilemeyeceğine ilişkin Yargıtay daireleri arasında görüş farklılıkları bulunmaktaydı. Bu hususta Yargıtay 9.Dairesi'nin içtihatları; işçi ücret ve ekleri ile çalışma süresi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da işçiye işveren tarafından çalışma süresine ve ücreti ile eklerine dair yasal yükümlülüğe rağmen işverence belge verilmemiş olması halinde kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı talepli davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilceği; fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil çalışması ücreti alacaklarına ilişkin taleplerin, bu alacakların tanık beyanları ile ispatı halinde hakim tarafından takdiri indirim yapılacak olması nedeniyle belirsiz alacak niteliğinde olduğu yönündeydi¹⁰⁴.

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin kararlarında ise; fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde hakim tarafından takdiri indirim yapılacak olması nedeniyle bu alacakların belirsiz alacak olarak kabul edilebileceği; buna karşılık taraflar arasında çalışma süresi ve ücret miktarı yönlerinden uyuşmazlık

¹⁰¹ Kar, İş Yargılaması, 484-490.

¹⁰² Akın, Belirsiz Alacak, 30.

¹⁰³ Yavaş, 372 vd.

¹⁰⁴ Y9HD., 2019/1208 E., 2019/5111 K., 28.02.2019 T.

bulunmasının alacağı belirsiz hale getirmeyeceği ve bu nedenle yıllık izin ücreti alacağı ile birlikte kıdem ve ihbar tazminatının belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı kabul edilmekteydi¹⁰⁵.

Yargıtay dairelerinin içtihatları arasındaki farklılık nedeniyle içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş ise de Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 2016/6 Esas 2017/5 Karar sayılı 15.12.2017 Tarihli kararı ile her bir somut olayın özelliğine göre mahkemelerin alacağın belirli mi yoksa belirsiz alacak mı olduğunu tespit etmeleri gerektiği, alacağın türü itibarıyla bir alacağın belirli veya belirsiz alacak olduğundan söz edilemeyeceği, bu hususta yapılacak içtihadı birleştirmenin, içtihadı birleştirme kararlarının soyut, genel ve her defasında geçerli normatif yapısıyla bağdaşmayacağı gerekçeleriyle içtihadı birleştirmeye gerek bulunmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin kapatılmasından sonra Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin belirsiz alacak davası ile ilgili içtihadında değişiklik olmuştur. Dairenin 12.10.2020 Tarihli ilke kararı ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacakları işçi tarafından bilinmekle kural olarak belirsiz alacak davasına konu edilmeyecekleri, ancak hesabın unsurları olan sosyal hakların miktarının belirlenmesi işveren tarafından sunulacak belgelere göre belirlenecek ise, kıdem ve ihbar tazminatının belirsiz alacak davasına konu edilebileceği kabul edilmiştir¹⁰⁶. Ancak aynı kararda, yeni ilke kararının hemen uygulamaya konulmasının dairenin önceki görüşüne güvenilerek dava açanlar yönünden hukuki güvenlik, hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik ve sürpriz karar yasağı ilkelerinin ihlaline yol açacağı gerekçesiyle benimsenen yeni görüşün Yargıtay Kararları Dergisi ya da başkaca yollarla duyurulmasından itibaren makul bir süre sonra uygulamaya konulacağı, dairenin

¹⁰⁵ Y22HD., 2017/42715 E., 2020/9068 K., 08.07.2020 T.

¹⁰⁶ Y9HD., 2016/25611 E., 2020/11433 K., 12.10.2020 T.

görüşüne güvenilerek açılan davalarda ise önceki uygulamaya devam edileceği belirtilerek kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin belirsiz alacak davası olarak açılmasına karşılık anılan gerekçelerle bozma kararı verilmemiştir¹⁰⁷.

Kanaatimizce, yukarıda açıklandığı üzere; davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi için uyumsuzluğa konu alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenememesi veya belirlenmesinin davacıdan beklenmesinin objektif olarak mümkün olmaması gerekir. İş davalarında da her alacak ve tazminat türü yönünden ve her somut olayın farklı özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle miktarın tam ve kesin olarak belirlenip belirlenemeyeceğine göre değerlendirme yapılmalıdır¹⁰⁸.

Alacak ve tazminatların hesabında esas alınacak ücret miktarı ve çalışma süresi hususunda taraflar arasında ihtilaf bulunması, talebe konu alacak ve tazminatları belirsiz hale getirmez¹⁰⁹. Davanın belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı ve dolayısıyla belirsiz alacak davası olarak açılmasında, bir dava şartı olarak dava tarihi itibarıyla bulunması gereken hukuki yarar şartının bulunup bulunmadığı, dava açıldıktan sonra davalının davacı tarafça ileri sürülen ücret miktarını ve hizmet süresini inkar edip etmeyeceğine göre değerlendirilemez. Ayrıca, davalı kabul etmese dahi, davacı taraf ispatlamakla yükümlü olduğu ücret miktarını ve çalışma süresini bilmekte, buna göre bir iddiada bulunmaktadır; davalının davacı tarafça iddia edilenden daha az ücret kararlaştırıldığına veya ileri sürülen çalışma süresinden daha kısa süre ile çalışıldığına dair savunması, ücret miktarı ve çalışma süresine göre hesaplanan alacak ve tazminatları belirsiz hale getirmez.

Bize göre, kural olarak, işçi ücretini ve çalışma süresini bildiğinden, ücret ve çalışma süresine ilişkin iddiasını ispatlayıp ispatlayamamasından ayrı olarak, kıdem

¹⁰⁷ Kararın gerekçesine göre: “Somut uyumsuzlukta, davacı tarafça belirsiz alacak davası açılmıştır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere Dairemiz tarafından daha önce verilen kararlarda hukuki yarar yokluğu sebebiyle dava şartı yokluğuna bağlı davanın reddi kararları verilmediğinden dairenin önceki görüşüne güvenilerek belirsiz alacak davası şeklinde açılan bu davada belirtilen husus bozma nedeni yapılmamıştır.”

¹⁰⁸ Tanrıver, 29.

¹⁰⁹ Tanrıver, 31.

tazminatı ve ihbar tazminatının belirsiz alacak davasına konu edilememesi gerekir¹¹⁰. Bununla birlikte; işveren tarafından işçiye yol, yemek, yakacak, giyim gibi sosyal yardımlarda bulunuluyorsa bunların değeri de bilirkişi yoluyla tespit edilmesi¹¹¹, belirlenen değerin de giydirilmiş ücrete dahil edilmesi gerektiğinden bu tür sosyal yardımların söz konusu olduğu durumlarda giydirilmiş ücretin esas alınacağı kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin belirsiz alacak davasına konu edilebileceği kabul edilmelidir¹¹².

Ücret alacaklarına ilişkin taleplerin de, yüzde usulü ücret ve parça başı ücretin kararlaştırıldığı ve bu nedenle işveren kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması gereken haller hariç olmak üzere, belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği söylenebilir¹¹³.

Buna karşılık, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağı taleplerinde işçi, bu tür çalışmalarının miktarını işverence tutulan işyeri kayıtları, puantaj kayıtları, turnike geçiş veya parmak okuma sistemlerindeki veriler, bilgisayar açılış-kapanış kayıtları sayesinde tespit edebilecekse, bu hallerde de belirsiz alacak davası açılabilir¹¹⁴. Ancak somut olaya özgü değerlendirme yapılarak, davacının işveren taraftan elde edilebilecek söz konusu kayıtların getirilmesi ile ilgili bir talebi bulunmuyorsa, örneğin yalnızca her hafta tatilinde çalışmasının olduğunu ve bu iddiasını tanık beyanlarıyla ispatlayacağını beyan ediyorsa bu durumda da talebin belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği kabul edilmelidir. Aynı şekilde, yıllık ücretli izin alacağı talepleri uzun yıllara dayanabileceğinden ve davacı işçiden her yıl ayrı ayrı kaç gün yıllık ücretli izin kullandığını bilmesi beklenemeyeceğinden, çalışma süresi boyunca hiç yıllık izin kullanmadığına yönelik bir iddiası yoksa ve işveren

¹¹⁰ Pekcantez, 949.

¹¹¹ Y9HD., 2019/8273 E., 2021/2937 K., 01.02.2021 T.: “Her ne kadar tanıklar davacının yazılı miktarlarda yemek yardımından faydalandığını açıklamış iseler de, Mahkemece söz konusu sosyal yardımın (3 öğün yemek bedeli) işverene maliyeti araştırılarak belirlenen miktarın ücrete giydirilmesi gerekirken tanık beyanlarındaki tutarların dikkate alınması hatalıdır.”

¹¹² Tanrıver, 35; Simil, 366.

¹¹³ Tanrıver, 34; Simil, 362.

¹¹⁴ Tanrıver, 32; Simil, 364.

tarafından tutulan kayıtların da incelenmesi gerektiği yönünde bir talebi bulunuyor ise, bu durumda da işçinin kullanmadığı yıllık ücretli izin gün sayısı işveren tarafından sunulacak kayıt ve belgeler ile tespit edilebileceğinden, bu hallerde yıllık ücretli izin alacağı talebinin de belirsiz alacak davasına konu edilebileceği kanaatindeyiz.

3. İş Davalarında Dava Türüne Göre Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

a. Zamanaşımı

Belirsiz alacak davasında zamanaşımı, yalnızca dava dilekçesinde belirtilen alacak miktarı yönünden değil; tüm alacak yönünden dava tarihi itibarıyla kesilir. Bu nedenle, davacı tarafça HMK'nın 107/2.maddesi uyarınca talebin artırılması halinde, artırılan miktarlar için davalı tarafça zamanaşımı def'inde bulunulsa dahi dikkate alınmaz¹¹⁵.

Buna karşılık, işçi alacağı ve tazminat taleplerinin kısmi davada ileri sürülmesi halinde, zamanaşımı dava dilekçesinde talep edilen miktarlar yönünden dava tarihi itibarıyla kesilecek; davacı tarafça ıslah yoluyla talebin artırılması halinde artırılan miktar yönünden ıslah tarihinden itibaren zamanaşımı hesaplanacaktır. Bunun bir sonucu olarak, kısmi davada ıslaha karşı davalı tarafça zamanaşımı def'inde bulunulacak olursa, bu def'inin dikkate alınması gerekecektir¹¹⁶.

¹¹⁵ Tanrıver, 15; Y22HD., 2015/19610 E., 2015/33690 K., 03.12.2015 T.:“fazla çalışma ve genel tatil alacaklarının belirsiz alacak davasına konu edilebilecek nitelikte alacak oldukları ve davacı vekili tarafından belirsiz alacak davası açılarak talepte bulunulduğu anlaşılmakla; belirsiz alacak davasında, davanın açılması ile alacağın tamamına ilişkin zamanaşımı süresi kesildiğinden, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107/2. maddesi gereğince talebin arttırılması ıslah olarak nitelendirilip ıslaha karşı zamanaşımı def'inin dikkate alınması isabetli olmamıştır.”

¹¹⁶ Y22HD., 2017/26934 E., 2020/5090 K., 17.03.2020 T.: “kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir. Bu halde davalı tarafın ıslah dilekçesine karşı ileri sürdüğü zamanaşımı def-i dikkate alınmaksızın fazla mesai alacağına karar verilmesi hatalı olmuştur.”

b. Faiz

Belirsiz alacak davasında, talebe konu işçi alacakları ve tazminatlarında faiz, dava ve talep artırım tarihlerine göre bölünmez. Bir diğer deyişle, davalı dava tarihinden önce temerrüde düşürülmemiş ise, dava dilekçesinde talep edilen miktar ile birlikte alacağın tamamı için dava tarihinden itibaren faize hükmedilir¹¹⁷.

Davaya konu işçi alacakları ve tazminatlar kısmi dava olarak talep edilmiş ise; bu durumda dava dilekçesinde talep edilen miktar ve ıslah dilekçesi ile artırılan miktarlar yönünden faizin bölünmesi gerekir. Bu anlamda, dava dilekçesinde talep edilen miktar yönünden dava tarihi, ıslah yoluyla artırılan miktar yönünden ıslah tarihi esas alınarak faize hükmedilecektir¹¹⁸.

F. İş Mahkemelerinde Uygulanacak Yargılama Usulü

1. Genel Olarak

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı yargılama ve basit yargılama usulü olarak iki farklı yargılama usulü benimsenmiştir. Genel kural yazılı yargılama usulü olmakla birlikte, kanunlarda açıkça belirtilen davalarda ve HMK'nın 316.maddesinde sayılan dava ve işlerde basit yargılama usulü uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316.maddesi uyarınca, hizmet ilişkisinden doğan dava ve işlerde de basit yargılama usulü uygulanacaktır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri

¹¹⁷ Tanrıver, 16; Y22HD., 2017/40315 E., 2020/8193 K., 30.06.2020 T.:“belirsiz alacak davası olarak açılan fazla çalışma, hafta ve genel tatil ücreti alacaklarına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekir iken, dava ve ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi, aynı zamanda dava tarihi 28/01/2014 olduğu halde genel tatil ücreti alacağı yönünden dava tarihinin 22/08/2013 olarak gösterilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

¹¹⁸ Y22HD., 2017/9017 E., 2020/8475 K., 02.07.2020 T.: “dava kısmi dava olarak açılmış olup dava ve ıslah dilekçesinde talep edilen ücret alacağı miktarlarına dava ve ıslah tarihinden faiz yürütülmesi gerekirken ücret alacağın tamamına dava tarihinden olacak şekilde faiz yürütülmesi de hatalı olup ayrıca bozmayı gerektirmiştir.”

Kanunu'nun 7.maddesine göre de iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanacaktır.

Basit yargılama usulüne tabi olan işçi işveren uyuşmazlıklarında dava süreci, genel hatlarıyla davanın açılması ve davaya cevap verilmesi yani dilekçeler teatisi aşaması, ön inceleme duruşması, tahkikat aşaması ve hükümden oluşacaktır. Yazılı yargılama usulünden farklı olarak, basit yargılama usulüne tabi olması nedeniyle iş davalarında sözlü yargılama aşaması öngörülmemiştir.

2. Davanın Açılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 317/1.maddesine göre dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 37.maddesinde ise basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçelerinin UYAP Bilgi Sistemlerinde yer alan dava ve cevap dilekçesi formları doldurulmak suretiyle de verilebileceği belirtilmiştir. Dava dilekçesine, davalı sayısı kadar örnek eklenir (HMK m.118).

HMK'nın 118.maddesine göre dava tarihi, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihtir. Dava, fiziksel ortamda mesai saatine ve elektronik ortamda (UYAP üzerinden) ise saat 00:00'a kadar açılabilir (HMK Yönetmeliği m.36/10). HMK Yönetmeliği'nin 36/2.maddesinde dava dilekçesinin dava harca tabi ise harç ve gider avansı, harca tabi değil se gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edileceği belirtilmiştir. Ancak, bu hükme aykırı olarak harca tabi olmakla birlikte harcı tahsil edilmeden açılan davada dava tarihi, sonradan harcın tamamlatırıldığı tarih değil yine dilekçenin kaydedildiği yani havale edildiği tarih olarak kabul edilmelidir¹¹⁹. Aynı şekilde, davanın bir başka

¹¹⁹ Y12HD., 2017/357 E., 2018/5230 K., 24.05.2018 T.: “Somut olayda, her ne kadar borçlunun, dava konusu itirazın son günü olan 16.02.2016 tarihinde harç yatırmadığı ve hak düşürücü süreyi geçirdiğinin borçluya bildirildiği şeklinde tutanak düzenlenmiş ve bu duruma göre hüküm oluşturulmuş ise de borçlunun icra mahkemesine sunduğu itiraz dilekçesinin havale tarihinin

yer mahkemesinden muhabere yoluyla açılması halinde de dilekçenin asıl mahkemeye ulaştığı gün değil, taşra mahkemesince dava dilekçesinin kaydedildiği gün açılmış sayılır¹²⁰. Özellikle işe iade talepli davalarda hak düşürücü süre öngörülmüş olması nedeniyle dava tarihinin büyük önemi bulunmaktadır¹²¹.

3. Dava Dilekçesinin İçeriği

Dava dilekçesinde yer alması gereken unsurlar HMK'nın 119/1.maddesinde sayılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verileceği, bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında sayılmayan unsurlar, mahkemenin adı, davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değeri, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği ve dayanılan hukuki sebeplerdir. Bunlar, dava dilekçesinde bulunması zorunlu olmayan, davanın görülmesine engel olmayan, eksiklik halinde davacı tarafa tamamlaması için süre verilmeyecek unsurlardır. Örneğin davacı tarafın iddiasına dayanak olan vakıaların ya da bu vakıaların hangi delillerle ispat edileceğinin dava dilekçesinde belirtilmemesi halinde, bu husus davanın görülmesine engel olmayacak; ancak davacının davasında haklılığının ispatını güçleştirecektir¹²².

16.02.2016 olduğu ve yine aynı tarihte dilekçesinin kaydedildiği anlaşılmakta olup, kayıt tarihinin dava tarihi olacağının kabulü ile, borçlunun süresinde itirazda bulunmuş olduğu açıktır.”

¹²⁰ Y23HD., 2013/4482 E., 2013/5836 K., 27.09.2013 T.: “davacı vekilinin, Ankara Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla gönderdiği dava dilekçesinin 12.12.2012 tarihinde kaydedildiği anlaşılmıştır. Buna göre dava, sıra cetvelinin davacı tarafa tebliği edildiği 07.12.2012 tarihinden itibaren, 7 günlük yasal sürede açılmış olduğu halde, tevzi formu üzerindeki 17.12.2012 tarihinin dava tarihi olarak kabulü ile davanın süreden reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.”

¹²¹ İstanbul BAM 24HD., 2019/2355 E., 2019/2986 K., 24.10.2019 T.

¹²² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, 277.

Dava konusunun değeri HMK'nın 119/2.maddesi uyarınca dava dilekçesinde yer alması gereken zorunlu unsurlar arasında sayılmamış ise de; işçi alacak ve tazminat davaları ile dava değerinin belirlenmesinin mümkün olduğu diğer tüm malvarlığına ilişkin davalarda dava değerinin dava dilekçelerinde gösterilmesi 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 16/3.maddesi uyarınca zorunludur; aksi halde dava dilekçesi işleme konulmayacaktır¹²³. Belirtmek gerekir ki; harcın hiç yatırılmadığının ya da eksik yatırıldığının yargılama sırasında fark edilmesi halinde, Harçlar Kanunu'nun 30. ve 32.maddeleri uyarınca yalnızca o celse için duruşmaya devam olunur, davacı tarafa harç eksikliğini tamamlamak üzere takip eden celseye kadar süre verilir. Süresi içinde harcın tamamlanmaması halinde HMK'nın 150/1.maddesi uyarınca işlem den kaldırılır. Bu tarihten itibaren 3 aylık süre içinde harcın ödenmesi halinde yargılamaya devam olunmak üzere taraflara yeniden duruşma gün ve saati tebliğ edilir; buna karşılık 3 aylık süre içinde harcın tamamlanmaması halinde HMK'nın 150/5.maddesi uyarınca açılmamış sayılacaktır¹²⁴.

HMK'nın 119/1.maddesinin (b) ve (c) bentleri ile maddenin ikinci fıkrası göz önünde bulundurulduğunda davacının T.C. kimlik numarası ve davacı ile davalının adı, soyadı ve adreslerinin dava dilekçesinde yer almasının zorunlu unsurlardan olduğu anlaşılmaktadır. Belirtilmelidir ki, davalının davacı tarafça bildirilen adresine çıkarılan tebligatın tebliğ edilememesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilemez; bu halde adres araştırması ya da ilan tebligat yoluyla taraf teşkili Mahkemece sağlanmalıdır. Bir diğer deyişle, HMK'nın 119.maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için dava dilekçesinde davalı tarafın adresinin hiç belirtilmemiş olması gerekir¹²⁵.

¹²³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, 278.

¹²⁴ Y9HD., 2015/27335 E., 2019/18686 K., 23.10.2019 T.; Y9HD., 2011/31081 E., 2011/29772 K., 13.09.2011 T.; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 48HD., 2020/3338 E., 2021/153 K., 28.01.2021 T.

¹²⁵ Y8HD., 2018/4681 E., 2020/624 K., 23.01.2020 T.: “davacı tarafça davalının adresinin dava dilekçesinin bildirildiği, bu adreste davalı adına tebligat yapılamadığı anlaşıldığına göre yukarıda

Dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından biri açık bir şekilde talep sonucunun belirtilmesidir (HMK m.119/1-ğ). Hakimın tüm talepler hakkında bir karar vermesi gerektiğinden ve taleple bağlı olup talepten fazlasına hükmedemeyeceğinden talebin de herhangi bir tereddüte düşürmeyecek kadar açık olması gerekir. Talep sonucunun belirtilmemesi veya açıklık bulunmaması halinde HMK'nın 119/2.maddesi gereği bir haftalık kesin süre verilir; kesin süre içinde eksikliğin giderilmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

HMK'nın 110.maddesi uyarınca davacı tarafça aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini içerecek şekilde dava açılması halinde davaların yığılması yani objektif dava birleşmesi söz konusu olur. Bu tür durumlarda da talep sayısı kadar dava bulunduğundan her talep hakkında ayrı hüküm kurulması gerekeceğinden, davaya konu edilen her talebin dava dilekçesinde açık bir şekilde belirtilmesi gerekir. İşçi işveren uyuşmazlıklarında da kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla çalışma ya da hafta tatili ücreti gibi alacak kalemlerinin aynı dava içinde talep edildiği davalarda, talep edilen toplam alacak miktarı değil her alacak kalemi yönünden ayrı ayrı talep edilen miktarın açıkça belirtilmesi gerekir. Hangi alacak kalemi yönünden ne kadar miktar talepte bulunulduğu anlaşılamıyor ise bu durumda davacı tarafa talep sonucunun açıklattırılması, verilecek bir haftalık kesin sürenin sonunda belirsizlik giderilmemiş olur ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekir¹²⁶.

açıklandığı üzere HMK'nın 119/2. maddesinin uygulanma imkanı bulunmadığına göre, mahkeme tarafından yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.”

¹²⁶ Y9HD., 2017/6254 E., 2017/16442 K., 23.10.2017 T.: “dava dilekçesinde toplam 9.500,00 TL miktarda olarak belirtilen talebin, her bir kalem için ayrı ayrı ne kadar miktarda olduğunun ve bu kalemlerin ıslahla ne kadar miktarda artırıldığı hususunu açıklaması, bir başka anlatımla talep sonucunu açık bir şekilde belirtmesi, için HMK'nın 119/2 maddesi uyarınca davacı vekiline bir haftalık kesin süre verilmesi ve verilen bu süre içinde eksiklik giderilip her bir kalem için istenen tazminat ve alacak miktarları ayrıştırılırsa, buna göre tüm talepleri karşılayacak şekilde ayrı ayrı ve her bir kalem yönünden yasal olarak tabii olduğu faiz türü ve faiz başlangıç tarihlerinden itibaren davanın talebi de gözetilerek ayrı ayrı faiz işletilerek hüküm kurulması...”

İşçi işveren uyuşmazlıklarında dava dilekçesi içeriğinden davanın kısmi dava olarak mı belirsiz alacak davası olarak mı açıldığı anlaşılamıyor ise, bu hususun da HMK'nın 119/2.maddesi uyarınca davacı tarafa açıklattırılması gerekmektedir¹²⁷.

4. Davaya Cevap

Dava dilekçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 122.maddesi uyarınca, Mahkemece davalıya tebliğ edilir. Tebliğ zarfında, iki hafta içinde davaya cevap verilebileceği belirtilir.

Dava dilekçesi, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak tebliğ edilmelidir. Dava dilekçesinin davalıya tebliği işleminin usulsüz olduğunun davalının itirazı üzerine ya da mahkemece re'sen tespit edilmesi halinde yargılamanın diğer aşamalarına geçilemez. Aksi hal, savunma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olacağından yapılacak usul işlemleri hukuka aykırı olacaktır. Davalı tarafça süresi içinde sunulan bir cevap dilekçesi bulunmaması halinde, dava dilekçesinin davalıya tebliğinin usulsüz olduğu yargılamanın herhangi bir aşamasında anlaşılabilecek olursa, bu durumda en başa dönülerek dilekçenin davalı tarafa usulüne uygun olarak tebliğinin sağlanması ve davalıya savunma ve delillerini bildirmek üzere imkân tanınması gerekir¹²⁸.

Dava dilekçesini usulüne uygun olarak tebliğ alan davalı, tebliğ tarihinden itibaren iki haftalık süre içinde cevap dilekçesi sunabilir. Ancak, HMK'nın 317/2.maddesi uyarınca, mahkeme durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında

¹²⁷ Y9HD., 2020/4669 E., 2021/2248 K., 26.01.2021 T.

¹²⁸ Y9HD., 2017/11602 E., 2019/1460 K., 17.01.2019 T.: “davalıya yapılan tebligat gerek adres gerekse tebligatı almaya yetkili kişi yönünden usulüne uygun değildir. Yapılacak iş, dava dilekçesinin, davalı vekiline, davalı vekilinin artık bulunmadığının anlaşılması halinde davalının merkez adresi Ticaret Sicil Müdürlüğünde celbedilerek merkez adresine tebliğ edilerek taraf teşkili sağlandıktan ve bu kapsamda usulüne uygun süreler tanınmak sureti ile tüm deliller toplandıktan sonra işin esasına girilerek çıkacak sonuca göre karar vermektir.”

mahkemeye başvuran davalıya, cevap süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlamak, bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir. Ek cevap süresi talebinin, iki haftalık cevap süresi içinde yapılması gerekir; cevap süresi dolduktan sonra ek cevap süresi talebinde bulunulamaz¹²⁹.

Davalı, dava dilekçesine cevap vermeyerek sessiz kalabilir. Davalı tarafça davaya karşı cevap dilekçesi sunulmaması, dava dilekçesinde davacının ileri sürdüğü vakıaların tamamı inkar edilmiş sayılması sonucunu doğurur (HMK m. 128). İki haftalık cevap verme süresinden sonra sunulan dilekçe de cevap dilekçesi olarak kabul edilemeyeceğinden, bu halde de dava dilekçesinde ileri sürülen vakıaların tamamı inkar edilmiş sayılır.

Dava dilekçesine karşı cevap vermeyen veya sunduğu cevap dilekçesi iki haftalık cevap verme süresi içinde olmayan davalının, davacının ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkar etmiş sayılacağından yalnızca bu inkar çerçevesinde delil gösterebileceği yönünde görüşler bulunsa da¹³⁰, Yargıtay, süresi içinde cevap dilekçesi sunmayan davalının ödeme belgeleri hariç olmak üzere davacının açık muvafakati bulunmaması halinde delil bildiremeyeceğini kabul etmektedir¹³¹.

Bu noktada, uygulamada çok karşılaşılan cevap dilekçesinde zamanaşımı definin ileri sürülmemesine ilişkin Yargıtay içtihatlarına da değinilmesi gerekir. Süresi içinde sunulan cevap dilekçesinde davalı tarafça zamanaşımı definin ileri sürülmemesi halinde,

¹²⁹ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 15HD., 2018/2234 E., 2020/1603 K., 30.12.2020: “İş bu davalının cevap süresinin 08/07/2016 tarihinde dolmasına rağmen ek cevap süresi talebinin 09/07/2016 tarihinde süresinden sonra verildiği görülmek ilk derece mahkemesinin ek cevap verme yetkisinin bulunmadığı ortadır. Dolayısıyla ek cevap verilmesine olanak sağlayan ara kararının sonuç doğurmayacağı anlaşılmakla iş bu davalının süresinde cevap ve delil bildirmediğinin kabulü ile sonuca gidilmesi gerekecektir.”

¹³⁰ Kuru, 187; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, 293.

¹³¹ Y9HD., 2016/27458 E., 2017/17244 K., 02/11/2017 T.: “Davalı cevap dilekçesi ve delillerini iki haftalık süre geçtikten sonra 24.02.2016 tarihinde bildirmiştir. Davacının süresinde sunulmayan delillere karşı açık bir muvafakati bulunmamaktadır. Süresinde cevap verilmemesinin hükmü 6100 sayılı HMK’nın 322/1 ve 128. maddeleri uyarınca davanın reddinin talep edildiği anlamına gelmekle birlikte hakkı ortadan kaldırır nitelikte ödeme belgeleri dışında süresinde verilmeyen ve davacı tarafın açık muvafakati bulunmayan delillerin dikkate alınmaması gerekir.”

davanın ilerleyen aşamalarında zamanaşımı definde bulunulması savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmeli ve ancak davacının açık rızasının bulunması halinde geçerli kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay, cevap dilekçesinin ıslah edilmesi suretiyle zamanaşımı definin ileri sürülebileceğini, böyle bir durumda yapılacak hesaplamada zamanaşımı hususunun dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir¹³². Davalı tarafça süresi içinde cevap dilekçesi sunulmamışsa, sonradan zamanaşımı definin ileri sürülmesi mümkün değildir. Buna karşılık Yargıtay’a göre, kısmi davalarda davacı tarafça talep sonucunun ıslah edilmesi halinde, süresinde cevap dilekçesi sunmayan davalının dahi ıslah dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftalık süre içinde ıslaha konu alacak miktarlarına yönelik zamanaşımı defini ileri sürmesi mümkündür¹³³.

HMK’nın 129.maddesinde cevap dilekçesinde bulunması gereken unsurlar ve 130.maddesinde bu unsurlardan zorunlu olanlar sayılmıştır. Buna göre cevap dilekçesinde davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği ve açık bir şekilde talep sonucu cevap dilekçesinde bulunması gereken unsurlar olmakla birlikte bu unsurların cevap dilekçesinde yer alması zorunlu olmayıp eksiklik halinde davalı tarafa süre verilmeyecektir. Cevap dilekçesinde bu unsurların yer almaması, davanın esasına ilişkin olarak davalının aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Buna karşılık; cevap dilekçesinde, mahkemenin adının, davacı ile davalının adı, soyadı ve adreslerinin, davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili

¹³² Y9HD., 2016/25824 E., 2020/2760 K., 24.02.2020 T.: “Zamanaşımı definin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür (Yargıtay HGK. 04.06.2011 gün 2010/ 9-629 E. 2011/ 70. K.). Somut uyuşmazlıkta; dava kısmi dava olup, davacının 07.03.2016 tarihli ıslah dilekçesi davalı vekiline 22.03.2016 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı vekili Uyp sistemi üzerinden gönderdiği 23.03.2016 tarihli dilekçesinde yasal süresi içinde ıslaha karşı zamanaşımı defini ileri sürmüştür. Mahkemece, fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarında ıslaha karşı ileri sürülen zamanaşımı defini dikkate alınmadan alacakların hüküm altına alınması isabetsizdir.”

¹³³ Y22HD., 2016/21869 E., 2019/19738 K., 23.10.2019 T.: “davalı tarafından süresi içerisinde ibraz edilmiş cevap dilekçesi bulunmadığından, cevap dilekçesinin ıslahı suretiyle dava zamanaşımı itirazında bulunmak mümkün olmayıp, mahkemece dava zamanaşımının gözetilmemesi yerinde ise de, ıslah zamanaşımı definin değerlendirilmemesi hatalı olmuştur.”

işlemlere esas olmak üzere yurt içinde göstereceği bir adresin, davalının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasının, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adreslerinin, davalının veya varsa kanuni temsilcisinin yahut vekilinin imzasının bulunması zorunludur. Bu unsurlardan birinin eksikliği halinde Mahkemece davalı tarafa eksiklik giderilmek üzere bir haftalık süre verilecek; bu süre içinde eksiklik giderilmezse cevap dilekçesi verilmemiş sayılacaktır.

İlk itirazlar olan yetki itirazı ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Aksi halde, HMK'nın 131.maddesi gereği, cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile ilk itirazlar ileri sürülemeyecektir.

5. Delillerin Gösterilme Zamanı

Basit yargılama usulüne tabi olan iş mahkemelerinde, yazılı yargılama usulünden farklı olarak, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri verilmez (HMK m.317/3). Yazılı yargılama usulünden farklı olarak, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319). Buna göre, taraflardan biri, dava ve cevap dilekçesinde dayanmadığı bir vakıaya, karşı tarafın açık rızası bulunmuyorsa, daha sonradan dayanamayacaktır; böyle bir durumda daha sonradan dayanılan vakıaya iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı uyarınca itibar edilemeyecektir¹³⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delillerin gösterilmesi başlıklı 318.maddesi, tarafların dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan

¹³⁴ Baskan, 328.

bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorunda olduklarını düzenlemektedir. Kanunun 140/5.maddesinde ise 139.madde uyarınca yapılan ihtara rağmen dilekçelerinde gösterdikleri belgeleri sunmayan veya belgelerin getirilmesi için gerekli açıklamayı yapmayan tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verileceği öngörülmüştür.

O halde basit yargılama usulünün uygulandığı iş mahkemelerinde taraflar, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı uyarınca dava ve cevap dilekçelerinde dayandıkları vakıalara ilişkin olarak daha sonradan değişiklik veya ekleme yapamayacakları gibi; dayandıkları vakıaları hangi delillerle ispat edeceklerini dava ve cevap dilekçelerinde göstermek zorundadırlar. Bir diğer deyişle taraflar, dava ve cevap dilekçelerinde bildirmiş oldukları delillerle bağlı kalacak; ilerleyen aşamalarda yeni delil bildiremeyeceklerdir¹³⁵. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/1-f. ve 129/1-e. bentlerinde iddia ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin dava ve cevap dilekçelerinde bildirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Dava ve cevap dilekçesi sunulduktan sonra yeni delil gösterilememesinin istisnası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145.maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa, veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir. Taraflardan birinin süresinden sonra sunduğu delile itibar edilebilmesi için, delilin sonradan sunulmasının tarafın önemsememesine, ihmalkarlığına, davayı uzatma amacına değil mazur görülebilir bilgisizliğine veya delile ulaşmasının engellenmesi gibi nedenlere dayanmalıdır¹³⁶.

¹³⁵ Kuru; 240; Kar, İş Yargılaması, 602 ve 608.

¹³⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 403; Y4HD., 2017/1795 E., 2019/2583 K., 06.05.2019 T.: “*soruşturma dosyasında tüm makbuzların bulunduğu düşüncesiyle hem soruşturma dosyasındaki makbuzlara hem de dava dilekçesine eklediği makbuzlara delil olarak dayanan davacı kooperatifin, yönetimin değiştiği ve eski yönetimle ilgili devam eden bir soruşturmanın da bulunduğu yönündeki beyanı da gözetildiğinde, kendi kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle yeni temin ettiği makbuzları sonradan*

Dava dilekçesi kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilen davalı taraf, iki haftalık süre içinde cevap dilekçesi sunmamışsa, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır (HMK m.128). Cevap dilekçesi sunulmaması veya dava dilekçesinin tebliğ edilmesinden itibaren iki haftalık süreden sonra cevap dilekçesi sunulması halinde dilekçeler teatisi aşaması dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftalık sürenin sonunda dolduğundan, davalı tarafça yeni bir vakıaya dayanılmaz ve delil bildirilemez. Böyle bir durumda mahkemece HMK'nın 140/5.maddesi uyarınca delillerini göstermek üzere süre verilmesinin de hukuki bir değeri yoktur¹³⁷.

Süresinden sonra delil sunulamaması kuralına Yargıtay bir istisna getirerek ödeme itirazının yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, ödemeye ilişkin makbuz veya ibraname gibi belgeler ilk defa temyiz aşamasında sunulsa dahi bu belgeler dikkate alınarak dava konusu alacak ya da tazminat ile ilgili değerlendirme yapılması gerekir¹³⁸.

Yargıtay, bir kararında işçinin yıllık izin kullandığına dair puantaj kayıtlarının ve ücret bordrosunun temyiz aşamasında ileri sürülmesinin, bu belgelerin de borcu sona erdiren belge niteliğinde kabul edilerek, yapılacak hesaplamada söz konusu belgelerin de dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir¹³⁹. Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu ise

delil olarak ileri sürmesinin, yargılamayı uzatmaya matuf olduğu söylenemez. Şu halde mahkemece, davacı kooperatifin delillerinin tamamı toplanarak alacak kapsamının belirlenmesi gerekirken..."

¹³⁷ YHGK., 2014/2-695 E., 2016/522 K., 20.04.2016 T.: "dava dilekçesinin davalıya 31.05.2012 tarihinde usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesinden sonra süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmediğinden savunmanın dayanağı olarak süresinde ileri sürülen bir delil (HMK. M. 129/1-e) bulunmadığından yerel mahkemenin davalıya delil göstermesi için süre vermesine yasal olarak imkân bulunmadığının kabulü gerekir."

¹³⁸ Y22HD., 2017/26156 E., 2020/1109 K., 23.01.2020 T.: "Ödeme itirazı yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Kural olarak, yargılama aşamasında sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delilin o davaya konu olan borcu kesin olarak ortadan kaldıran bir nitelik taşımasıdır. Borcun ödendiğini gösteren makbuz veya ibraname bu istisnanın tipik örneğidir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27.01.2010 tarih 2009/9-586 esas-2010/31 karar sayılı kararı) Somut olayda, davalı işveren tarafından temyiz aşamasında fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti ödemelerine ilişkin belge ibraz edildiği görülmektedir.Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, işverence ibraz edilen belgeler mahkemece değerlendirilerek..."

¹³⁹ Y22HD., 2017/13110 E., 2018/13007 K., 24.05.2018 T.: "Davalı ... temyiz dilekçesinde, bu ayların puantaj kaydını, ücret bordrosunu ve sunmuş olup sunulan belgelerden 2007 Mart ayında 14 gün,

bir kararında, yıllık izin belgelerinin süresinden sonra sunulmuş olması nedeniyle söz konusu belgelere itibar edilemeyeceğini kabul etmiştir.

6. Ön İnceleme

Basit yargılama usulüne tabi işçi işveren uyuşmazlıklarında dava dilekçesinin davalı tarafa tebliği ve davalının cevap dilekçesi sunması ya da cevap dilekçesi verilmesi dahi iki haftalık cevap süresinin dolması ile birlikte dilekçeler teatisi aşaması tamamlanmış olacaktır; basit yargılama usulünde cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri öngörülmemiştir.

Taraf teşkili sağlanıp dilekçeler teatisi aşaması tamamlandığında ön incelemeye geçilecektir. Öncelikle belirtilmelidir ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320/1.maddesinde basit yargılama usulünde mümkün olan hallerde tarafların duruşmaya davet edilmeksizin dosya üzerinden karar verilebileceği öngörülmüştür. Ancak hangi hallerde dosya üzerinden karar verilebileceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, dosya üzerinden karar verilebilecek hallerin hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmeyecek haller ile sınırlı tutulması gerektiği ve bu nedenle yalnızca dava şartları ve ilk itirazlar hakkında taraflar duruşmaya davet edilmeksizin dosya üzerinden karar verilebileceği görüşündedir¹⁴⁰.

Dosya üzerinden karar verilebilmesine ilişkin bu istisna hali hariç olmak üzere, mahkemece tespit edilecek ön inceleme duruşma günü taraflara tebliğ edilir. Taraflara çıkarılacak tebligatta yer alacak hususlar HMK'nın 28.07.2020 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanunun 13.maddesiyle değişik 139.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin

2008 Mayıs ayında 14 gün olmak üzere 28 günlük mahsubu gereken yıllık izin süresi daha olduğu anlaşılmaktadır. Sözü edilen belgeler ilk kez temyiz aşamasında sunulmuş ise de ödeme belgesi mahiyetinde kabul edilmelidir. Ödeme belgesinin hakkı ortadan kaldıran özelliği nedeni ile yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gereklidir.”

¹⁴⁰ Y9HD., 2016/9772 E., 2016/7725 K., 29.03.2016 T.

diğer hususlar ile tarafların sulh için gerekli hazırlığı yapmaları gerektiği taraflara ihtar edilir. Ön inceleme duruşmasına taraflardan sadece birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda gelmeyen taraf, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyecek olup bu husus da taraflara çıkarılacak tebligat ile birlikte ihtar edilecektir. HMK'nın 139.maddesinin önceki halinde, ön inceleme duruşmasına taraflardan sadece birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, duruşmada hazır bulunan tarafın, duruşmaya gelmeyen tarafın muvafakatine gerek kalmaksızın iddia ve savunmasını genişletebileceği veya değiştirebileceği öngörülmüştü. Buna karşılık maddede 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde diğer tarafın serbestçe iddia veya savunmasını genişletebileceğine veya değiştirebileceğine dair bu düzenleme kaldırılmış olup; taraflar karşı tarafın açık rızası olmaksızın veya ıslah yoluna başvurmaksızın iddia veya savunmasını genişletip değiştiremeyecektir.

7251 sayılı Kanunun 13.maddesiyle HMK'nın 139.maddesine yapılan ekleme ile davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceğine dair ihtarın taraflara ön inceleme duruşma gününün bildirileceği tebligata eklenmesi gerekir. Bu ihtara rağmen taraflardan biri, dilekçelerinde gösterdiği belgeleri sunmaması veya belgelerin getirtilmesi için gerekli açıklamayı yapmaması halinde, ön inceleme duruşmasında bu tarafın bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verilir.

Belirtilmelidir ki taraflardan biri ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemişse duruşmaya devam edilir ve gelmeyen taraf yokluğunda yapılacak işlemlere itiraz edemeyecektir. Bununla birlikte, ön inceleme duruşmasına gelmeyen taraf, geçerli

bir mazeret sunmuş ve bu mazereti Mahkemece kabul edilmişse, HMK'nın 140.maddesi gerekçesinde belirtildiği üzere ön inceleme duruşması sonunda tanzim edilecek tutanak adeta yargılamanın seyrini belirleyen bir yol haritası niteliğinde ve bu nedenle ön inceleme duruşması özel bir öneme sahip olduğundan, mazeret sunan tarafın yokluğunda ön inceleme duruşması yapılmayarak duruşmanın ertelenmesi gerekir¹⁴¹.

Ön inceleme duruşmasında Mahkeme, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler ve sonrasında dava konusu hakkında tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar tespit eder. Taraflar sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatılarak sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilir; Mahkeme, sulh veya arabuluculuk yoluna başvurabileceği yönünde kanaate ulaşırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. (HMK m.140/1,2).

Tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alabilecekleri yönünde kanaat oluşmaması ya da HMK'nın 140/2.maddesi uyarınca kendilerine verilecek süre sonunda sonuç alınamaması halinde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır ve tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür (HMK m.140/3 ve m.320/2).

Ön inceleme duruşması sonunda, hak düşürücü süreler ve davalı tarafın varsa zamanaşımı def'i hakkında inceleme yapılarak karar verilir (HMK m.142). Davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığının tespit edilmesi veya talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığının tespit edilmesi halinde tahkikat aşamasına geçilmeksizin davanın reddi gerekecektir¹⁴².

¹⁴¹ Y15HD., 2020/2619 E., 2020/2852 K., 22.10.2020 T.; İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 18HD., 2018/985 E., 2021/20 K., 21.01.2021 T.: “mesleki mazereti kabul edilen davacı/k.davalı vekilinin, yokluğunda ön inceleme yapılmasına ilişkin talebi bulunmamasına karşın, mazereti kabul edilmesine rağmen yokluğunda ön incelemenin tamamlanmış olması doğru olmamıştır.”

¹⁴² Kuru, 209; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 320.

7. Tahkikat

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137/2.maddesinde ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemeyeceği ve tahkikat için duruşma günü verilemeyeceği düzenlenmiştir. O halde, dilekçeler teatisi aşamasının tamamlanmasından ve ön inceleme duruşmasından sonra tahkikat aşamasına geçilecek; ön inceleme tamamlanmadan tahkikata ilişkin işlemlere başlanamayacaktır.

Taraflar ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra tahkikat ve sözlü yargılama için duruşmaya davet edilir (HMK m.147/1). Taraflardan biri, ön inceleme duruşmasına mazeretli ya da mazeretsiz olarak katılmamış ise, tahkikat duruşma gününün duruşmada hazır olmayan tarafa tebliğ edilmesi gerekir¹⁴³.

HMK'nın 320/3.maddesi uyarınca tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılması ön inceleme duruşması hariç olmak üzere iki duruşmada tamamlanır. O halde, basit yargılama usulünde tahkikatın iki duruşmada tamamlanması hedeflenmektedir. Yine, aynı maddeye göre, duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamayacak ve bir aydan sonrasına duruşma günü belirlenebilmesi ya da ikiden fazla duruşma yapılabilmesi için hakimın bunun gerekçesini belirtmesi gerekecektir.

Tahkikat aşamasında, taraflarca ileri sürülen vakıaların doğruluğu araştırılır. Ön incelemede tespit edilen uyuşmazlık konuları çerçevesinde, taraf iddia ve savunmaları ve bunların ispatına yönelik olarak sunulan deliller değerlendirilmek suretiyle maddi gerçekliğe ulaşılmaya çalışılır. Bu anlamda, tahkikat aşamasının, tarafların ispat

¹⁴³ Y2HD., 2015/4857 E., 2015/19205 K., 22.10.2015 T.; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26HD., 2020/1949 E., 2020/2302 K., 22.12.2020 T.: “davalıya çıkarılan tebligatta ön inceleme ve tahkikat duruşmasının birlikte yapılacağı hususu yazılı değildir. Bu durumda, mahkemece HMK 320. maddesi uyarınca ön inceleme duruşması tutanağını düzenleyip, tahkikat duruşması için gün vermesi ve bunu davalıya tebliğ etmesi gerekmektedir.”

faaliyetinde bulunduğu ve mahkemenin de iddia ve savunmalarının ispatına yarayan delilleri incelediği aşama olduğu söylenebilir¹⁴⁴.

İşçi işveren uyuşmazlıklarında da tahkikat aşamasında Mahkemece, SGK kayıtları, bordro ve puantaj kayıtları, ticari defterler, banka kayıtları gibi yazılı delilleri incelemek, tanık dinlemek, gerektiğinde keşif yapmak, bilirkişi raporu almak veya tarafları isticvap etmek suretiyle uyuşmazlığın esası hakkında bir kanaate ulaşılır.

8. Hüküm

a. Genel Olarak

Daha önce de belirtildiği üzere iş davaları basit yargılama usulüne tabi olduğundan, bu davalarda sözlü yargılama aşaması öngörülmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 321/1.maddesi uyarınca tahkikatın tamamlanmasından sonra, duruşmada hazır olan tarafların son beyanları alınır ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmez.

Yargılama sonucunda Mahkemece uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verilebileceği gibi usule ilişkin bir karar da verilebilir veya davanın konusuz kalması da söz konusu olabilir. Uyuşmazlığın esası hakkındaki kararlara hüküm adı verilmekte olup (HMK m.294/1) talebin niteliğine göre eda hükmü, tespit hükmü ya da inşai hüküm verilebilecektir.

Usule ilişkin kararlarda ise uyuşmazlığın esasına girilmeksizin görevsizlik, yetkisizlik, diğer dava şartlarının bulunmaması nedeniyle usulden ret, harcın tamamlanmaması veya davanın takip edilmemesi nedeniyle HMK'nın 150.maddesi uyarınca açılmamış sayılma, HMK'nın 123.maddesi gereği davalının açık rızası ile

¹⁴⁴ Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, 328-329.

davanın geri alınması nedeniyle açılmamış sayılma, görevsizlik ve yetkisizlik kararı üzerine dosyanın süresinde Mahkemesine gönderilmesinin talep edilmemesi nedeniyle açılmamış sayılma suretiyle yargılama sona erer.

Dava konusunun yargılama sırasında herhangi bir nedenle ortadan kalkması halinde dava konusuz kalacak ve esas hakkında karar verilmesine gerek kalmayacaktır. Örneğin işe iade talepli davada davacının vefat etmesi¹⁴⁵ veya dava sırasında işe başlatılması¹⁴⁶, talep edilen işçi alacağı ya da tazminatın tamamının davalı tarafça yargılama sırasında davacıya ödenmesi¹⁴⁷ hallerinde dava konusuz kalır. Bu hallerde esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilir. Taraflar arasında yargılama gideri ve vekalet ücretine ilişkin taleplerin varlığı ve devamı halinde ise HMK'nın 331.maddesi uyarınca dava tarihi itibarıyla tarafların haklılık durumlarına göre yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilecek olup davaya haklılık durumu belirlenmek üzere devam edilmelidir¹⁴⁸.

Bunların yanında yargılama, taraf işlemleri ile de sona erdirilebilir. HMK'nın 307. ve devamı maddelerinde davaya son veren taraf işlemleri düzenlenmiştir. Buna göre, davacı tarafça talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçilmesi suretiyle davadan feragat edilmesi (HMK m.307), davalı tarafça talep sonucuna kısmen veya tamamen muvafakat edilmesi suretiyle davanın kabul edilmesi (HMK m.308), tarafların karşılıklı olarak anlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri suretiyle sulh olunması (HMK

¹⁴⁵ Y9HD., 2009/21710 E., 2009/22886 K., 15.09.2009 T.

¹⁴⁶ Y9HD., 2015/20015 E., 2015/25049 K., 09.09.2015 T.: “dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmeli ve bu sebeple feshin geçersizliğine karar verilmelidir. Bu durumda, davacının işe iade ve işe başlatmama tazminatlarına dair taleplerinin konusuz kaldığı kabul edilmelidir. Buna karşılık davacı işçi, açıkça feragat etmemiş yada talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının ise hüküm altına alınması gerekir.”

¹⁴⁷ Y9HD., 2016/2053 E., 2019/11410 K., 20.05.2019 T.: “Davacının kıdem tazminatı talebi işveren tarafından kabul edilmiş olup dava açıldıktan sonra 30.12.2014 tarihinde 23.425,90 TL miktarında ödeme yapılmıştır. Mahkemece kıdem tazminatı ile ilgili dava konusuz kaldığından “Karar verilmesine Yer Olmadığına” karar verilmesi yerinde ise de davanın açılışında talep edilen 10.000 TL kıdem tazminatı tutarının kabul edilmiş gibi vekalet ücreti ve karar ilam harcı dışındaki yargılama giderlerinde davacı lehine dikkate alınmaması hatalıdır.”

¹⁴⁸ Kuru, 338.

m.313) hallerinde de dava sona erer. Feragat, kabul ve sulh de kesin hüküm gibi sonuç doğuracaktır (HMK m.311 ve m.315).

Hüküm, duruşmada tefhim edilir ve hüküm sonucu duruşma tutanağına geçirilerek okunur (HMK m.294/2-3). Kararın gerekçesinin kısa kararla birlikte tefhim edilmemesi halinde, tefhim tarihinden itibaren bir ay içinde gerekçenin yazılması gerekir.

HMK'nın 297/2.maddesine göre hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. Bu madde uyarınca hükmün açık ve anlaşılır olması, herhangi bir tereddüt uyandırmaması, eda hükümlerinin infaza elverişli olması; diğer taraftan her bir talebin karşılanmış gerekir. İşçi işveren uyuşmazlıklarında işçi alacağı ve tazminat talepleri aynı davada içinde talep edildiğinden; her bir alacak kalemi yönünden ayrı hüküm kurulmalıdır. Yine, davacı tarafça talep edilmiş ise faiz ile ilgili olarak da olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi; faiz türü ve faiz başlangıç tarihinin açıkça belirtilmesi gereklidir.

b. İşe İade Davalarında Hüküm

4857 sayılı İş Kanunu'nda 7036 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce, iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçinin İş Kanunu'nun 20.maddesi uyarınca işveren feshinin geçerli nedene dayanmadığı iddiasıyla işe iadesini talep etmesi ve mahkemece işveren feshinin haklı ya da geçerli bir nedene dayanmadığının tespiti halinde, feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin işe iadesi ile birlikte, en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücretine ve en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarındaki iş güvencesi tazminatına hükmedilmekte; ancak söz konusu ücret ve tazminat hükümde miktar olarak değil süre

olarak yer almaktaydı¹⁴⁹. Bu nedenle, öğretide işe iade davalarında kurulan hükmün eda hükmü niteliğinde değil tespit hükmü niteliğinde olduğu, eda hükmü içermediğinden söz konusu ücret ve tazminatın ilamlı icraya konu edilebilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmekteydi¹⁵⁰. Bu durum, söz konusu ücret ve tazminatın tahsil edilebilmesi için yeni bir dava açılmasını zorunlu kılmaktaydı.

7036 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun 21.maddesine eklenen dördüncü fıkra uyarınca, feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi halinde iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların işçinin dava tarihindeki ücreti esas alınarak parasal olarak belirlenecektir. Belirtilmelidir ki iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret miktarı, davacı tarafça talep edilmemiş olsa dahi mahkemece parasal olarak belirlenecektir¹⁵¹. Böylece, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, hem işçi hükmedilen alacak ve tazminat miktarlarının tahsili için ikinci bir dava açmak zorunda kalmayacak hem de yargı üzerindeki yük azaltılmış olacaktır. Mahkemece boşta geçen süreye ve iş güvencesi tazminatına ilişkin olarak esas alınacak ücret, işçinin dava tarihi itibarıyla brüt ücreti olacaktır¹⁵².

Öğretide, bir görüşe göre, 7036 sayılı Kanunla hükmedilecek boşta geçen süreye ilişkin ücreti ve iş güvencesi tazminatının parasal miktar olarak belirlenmesine dair değişiklik dikkate alındığında işe iade davası sonunda verilen hükmün tamamen eda hükmü olarak kabul edilmesi gerektiği, zira yapılan değişiklik sonrasında ücret ve tazminat miktarının parasal olarak belirleyen mahkeme hükmünün doğrudan icra edilebilir nitelikte olmasının amaçlandığı savunulmaktadır¹⁵³. Kanaatimize göre bu görüş, Kanunkoyucunun, önceki düzenlemeden farklı olarak boşta geçen süre ücreti ile iş güvencesi tazminatının parasal olarak belirlenmesini öngörmesi ile hükmün doğrudan

¹⁴⁹ Süzek, 660; Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, 18; Yılmaz, 49; Y9HD., 2015/16910 E., 2015/26466 K., 28.09.2015 T.

¹⁵⁰ Süzek, 660; Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, 18; Özekes, 65.

¹⁵¹ Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, 20.

¹⁵² Konya BAM 8HD., 2019/2899 E., 2020/498 K., 08.05.2020 T.

¹⁵³ Özekes, 70.

icra edilebilmesini amaçladığı dikkate alındığında haklıdır. Bu durumda, işveren işçiyi işe başlatması konusunda zorlanamayacağından yalnızca parasal olarak belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret ilamlı icra takibine konu edilebilecektir¹⁵⁴.

Buna karşılık, öğretideki diğer bir görüşe göre, 7036 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun 21.maddesinde yapılan değişiklikleri , işe iade davası sonunda verilecek hükmün tespit hükmü niteliğini değiştirmedığını savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar tarafından, İş Kanunu'nun 21.maddesinde “tespit edilerek feshin geçersizliğine” ifadesinin halen yer almış olması, boşta geçen süre ücretinin doğumunun işçinin işe başvurması ve iş güvencesi tazminatının doğumunun işverence işçinin işe başlatılmaması şartlarına bağlı olması ve bu nedenle şarta bağlı söz konusu alacakların icra takibine konu edilemeyecek olması gerekçelerine dayanılmaktadır¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Özkes, 72.

¹⁵⁵ Süzek, İşe İade, 15-16; Astarlı, 45-46.

§ 2. İŞÇİ-İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARINDA İSPAT

I. Genel Olarak İspat ve İspat Yüğü Kavramları

A. İspat

Türk Dil Kurumu, ispat kelimesini “tanıt veya kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama” olarak tanımlamaktadır. Hukuk yargılaması açısından ispat ise, davanın tarafları arasında çekişmeli olan hususlarda tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdığı olguların (vakıaların) gerçekliği hakkında mahkemede kanaat oluşturması olarak tanımlanabilir¹⁵⁶.

Taraflar, iddia ve savunmalarına esas teşkil eden vakıaları ispatlayabildikleri sürece dava lehlerine sonuçlanabilecektir. Taraf, kendi iddia veya savunmasının gerçekliğini, karşı tarafça ileri sürülen vakıaların doğru olmadığını ortaya koymalıdır; aksi halde dava, ne kadar uyuşmazlığın esasında haklı olursa olsun haklılığını ispat edemeyen tarafın aleyhine sonuçlanacaktır¹⁵⁷. Bu halde, kabul edilen adli gerçek ile maddi gerçek farklı olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 187.maddesinde belirtildiği üzere ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşımadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur. O halde taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan vakıalar ile uyuşmazlığın çözümünde bir etkisi bulunmayan vakıaların ispatına gerek bulunmamaktadır. Yine, herkesçe bilinen vakıalar ile ikrar edilen vakıalar da ispatın konusunu oluşturmaz (HMK m.187/2).

Hukuk yargılamasına hakim olan ve iş davalarında da kural olan taraflarca getirilme ilkesi uyarınca, Kanunda öngörülen istisnalar uyarınca taraflarca ileri

¹⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 365; Kuru, 231-232.

¹⁵⁷ Özdemir, 7.

sürülmeyen şey ya da vakıalar kendiliğinden dikkate alınamayacağından (HMK m.25), ispatın konusunu oluşturmaz.

B. İspat Türleri

1. Asıl İspat- Karşı İspat- Aksini İspat

Amacı yönünden ispat faaliyeti asıl ispat, karşı ispat ve aksini ispat olarak üçe ayrılır. Asıl ispat, ispat yükü üzerinde bulunan tarafın iddia veya savunmasını dayandırdığı vakıaların ispatıdır. Karşı ispat ise HMK'nın 191.maddesinde düzenlenmiş olup; taraflardan birinin, ispat yükünü taşıyan karşı tarafın iddiasının doğru olmadığına, bu iddiaları çürütmeye yönelik ispat faaliyetidir¹⁵⁸. Karşı ispat faaliyetinde bulunulması, yani ispat yükü üzerinde olmamasına rağmen karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaların gerçeği yansıtmadığına dair delil sunulması halinde ispat yükü yer değiştirmez.

Karinelerle, bir olay ya da hukuki durumun varlığı veya yokluğu, varlığı bilinen bir başka olaydan çıkarım yapılarak doğru kabul edilir. Karineler, fiili veya kanuni olabilir. İddia veya savunmasının doğruluğunu ispat faaliyetinde bulunan taraf, kanuni bir karineye dayanmış ise, yalnızca karinenin temelini oluşturan vakıayı ispat etmesi yeterlidir (HMK m.190/2). Örneğin, işçi tarafından alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun iddia edilmesi durumunda, İş Kanunu'nun 2/7.maddesi uyarınca asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacağı aksi halde asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edileceği şeklindeki kanuni karinede davacı işçinin yalnızca daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse ile alt işverenlik ilişkisi kurulduğunu veya asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam

¹⁵⁸ Özdemir, 7; Çiftçi Türkel, 406; Albayrak, 6.

ettirildiğini ispat etmesi yeterli olup, ayrıca muvazaanın varlığını ispat etmesi gerekmez. Burada, HMK'nın 190/2.maddesi uyarınca karşı tarafın kanuni karinenin aksini ispat edebileceği hükmünden hareketle, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmadığını davalı asıl ve alt işverenler ispatlayabilir¹⁵⁹. İşte, kanuni karinenin aksine, kendi iddia veya savunmasının doğruluğunu ispat faaliyetine aksini ispat adı verilmektedir¹⁶⁰.

2. Doğrudan İspat- Dolaylı İspat

İspat, içeriğine göre doğrudan ve dolaylı ispat olarak ikiye ayrılır. Doğrudan ispatta, doğrudan ileri sürülen vakıanın gerçekliği ortaya konulmaya çalışılır. Dolaylı ispat ise, emare ispatı olarak da adlandırılmakta olup; iddia veya savunma konusu vakıanın gerçekliğinin emare niteliğindeki başka vakılara dayanılarak ispatlanmaya çalışılmasıdır¹⁶¹. Dolaylı ispatta, hayat tecrübelerinden hareketle, bir vakıadan yola çıkılarak başka bir vakıanın da büyük bir ihtimalle doğruluğu kabul edilir¹⁶². İş davalarında da Yargıtay'ca işçinin psikolojik tacize uğradığı iddiasını kuvvetli emarelerle ispatlayabileceği kabul edilmektedir¹⁶³.

3. Tam İspat- Yaklaşık İspat

İspat ölçüsüne göre tam ispat ve yaklaşık ispat olarak ikiye ayrılır. İspat ölçüsü, maddi gerçeğe ulaşılmasında tarafların iddia ve savunmalarına dayanak olarak ileri sürdükleri vakıaların ispatında ortaya koydukları delillerin o vakıa ile ilgili olarak hakimde oluşturduğu kanaat derecesi olarak açıklanabilir. Tam ispat, taraflardan birinin ileri sürdüğü bir vakıanın gerçekliği hususunda hakimin kesin bir kanaate

¹⁵⁹ Y9HD., 2016/23899 E., 2020/19397 K., 21.12.2020 T.

¹⁶⁰ Özdemir, 7; Albayrak, 7; Taşkın, 416.

¹⁶¹ Okur, 588; Albayrak, 22.

¹⁶² Taşkın, 415.

¹⁶³ Y9HD., 2015/32558 E., 2017/17092 K., 31.10.2017 T.

ulaştırılmasıdır¹⁶⁴. Tam ispatta hakim, iddia edilen vakıanın varlığına tam olarak inanmalı, vicdanen herhangi bir şüphesi bulunmamalıdır¹⁶⁵.

Yaklaşık ispatta ise ileri sürülen vakıanın doğruluğu hususunda hakim tam bir kanaate ulaştırılamamakla birlikte vakıanın muhtemel görülmesi sağlanmaktadır. Bu durum, öğretide, yaklaşık ispatta vakıanın doğru olma ihtimalinin olmama ihtimalinden yüksek olması yönünde bir kanaat edinildiği şeklinde açıklanmaktadır¹⁶⁶.

Hukukumuzda tam ispat kural, yaklaşık ispat ise istisnadır¹⁶⁷. Kanaatimizce, taraflardan birinin, ileri sürdüğü bir vakıanın doğruluğuna ilişkin ortaya koyduğu delillerle hakimin tam bir kanaate ulaştırılamaması halinde söz konusu vakıanın ispatlanmadığı kabul edilmeli; buna karşılık Kanunla öngörülen durumlarda veya somut olaya özgü olarak söz konusu vakıanın tam olarak ispatlanmasının taraflardan objektif olarak beklenemeyeceği ve bu ispat güçlüğüne taraflar arasında eşitsizliğe neden olduğu hallerde ispat ölçüsünün düşürülmesi yoluna gidilebilmelidir¹⁶⁸. HMK'nın 390.maddesinde geçici hukuki koruma tedbirlerinden ihtiyati tedbirin uygulanmasında talep eden tarafın haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yine, İcra ve İflas Kanunu'nun 258.maddesinde ihtiyati haciz talep eden tarafın haciz sebepleri hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeye mecbur olduğu belirtilmiştir; burada da tam ispatın gerekmeyip yaklaşık ispatın yeterli olduğu kabul edilebilir¹⁶⁹.

C. İspat Yükü

İspat yükü, uyuşmazlık konusu bir vakıanın gerçekliğinin mahkemece kabul edilebilmesi için vakıaya ilişkin iddiayı ispat etmesi gereken tarafı işaret eder. Öğretide

¹⁶⁴ Albayrak, 7; Taşkın, 410.

¹⁶⁵ Başözen, 656.

¹⁶⁶ Başözen, 656; Taşkın, 412.

¹⁶⁷ Başözen, 657.

¹⁶⁸ Çiftçi Türkel, 370.

¹⁶⁹ Y23HD., 2017/885 E., 2020/1988 K., 10.06.2020 T.

ispat yükü, çekişmeli vakıaların davanın hangi tarafınca ispat edilmesi gerektiği olarak ifade edilmektedir¹⁷⁰. İspat yükü kuralları ile her bir vakıanın kim tarafından ispat edilmesi gerektiği hususunun çerçevesi çizilmiştir. Çekişmeli bir vakıanın ispat yükü üzerinde bulunan taraf, iddiasını ispat edemezse aleyhine doğacak sonuçlara katlanacaktır. Bu nedenle ispat yükü, bir yükümlülük olarak değil bir külfet (yük) olarak nitelendirilmektedir¹⁷¹.

Hakimin, taraflarca ileri sürülen vakılara ilişkin olarak sunulan deliller vasıtasıyla tam bir kanaate ulaşması halinde ispat yükünün hangi tarafta olduğunun belirlenmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, taraflar arasında ihtilaflı olan bir hususta bir kanaate ulaşılamaması halinde, bu vakıanın hangi tarafça ispat edilmesi gerektiğinin belirlenmesi gerekir¹⁷². Zira, ihtilaflı bir vakıanın belirsiz kalması halinde, bu belirsizlik ispat yükü üzerinde bulunan taraf aleyhine sonuç doğuracaktır¹⁷³.

Uyuşmazlık konusu bir vakıda ispat yükünün hangi taraf üzerinde olduğunun belirlenmesinde ispat yükü üzerinde olmayan tarafa bu yükün yüklenmesi şeklinde yapılacak bir hata ile davanın ispat yükünün haksız olarak yüklendiği tarafın aleyhine olacak şekilde sonuçlanması muhtemel olduğundan maddi gerçeğe ulaşmada ispat yükünün doğru belirlenmesinin önemi büyüktür¹⁷⁴.

Mevzuatımızda iş yargılamalarında ispat usulünü düzenleyen özel bir kanun hükmü öngörülmemiştir. 7036 sayılı Kanunun 9.maddesinde bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu madde yollaması ile iş yargılamalarında da ispat ve ispat yükünün belirlenmesinde genel ispat kuralları uygulanacaktır.

7036 sayılı Kanunun 9.maddesi yollamasıyla iş davalarında da uygulanacak olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ispat yükü başlıklı 190.maddesi: "İspat

¹⁷⁰ Kuru, 233.

¹⁷¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 386.

¹⁷² Kuru, 234; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 386; Özdemir, 8.

¹⁷³ Yavaş, İspat Yükü, 751.

¹⁷⁴ Yavaş, İspat Yükü, 753.

yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.” hükmünü içermektedir. Yine, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6.maddesinde, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Söz konusu genel kural dikkate alınarak, her somut olayda ihtilaflı olan ve ortaya konulan delillerle yeterince açıklığa kavuşturulamadığından belirsiz kalan vakıanın tespit edilmesi ve bu vakıanın ispatlandığı varsayımında bu ispatın lehine olduğu tarafın belirlenmesi gerekir. Örneğin alacağın varlığını davacı ispat yükü altında ise de davalının alacağın zamanaşımına uğradığını ileri sürmesi halinde bu iddiasını ispatlamalıdır¹⁷⁵.

Genel ispat kuralı ispat yükünün ileri sürülen vakıadan kendisine hak çıkaran taraf üzerinde olduğu ise de, bazı hallerde ispat yükü yer değiştirebilmektedir. Bunlardan biri, ispat yükünün kanunla düzenlenmiş olmasıdır. Örneğin uygulamada işe iade davaları adı yaygın olarak kullanılan feshin geçersizliğinin tespiti davalarında 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20.maddesinin 2.fikrasında feshin geçerli bir sebebe dayandığının işveren tarafından ispat edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Aynı şekilde, hayatın olağan akışına aykırı bir iddiada bulunan taraf, genel ispat kuralından ayrı olarak, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Son olarak, kanuni veya fiili karinelerin varlığı halinde ispat yükü üzerinde bulunan taraf, 6100 sayılı HMK’nın 190.maddesinde düzenlenen genel ispat kuralı ile belirlenmez; bu halde, kanuni veya fiili karinenin aksini ispat eden, bu iddiasını ispat etmelidir.

¹⁷⁵ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, 388.

II. İşçinin Korunması- İşçi Lehine Yorum İlkesinin İspat Kuralları Üzerindeki Etkisi

İşçinin korunması, iş hukukunun temel amaçlarından olup, iş yaşamını düzenleyen hukuk kurallarının düzenlenmesinde önemli bir etkiye sahiptir. Zira, iş ilişkisinde ekonomik ve kişisel bağımlılığı nedeniyle işçi ile işvereni arasında bozulan güç dengesinin sağlanabilmesi, ancak işçiyi koruyacak hukuk kuralları ile mümkündür¹⁷⁶. Bu nedenle, işçinin korunması, bir ilke olarak iş hukukunda benimsenmiştir.

İşçinin korunması ilkesinin etkileri, öncelikle kanun yapımında, daha sonra ise kanun maddelerinin ve iş sözleşmelerinin yorumlanmasında görülmektedir. Uygulama yönünden belirsizlikler içeren ve yeterince açık olmayan kanun hükümleri ile sözleşme maddelerinin yorumlanmasında işçi lehine yorum yapılması esastır. Bu husus, Yargıtay İtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.5.1958 Tarih ve 1957/15 Esas 1958/5 Karar sayılı kararında da kabul edilmiştir. Söz konusu kararda: “Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zaif olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatında bu esas benimsenmiş bulunmaktadır.” gerekçelerine yer verilmiştir.

Bunların yanında, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri, bazı hallerde genel ispat yükü kuralının tersine çevrilmesi ve ispat yükünün işçi üzerinde olduğu

¹⁷⁶ Süzek, 17; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 22.

durumlarda işçi lehine ispat kolaylığı sağlanmasında da ortaya çıkmaktadır¹⁷⁷. İspat hususunda işçi lehine sağlanan bu uygulamaların bir kısmı kanuni temele dayalı olup, bir kısmı ise Yargıtay içtihatları ile hukukumuzda yerleşmiştir.

1475 sayılı mülga İş Kanun döneminde Kanunun 13.maddesinde düzenlenen kötü niyet tazminatı kapsamında değerlendirilen ayrımcılık yasağında, fesih hakkının kötüye kullanıldığının ispat yükü işçi üzerindeydi¹⁷⁸. Öğretide, ayrımcılığın ispat yükünün işçi üzerinde bulunmasının işçinin korunmasında yetersiz kaldığı savunulmaktaydı¹⁷⁹. 4857 sayılı İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesi başlıklı 5.maddesi ise işverence ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığı iddiasının ispat yükünü yine işçiye yüklemiş; bununla birlikte işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde, işverenin böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacağı öngörülmüştür. Böylelikle, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasında işçinin üzerinde bulunan ispat yükü, Kanunla getirilen hüküm ile birlikte bir ölçüde yumuşatılmıştır. Aynı şekilde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25/7.maddesi ile benzer bir hüküm öngörülmüş, fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını ispat yükünün işçiye ait olduğu, ancak işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde işverenin davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir.

Yine, daha sonra ayrıntılı olarak değinileceği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. Bununla birlikte, feshin işveren tarafından ileri sürülen sebepten başka bir sebebe dayandığını iddia eden işçi, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde, 6356 sayılı

¹⁷⁷ Akın, Fazla Çalışma Alacakları, 54; Okur, 589.

¹⁷⁸ YHGK., 1999/9-479 E, 1999/490 K., 9.6.1999 T.; Y9HD, 2012/7861 E., 2012/22090 K., 25.11.2002 T.

¹⁷⁹ Doğan Yenisey, 74.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25/6.maddesinde, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu, feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçinin feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Fesih nedeni ile ilgili bu kanun maddeleri ile, işçinin korunması ilkesinden hareketle, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı hususunda ispat yükü ters çevrilmiştir.

Mevzuatta yer alan düzenlemeler dışında, Yargıtay kararları ile de medeni yargılama usulünden ayrı ispat kuralları öngörülmüştür. Örneğin Yargıtay, delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁸⁰.

Aşağıda, işçi alacağı davalarında ve işe iade davalarında vakıaların ispatı için mevzuatta yer alan düzenlemeler ile Yargıtay içtihatları ile geliştirilen ispat uygulamaları her bir vakıa için ayrı ayrı değerlendirilecektir.

III. İşçi Alacağı Davalarında İspat

A. İş Sözleşmesinin İspatı

İşçi alacağı davalarında, ücret veya ücret eki niteliğindeki alacaklar ile feshe bağlı tazminatların talep edilebilmesi için öncelikle iş sözleşmesinin varlığının ispatlanması zorunludur¹⁸¹. İşveren tarafından iş sözleşmesinin varlığı inkar edilmiş veya sözleşme işverence vekalet veya istisna sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ise işçi, iş sözleşmesinin varlığını veya sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olduğunu ispat

¹⁸⁰ Y22HD, 2017/18074 E., 2018/27170 K., 13.12.2018 T.

¹⁸¹ Kılıçoğlu, 198; Keser, 673; Kar, 543; Çil, 91.

yükü altındadır. O halde, iş sözleşmesinin ispatını, sözleşme ilişkisinin ispatı ve sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığının ispatı olarak ikiye ayırarak incelemekte fayda bulunmaktadır.

1. Sözleşme İlişkisinin İspatı

İş sözleşmesinin adi veya resmi yazılı şekil şartına tabi olmaması, İş Kanunu'nun 8/2.maddesi gereği süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmeleri hariç olmak üzere, sözlü şekilde de kurulabilmesi bazı durumlarda işçi açısından ispat güçlüğü doğurabilir. İş sözleşmesi yazılı olarak yapılmış ise, bu durumda sözleşmenin varlığını ispatlamak kolaylaşacaktır. Buna karşılık, iş sözleşmesi sözlü olarak akdedilmiş ise, sözleşmenin varlığını ispat etmek için güçlü delillere ihtiyaç duyulacaktır.

İşçi işveren uyuşmazlıklarında, taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığı hususunda ihtilaf var ise, sözleşmenin varlığını iddia eden tarafça bu iddia ispatlanmalıdır¹⁸².

İş sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin esaslı unsurlarından çalışma olgusunun ispatıyla sağlanabilir¹⁸³. Bu ise tanık dahil her türlü delille ispatlanabilecektir. Bir diğer deyişle, iş sözleşmesinin varlığının ispatında senetle ispat zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁸⁴.

İş Kanunu'nun 8/2.maddesinde yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Davalı

¹⁸² Özdemir, 95.

¹⁸³ Özdemir, 69.

¹⁸⁴ Özdemir, 73.

tarafça davacıya söz konusu hüküm uyarınca yazılı bir belge verilmiş ise bu belge de iş sözleşmesinin varlığının ispatında güçlü bir delil olacaktır.

İş sözleşmesinin varlığının ve işçinin çalışma olgusunun tespitinde tanık beyanları önemli bir yer tutar. Tanık beyanları ile davacının davalıya ait işyerinde devamlılık arz edecek şekilde işverene bağımlı olarak çalıştığı anlaşılıyorsa diğer deliller de dikkate alınarak iş sözleşmesinin ispatlandığı kabul edilebilir. Yargıtay, işyerinde veya komşu işyerinde çalışanların tanıklığı önemli olduğu gibi tanık olarak dinlenecek kişinin tanıklığına güveni etkileyebilecek bir durumun olup olmadığı da araştırılması gerektiğine; tanıklar belirli bir dönem çalışmışlarsa ve başkaca delil yok ise tanık beyanlarına çalıştıkları süre ile sınırlı olarak itibar edilebileceğine hükmetmiştir¹⁸⁵.

SGK kayıtları da iş sözleşmesinin ispatında önemli bir yer tutar. Davacının davalıya ait işyerinde çalışmasının bulunduğu varsa hizmet döküm cetveli ve işe giriş bildirgesinden anlaşılabilir. Buna karşılık, SGK kayıtlarında, işçinin davalı işveren nezdinde çalıştığını iddia ettiği dönemde bir başka işyerinde çalışması görünüyorsa, başka işveren nezdinde çalışmasının bulunduğu süreye ilişkin olarak çalışma olgusunun ve dolayısıyla iş sözleşmesi bulunduğu iddiasının ispatlanamadığının kabulü gerekir.

İş sözleşmesinin varlığının ispatında, banka kayıtlarına da delil olarak dayanılabilir. Nitekim davalı tarafça davacıya her ay düzenli olarak ödeme yapılıyor olmasından ya da yapılan ödemenin açıklama kısmından çalışma karşılığı ücrete ilişkin olduğu anlaşılabilir. Unutmamak gerekir ki bu delillerin diğer delillerle birlikte değerlendirilerek taraflar arasında iş sözleşmesi bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

Yine, davalının varsa ticari defter ve kayıtları, işyeri iç yazışmaları, işyerine giriş çıkış kayıtları ve bunun gibi diğer deliller de davacının iş sözleşmesini ispatında önemli delillerdir¹⁸⁶. Bununla birlikte çalışma olgusunun tespitinde yukarıda belirtilen delillerle

¹⁸⁵ Y22HD, 2016/18088 E., 2019/15078 K., 04.07.2019 T.

¹⁸⁶ Y9HD., 2020/4713 E., 2021/4218 K., 18.02.2021 T.

sınırlı kalınmayarak somut olaya özgü değerlendirme yapılmalı; örneğin nakliye elemanı olarak çalıştığını iddia eden davacının çalışmasının tespitinde davalının sevk irsaliyeleri ile ödeme belgeleri incelenerek davacının bu belgelerde imzasının bulunup bulunmadığı¹⁸⁷, apartman görevlisi olarak çalıştığını iddia eden davacı ile ilgili olarak kat maliklerinin karar defteri incelenerek davacıya ödeme yapılmasına ilişkin karar bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 394/2.maddesinde kanuni bir karine öngörülmüştür. Bu karineye göre bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Madde gerekçesinde, taraflar arasındaki fiili hizmet ilişkisinin, fıkra da açıklanan koşullarla hizmet sözleşmesi sayılacağı belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca, HMK'nın 190/2.maddesi gereği işçinin karine temelini yani ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görme olgusunu ispatlaması halinde de iş sözleşmesinin varlığı ispatlanmış sayılacaktır. Ancak burada da çalışma olgusunun ispatı gerekecektir. Belirtilmelidir ki, ücret karşılığı iş görme olgusunun varlığı kabul edilse dahi, HMK'nın 190/2.maddesinin ikinci cümlesi uyarınca karşı tarafça sunulacak delillere göre sözleşmenin diğer iş görme edimi içeren vekalet ve eser sözleşmesi gibi diğer sözleşmelerden ayırt edilmesi ve bağımlılık unsurunun aranması gerekir.

2. Sözleşmenin İş Sözleşmesi Niteliğinde Olduğunun İspatı

a. Genel Olarak

Bilindiği üzere iş sözleşmesinin esaslı unsurları iş görme, ücret ödeme ve bağımlılık unsurlarıdır. İş görme borcunun diğer bazı sözleşmelerin de konusunu

¹⁸⁷ Ankara BAM 7HD., 2018/4310 E., 2020/1926 K., 23.09.2020 T.

oluşturması, bu sözleşmeler ile iş sözleşmelerinin ayırt edilebilmesi noktasında ihtilaflar çıkarabilmektedir. Aynı şekilde hakim, taraflar arasında ihtilaf olmasa dahi, taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığını, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33.maddesi uyarınca tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmaksızın değerlendirecektir. Nitekim, taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, görev hususunu da ilgilendirmekte; taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olmaması durumunda iş mahkemelerinin görevsizliği sonucu doğmaktadır.

İş sözleşmeleri, ücret karşılığı iş görme edimine yönelik olmakla birlikte işçinin işverene bağımlı olarak çalışmasını konu alır. Ücret ve iş görme edimleri diğer sözleşmelerde de sıklıkla görüldüğünden iş sözleşmesini bu sözleşmelerden ayıran unsur çoğunlukla bağımlılık unsurudur¹⁸⁸. İş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini, diğer iş görme edimi içeren vekalet veya eser sözleşmesi gibi sözleşmelerden ayırt etmekte, bir anlamda görevli mahkemeyi belirlemektedir.

İşçinin işverene bağımlılığı; işin işverenin iş organizasyonu içinde, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, onun denetim ve gözetimi altında görülmesi olarak kendini gösterir. Yine, işin işverene ait işyerinde görülmesi de, tele çalışma ve internet üzerinden çalışma gibi atipik iş sözleşmeleri bir kenara bırakılacak olursa, bağımlılık unsurunun ve dolayısıyla iş sözleşmesinin tespitinde bir kriter olarak kabul edilmektedir. Ancak, belirtilen ölçütler tek başlarına kesin sonuç vermeyecek, somut olaya göre tüm bu hususların göz önünde bulundurulması gerekecektir¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Başterzi, 178; Doğan, 70; Akkurt, 19.

¹⁸⁹ Y22HD 2017/21481 E., 2019/6462 K., 25.3.2019 T.: “İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil olmaz. İşçinin işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması,

İşçinin işverene bağımlılığının nitelik olarak kişisel, hukuki, teknik ya da ekonomik olması yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Ekonomik bağımlılık, işçinin işverene ekonomik yönden bağımlı olması yani gelirin tamamını ya da büyük bölümünü işverenden elde etmesini ifade eder. Öğretide ve uygulamada haklı olarak kabul edilen görüşe göre ekonomik bağımlılık, sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığının tespitinde kesin sonuçlar vermemektedir¹⁹⁰. İşçinin başka gelirlerinin bulunması ve dolayısıyla işverene ekonomik anlamda bağımlı olmaması mümkün olabileceği gibi diğer iş görme sözleşmeleri ile çalışanların da gelirin büyük çoğunluğunun tek bir iş sahibinden elde edilmesi ve bu anlamda bir ekonomik bağımlılığın söz konusu olması ihtimal dahilindedir.

İşin görülmesi sırasında kullanılan araç gereçler ile hammaddenin işveren tarafından sağlanması ile işverenin müşteri çevresinin kullanılması ise işçinin işverene teknik bağımlılığını ifade eder. Ancak işçinin işin görülmesi sırasında kendi malzeme ve hammaddelerini kullanması da sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğini değiştirmeyecektir.

İşçinin işverene bağımlılığının kişisel ve hukuki nitelikte bir bağımlılık olduğu öğretide ve uygulamada kabul edilmiştir. Buna göre, işçi, iş görme borcunu işverenin çizdiği sınırlar dahilinde bir diğer deyişle işverenin organizasyonu kapsamında yerine getirmekte, işveren tarafından belirlenen kurallar dahilinde çalışmakta, işi onun yönetiminde ve denetiminde görmekte olduğundan ve işçinin işveren otoritesi altında bulunması nedeniyle, işçi ile işveren arasında bir hiyerarşi olduğundan işçinin işverene bağımlılığı kişisel ve hukuki bir bağımlılıktır¹⁹¹. Gerçekten, işçi, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirecek, işveren tarafından belirlenen işyerinde ve çalışma saatlerinde çalışacak, işyerinde işin görülmesi sırasında

kâr ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.”

¹⁹⁰ Başterzi, 179; Doğan, 127.

¹⁹¹ Süzek, 249-250; Başterzi, 181; Y9HD., 2017/1092 E., 2020/6950 K., 02.07.2020 T.

işveren tarafından belirlenen kurallara göre davranışlarını düzenleyecek, işveren tarafından alınan işletmesel kararlara uyacaktır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, bir sözleşme bulunup bulunmadığı noktasında değil de sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı noktasında ise; bir diğer deyişle taraflar aralarında bir sözleşme bulunduğunu kabul etmekle birlikte sözleşmenin niteliği hususunda uyuşmazlık içindeler ise, bu durumda sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olduğunu ispat yükünün taraflardan biri üzerinde olduğunu kabul etmek yerine, bu hususun Mahkemece tespit edilmesi gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır. Zira, taraflar, aralarındaki ilişkiyi hangi sözleşme adı altında kabul edecek olursa olsun, hukuki nitelendirme hakime ait olduğundan, sözleşmenin niteliğinin tarafların kabulüne bakılmaksızın aralarındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre gerçek fiili durum tespit edilerek Mahkemece değerlendirilmesi gerekir¹⁹². Mahkeme, işçinin iş görme borcunu işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, onun iş organizasyonu kapsamında yerine getirip getirmediğine, çalışma koşullarının işveren tarafından belirlenip belirlenmediğine, iş sözleşmesinin yukarıda açıklanan diğer ayırt edici özellikleri ve özellikle hukuki ve kişisel bağımlılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine, ekonomik riskin işveren tarafından üstlenilip üstlenilmediğine göre taraflar arasında bir iş sözleşmesi bulunup bulunmadığını tespit etmelidir¹⁹³.

Bu noktada, iş sözleşmesinin iş görme ve ücret unsurları nedeniyle karıştırılabileceği diğer sözleşmelerin de temel özellikleri ile iş sözleşmesinden ayrıldıkları noktalara değinmek gerekir.

¹⁹² Baycık, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 17; Özdemir, 91.

¹⁹³ Baycık, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 19.

b. İş Sözleşmesi - Vekalet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 502.maddesinde “vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere; vekalet sözleşmesinin esaslı unsuru iş görmedir. Ücret, sözleşmenin unsurları arasında sayılmadığından, vekalet sözleşmesi kapsamında iş görme ücret karşılığı olarak kararlaştırılabileceği gibi ivazsız olarak da kararlaştırılabilecektir¹⁹⁴. Vekalet sözleşmesinde iş gören, bir sonuç meydana getirmeyi taahhüt etmez; bu sözleşmenin konusu sonuç değil iş görme sürecidir¹⁹⁵.

Vekalet sözleşmesinde iş gören, iş sözleşmesinden farklı olarak iş görme edimini iş sahibinin organizasyonu kapsamında yerine getirmez, işin görülmesi sırasında iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın bağımsız olarak hareket eder¹⁹⁶. Sözleşmenin iş sözleşmesi mi vekalet sözleşmesi mi olduğunun tespitinde de iş görenin iş sahibine bağımlı olup olmadığı belirlenmeli; bu hususta iş görenin ücretinin ödenme şekli, çalışma koşullarının iş gören tarafından belirlenip belirlenmediği, işin görülmesi sırasında iş sahibinden talimat alıp almadığı ve iş sahibinin denetimi altında bulunup bulunmadığı, çalışmasını ek bir iş sahibine hasredip etmediği, birden fazla iş sahibiyle iş görme sözleşmesi yapıp yapmadığı değerlendirilmelidir. Ancak dikkat edilmelidir ki sayılan ölçütler kesin nitelikte olmayıp bu ölçütlerin tamamı bir arada değerlendirilerek somut olayın özelliklerine göre sonuca ulaşılmalıdır.

Örneğin Yargıtay, tek bir iş sahibiyle çalışan¹⁹⁷ ve aylık ücret alan¹⁹⁸ iş gören ile iş sahibi arasında iş sözleşmesi bulunduğunu kabul etmeyerek somut olayın

¹⁹⁴ Kurşat, 154.

¹⁹⁵ Kurşat, 147; Demir Yüce, 48.

¹⁹⁶ Demir Yüce, 46.

¹⁹⁷ Y9HD., 2012/31209 E., 2014/25989 K., 09.09.2014 T.: “Aylık ücret öngörülmesi, süre sınırlaması ve avukatın başka işler almaması arada hukuki ve kişisel bağımlılığın olduğu, taraflar arasında iş ilişkisi olduğunu göstermeye yeterli kriterler değildir. Davacının tevkil yolu ile avukat çalıştırması ve aldığı işi takip etmemesi veya haksız istifa etmesi halinde aldığı gideri ve ücreti iade etme zorunluluğunun bulunması bağımsız çalıştığı ve arada vekalet ilişkisinin olduğunun açık göstergeleridir. Vekalet ilişkisi nedeni ile uyuşmazlığın, genel mahkemede çözülmesi gerekir.”

özelliklerine göre diğer ölçütlerden yola çıkarak taraflar arasında vekalet sözleşmesi bulunduğunu kabul etmiştir.

c. İş Sözleşmesi - Eser Sözleşmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470.maddesinde yapılan tanıma göre eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, eser sözleşmelerinin ücret karşılığı olmaksızın kararlaştırılamayacağı öngörülmüştür.

İş sözleşmelerinden farklı olarak eser sözleşmelerinde yüklenici, iş görmeyi değil belirli bir eser meydana getirmeyi taahhüt eder. Buna karşılık iş sözleşmelerinde işçinin iş görme borcu devamlılık arz eder¹⁹⁹; bir diğer deyişle iş görme borcu sürece yayılmış olup, sözleşmenin konusu işçinin iş ilişkisinin devamı süresince iş görmeyi üstlenmesi iken eser sözleşmelerinde sözleşmenin konusu bir eserin meydana getirilmesidir. Buradan hareketle, iş sözleşmelerinde işçi herhangi bir sonuç meydana getirmeyi taahhüt etmez²⁰⁰.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin borcu bir eser meydana getirmek olduğundan, eserin meydana getirilmesi sürecinde kullanacağı yöntem ve araçları iş sahibinin emir ve talimatlarından bağımsız olarak kararlaştırır. Bu anlamda, iş sözleşmelerinden farklı olarak iş sahibine bağımlılığı bulunmayan yüklenici, kendi belirleyeceği iş

¹⁹⁸ Y9HD., 2016/23086 E., 2019/14507 K., 27.06.2019 T.: “Avukat ile yapılan sözleşmede takip edilen dava ve icra dosyaları sebebiyle aylık sabit ücret ödeneceğinin öngörülmesi, taraflar arasındaki ilişkiye iş ilişkisi niteliğini tek başına kazandırmaz. Somut uyuşmazlıkta; kendi bürosunda serbest avukatlık yapan davacı, davalı ile aralarında imzalanmış bir iş sözleşmesi olmaksızın davalı şirketin idareler ve belediyelerle olan ihtilafları bakımından hukuki danışmanlık yapmakta, davalı işyerinin buna ilişkin toplantılarına katılmakta, karşılığını ise serbest meslek makbuzu ile tahsil etmektedir. Yukarıdaki ilke kararı gözetildiğinde, davacı ile davalı şirket arasındaki ilişkide hizmet akdinin unsurlarından bağımlılık unsuru bulunmamakta olup, taraflar arasındaki ilişki vekalet ilişkisidir.”

¹⁹⁹ Süzek, 256; Akkurt, 49.

²⁰⁰ Y10HD., 2019/5035 E., 2020/5908 K., 13.10.2020 T.

organizasyonu ve çalışma şartları doğrultusunda iş sahibinin denetim ve gözetimi altında olmaksızın edimini ifa edecektir²⁰¹.

Taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi mi eser sözleşmesi mi olduğu noktasında belirlilik bulunmamakta ise dikkat edilecek bir diğer husus iş görenin yaptığı işin iş sahibinin faaliyet alanı ile ilişkisinin bulunup bulunmadığı olmalıdır. Yani, iş görenin yaptığı iş ile iş sahibinin faaliyet gösterdiği alan birbirinden farklı ise kural olarak sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu söylenebilecektir²⁰². Ancak burada da somut olayın özelliklerine dikkat edilmeli, iş konusunun farklı olması nedeniyle diğer ölçütlere bakılmaksızın sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmemelidir. Örneğin otomotiv sektöründe faaliyet gösteren bir şirket binasında elektrik tesisatındaki arızanın giderilmesi için yükleniciyle ücret karşılığı anlaşma yapılması durumunda taraflar arasında bir eser sözleşmesinin varlığından söz edilecekken, aynı şirkette sabit ücret karşılığında görev tanımı devamlı surette elektrik tesisatında meydana gelecek arızaların onarımı olan görevli bir çalışan ile iş sahibi arasındaki sözleşme iş sözleşmesi olarak değerlendirilebilecektir.

B. İş Sözleşmesinin Türünün İspatı

İş Kanunu'nun 9.maddesi, iş sözleşmesinin taraflarca Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla ihtiyaçlarına uygun her türde düzenlenebileceğini öngörmüştür. Davada, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin varlığı

²⁰¹ Kar, İş Yargılaması, 166; Akkurt, 51; Y9HD., 2017/10816 E., 2019/8339 K., 10.04.2019 T.: “*tanık beyanları ile bilgi ve belgelerden işin davacılaraya götürü bedel karşılığı verildiği ve yapılan işin eser sözleşmesi niteliğinde olup, bağımlılık unsurunun bulunmadığının anlaşılması karşısında iş mahkemesinin görevli olmayıp, genel mahkemelerin görevli olduğu anlaşıldığından, davanın dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddi yerine esastan reddine karar verilmesi hatalıdır.*”

²⁰² Y10HD., 2018/4648 E., 2020/637 K., 04.02.2020 T.: “*Somut dosyada; davacı şirketin tekstil alanında faaliyet gösterdiği, davacı şirket ile ... arasında siva tamiri ve çatı onarımı hususunda anlaşma yapıldığı, belirtilen işin anahtar teslim olarak yani bütünüyle ...'ya devredildiği, tekstil işi ile siva tamiri ve çatı onarım işinin birbirinden tamamen farklı ve bağımsız olduğu anlaşıldığından, davacı firmanın iştiğal konusundan tamamen farklı ve bağımsız olan işi ...'ya vermesi bir eser sözleşmesi niteliğinde olduğu, taraflar arasında hizmet sözleşmesinin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.*”

ihtilaf konusu olabileceği gibi, sözleşmenin türü de ihtilaflı olabilir. İş sözleşmeleri; sürekli-süreksiz olarak, belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, azami-asgari süreli olarak kararlaştırılabilir.

1. Sürekli-Süreksiz İşler

İş Kanunu'nun 10.maddesi nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işleri süreksiz iş, bundan fazla devam edenleri sürekli iş olarak tanımlamıştır. Kanunda en çok otuz iş günü süren ve sürmeyen işlerin nitelikleri dikkate alınarak değerlendirileceği belirtildiğinden tarafların iş için öngördükleri süre değil objektif olarak işin kaç iş günü süreceğine göre sözleşmenin sürekli veya süreksiz olduğu tespit edilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde Bu Kanunun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6 ncı maddeleri yerine Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı düzenlendiğinden ihtilaf halinde sözleşmenin sürekli-süreksiz oluşu Mahkemece taraf delillerine göre tespit edildikten ve uygulanacak Kanun hükümleri tespit edildikten sonra dava konusu işçilik alacakları değerlendirilecektir.

Kanunda ayrı bir ispat yükü düzenlenmediğinden Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi uyarınca işin İş Kanunu'nun 10.maddesi anlamında süreksiz iş olduğunu ileri süren taraf bu iddiasını her türlü delille ispatlamalıdır.

2. Belirli-Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri

Taraflarca, iş sözleşmesi belirli bir süre için yapılmış ise belirli süreli iş sözleşmesi; herhangi bir süre öngörülmezsizin yapılmış ise belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, belirlenen sürenin bitiminde iş

sözleşmesi bildirimsiz ve tazminatsız olarak sona ereceğinden; Kanun, iş akdinin güçsüz tarafı olarak kabul edilen işçiyi korumak amacıyla iş sözleşmelerinin belirli süreye bağlanmasına sınırlama getirmiştir²⁰³. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı halinde bildirim süresinden bahsedilemeyeceği için ihbar tazminatından söz edilemeyeceği gibi belirli süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan bir işçi iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacak, diğer deyişle işe iade davası açamayacaktır.

İş Kanunu'nun 11.maddesi, belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmek için bazı koşulların varlığını aramaktadır. Bu maddeye göre, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kararlaştırılabilmesi için işin belirli süreli olması, sözleşmenin belli bir işin tamamlanmasına veya belirli bir olgunun ortaya çıkmasına yönelik olması hallerinden birinin varlığı gerekir. Kanun, bu üç hali objektif koşullar olarak tanımlamıştır.

Karine olarak iş sözleşmesi belirsiz sürelidir. Sözleşmenin belirli süreli olduğunu, Kanunun 11.maddesinde sayılan objektif koşulların bulunduğunu iddia eden taraf, bu iddiasını ispat yükü altındadır²⁰⁴.

İş Kanunu'nun 11/2.maddesi, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağını, aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceğini hükme bağlamıştır. Akdedilmesinde esaslı bir neden bulunan zincirleme iş sözleşmeleri ise belirli süreli olma özelliğini koruyacaktır O halde, zincirleme olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde esaslı nedenin varlığını ispat yükü, bunu iddia eden taraftadır. İspat yükü üzerine düşen taraf, bu iddiasını ispatlayamazsa iş sözleşmesi baştan itibaren belirsiz süreli sayılacaktır²⁰⁵.

Yargıtay, işe iade davasında salt taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması nedeniyle davanın reddine karar verilemeyeceğine hükmetmiş; sözleşmenin belirli süreli olmasında Kanunun 11.maddesi uyarınca objektif koşulların varlığının

²⁰³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 128.

²⁰⁴ Süzek, 263; Baycık, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 159; Bozkurt, 364.

²⁰⁵ Keser, 679.

araştırılması gerektiğine, objektif koşulların bulunmaması halinde sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilerek işin esasına girilmesi gerektiğine işaret etmiştir²⁰⁶.

Aynı şekilde, azami süreli iş sözleşmelerinde, kararlaştırılan sürenin bitiminde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden, İş Kanunu'nun 11.maddesinde öngörülen objektif koşulların varlığı gerekmekte olup ihtilaf halinde sözleşmenin azami süreli olup objektif koşulların bulunduğunu ispat yükü işverenin üzerindedir²⁰⁷.

3. Tam-Kısmi Süreli İşler

İş Kanunu'nun 9/2.maddesine göre, çalışma biçimleri bakımından iş sözleşmeleri, tam süreli veya kısmi süreli olarak yapılabilir. İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışma süresinin üçte ikisine kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışma olarak kabul edilir. Kanunun 13/2.maddesi uyarınca kısmi süreli olarak çalışan işçinin ücreti, çalıştığı süre ile orantılı olarak tam süreli emsal işçinin ücretine göre ödenir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin tam süreli veya kısmi süreli olduğu noktasında uyuşmazlık bulunması halinde; yapılan işin niteliği, tanık beyanları, işçinin çalışmasını o işyerine hasredip hasretmediği, başka işveren yanında çalışmasının bulunup bulunmadığı hususları değerlendirilerek sözleşmenin niteliği belirlenmelidir.

Sözleşmenin tam süreli veya kısmi süreli oluşu taraflar arasında ihtilafli ise, özellikle fazla sürelerle çalışma alacağı ve hafta tatili ücreti alacağı taleplerinin bulunması hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından²⁰⁸, çalışma olgusunu ve

²⁰⁶ Y9HD., 2015/21029 E., 2015/31409 K., 05/11/2015 T.

²⁰⁷ Sözek, 276.

²⁰⁸ Yargıtay, işçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için haftalık 45 saatlik çalışma süresini doldurması gerektiğine, bu nedenle kısmi süreli iş ilişkisinde hafta tatili ücretine hak kazanılamayacağına hükmetmektedir (Y22HD, 2017/20568 E., 2019/4851 K., 04.03.2019 T.)

hizmet süresini ispat yükü altında olan işçinin sözleşmenin tam süreli olduğuna dair iddiasını da ispatlamalıdır²⁰⁹.

C. Ücret Miktarının İspatı

İş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan ücret, sözleşmede açık bir şekilde belirtilmemesi veya iş sözleşmesinde belirtilenden ya da Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilenden fazla ücret karşılığı çalışıldığının ileri sürülmesi halinde gerçek ücret miktarının belirlenmesi gerekir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 401.maddesi (eski Borçlar Kanunu'nun 323.maddesi), iş sözleşmesinde ücret miktarının açıkça belirtilmemesi halinde asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücretin ödenmesini öngörmektedir. Buna göre iş sözleşmesinde ücret miktarının kararlaştırılmaması veya açıkça belirtilmemiş olması halinde ücret; işçinin yaptığı işin niteliği, işçinin işyerindeki ve yaptığı işteki kıdemi, aynı ve farklı işyerlerinde emsal nitelikteki işlerde çalışan işçilerin ücretleri gibi kriterlere göre tespit edilecektir²¹⁰.

İş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması halinde işveren, İş Kanunun 8.maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Kanunun 37.maddesi, işvereni işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermekle yükümlü tutmuştur. Ücretin belirlenmesi noktasında, Kanunun 8.maddesine göre düzenlenmiş

²⁰⁹ Y9HD., 2010/15500 E., 2012/34504 K., 16.10.2012 T.

²¹⁰ Y22HD 2016/15914 E., 2019/13858 K., 24/06/2019 T.

çalışma belgesinin bulunup bulunmadığı ve Kanunun 37.maddesi uyarınca ücret pusulası düzenlenip düzenlenmediği de araştırılmalıdır²¹¹.

İş sözleşmesinde veya ücret bordrolarında ücretin, sigorta primlerinin ve verginin daha az ödenmesi amacıyla gerçek ücretten daha düşük gösterilmesi uygulamada çok karşılaşılan bir durumdur²¹². Bir diğer deyişle taraflarca ücret miktarı iş sözleşmesinde çoğunlukla asgari ücret olarak belirtilmekte veya Sosyal Güvenlik Kurumu'na prime esas kazanç olarak asgari ücret bildirilmekte; ancak işçiye daha fazla ücret ödemesi yapılmaktadır. Gerçek ücret ile sözleşmede/ücret bordrolarında gösterilen ücret arasında bu şekilde fark bulunduğu yönünde bir iddia bulunması halinde, gerçek ücretin tespiti tazminat ve alacak hesaplamalarında önem kazanmaktadır.

Ücret miktarı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunması halinde, gerçek ücret miktarını ispat yükü işçinin üzerindedir²¹³. İşçi, gerçek ücret miktarını tanık da dahil olmak üzere²¹⁴ her türlü delil vasıtasıyla ispatlayabilir. Gerçek ücret miktarının tespitinde banka kayıtları, aylık ücreti gösteren para makbuzları ile ticari defter ve kayıtlar da delil niteliğindedir²¹⁵.

Ücret miktarı taraflar arasında uyuşmazlık konusu olduğunda, yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, diğer delillerin yanında işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler de dikkate alınarak davacı ile aynı işi yapan ve benzer niteliklerdeki bir işçinin alabileceği emsal ücret miktarının sendikalar ve meslek kuruluşlarından araştırılması gerekmektedir²¹⁶. Yargıtay, ücret bordroları işçi tarafından imzalı dahi olsa emsal ücret araştırması yapılması gerektiğini belirtmektedir²¹⁷.

²¹¹ Y9HD., 2016/3300 E., 2019/13934 K., 21/06/2019 T.

²¹² Bozkurt, 359; Keser, 688; Kar, İş Yargılaması, 568.

²¹³ Baycık, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 201; Özdemir, 116.

²¹⁴ Bozkurt, 356; Ücretin miktarı hususunda aynı işveren yanında çalışması bulunmayan işçilerin beyanlarına itibar edilemez (Y22HD 2016/3981 E., 2019/1023 K., 16/01/2019 T.)

²¹⁵ Kar, İş Yargılaması, 568.

²¹⁶ Bozkurt, 359.

²¹⁷ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 61; Y9HD., 2014/32584 E., 2016/4622 K., 02/03/2016 T.; Y9HD., 2019/5507 E., 2019/15787 K., 12/09/2019 T.; Y22HD., 2017/24120 E., 2019/17983 K., 03/10/2019 T.:“...dosya içerisinde bulunan imzalı ücret bordrolarına göre davacı asgari ücret ile çalışmaktadır. Mahkemece ücretlerin banka kanalıyla imzalı bordrolara göre

Gerçek ücretin tespitine ilişkin olarak emsal ücret araştırması yapılabilmesi için öncelikle işçinin yaptığı iş tam olarak belirlenmelidir²¹⁸.

Yargıtay’a göre, emsal ücret araştırmasında Türkiye İstatistik Kurumu’nun internet sitesindeki “kazanç bilgisi sorgulama” ekranından da yararlanılması gerekmektedir²¹⁹.

Emsal ücret araştırması yapılabilmesi için, taraflarca bu delile dayanılmış olması gerekmediği gibi tarafların bu hususta talepte bulunması gerekmez. Yargıtay’a göre ücretin bordrolarda gösterilenden daha yüksek olduğu yönünde bir iddia var ise emsal ücret araştırması Mahkemece re’sen yapılmalıdır²²⁰. Yüksek Mahkemece emsal ücret araştırmasına delil olarak dayanılmamasının önemi bulunmadığı belirtilmekte ise de ücret hususu kamu düzeninden olmayıp medeni yargılama hukukuna egemen olan taraflarca getirilme ilkesinden ayrılmayı gerektirir bir yön bulunmadığından kanaatimizce taraflarca emsal ücret araştırmasına delil olarak dayanılmaması halinde ücretin bordrolarda gösterilen ücretten yüksek olduğuna ilişkin iddianın mevcut delil durumuna göre değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay uygulamasına göre, ücretin bordroda gösterilen ücret miktarından fazla olduğunu ileri süren işçinin sendika üyesi olmaması halinde, sendikadan alınan emsal ücret bilgisi ile sonuca gidilemeyecektir²²¹.

ödenmiş olduğu, yazılı belgelere karşı tanık deliline itibar edilemeyeceği gerekçesiyle davacının asgari ücret ile çalıştığı kabul edilmiş ise de varılan sonuç dosya içeriğine uygun düşmemektedir.”

²¹⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2015/17653 E., 2018/9867 K., 07/05/2018 T.: “...her şeyden önce davacı işçinin ne iş yaptığı mahkemece açıklığa kavuşturulmamıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, davacı satış sorumlusu olarak çalıştığı iddiasında iken, davalı, davacının satış elemanı/temsilcisi olarak çalıştığını ve sektörde satış sorumlusunun satış müdürü olarak kullanıldığını savunmuştur. Mahkemece, dosyadaki bilgi ve belgeler bir değerlendirmeye tabi tutularak; davacının yaptığı iş somut olarak tespit edilmeli ve meslekte geçirdiği süre, işyerindeki kıdemi, işyerinin özellikleri de belirtilmek sureti ile alabileceği ücret miktarının ne olabileceği ilgili oda ve meslek kuruluşları ile sendikalarla sorularak sonuca gidilmelidir.”

²¹⁹ Y22HD., 2016/17800 E., 2019/14940 K., 03/07/2019 T.

²²⁰ Y9HD., 2017/11496 E., 2019/15378 K., 09/09/2019 T.; YHGK., 2015/22-1062 E., 2017/866 K., 26/04/2017 T.

²²¹ Y22HD., 2015/30626 E., 2018/8145 K., 29.03.2018 T.; Y22HD., 2017/21905 E., 2019/10455 K., 13/05/2019 T.: “...davacı işçi sendikalı olmadığı halde araştırmanın sadece sendika nezdinde yapılması isabetli bulunmamaktadır. Mahkemece yapılacak iş; davacının meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek değişik işçi ve işveren kuruluşlarından ve Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı internet sitesinde bulunan “Kazanç Bilgisi

Yapılan emsal ücret araştırması sonucunda bildirilen emsal ücretlerin birbirinden farklı olması halinde, söz konusu ücretlerin ortalaması alınarak gerçek ücret miktarı tespit edilmelidir²²².

Uygulamada, işçinin ücret miktarına ilişkin bilgiler içeren işverence imzalı belgeler ücret uyuşmazlıklarında delil olarak kullanılabilmektedir. İşverence imzalı belgeler ücret uyuşmazlıklarında delil teşkil etmekle birlikte, gerçek ücret miktarının tespitinde diğer deliller ile birlikte emsal ücret araştırması yapılmalı, yalnızca işveren tarafından imzalı belgeye dayanılarak ücretin söz konusu belgede yazılı miktar olduğu kabul edilmemelidir. Nitekim Yargıtay'ın da kabulünde olduğu üzere, bu tür belgeler işçinin bankalardan kredi kullanabilmesi veya kredi kartı alabilmesi için düzenlenebilmekte, gerçek ücret miktarını yansıtmayabilmektedir²²³.

Ücret miktarının uyuşmazlık konusu olduğu hallerde, hayatın olağan akışı da ücret miktarının tespitinde delil olarak kullanılabilir. İşçinin kıdemi ve yaptığı işin niteliği belirlenmeli, örneğin vasıflı bir işçinin asgari ücret miktarının bordrolarda asgari ücret olarak gösterilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı dikkate alınarak ücret miktarına ilişkin deliller değerlendirilmelidir²²⁴.

Sorgulama" ekranından emsal ücretin ne olabileceğini sormak ve dosya kapsamındaki tüm delilleri bir arada değerlendirerek, aylık ücret miktarı noktasındaki uyuşmazlığı çözümlmekten ibarettir.”; Y22HD., 2017/20308 E., 2019/3652 K., 19.02.2019 T.: “dosya içeriğine göre, davacının sendika üyesi olduğu konusunda açıklık yoktur. Davacının sendika üyesi olmadığına anlaşılmaması halinde, davacının ücretinin belirlenmesinde sendikanın bildirdiği ücret hesaplamaya dahil edilmemelidir.”

²²² Y21HD., 2017/5066 E., 2019/587 K., 05.02.2019 T.: “...Yapılacak iş, bozma sonrasında yapılan ücret araştırması sonucu TÜİK ve Karayolları Genel Müdürlüğü'nden elde edilen emsal ücretlerin ortalaması alınarak müteveffa sigortalının ücretini tespit etmek, ...”

²²³ Y9HD., 2015/1699 E., 2016/11198 K., 03/05/2016 T.; Y22HD., 2017/19071 E., 2018/27723 K., 19/12/2018 T.: “Dosyada, ayrıca “ilgili makama” hitaben düzenlenen davacının aylık ücretinin net 2.800,00 TL olduğu yönündeki davalı işverenliğin kaşe ve imzasını taşıyan ücret yazısı yer almaktadır. Mahkemece, tanık beyanları, emsal ücret araştırması ve davacı tarafın davalı işverence imzalanmış ve imza inkarına uğramayan “ilgili makama” belgesi dikkate alınarak davacının net 2.800,00 TL ücretle çalıştığı kabul edilmiştir. Davacı tanıklarından yalnızca davalı ile husumeti olan tanık İsmail Çelik, davacının beyanı doğrular mahiyette beyanda bulunmuş olup, husumetli olduğundan salt bu tanık beyanına itibar edilemeyeceği açıktır. Ayrıca “ilgili makama” başlıklı ücret yazısına karşı davalı vekilince, davacının bankadan yüksek limitli kredi çekilebilmesi için yazının düzenlenerek işçiye verildiği, gerçek ücretini yansıtmadığı savunulmuştur. Gerçekten de, bu tür belgelerin bankalardan kredi kartı veya kredi alabilmek için düzenlendiği, çoğu zaman gerçek ücret miktarını yansıtmadığı uygulamalarda anlaşılan bir gerçek olup, aylık ücret miktarının tespitinde anılan belgelere tek başına itibar edilemez.”

²²⁴ Y9HD., 2015/15586 E., 2016/1408 K., 20.01.2016 T.: “Davacı, davalı işyerinde muhasabe sorumlusu olarak beş yıl çalışmıştır. Bu şekilde vasıflı bir elemanın asgari ücret ile çalışması hayatın olağan

Yargıtay, işçinin bir önceki çalışmasına göre çok düşük seviyede ücret karşılığı çalıştığının kabulünün hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmektedir²²⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Yargıtay, emsal ücret araştırmasını, tanık beyanı veya diğer delillerle desteklendiği takdirde gerçek ücret miktarının tespitinde dikkate alınabileceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, gerçek ücret miktarına ilişkin iddianın tanık beyanları veya diğer delillerle doğrulanmaması halinde hayatın olağan akışına aykırılık olgusuna ve emsal ücret araştırmasına değer verilerek ücret iddiasının ispatlanmış sayılamayacağı görüşündedir²²⁶.

D. Ücretin Ödendiğinin İspatı

Çalışma olgusunu ispatla yükümlü olan işçi, ödenmeyen ücret alacağını bulunduğunu iddia ettiğinde, ücretin ödendiğini ispat yükü işverene aittir²²⁷.

İş Kanunu'nun 37.maddesine göre işveren, işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir

akışına aykırı olup emsal ücret araştırması yapılarak davacının gerçek ücreti belirlenerek sonuca gidilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır."

Y9HD., 2014/30068 E., 2016/2757 K., 16.02.2016 T.: "Davacının tanıkları iddia edilen ücret miktarını ve asgari ücretin üzerindeki tutarın elden ödenmesi uygulamasını doğruladığı gibi davalı tanığı dahi ücretin bir kısmının elden ödendiğini beyan etmiştir. Kaldı ki İstanbul gibi bir metropolde 7 yılı aşkın bir kıdemi olan vasıflı bir işçi için iddia edilen tutar isabetsiz değildir."

²²⁵ Y9HD., 2011/42527 E., 2013/29890 K., 19/11/2013 T.: "Mahkemece dinlenen tanıklar davacının ücret seviyesini bilmediklerini beyan etmişlerdir. Mahkemece davacının alabileceği ücret seviyesinin belirlenebilmesi amacı ile ticaret ve sanayi odalarına ve meslek odalarına yazılar yazılmış, gelen yazı cevaplarının birbirini teyit etmediği görülmüştür. Davacının hizmet cetvelinin incelenmesinden davacının davalı işverenlikten önce çalıştığı işyerinde yaklaşık 3.800 TL brüt ücret ile çalıştığı görülmektedir. Davalı işverenlik nezdindeki çalışmasının ise asgari ücret üzerinden bildirildiği anlaşılmaktadır. Davacının mesleki kıdemi, yaptığı işin niteliği, işyerindeki unvanı gözetildiğinde bir önceki çalışmasından çok düşük seviyede asgari ücret karşılığı çalıştığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır."

²²⁶ Y22HD., 2017/14412 E., 2018/21558 K., 09.10.2018 T.: "emsal ücret araştırması, davacının fiilen aldığı/alabileceği ücreti değil, davacı ile aynı durumda (pozisyon, kıdem vb gibi) bulunan bir grup işçinin alabileceği ücret miktarına yönelik verileri içerir. Bu bakımdan emsal ücret araştırması sonuçları, ancak tanık beyanı ile yahut başka delillerle desteklendiği takdirde ücretin ispatına elverişli bir yardımcı ispat vasıtası kabul edilebilir. Dosya kapsamına göre davacının ücretini tanık beyanları ile ispatlayamadığı açıktır. Buna rağmen mahkemece davacının şef garson olarak çalışması, nitelikli ve kıdemli işçi olması gibi kriterler dikkate alınarak asgari ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu sonucuna varılması ve emsal ücret araştırması sonuçlarına göre karar verilmesi yerinde görülmemiştir. Ücretin asgari ücret olduğunun kabulüyle buna göre değerlendirme yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

²²⁷ Keser, 684; Özdemir, 173.

pusula vermek zorundadır. Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir.

İşveren, ücretin ödendiğini yazılı delillerle ispatlamalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200.maddesi uyarınca tanık deliline dayanılamaz. İşveren, ücret hesap pusulası, imzalı bordro, banka kayıtları ve ibraname ile ücretin ödendiğini ispatlayabilir²²⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 202.maddesi, senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu hallerde delil başlangıcının varlığı halinde tanık dinlenebileceğini öngörmektedir. Kanun, delil başlangıcını “iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge” olarak tanımlamaktadır. İşçi-işveren uyuşmazlıklarında ücretin ödendiği hususunda uyuşmazlık bulunması halinde işverence yazılı delil sunulamıyorsa yazılı delil başlangıcının varlığı halinde tanık dinlenebilecek, bu şekilde tanık beyanı ile de ücretin ödendiği hususu ispatlanabilecektir²²⁹.

Yargıtay, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, ücretin uzun süre ödenmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu kabul ederek davacı işçiye re'sen yemin teklifinde bulunulabileceği görüşündeydi²³⁰. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, 1086 sayılı Kanunun

²²⁸ Süzek, 415; Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 60; Keser, 684; Y22HD., 2017/25649 E., 2020/1425 K., 03.02.2020 T.: “Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir.”

²²⁹ Y22HD., 2015/1089 E., 2016/6950 K., 08.03.2016 T.: “Yazılı delil başlangıcı niteliğindeki davacının cep telefonundan gönderilen mesajlar ve davalı tanık anlatımları birlikte değerlendirildiğinde; davacının son olarak işverenden 350,00 TL ücret alacaklısı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda davaya konu takip yönünden 350,00 TL'lik kısma yapılan itirazın iptaline karar verilmelidir.”

²³⁰ Y9HD., 2008/24039 E., 2010/9622 K., 06.04.2010 T.

aksine hakimın re'sen yemin teklif etmesine olanak veren bir hükmün bulunmaması nedeniyle, mevcut yasal düzenleme itibarıyla re'sen yemin teklifinde bulunulamaz²³¹.

Ücretin uzun süre ödenmediği iddiasının varlığı halinde, işverence cevap dilekçesinde yemin deliline dayanılmış olması halinde, işçiye yemin teklifinde bulunulabilir. Yargıtay, işverence yemin deliline dayanılmış olması halinde, işverene yemin delilinin hatırlatılması gerektiği görüşündedir²³². Ancak, söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere ispat yükü üzerinde bulunan taraf, iddiasını başkaca delil ile ispat edememesi halinde yemin teklifinde bulunacaktır. Ücretin ödendiği yönündeki iddiasını ispat edemeyen işverene, Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda hakim tarafından işverene yemin teklifinin hatırlatılmasının, iddiasını mevcut delilleri ile ispat edemediği hususunda işverene görüş açıklanması niteliğinde olduğu ve HMK'nın 36.maddesi anlamında hakimın reddine sebebiyet verebileceği görüşündeyim²³³.

Ücretin uzun süre ödenmediği iddiası hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, bu iddia karşısında işverence cevap dilekçesinde yemin deliline dayanılmamış olması halinde, hakim, HMK'nın 31.maddesi uyarınca davacı işçiye iddia konusu dönemde ücret alıp almadığı, almış ise ne kadar ve hangi aylar için aldığı hususlarını sorarak sonucuna göre karar verecektir²³⁴.

²³¹ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 133.

²³² YHGK., 2015/22-1774 E., 2018/794 K., 18.04.2018 T.

²³³ Y17HD., 2016/6077 E., 2016/8249 K., 27.09.2016 T. karşı oy yazısı.

²³⁴ Y22HD., 2016/12226 E., 2019/12994 K., 13.06.2019 T.: “Davacı; dava dilekçesinde ücretlerinin düzensiz ödendiğini, 2011 Temmuz ayından itibaren de hiç ödenmediğini iddia etmiş; mahkemece, Temmuz 2011 - Haziran 2012 arasındaki dönem için hiç ücret almadığı kabul edilerek brüt 62.990,85 TL hüküm altına alınmıştır. Bir kimsenin bu kadar uzun süre ücret almadan çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğundan davacı asil HMK md.31 uyarınca dinlenilerek; dava konusu hesaplama yapılan dönem için ücret alıp almadığı, almışsa ne kadar ve hangi aylar için ücret aldığı hususu sorularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Bu husus gözetilmeden karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

E. Fazla Çalışma Ücreti Alacağına İspat

Fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.maddesinde düzenlenmiştir. Kanun, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabileceğini öngörmüş olup, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmaları fazla çalışma olarak nitelendirmiştir.

Kanunun çalışma sürelerini düzenleyen 63.maddesi, çalışma süresinin haftada en çok kırkbeş saat olabileceği hükmünü amirdir. Kanuna göre, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde işçinin haftalık normal çalışma süresi en fazla 45 saat olarak kararlaştırılabilecek olup, sözleşmede kararlaştırılan çalışma süresi 45 saat ise, bu süreyi aşan çalışmalar fazla çalışma olarak adlandırılmış; sözleşmede kararlaştırılan çalışma süresi haftalık 45 saatten az ise, bu süreyi aşan çalışmalardan 45 saate kadar olan kısmı fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilmiştir²³⁵.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4.maddesinin 3.fıkrası, günlük çalışma süresinin her ne olursa olsun 11 saati aşamayacağını düzenlemiştir. Yargıtay'a göre, haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa da, günlük çalışma süresinden 11 saati aşan kısmı fazla çalışma olarak kabul edilmelidir²³⁶.

Yargıtay, 24 saat çalışma ve 24 saat dinlenme esasına göre yapılan çalışmalarda, uyku imkanının bulunması halinde, fiili çalışma süresi 14 saat ve ara dinlenme süresi 10 saat olarak kabul edilip günlük 11 saati aşan 3 saatlik kısmın fazla çalışma olarak değerlendirilerek hesaplama yapılması gerektiğini belirtmektedir²³⁷. İşçinin uyku

²³⁵ Narmanlıoğlu, 28; Ekin, 339.

²³⁶ Y9HD., 2016/12911 E., 2020/1768 K., 10.02.2020 T.

²³⁷ Y22HD., 2016/17793 E., 2019/14793 K., 02.07.2019 T.: “Somut uyuşmazlıkta, davacının 18.03.2013 tarihine kadar 24 saat çalışma 24 saat dinlenme esasına göre çalıştığı, böylece günlük çalışma süresinin 19 saat, aylık fazla çalışma süresinin ise 120 saat olduğu kabul edilmiş ise de bu kabul şekli hatalıdır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, 24 saat çalışan bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Böylece 24 saat çalışma 24 saat dinlenme esasına göre çalışmada davacı işçi bir hafta 4 gün, bir hafta 3 gün çalışma yapacağından, fazla çalışma süresinin hesabında haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılması nedeniyle, işçi ilk bir hafta (3x3=) 9 saat takip eden hafta ise (4x3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır. Bu durumda fazla çalışma ücretinin yukarıdaki ilkelere göre belirlenmesi ve haftalık olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği düşünülmeksizin,

imkanının bulunmaması halinde ise 4 saatlik ara dinlenme yaptığı ve fiili çalışma süresinin 20 saat olduğu kabul edilmektedir. O halde, 24 saat çalışma ve 24 saat dinlenme usulü ile yapılan çalışmalarda işçiye uyku imkanının tanınıp tanınmadığı tespit edilerek günlük fiili çalışma süresi belirlenmelidir²³⁸.

Fazla çalışma iddiasında Yargıtay'ın karine olarak kabul ettiği hususlardan biri ara dinlenmesinin yapılmış sayılmasıdır. Yüksek Mahkeme, günlük 11 saate kadar olan (11 saat dahil) çalışmalarda 1 saat, 11 saati aşan çalışmalarda ise 1,5 saat ara dinlenmesi yapıldığını kabul etmektedir²³⁹. İşçinin ara dinlenmesinin bulunmadığının ve aralıksız olarak çalıştığının ispatlanması halinde ise Yargıtay tarafından karine olarak kabul edilen ara dinlenme sürelerinin toplam çalışma süresinden indirilmemesi gerekir.

İş Kanunu'nun 69/3.maddesi uyarınca gece çalışmalarının 7,5 saati aşamayacak olması nedeniyle, haftalık 45 saatlik azami süre aşılmassa dahi gece çalışmalarının günlük 7,5 saati aşan kısmı fazla çalışma olarak kabul edilmektedir²⁴⁰. Kanun, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işleri bu düzenlemeden ayırarak bu işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilirliğini öngörmüş olup, bu işlerde fazla çalışma olgusu haftalık azami 45 saatlik azami çalışma süresine göre belirlenecektir.

Ücret; fazla çalışmada, her bir saat fazla çalışma için yüzde elli ve fazla sürelerle çalışmada ise fazla sürelerle çalışılan her saat için yüzde yirmibeş yükseltilecek ödenir.

bilirkişinin ayda 120 saat fazla çalışma yapıldığına ilişkin raporuna itibar edilerek sonuca gidilmesi hatalıdır.”

²³⁸ Y9HD., 2016/5700 E., 2019/14539 K., 01.07.2019 T; YHGK., 2014/22-2460 E., 2017/230 K., 08.02.2017 T.

²³⁹ Y22HD., 2017/26129 E., 2019/24132 K., 23.12.2019 T.: “4857 Sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi hükmüne göre günlük çalışma süresi 11 saati aşamayacağından, 68. maddenin belirlediği 7,5 saati aşan çalışmalar yönünden en az 1 saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok 11 saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde 11 saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az 1 saat, 11 saati aşan çalışmalarda ise en az 1,5 saat olarak verilmelidir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda işyeri giriş çıkış kayıtlarına göre yapılan fazla çalışma süresi hesaplamasında 11 saati aşan çalışmalarda ara dinlenme sürelerinin yukarıdaki ilkeler doğrultusunda dikkate alınmaması doğru olmuştur.”

²⁴⁰ Y9HD., 2017/12246 E., 2019/18286 K., 16.10.2019 T.

Fazla çalışma iddiasında ispat yükü, çalışma olgusunun ispatında olduğu gibi işçide; fazla çalışma karşılığı ücretin ödendiğinin ispat yükü ise işverendedir²⁴¹. Fazla sürelerle çalışma ve/veya fazla çalışma iddiasında bulunan işçi, bu iddiasını ispatlamalıdır. Bu temel noktadan hareketle, işçi alacağı davalarında önemli bir yer tutan fazla çalışmada, genel ispat kuralları Yargıtay ilke kararları ile belirlenmiştir. Fazla çalışma iddiası; işyeri kayıtları, işe giriş çıkış saatlerini gösteren belgeler, puantaj kayıtları, bilgisayar açılış-kapanış kayıtları, elektronik işyeri giriş-çıkış kayıtları, takometre ve nihayet tanık beyanları ile ispatlanabilecektir²⁴².

1. İmzalı-İmzasız Bordro

Fazla çalışma iddiasının ispatında ücret bordroları önemli bir yer tutmaktadır. Yargıtay'ın, bordroların imzalı-imzasız olmasına, bordrolarda fazla çalışma tahakkuku bulunup bulunmamasına göre belirlediği bir kısım ölçütler bulunduğundan, değişen ihtimallere göre ispat hususunun değerlendirilmesi gerekir.

a. İmzasız-Tahakkuksuz Bordro

İşçi, ücret bordrolarının işçinin imzasını içermemesi ve fazla çalışma tahakkuku bulunmaması halinde, fazla çalışma iddiasını her türlü delil vasıtasıyla ispat edebilecektir²⁴³.

²⁴¹ Keser, 696; Köseoğlu/Kabul, 257.

²⁴² Süzek, 842; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 147-148.

²⁴³ Narmanlıoğlu, 36.

b. İmzasız-Tahakkuklu Bordro

İşçinin imzasını içermeyen ve fazla çalışma tahakkuku bulunan bordrolarda; belirtilen tahakkukların karşılığının ödendiğinin ispatı halinde, bordroda yazan tahakkuku aşan fazla çalışma iddiası her türlü delille ispat edilebilir. Tahakkuku aşan miktarda fazla çalışma ücreti miktarının ödemeye ilişkin banka kayıtları ile örtüşmesi durumunda, tahakkuk ettirilen kadar fazla çalışma ücreti ödemesi, hesaplanan toplam miktardan mahsup edilecektir²⁴⁴. Bir diğer deyişle, imzasız ve fazla çalışma tahakkuku bulunan bordrolarda tahakkuk karşılığı ödeme yapıldığı ispatlanmış olsa dahi belirtilen fazla çalışmalara ilişkin dönemin dışlanması yerine ödendiği ispatlanan bedelin toplam fazla çalışma alacağından mahsubu gerekir²⁴⁵. O halde, imzasız ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku bulunuyor ise, bu husus banka kayıtları ile doğrulanmadıkça işveren lehine delil teşkil etmeyecektir.

Banka kayıtları ile doğrulanan fazla çalışma tahakkuklu ücret bordrolarında mahsup, aşağıda açıklanacak olan hakkaniyet indirimi yapıldıktan sonra söz konusu olacak; bir diğer deyişle, hesaplanan fazla çalışma ücreti alacağından hakkaniyet indirimi yapıldıktan sonra ödendiği ispat olunan fazla çalışma ücreti mahsup edilecektir²⁴⁶.

²⁴⁴ Y22HD., 2016/27856 E., 2020/827 K., 21.01.2020 T.; Y9HD., 2016/12001 E., 2020/892 K., 22.01.2020 T.; Y22HD., 2017/24277 E., 2019/22888 K., 10.12.2019 T.: “Somut uyumsuzlukta, mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek raporda hesaplanan fazla çalışma ücreti alacakları hüküm altına alınmıştır. Ancak, dosya kapsamındaki imzasız ücret bordrolarında bir kısım fazla çalışma ücreti tahakkukları bulunduğu görülmektedir. Bu bordrolar ile banka kayıtları karşılaştırılmadan sonuca gidilmesi yerinde değildir. Mahkemece tüm ödeme kayıtları getirilmeli, ödeme kayıtları ile bordrolar karşılaştırılmalı ve imzasız bordrolarda ödendiği tespit edilen miktarlar hesaplanan fazla çalışma ücretinden mahsup edilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.”

²⁴⁵ Y22HD., 2017/24083 E., 2019/17185 K., 25.09.2019 T.: “Fazla mesai ücreti yukarıda anlatıldığı şekilde hesaplandıktan sonra, imzasız bordrolarda dışlama yapılmamalı, bordrolarda tahakkuk bulunmasına rağmen bordroların imzasız olması halinde ödendiği tespit edilen miktarlar yapılan hesaplama mahsup edilmelidir.”

²⁴⁶ Y9HD., 2016/12008 E., 2020/1047 K., 23.01.2020 T.; Y9HD., 2016/12001 E., 2020/892 K., 22.01.2020 T.: “...fazla mesai tahakkuku bulunan imzasız bordrolar yönünden ödenen fazla mesai ücretlerinin hesaplanan fazla mesai ücretinden taktiri indirim yapıldıktan sonra mahsubu gerektiğinin düşünülmemesinde hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

Uygulamada, bazı işverenler tarafından bordrolarda fazla çalışma tahakkuku yapılarak temel ücretin içinde gösterildiği, bu şekilde temel ücret düşük gösterilmekle fazla çalışma tahakkuku yapılarak düzenlenen bordrolar ile bankadan yapılan ödeme miktarlarının uyumlu hale getirildiği, bu yöntem ile işçinin fazla çalışma alacağı talep etmesinin önüne geçilmek istendiği görülmektedir. Yargıtay, bu tür durumlarda işçinin yaptığı işin niteliği, kıdemi, tanık beyanları ve emsal ücret araştırmasının dikkate alınarak yapılan ödemenin işçinin temel ücretine ilişkin olduğunun ve işçiye fazla çalışma tahakkuku yapılmadığının kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir²⁴⁷.

c. İmzalı-Tahakkuksuz Bordro

Ücret bordrosunun imzalı olması ve fazla çalışma tahakkukunun bulunmaması halinde işçinin fazla çalışma yapmadığı kabul edilmeyecek; işçi, bu şekildeki bir bordroyu ihtirazi kayıt koymadan imzalamış olsa dahi fazla çalışma iddiasını her türlü delille ispat edebilecektir²⁴⁸. Hatta Yargıtay, bordroda işçinin fazla mesai yapmadığına ilişkin imzalı beyanının bulunması halinde dahi fazla çalışma iddiasının her türlü delille ispat edilebileceğini kabul etmektedir²⁴⁹.

²⁴⁷ Y9HD., 2018/6491 E., 2018/15669 K., 13.09.2018 T.: “Davacının imzasını içermeyen aylık ücret bordrolarında saat ücreti ile temel ücret hesabı dışında fazla çalışma, hafta tatili ile bayram genel tatil ücreti gibi tahakkuklara yer verilerek davacının banka hesabına yatan tutar ile uyumlu bir tahakkuka gidilmiştir. Davalı işveren işçinin imzasını içermeyen ve her zaman düzenlenmesi mümkün olan bordrolarla temel ücreti bölmek suretiyle diğer işçilik alacaklarının da ödendiği şeklinde bir uygulama geliştirmiştir. İşçinin banka hesabına yapılan ödemelerde maaş açıklaması dışında başka bir bilgiye yer verilmemiştir. Davacının yaptığı iş, kıdemi, bordro içerikleri ve tanık beyanları ile emsal ücret araştırması gözetilerek davacı işçinin aylık temel ücretinin net 900 Euro olduğu kabul edilmeli ve bordroların fazla çalışma ile tatil tahakkuklarını içermediği sonucuna varılmalıdır. Gerekirse bu esaslar dahilinde bilirkişiden yeniden rapor alınmalı ve mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutularak tazminat ve alacaklar hüküm altına alınmalıdır.”

²⁴⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 557; Ocak, 105; Mülâyim, 144; Y22HD., 2016/14121 E., 2019/11922 K., 28.05.2019 T.

²⁴⁹ Keser, 697; Y9HD., 2007/31179 E., 2008/33391 K., 04.12.2008 T.: “Davacının imzasını taşıyan Aralık 2001 ayı ve sonrasına ait aylık ücret bordrolarında, “fazla mesai yapmadım, aylık istihkakımı tam olarak aldım” ibaresi yazılıdır. Ancak bahsi geçen bordrolarda fazla çalışma tahakkuku yer almamaktadır. Taraflar arasında iş ilişkisinin devam ettiği sırada ücret bordrolarına eklenen bu tür ifadelerin geçerli olmadığı kabul edilmelidir.”

d. İmzalı-Tahakkuklu Bordro

İşçi tarafından imzalı ve fazla çalışma tahakkuku bulunan ücret bordroları sahteliği ispatlanıncaya kadar kesin delil niteliğinde olup bordroda yazan tahakkuku aşan fazla çalışma iddiasını işçi ancak yazılı delillerle ispat edebilecektir²⁵⁰. Bu durumda, işçinin iddiasını yazılı delillerle ispatlayamaması halinde, imzalı ve fazla çalışma tahakkuku bulunan bordrolara ilişkin ayların fazla çalışma hesabından dışlanması gerekir²⁵¹.

İşçinin işveren tarafından ibraz edilen ücret bordrolarında bulunan imzaların kendisine ait olmadığını ileri sürmesi halinde imza incelemesi yapılmalıdır²⁵². Tatbiki medar imzalar ve işçiden alınacak imza örnekleri ile bordrolarda yer alan imzaların karşılaştırılması suretiyle yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile bordrolardaki imzaların işçiye ait olmadığını anlaşılması halinde varsa banka aracılığıyla ödendiği ispat olunan kısımlar fazla çalışma hesabından dışlanmak yerine mahsup edilecektir²⁵³.

İşverence sunulan bordrolar imzalı ve fazla çalışma tahakkuku yapılmış ise de taraflar arasında gerçek ücret hususunun ihtilaflı olması ve işçinin gerçek ücret miktarını yukarıda değinilen esaslar uyarınca ispatlaması halinde, gerçek ücret

²⁵⁰ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 81; Keser, 698; Kar, İş Yargılaması, 553; Narmanlıoğlu, 36.

²⁵¹ Y9HD., 2016/11862 E., 2020/424 K., 15.01.2020 T.: “Somut uyumsuzlukta davalı işyerine ait davacı işçinin de imzasını taşıyan bir kısım bordrolarda fazla mesai tahakkuk ettirilip ödendiği görülmekte olup, yukarıda da açıklandığı üzere bu ayların fazla mesai hesabından dışlanması gerekirken ödenen miktarın mahsubu ile yetinilmesi hatalıdır.”

²⁵² Mülâyim, 143.

²⁵³ Y22HD., 2017/25586 E., 2019/21676 K., 27/11/2019 T.: “Somut olayda, Mahkeme, davacının fazla çalışma yaptığını yazılı delille ispat etmesi gerekirken ispat edemediğinden fazla çalışma alacağını reddetmiştir. Davacı, bordrolardaki imzaların kendisine ait olmadığını iddia etmiş olup söz konusu imza hakkında mahkemece bir araştırma yapılmamıştır. Diğer yandan ücret bordrolarının hepsinde fazla çalışma tahakkukları olmadığı gibi hepsi imzalı da değildir. Buna göre, Mahkemece yapılacak iş; imzalı ücret bordrolarının davacı asile gösterilerek imzaların kendisine ait olup olmadığının sorulması, davacının imza inkarında bulunması halinde yöntemince imza incelemesinin yaptırılmasıdır. İmzaların davacı asile ait olması durumunda, dosyadaki tanık beyanlarına göre fazla çalışma alacağının hesaplanmasından sonra tahakkuk bulunan dönemlerin yapılacak olan hesaplama dışlanması; imzaların davacıya ait olmaması durumunda ise imzasız bordrolardaki tahakkukların yapılacak hesaplama dışlanarak mahsup edilerek sonuca gidilmesi gerekmektedir.”

üzerinden fazla çalışma hesabı yapılmalı ve ödenen miktarlar bu bedelden mahsup edilmelidir²⁵⁴.

İmzalı ve fazla çalışma tahakkuku bulunan bordrolarda işçinin ihtirazi kaydı varsa tahakkuku aşan fazla çalışma iddiasının her türlü delille ispat edilmesi mümkündür. Bu durumda, tahakkuku aşan fazla çalışma iddiasının ispatı halinde yapılacak hesaplamada bordroda yer alan fazla çalışma tahakkukları mahsup edilecektir²⁵⁵.

Yargıtay, gerçek durumu yansıtmadığı kanaatine varılması halinde imzalı ve fazla çalışma tahakkuku bulunan ücret bordrolarının fazla çalışma hesabından dışlanması değil mahsubu yoluna gidilmesi gerektiğini belirtmektedir. Somut olayın özelliklerine göre, işçinin fazla çalışma ücreti talep etmesine engel olmak amacıyla, sembolik olarak fazla çalışma tahakkuku yapıldığının anlaşılması halinde işçi, tahakkuku aşan miktardaki fazla çalışma iddiasını tanık ve diğer delillerle ispatlayabilecektir. Yargıtay içtihatlarında, bordrolarda her ay maktu fazla çalışma tahakkuku yapılması, tahakkuk edilen miktardan fazla çalışıldığının işyeri kayıtları ile anlaşılması, işveren tanıklarının aksi yönde beyanlarda bulunması, tahakkuk edilen fazla çalışmaların miktar olarak diğer delillerle ispatlanan fazla çalışmalardan çok olması gibi hallerde yapılan tahakkukların sembolik olduğunun kabul edildiği görülmektedir²⁵⁶.

²⁵⁴ Y9HD., 2015/22857 E., 2017/10357 K., 13.06.2017 T.: “Dosya içerisinde yer alan imzalı bordrolar incelendiğinde, bazı aylarda fazla mesai ücreti tahakkuklarının bulunduğu görülmektedir. Bordrolarda fazla mesai tahakkuku bulunan aylar yönünden; bordrolardaki yazılı fazla çalışma saatlerine göre gerçek ücretten hesaplama yapılmalı, bu ayların dışlanması yerine ödenen miktarlar mahsup edilmeli, bordrolarda tahakkuk bulunmayan aylarda ise yukarıda belirtildiği üzere davacının haftalık 9 saat fazla mesai yaptığı kabulüyle alacak hesaplanmalıdır.”

²⁵⁵ Y9HD., 2016/25362 E., 2020/345 K., 15.01.2020 T.: “...ihtirazi kayıt bulunmayan imzalı bordrolarda fazla mesai ücreti tahakkuku var ise bu ayların fazla mesai ücreti hesabında tamamen dışlanması gerekmekte olup dosyada mevcut bordrolar incelendiğinde tamamının imzalı olduğu, 2013 yılı Aralık ayı dahil bu tarihten sonra fesih tarihine kadar bordrolarda ayrıca ihtirazi kayıt bulunduğu görülmektedir. Bu durumda ihtirazi kayıt içeren bordrolar hariç diğer imzalı ve fazla mesai ücreti tahakkuku içeren bordroların ait olduğu ayların fazla mesai ücreti hesabından dışlanması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır.”

²⁵⁶ Y22HD., 2016/15593 E., 2019/13450 K., 19.06.2019 T.: “Somut uyuşmazlıkta, davacının haftada 18 saat fazla mesai yaptığı tespit edilmiş ve dosya kapsamında yer alan bordroların imzalı olması ve bir kısmında fazla mesai tahakkuku içermesi nedeni ile fazla çalışma alacağı hesabı yapılırken tahakkuk olan imzalı bordroların yapılan hesaplamadan dışlandığı görülmüştür. Ancak imzalı bordrolarda yer alan fazla mesai tahakkuklarının aylık 4 veya 5 saat olduğu ve bu durumda tespit edilen çalışma

2. Puantajlar

İşverence günlük çalışma saatlerini içerecek şekilde puantaj kayıtları tutulması halinde, bu kayıtlar işçinin fazla çalışma iddiasının ispatında güçlü bir delil olacaktır. İşçi, imzalı ve günlük çalışma saatlerinin yazılı olduğu puantaj kayıtlarına karşı fazla çalışma iddiasını ancak yazılı delillerle ispatlayabilir; diğer bir deyişle puantaj kayıtlarının varlığı halinde tanık beyanlarına dayanılarak fazla çalışma iddiası ispatlanmış sayılmaz²⁵⁷.

Puantaj kayıtlarında işe giriş çıkış saatleri belirtilmemiş ise bu halde fazla çalışma iddiası tanık ve sair delillerle ispatlanabilecektir. Aynı şekilde, puantaj kayıtları, işe giriş-çıkış saatlerini içerse dahi işçinin imzasının bulunmaması halinde bu kayıtlara itibar edilemeyecektir²⁵⁸.

saatlerine göre sembolik nitelikte olduğu anlaşılmakla hesaplanacak fazla çalışma alacağından mahsubu gerekirken dışlanması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Y22HD., 2016/26652 E., 2019/24208 K., 24.12.2019 T.: “Dosya kapsamında yer alan davacı tarafından imza itirazına uğramayan bordroların çoğunluğunda fazla çalışma tahakkukları bulunmakla birlikte, dosya kapsamına göre tespit edilen çalışma saatleri gözetildiğinde, davalı tarafından her ay maktu ve sembolik olarak aylık 10 saat fazla mesai tahakkuk ettirildiği anlaşılmakla, yapılacak iş şimdi ki gibi tüm dönem için hesaplanan fazla mesai ücretinden bordrolarda tahakkuk ettirilen fazla mesai ücretleri mahsup edilmeli, oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir.”

Y9HD., 2016/1547 E., 2019/10591 K., 13.05.2019 T.: “davacının haftada 9 saat fazla mesai yaptığına yönelik yerinde olan tespiti dikkate alındığında işyerinde yapılan fazla mesainin bu aylarda tahakkuk ettirilenden çok daha fazla olduğu, tahakkukların sembolik ve kendini tekrarlayan şekilde gösterildiği anlaşılmaktadır. Gerçek durumu yansıtmadığı açık olan ücret bordrolarındaki kısmi tahakkuklara itibar edilerek ilgili aylardaki tüm fazla mesai alacaklarının işçiye ödendiği düşünülemez.”

²⁵⁷ Y22HD., 2017/26985 E., 2018/20112 K., 25.09.2018 T.: “Somut olayda Mahkemece dava konusu fazla çalışmanın hesaplandığı çalışma dönemine ait ve davacı tarafça imzalı puantaj kayıtları sunulduğu halde bu kayıtlara itibar edilmeksizin dava konusu fazla mesainin davacı tanık beyanlarına göre kabul edilmesi isabetli olmamıştır. Puantaj kayıtlarında çalışmanın hafta içi 07:00-17:30 ve cumartesi günü 08:00-12:00 arası olduğu belirtilmektedir. Bu kayıtlar, Hayati Baydar, Beyaztem ve Bozyel alt işveren şirketlerine ait olup zamanaşımı dönemindedir. Puantaj kayıtları davacı ve işletme şefi tarafından imzalanmıştır. Bu kayıtlar esas alınarak fazla çalışmanın haftalık 6 saat üzerinden hesaplanması gerekirken, haftalık 9,5 saat üzerinden hesaplama yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

²⁵⁸ Y22HD. 2017/26573 E., 2020/50 K., 13.01.2020 T.

3. İşyeri Kayıtları

İşveren tarafından davacının işyerine giriş-çıkış saatlerini gösteren ve işçinin imzasını taşıyan bir kayıt veya takip çizelgesi tutulmuş ise bu kayıtlara karşı fazla çalışma iddiası yazılı delille ispat olunabilir²⁵⁹.

İşyeri kayıtlarının işçinin imzasını taşıyamaması halinde dahi bu kayıtlara itibar edilebileceğini savunan görüşler bulunsa da²⁶⁰, işçinin imzasını taşımayan söz konusu kayıtların işveren tarafından her zaman ve dava sırasında hazırlanabilme ihtimali karşısında açık itiraz halinde bu delillere itibar edilerek fazla çalışma iddiasının ispatlanamadığının kabul edilmesi işçi yönünden hak kaybına neden olabilecektir.

İşyerine kartlı giriş-çıkış²⁶¹, parmak okuma²⁶² sistemlerinin veya turnike geçiş²⁶³ sisteminin bulunduğu hallerde bu sistemlerden elde edilen verilerle delil olarak sunulan belgelerde işçinin imzası bulunamayacağından imzasız olması nedeniyle bu delillere itibar edilmemesi hatalı olacak; bu tür elektronik giriş-çıkış kayıtları yazılı delil kabul edilerek tanık beyanlarına karşı üstünlük tanınması gerekecektir²⁶⁴. Elektronik sistemlerden elde edilen kayıtların kapsadığı dönemler yönünden bu verilere, diğer

²⁵⁹ Y9HD., 2016/14145 E., 2018/21671 K., 27.11.2018 T.: “Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bu nedenle ve davalı delil olarak işyeri kayıtlarına dayanmış olmakla, davalının sunduğu işe giriş çıkış kayıtları davacıya gösterilip, beyanı alınmalı, davacının kayıtların değiştirilmesine yönelik iddiası olduğu takdirde gerekirse bu yönde bilgisayar uzmanından teknik rapor da alınarak söz konusu kayıtlar değerlendirilmelidir. Hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

Y22HD., 2017/19366 E., 2019/1542 K., 22.01.2019 T.: “Mahkemece yapılması gereken iş, giriş çıkış kaydı bulunan dönemler yönünden bu kayıtlara göre, kayıt bulunmayan dönemler yönünden ise tanık anlatımları da dahil olmak üzere dosya kapsamındaki diğer delillere göre değerlendirme yapmak suretiyle davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda bir sonuca varmaktır.”

²⁶⁰ Mülâyim, 152.

²⁶¹ Y9HD., 2015/1800 E., 2016/11217 K., 04.05.2016 T.

²⁶² Y22HD., 2015/35501 E., 2017/29492 K., 19.12.2017 T.

²⁶³ Y9HD., 2016/14145 E., 2018/21671 K., 27.11.2018 T.; Y22HD., 2015/14244 E., 2016/28799 K., 21.12.2016 T.

²⁶⁴ Y9HD., 2017/10331 E., 2019/9574 K., 24.04.2019 T.: “İşyerinde kartlı giriş-çıkış sisteminin uygulandığı dosya içeriği ile sabit olup davacı işçinin imzasının bulunmaması kural olarak sözü edilen belgelerin geçerliliğini etkilemez. Gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınarak puantaj kayıtları değerlendirilmek suretiyle ve kayıtların bulunduğu dönem için tanık beyanları dikkate alınmaksızın hesaplama yapılmalı, alınacak rapor mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutularak davalı yararına oluşabilecek usuli müstesep hatta dikkate alınarak bir karar verilmelidir.”

dönemler yönünden ise tanık ve sair delillere göre değerlendirme yapılacaktır. Elektronik sistemlerden elde edile kayıtlardan elde edilen verilerde değişiklik yapıldığı iddiası bulunması halinde bu tür iddialar gerekirse yerinde keşif yapılarak değerlendirilmeli ve sistemde sonradan değişiklik yapıp yapılmadığı hususunda uzman bilirkişiden rapor alınmalıdır²⁶⁵.

Yapılan işin niteliğine göre bilgisayar ile çalışma esasına dayalı işlerde bilgisayar açılış-kapanış (log) kayıtları da fazla çalışma iddiasının ispatına yarayacak işyeri kaydı niteliğindedir. Söz konusu kayıtların geriye yönelik elde edilebilmesi halinde fazla çalışma iddiası bu kayıtlar üzerinden değerlendirilerek tanık deliline karşı üstünlük tanınmalıdır²⁶⁶.

Tır şoförlerinin fazla çalışma iddiasının ispatında takometre önemli bir yer tutar. Fazla çalışma iddiasında Yargıtay, yurtiçinde ve yurtdışında sefer yapan tır şoförleri bakımından ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre yurtiçinde sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma iddiası her türlü delille ispatlanabilecek olup takometre kayıtlarının bulunması halinde ise fazla çalışma iddiası bu kayıtlar üzerinden değerlendirilmelidir²⁶⁷.

Yargıtay, yurtdışına sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma iddialarının salt tanık delilleri ile ispatlanmasını mümkün görmemektedir. Yüksek Mahkemeye göre, tanıklar davacı işçi ile aynı seferde görev yapmamaları nedeniyle günlük çalışma saatlerini tam olarak bilmeleri mümkün olmayıp ayrıca uluslararası tır şoförlerinin

²⁶⁵ Y22HD., 2016/28549 E., 2020/1001 K., 22.01.2020 T.

²⁶⁶ Y22HD., 2016/24038 E., 2019/22373 K., 04.12.2019 T.: “Somut olayda; bireysel pazarlama yetkili yardımcısı olarak çalışan davacı dava dilekçesinde fazla çalışma alacağı talebinde bulunmuş ve bilgisayar log kayıtlarına dayanmıştır. Bu kayıtlar davalı vekili tarafından dosyaya ibraz edilmiş olmasına rağmen davacının fazla çalışma alacağı hakkında tanık beyanları ile hesaplanan bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacının çalışma gün ve sürelerinin davalı işverence sunulan bilgisayar log kayıtları, log kayıtlarının bulunmadığı çalışma dönemi bakımından ise tanık beyanları değerlendirilmek suretiyle yapılan hesaplama göre ve davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hak ihlal edilmemek suretiyle davacının fazla çalışma alacağı belirlenmelidir. Mahkemece bu husus gözetilmeden eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile karar verilmiş olması isabetli olmayıp bozma nedenidir.”

²⁶⁷ Y9HD., 2016/7157 E., 2019/19443 K., 07.11.2019 T.

mesailerini kendilerinin belirlediklerinden tanık beyanlarına dayanılarak fazla çalışma iddiasına itibar edilemez²⁶⁸.

4. Tanık

Fazla çalışma iddiasının yukarıda belirtilen yazılı delillerle ispatlanamaması durumunda taraflarca tanık deliline dayanılmış ise tanık beyanlarına göre değerlendirme yapılacaktır²⁶⁹. Ancak daha önce ifade edildiği üzere; işyeri kayıtları veya imzalı-tahakkuklu bordrolar gibi yazılı delillerin kapsadığı sürelerle ilişkin olarak tanık beyanlarına itibar edilemeyecektir.

Yargıtay, tanık delili ile fazla çalışma iddiasının ispatlandığının kabul edilebilmesi için delil olarak dayanılan tanıkların beyanlarına hangi durumlarda itibar edilebileceğine ilişkin somut olayın özelliklerine göre değişen bazı ölçütler belirlemiştir.

Öncelikle, tanık beyanlarına itibar edilebilmesi için tanığın davalı işveren nezdinde çalışmasının bulunması gerekmektedir. Zira, davalı işveren nezdinde hiç çalışmamış, işyerindeki çalışma düzenini bilmeyen bir kişinin davacı işçinin çalıştığı saat aralıkları hakkında bilgi sahibi olması beklenemeyecektir. İşçinin eşi, anne-babası, işyerinde çalışması bulunmayan arkadaşı gibi kişilerin beyanları ile fazla çalışma iddiası ispatlanamayacaktır²⁷⁰.

²⁶⁸ Y9HD., 2015/34061 E., 2019/19788 K., 13.11.2019 T.: “Somut dosyada mahkemece, davacının fazla mesai ücreti talebinin kabulüne karar verilmişse de, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının fazla çalışma sürelerinin tanık beyanlarına göre hesaplandığı, ancak yukarıdaki ilkelerde belirtildiği gibi, Uluslar arası TIR şoförü olan davacının fazla mesai yaptığını somut delillerle kanıtlayamadığı anlaşıldığından davacının fazla çalışma talebinin reddine karar verilmesi gerekirken soyut tanık beyanlarına göre hesaplanıp hüküm altına alınması hatalıdır.”

²⁶⁹ Kar, İş Yargılaması, 551; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 150.

²⁷⁰ Köseoğlu/Kabul, 259; Mülayim, 137; Ekin, 347; Y22HD., 2016/17548 E., 2019/14795 K., 02.07.2019 T.; Y9HD., 2014/29341 E., 2016/1302 K., 19.01.2016 T.: “Somut uyuşmazlıkta, davacı tanıkları davalı işverenlikte çalışmamışlardır. Davacı tanıklarından biri davacının bacanağı, diğeri bir başka işyerinde çalışan arkadaşısıdır. İşyerinde çalışmayan bu tanıklar davacının fazla mesai çalışmalarını, hafta tatili çalışmalarını ve genel tatil çalışmalarını bilebilecek durumda değildirler. Bu olağan dışı çalışma iddiaları davacı tarafından başka delil ile de ispatlanamamıştır. ... Açıklanan

Tanıkların davacı işçi ile birlikte çalıştıkları döneme ilişkin olarak beyanlarına itibar edilebilecektir. Bir diğer deyişle, işçinin fazla çalışma yaptığı iddia ettiği dönemde çalışmayan tanığın beyanına göre fazla çalışma iddiası kabul edilemeyecek; örneğin davacı işçiden sonra işe başlayan veya davacı işçiden önce işten ayrılan tanığın beyanına sadece çalıştığı dönem için itibar edilebilecektir²⁷¹. Hatta Yargıtay, bazı kararlarında tanıkların davalı işveren nezdinde çalıştığı sürelerin hizmet döküm cetvelleri incelenip tespit edilerek beyanlarının değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁷². Ancak tanıkların hizmet döküm cetvelleri her durumda incelenmek yerine, tanıkların hizmet süresi hususunda ihtilaf bulunması halinde incelenmesinin usul ekonomisi ilkesine daha uygun olduğu düşünülmektedir²⁷³.

Yargıtay, komşu işyeri tanıklarının beyanlarına çalışma olgusunun tespitinde değer verilebileceğine²⁷⁴, ancak davacı işçinin çalışma düzeni hakkında bilgi sahibi olamayacakları gerekçesiyle fazla çalışma iddiasının ispatında beyanlarına itibar edilemeyeceğine hükmetmektedir²⁷⁵.

Davacı işçi tarafından delil olarak bildirilen tanıkların beyanlarının kendi içinde çelişkili olması halinde Yargıtay, bu çelişkinin giderilerek işçinin çalışma saatlerinin net

sebeplerle fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ve genel tatil ücreti taleplerinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”

²⁷¹ Mülâyim, 136; Y9HD., 2016/12313 E., 2020/1136 K., 03.02.2020 T.: “Somut uyumsuzlukta, davacı işçinin fazla mesai yaptığı ancak karşılığı ücretlerinin ödenmediği iddiasıyla açtığı davada ispat külfeti altında olan davacının tanık deliline dayandığı görülmüştür. Ne var ki davacı tanıklarından birisi sadece 2007 yılında çalıştığını beyan ederken, diğeri ise 2008 yılında işten ayrılmıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, fazla mesai alacaklarının sadece 2010 yılı için hesaplandığı dikkate alındığında davacı tanıklarının hesaplama yapılan dönemde davalı işyerinde çalışmadıkları ve dolayısıyla görgüye dayalı bilgilerinin bulunmadığı açıktır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre, davacı işçi fazla çalışma yaptığı iddiasını kanıtlayamadığından Mahkemece bu alacak talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.”

²⁷² Y22HD., 2017/26812 E., 2020/1414 K., 03.02.2020 T.; Y22HD., 2016/17382 E., 2019/14694 K., 01.07.2019 T.: “Tanıkların beyanları ancak birlikte çalıştıkları döneme dair ispat aracı olabileceğinden, davacının fazla çalışma alacağının tanıklar ile birlikte çalıştığı süre ile sınırlı olarak hesaplanması gerekir. Davacı tanıklarının sigortalı hizmet döküm cetvelleri getirilerek tam olarak hangi süre içerisinde davalı işyerinde çalıştığı belirlenerek davacı tanıklarının davacıyla birlikte ortak çalışma dönemi ile sınırlı olarak belirlenen tarih aralıkları için hesaplama yapılmalıdır. Bunun dışında kalan dönemler bakımından, yazılı belge bulunmadığından, davacı tanıklarının çalışma süresi haricindeki dönem için işyerinde çalışma düzenini bilmesi mümkün olmadığından söz konusu dönemler için fazla çalışma alacağının davalı tanık beyanlarına göre hesaplanması gerekir.”

²⁷³ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 151.

²⁷⁴ Y9HD., 2016/12313 E., 2020/1136 K., 03.02.2020 T.

²⁷⁵ Mülâyim, 136; Y9HD., 2019/5180 E., 2019/15492 K., 10.09.2019 T.

olarak belirlenmesini gerekli görmekte²⁷⁶, tanıkların beyanlarının birbirinden tamamen zıt olması ve davacı iddiası ile de örtüşmemesi halinde fazla çalışma iddiasının ispatlanamadığını kabul etmektedir²⁷⁷.

Uygulamada, tanıkların çalışma saatlerine ilişkin beyanlarının birbirinden farklı ancak birbirine yakın olması halinde tanık beyanlarının ortalaması esas alınarak fazla çalışma hesabı yapıldığı görülmekle birlikte bu hususa Yargıtay tarafından da işaret edilmektedir²⁷⁸.

Yargıtay, aynı işverene karşı başka bir işçi tarafından açılan ve kesinleşen davada tespit edilen çalışma saatlerini delil olarak kabul etmektedir²⁷⁹. Ancak bu tür durumlarda her iki işçinin aynı işi yapıp yapmadığı ve aynı çalışma saatleri içinde çalışıp çalışmadığının diğer delillerle belirlenmesi gerekir.

Davalı işveren ile husumetli olan, bir diğer deyişle işverene karşı açtığı dava bulunan tanığın beyanlarına itibar edilemeyeceği Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarındandır. Yüksek Mahkeme, işverenle husumetli olan tanığın işçi ile menfaat birliği içinde olduğunu kabul ederek bu tanıkların beyanlarına ancak yan delillerle desteklenmesi şartıyla değer verilebileceğine hükmetmektedir²⁸⁰.

²⁷⁶ Y22HD., 2017/7812 E., 2018/9042 K., 19.04.2018 T.

²⁷⁷ Y9HD., 2016/28197 E., 2019/10891 K., 14.05.2019 T.

²⁷⁸ Y9HD., 2014/30175 E., 2016/2571 K., 15.02.2016 T.; Y22HD., 2014/25788 E., 2015/35476 K., 22.12.2015 T.; Y22HD., 2014/20591 E., 2015/33181 K., 01.12.2015 T.; Y9HD., 2008/20846 E., 2010/5755 K., 02.03.2010 T.: “Mahkemece yapılacak iş birbirine yakın çalışma saatlerini ifade eden tanık beyanlarının ortalaması alınarak fazla çalışma ücreti isteğinin kabul edilmesi ve yukarıda açıklandığı üzere uygun bir indirimle gidilmesinden ibarettir.”

²⁷⁹ Y9HD., 2015/28734 E., 2017/21612 K., 18.12.2017 T.: “Davacı tanıklarından biri işyerinden en erken 21.00-22.00 saatlerinde ayrıldıklarını açıklarken diğeri, 4-5 ay dışında akşam en erken 20.00 da çıktıklarını dile getirmiştir. Bu beyanlar birbiri ile örtüşmemektedir. Öte yandan aynı davalılara yönelik başka bir işçinin açtığı davada Dairemiece yapılan inceleme sonucunda (... İş Mahkemesi'nin 2012/514 E. 2014/327 K. sayılı hükmüne yönelik Dairemizin 2014/22147 E. 2015/32630 K. ve 17/11/205 tarihli ilamı) davacının 08.00-21.00 saatleri arasında 2 saatlik ara dinlenme süresi ile çalıştığı kabulü gerektiği belirtilmiştir”

²⁸⁰ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 82; Mülayim, 140; Y22HD., 2017/27079 E., 2020/1621 K., 05.02.2020 T.; Y9HD., 2019/3851 E., 2019/14153 K., 25.06.2019 T.; Y22HD., 2017/26212 E., 2019/23673 K., 18.12.2019 T.: “Mahkemece davacı tanık beyanları dikkate alınarak hüküm kurulmuş ise de, davacı tanıkları davalı işverenle husumetli olup, davacı ile menfaat birliği içinde oldukları dosya kapsamı ile sabittir. Fazla çalışma iddiasının ispatı noktasında salt husumetli tanık anlatımlarına itibar edilerek sonuca gidilmesi mümkün değildir. Dosya kapsamında husumetli tanıkların anlatımları dışında başkaca bir delil de bulunmamaktadır. Bu halde, davacının fazla çalışma yaptığı, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı iddiasını ispatlayamadığı kabul edilmelidir. Mahkemece ispatlanamayan fazla çalışma ücreti, hafta tatili

Yargıtay, istikrarlı olarak her somut olayda işverenle husumetli tanıkların beyanlarını kabul etmemekte ise de; işçi aleyhine ispat zorluğu oluşturan bu içtihadın her somut olayda uygulanması yerine, somut olaya özgü değerlendirme yapılması, diğer delillerle birlikte yapılan işin niteliği, işyerinin kapasitesi, işyerindeki çalışan sayısı ve işin durumu, tanık beyanlarının hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı gibi hususlarla birlikte dikkate alınarak husumetli tanıkların beyanlarına itibar edilip edilemeyeceğinin tespit edilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır²⁸¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, taraflar arasında fazla çalışma ücretinin temel ücretin içinde kararlaştırılması mümkündür. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.maddesi fazla çalışma süresini bir yılda 270 saatle sınırlandırdığından, iş sözleşmelerine fazla çalışma ücretinin temel ücrete dahil edilmesine ilişkin olarak konulan hükümlere ancak 270 saatle sınırlı olarak değer verilebilir²⁸². Fazla çalışma ücretinin temel ücretin içinde kararlaştırıldığını ispat yükü, iddia eden işverene ait olup; tanıkla ispatı mümkün değildir²⁸³.

ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti taleplerinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.”

²⁸¹ Çil, 152; Ekin, 348; Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7.Hukuk Dairesi bir kararında benzer hususlara değinerek fazla çalışma iddiasında husumetli tanıkların beyanlarına itibar edilebileceğine hükmetmiştir: “...Yol yapım işinin yapıldığı şantiye işyerinde davacının çalışmış veya çalışan işçilerin tanıklığı dışında delil ikamesi mümkün değildir. Bu itibarla dava açan tanıkların beyanlarına itibar edilemeyeceği yönündeki itiraz somut olay bakımından sonuca etkili görülmemiştir. Davacı tanıkları işyerinin özelliğine ve mevsime uygun şekilde makul ve mantıklı olarak çalışma sürelerine dair açıklamalarda bulunmuşlar ve hesaplama da bu doğrultuda yapılmıştır.”

²⁸² Y22HD., 2017/26765 E., 2020/413 K., 15.01.2020 T.: “Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Dairemizin kararlılık kazanmış içtihatlarına göre, fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna dair kural, 1475 Sayılı Kanun'un 35/a ve b maddesinde düzenlenen yılda 270 saatle sınırlı olarak geçerlidir. Yılda 270 saati aşan çalışmaların kanıtlanması durumunda karşılığının ödenmesi gerekir.Somut olayda, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 12.7 maddesinde ücrete fazla çalışma ücretinin dahil olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu husus mahkemece değerlendirilmemiştir. İşçinin imzasını taşıyan sözleşmeye değer verilmelidir. Davacının yılda 270 saat fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu anlaşıldığından, yılda 270 saati aşan çalışmalarının yeniden hesaplanması gerekmektedir.”

²⁸³ Kar, İş Yargılaması, 558.

5. Hakkaniyet İndirimi

Son olarak değinilmesi gereken husus, Yargıtay’ca istikrarlı olarak uygulanan hakkaniyet indirimidir. Yargıtay, fazla çalışma iddiasının uzun bir süreyi kapsaması ve miktarının yüksek çıkması halinde, sürekli olarak fazla çalışılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, işçinin hiç hastalanmadan veya ölüm, doğum, evlenme gibi mazeretleri bulunmadan yıllarca sürekli çalıştığının kabul edilemeyeceği gerekçesiyle hesaplanacak fazla çalışma ücreti alacaklarından hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine hükmetmektedir. Ancak, söz konusu hakkaniyet indirimi, fazla çalışma iddiasının tanıkla ispatlandığı haller için geçerli olup fazla çalışma iddiası yazılı delillerle ispatlanmışsa belirlenen tutar üzerinden indirim yoluna gidilmeyecektir²⁸⁴.

Türk Medeni Kanunu’nun 4.maddesine göre kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. İşçinin çalışmasının tamamında sürekli olarak aynı şekilde fazla çalışma yapması mümkün olmadığından, Yargıtay’ın bu tür durumlarda hesaplanan miktar üzerinden indirim yapılması yönündeki uygulamasının temelinde, Türk Medeni Kanunu’nun hâkime hakkaniyete göre karar verme yetkisi tanıdığı 4.maddesinin bulunduğu söylemek yanlış olmayacaktır²⁸⁵.

Öğretide, fazla çalışma iddiasının tanık delili ile ispatlandığı durumlarda, Yargıtay’ın her somut olayda hakkaniyet indirimi uygulanması gerektiği yönündeki uygulaması, somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması ve fazla çalışma iddiasının işçi tarafından yeterli sayılabilecek delillerle ispatlanması halinde indirim yapılmaması gerektiği yönünde eleştirilmektedir²⁸⁶.

²⁸⁴ Akın, Fazla Çalışma Alacakları, s.55-56; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 560; Mülâyim, 139; Ekin, 356; Köseoğlu/Kabul, 261.

²⁸⁵ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 84.

²⁸⁶ Süzek, 844.

Yargıtay, uygulanması gereken hakkaniyet indirimi oranının %30 veya 1/3 olduğunu belirterek bu oranlardan daha az veya daha fazla indirim yapılması durumunda, karara karşı bu yönden temyiz yoluna başvurulması şartıyla kararın bozulmasına hükmetmektedir²⁸⁷.

Karineye dayalı söz konusu hakkaniyet indirimi nedeniyle reddedilen kısım üzerinden karşı vekalet ücretine ve yargılama giderine hükmedilemeyecektir²⁸⁸.

6. Fazla Çalışma Konusunda Özellik Gösteren Bazı Çalışan Grupları

Bazı çalışan gruplarının fazla çalışma iddialarında, fazla çalışma konusunda yukarıda değinilen genel ilkeler ile birlikte, yaptıkları işin özellikleri gereği, Yargıtay tarafından farklı kabul ve kurallar öngörülmüştür. Üst düzey yöneticilerin ve kapıcı-kalorifercilerin fazla çalışma iddialarında Yargıtay'ın belirlediği bazı farklı uygulama ve ispat usulleri bulunmaktadır.

a. Üst Düzey Yöneticiler

Yargıtay, işyerinde üst düzey yönetici konumunda olan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağına hükmetmektedir. Yüksek Mahkeme, üst düzey yönetici kavramını “iş yerinde işveren vekili sıfatını taşımanın ötesinde iş yerinin bütününe sevk ve idare eden, işçilerin çalışmalarını ve çalışma saatlerini düzenleyerek onlara emir ve

²⁸⁷ Hakkaniyet indirimi oranını %40 olarak belirleyen ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına ilişkin bkz. Y22HD., 2017/24526 E., 2019/19149 K., 16.10.2019 T.; Hakkaniyet indirimi oranını 1/4 olarak belirleyen ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına ilişkin bkz. YHGK., 2015/22-2360 E., 2018/1904 K., 12.12.2018 T.

²⁸⁸ Y22HD., 2017/26110 E., 2019/22659 K., 09.12.2019 T.

talimat veren, duruma ve iş yeri düzenine göre işe alma ve işçi çıkarma yetkisini de taşıyabilen kimse” olarak tanımlamaktadır²⁸⁹.

Yargıtay’ın üst düzey yöneticiye fazla çalışma ücreti ödenmemesi yönündeki içtihadı, işyerinde kendisinin ve diğer işçilerin çalışma saatlerini kendi göre belirleyen, çalışma düzeni konusunda kendisinden daha üst bir birimden ya da kişiden emir ve talimat almayan, fazla çalışma yapıp yapmamak kendi inisiyatifinde olan işçilerin fazla çalışma ücretine hak kazanmamasına ilişkindir. Yargıtay’ın; genel müdürü²⁹⁰, bölge müdürünü²⁹¹, fabrika müdürünü²⁹², banka şube müdürünü²⁹³, şantiye şefini²⁹⁴ üst düzey yönetici olarak nitelendirdiği kararları bulunmaktadır. Ancak her durumda işçinin işyerindeki sıfatına göre üst düzey yönetici olduğu veya olmadığı kabul edilmemeli, somut olaya özgü değerlendirme yapılarak davacı işçinin çalışma gün ve saatlerini belirleyen daha üst konumdaki bir yöneticinin veya işyeri sahibinin bulunup bulunmadığı tespit edilerek fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanamayacağı değerlendirilmelidir²⁹⁵. Davacı işçinin çalışma gün ve saatlerine ilişkin emir ve talimat alıp almadığı hususu her türlü delille ispat edilebilecektir; nitekim Yargıtay, hafta sonu çalışma yapılacağı hususunda davacı işçiye e-posta gönderilmesini²⁹⁶, işçinin çalışma saatlerinin denetlenmesini²⁹⁷, işçiye kendi isminin de yer aldığı çalışma programı ve nöbet listesi gönderilmesini²⁹⁸, mesaiye riayet edilmesi hususunda işçiye yazı gönderilmesini²⁹⁹ işçinin kendi çalışma saatlerini belirleme yetkisinin bulunmadığına işaret kabul ederek koşullarının oluşması halinde fazla çalışma ücretine hak kazanabileceğine hükmetmiştir.

²⁸⁹ YHGK., 2015/22-3698 E., 2019/469 K., 16.04.2019 T.

²⁹⁰ Y22HD., 2015/25313 E., 2018/4022 K., 20.02.2018 T.

²⁹¹ Y7HD., 2015/660 E., 2016/6576 K., 17.03.2016 T.

²⁹² Y9HD., 2017/7826 E., 2017/21102 K., 12.12.2017 T.

²⁹³ Y9HD., 2012/11165 E., 2013/23723 K., 24.09.2013 T.

²⁹⁴ Y22HD., 2016/11576 E., 2019/9723 K., 25.04.2019 T.

²⁹⁵ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 87.

²⁹⁶ Y7HD., 2015/3462 E., 2015/4026 K., 10.03.2015 T.

²⁹⁷ Y9HD., 2012/7915 E., 2014/10744 K., 31.03.2014 T.

²⁹⁸ Y22HD., 2016/25646 E., 2019/24137 K., 24.12.2019 T.

²⁹⁹ Y9HD., 2019/7262 E., 2019/20160 K., 18.11.2019 T.

Yargıtay, işyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceğini kabul etmekte ise de³⁰⁰, işçinin aldığı ücret miktarının bu hususta kriter olarak kabul edilmesi, belirsizliklere neden olabilecektir. Yargıtay, yerleşik bu içtihadı ile yüksek ücret alan üst düzey yöneticilere, fazla çalışma ücreti talep edebilmeleri için fazla çalışma yapılması yönünde kendilerine açık bir talimat verildiğini ispat yükü getirmiştir. Buna karşılık, yüksek miktarda ücret alan bir üst düzey yönetici de çalışma saatlerine ilişkin kendisinden daha üst pozisyonda bir yöneticiden veya işyeri sahibi ya da şirket ortağından emir ve talimat alabilecek olup, fazla çalışma ücreti talep edebilmesi için kendisine fazla çalışma yapması yönünde her seferinde açık talimat verilmesinin beklenmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır³⁰¹. Burada, dikkate alınması gereken tek ölçüt işçinin kendi çalışma saatlerini belirleme yetkisinin bulunup bulunmadığı olmalıdır.

b. Kapıcı-Kaloriferciler

Apartman görevlisi olarak da bilinen konut kapıcılarının çalışmalarının kendine özgü niteliği nedeniyle diğer işçilerin fazla çalışma iddialarından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira, özellikle kaloriferli konutlarda kapıcıların çalışmasının sabahın erken saatlerinde başlayıp gece geç saatlerde sona erdiği, bununla birlikte çalışmaya başlama ve bitiş saatleri arasında geçen sürede özel hayat ile iş hayatının iç içe geçtiği ve dinlenme sürelerinin de uzun olduğu bilinen bir gerçektir. Nitekim 4857

³⁰⁰ Y9HD., 2015/32537 E., 2019/2563 K., 04.02.2019 T.

³⁰¹ Üst düzey yöneticinin fazla çalışma ücreti alamayacağı yönündeki uygulamanın tamamen terk edilmesi veya istisnai bir uygulama olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Çil, 162.

sayılı İş Kanunu'nun 110.maddesi ile konut kapıcılarının çalışmalarına ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre konut kapıcılarının hizmetlerinin kapsam ve niteliği ile çalışma süreleri, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık ücretli izin hakları ve kapıcı konutları ile ilgili hususların düzenlenmesinde uygulanacak değişik şekil ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 4. Ve 5.maddesinde yönetici ve kapıcının yetki, görev ve sorumlulukları sayılmış, 7.maddede çalışma süresi genel olarak haftalık 45 saat olarak tespit edilmiş ve çalışma süresinin kapıcının işte geçirdiği zaman olduğu belirtilmiştir. Konut kapıcılarının işlerinin niteliği, işte geçirilen zamanın ve dolayısıyla çalışma süresinin belirlenmesini güçleştirmektedir.

Kapıcılara görevi nedeniyle konut yani kapıcı dairesi tahsisi zorunlu olmasa da uygulamada çoğunlukla kapıcılara aynı apartman veya site içinde konut verildiği görülmektedir. Aynı yerde yaşayıp aynı yerde çalışan işçinin iş hayatı ile sosyal hayatı bu nedenle iç içe geçmekte, ara dinlenme süresi fazla olmaktadır³⁰².

Yargıtay, davacı kapıcının çalıştığı apartman ya da sitenin ısıtma sisteminin kombili mi merkezi kaloriferli mi³⁰³, kaloriferli ise doğalgazlı mı kömürlü mü olduğuna³⁰⁴, daire sayısına, kapıcının servis hizmeti verip vermediğine³⁰⁵, bahçe işi yapıp yapmadığına³⁰⁶ göre farklı değerlendirme yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Buna göre davacı kapıcının çalıştığı apartman ya da sitenin daire sayısı, ısıtma sistemi, gün içinde yaptığı işlerin neler olduğu tespit edilerek gerekirse keşif yapılmak suretiyle davacı kapıcının işlerinin ne kadar zamanda yapılabileceğinin bilirkişi aracılığıyla

³⁰² Y22HD., 2017/22081 E., 2019/10658 K., 15.05.2019 T.

³⁰³ Y22HD., 2016/9894 E., 2019/8229 K., 10.04.2019 T.

³⁰⁴ Y22HD., 2015/8725 E., 2016/13936 K., 09.05.2016 T.: “Ancak ısıtmanın kömür ya da doğalgaz ile mi sağlandığı belirlenmemiştir. Doğalgaz yakıt sistemi var ise tanık anlatımları fazla mesaiyi ispata yeterli olmayıp ispatlanamayan fazla çalışma ücreti isteğinin reddi gerekmekte; kömür ile ısıtma var ise kış aylarında fazla çalışma olgusunun gerçekleştiği dikkate alınarak, kaloriferin yandığı aylarla sınırlı olarak fazla çalışma ücreti alacağın dosya kapsamına göre belirlenmesi gerekmektedir.”

³⁰⁵ Y22HD., 2017/7537 E., 2017/9266 K., 24.04.2017 T.

³⁰⁶ Y22HD., 2017/6603 E., 2017/8511 K., 13.04.2017 T.

değerlendirilerek fazla çalışmanın hesaplanması gerekir³⁰⁷. Bazı durumlarda ise Yargıtay, keşif yapılmasına ve bilirkişi raporu alınmasına gerek dahi görmeden, daire sayısının az olmasına, kalorifer bulunmamasına, servise çıkmamasına göre haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılamayacağını belirterek fazla çalışma iddiasının ispatlanamadığına hükmetmektedir³⁰⁸.

Yüksek Mahkeme, ısıtma sisteminin doğalgazlı olmasının fazla çalışmayı gerektirmediğine, çalışılan site ya da apartmanda belirli bir dönemden sonra doğalgazlı sisteme geçilmesi halinde yalnızca kömürlü dönem için fazla çalışma yapıldığının kabul edilebileceğine hükmetmektedir³⁰⁹.

Kapıcılık hizmetinde iş sözleşmesi tam süreli veya kısmi süreli olarak kararlaştırılabilir; taraflar arasında sözleşmenin tam süreli mi kısmi süreli mi olduğu hususunda uyuşmazlık bulunması halinde ise yapılan işin niteliğine göre davacı kapıcının kısmi süreli çalıştığı kabul edilerek fazla çalışma iddiası buna göre değerlendirilebilecektir³¹⁰.

³⁰⁷ Y22HD., 2017/8081 E., 2017/12358 K., 25.05.2017 T.; Y22HD., 2017/22081 E., 2019/10658 K., 15.05.2019 T.

³⁰⁸ Y22HD., 2017/6054 E., 2017/8275 K., 11.04.2017 T.; Y22HD., 2017/7537 E., 2017/9266 K., 24.04.2017 T.; Y22HD., 2017/12265 E., 2018/8628 K., 16.04.2018 T.: “Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, apartman görevlilerince açılan emsal dosyalar ile kış aylarında kalorifer yakım ve kapama saatleri nazara alınarak, davacının haftanın 6 günü, 05.00 ile 22.00 saatleri arasında çalışarak günde 17 saat çalıştığı kabul edilmiş, Kasım – Nisan (dahil) ayları arasındaki dönemler için, günde 8 saat fazla çalışma yaptığı; ancak, bir işçinin günlük yapabileceği fazla çalışma sınırının 3 saat olduğu yönündeki Yargıtay içtihatları gerekçe gösterilerek anılan dönem için haftalık 18 saat fazla çalışma yaptığı tespit edilmiştir. Tanık beyanlarına göre, davacının çalıştığı ve aynı zamanda oturduğu apartman 18 daireli ve kaloriferli olup sabahları apartman sakinlerine servise çıkıldığı, binanın temizliği ve akşam vakitleri çöp alımı ile sınırlı bir çalışmanın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. ... Davacının yapmış olduğu işin ve işyerinin fiziki niteliklerine ve taraf tanık beyanlarına göre; somut olayda haftalık 45 saatlik yasal çalışma süresinin aşıldığı ispatlanamamıştır.”

³⁰⁹ Y22HD., 2015/25376 E., 2018/3865 K., 19.02.2018 T.: “mahkemece sitede hangi tarihte doğalgaz ile ısıtma sistemine geçildiği belirlenmeli, kalorifer tesisatının doğalgaz sistemli olduğu dönemde davacının haftalık kırkbeş saati aşan fazla çalışmasının bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, mahkemece, fazla mesai ücreti isteminin kömürlü sistemde ve kış aylarında kabulü gerekirken tüm dönem için kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

³¹⁰ Y9HD., 2014/5712 E., 2015/20031 K., 02.06.2015 T.; Y22HD., 2017/9157 E., 2017/27899 K., 06.12.2017 T.; Y22HD., 2016/30596 E., 2016/26202 K., 02.12.2016 T.: “Somut olayda, dosya kapsamına göre, davacının kat maliklerinin ortak mülkiyetinde bulunan kapıcı konutunda kira ödeyerek oturmaya başladığı, bir müddet sonra ise taraflar arasında kira ödemeksizin kapıcı konutunda oturulması karşılığında apartmanın çöp toplama ve temizlik işlerinin yapılması hususunda anlaşma sağlandığı ve davacının kapıcılık hizmetlerini yerine getirmeye başladığı anlaşılmaktadır. Kapıcılık hizmetlerine dair iş sözleşmesinin tam süreli ya da kısmi süreli olarak yürürlüğe konulması mümkündür. Davacının verdiği hizmetin çöp toplama ve ortak alanların temizliği ile sınırlı olduğu,

F. Hafta Tatili Ücreti Alacağına İspat

Hafta tatili ücreti, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 46.maddesinde düzenlenmiş olup, işçilerin Kanunun 63.maddesine göre belirlenen iş günlerinde³¹¹ çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde en az 24 saat dinlenme süresi verileceği hükmünü amirdir. Kanunun lafzından, hafta tatilinin en az 24 saat olacağı ve bölünemeyeceği anlaşılmaktadır; diğer bir deyişle hafta tatili bölünerek kullanılamayacak, kesintiye uğratılamayacak, aksi halde hafta tatili kullanılmamış sayılacaktır³¹².

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 3.maddesi uyarınca hafta tatili pazar günüdür. Ancak, hafta tatilinin haftanın herhangi bir gününde kullanılması mümkündür³¹³; o halde hafta tatilinin hangi gün kullanılacağı hususunun işverenin yönetim hakkı kapsamında kaldığı kabul edilebilir³¹⁴.

İşveren tarafından hafta tatilinin toplu olarak kullanılması geçerli olmayıp, böyle bir durumda yalnızca ilgili haftaya denk gelen hafta tatilinin kullanıldığı, diğer hafta tatili günlerinde çalıştırıldığı kabul edilecek; diğer bir anlatımla örneğin bir ayda 4 hafta tatilinin 4 gün üst üste toplu olarak kullanılması halinde yalnızca bir günlük hafta tatili kullanılmış sayılarak diğer 3 gün ise mazeret izni veya diğer izin olarak değerlendirilecektir³¹⁵.

apartmanın bağımsız bölüm sayısının az ve eklentiler ile ortak alanların da yoğun bir iş hacmini gerektirmeyecek durumda olduğu sabit olup, taraflar arasındaki ilişki kısmi süreli iş sözleşmesine dayanmaktadır.”

³¹¹ Denkleştirmenin uygulandığı hallerde normal haftalık sürenin altında çalışılan haftalar da dahil olmak üzere.

³¹² Çil, Yargıtay Uygulamaları, 185; Y22HD., 2016/27993 E., 2020/924 K., 22.01.2020 T.; hafta tatilinde işçinin 1 saatlik çalışmasında dahi hafta tatili kesintiye uğratılmış kabul edilerek hafta tatili ücretine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y7HD., 2014/13573 E., 2014/22216 K., 08.12.2014 T.

³¹³ Y22HD., 2016/25940 E., 2019/24289 K., 24.12.2019 T.: “Somut olayda, Mahkemece davacı murisinin ayda 2 hafta tatilinde çalıştığı kabul edilerek ilgili alacak hükmü altına alınmış ise de, taraf tanık beyanlarından davacı murisinin pazartesi günleri haftalık iznini kullandığı anlaşılmıştır. Hal böyle olunca davacının hafta tatili ücreti isteğinin reddi gerekir iken kabulü hatalıdır.”

³¹⁴ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 185.

³¹⁵ Y22HD., 2017/17724 E., 2019/24072 K., 23.12.2019 T.; Y9HD., 2017/12614 E., 2019/19827 K., 13.11.2019 T.: “Davacı ... anlatımında hafta tatillerinin ayda 4 gün olarak toplu biçimde

Yargıtay, hafta tatilinin toplu olarak kullandırılmayacağı gibi, kullandırılmayan hafta tatili karşılığı işçiye serbest zaman verilmesinin hafta tatili kullandırılması niteliğinde olmadığını, bunun ancak mazeret izni olarak kabul edilebileceğini, bu gibi hallerde hafta tatilinin kullandırılmadığı kabul edilerek hafta tatili hesaplamasına dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir³¹⁶. Bununla birlikte öğretide, işçinin hafta tatilinde çalışması karşılığında ücret yerine serbest zaman da talep edebileceği savunulmaktadır³¹⁷.

Yargıtay, 12 saat çalışma ve 24 saat dinlenme³¹⁸ ile 24 saat çalışma ve 24 saat dinlenme³¹⁹ esasına göre çalışanların, 24 saat kesintisiz dinlenme koşulunu sağlaması nedeniyle ayrıca bir hafta tatiline hak kazanamayacaklarını belirterek, bu çalışma usulüne göre çalışanların hafta tatili ücreti taleplerinin reddi gerektiğine hükmetmektedir.

Hafta tatilinde işçi çalışmaksızın o günün tam ücretine hak kazanmaktadır. Nitekim İş Kanunu'nun 49.maddesinde de, işçinin tatil ücretinin, çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücreti olduğu düzenlenmiştir. İşçinin hafta tatilinde çalıştırılması halinde, bunun karşılığında, çalışmaksızın hak kazandığı günlük ücretinin yanında, hafta tatilindeki çalışması fazla çalışma kabul edilerek ücretinin 1,5 katı ücret daha

kullandırıldığını açıklamış olup hafta tatili işçinin haftalık dinlenme hakkı olup toplu olarak kullandırılması yasaya aykırıdır. Ancak her ayın son haftası için dinlenme hakkını kullandığı kabul edilmeli ve haftalık diğer 3 gün izni işverence kullandırılan diğer izinler olarak işlem görmelidir. Böyle olunca hafta tatili ücreti her ay için 3 gün olarak hesaplanmalı ve indirim hususu da düşünülerek istekle ilgili karar verilmelidir.”

³¹⁶ Kar, İş Yargılaması, 566; Y22HD., 2016/8447 E., 2019/6866 K., 28.03.2019 T.

³¹⁷ Süzek, 858.

³¹⁸ Y22HD., 2017/11835 E., 2018/8925 K., 18.04.2018 T.: “dava dilekçesi ile tanık beyanları dikkate alındığında çalışma şeklinin oniki saat çalışıp yirmidört saat dinlenme olduğu, buna göre davacının haftada kesintisiz olarak yirmidört saat istirahat ederek hafta tatilini kullandığı anlaşıldığından talebin reddine karar verilmeli iken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.”

³¹⁹ Y9HD., 2017/6910 E., 2018/9727 K., 03.05.2018 T.; Y22HD., 2015/21944 E., 2017/25163 K., 20.11.2017 T.; Y22HD., 2017/9938 E., 2018/4015 K., 20.02.2018 T.: “Somut uyumsuzlukta, dosya kapsamına göre davacının 24 saat çalışma 24 saat dinlenme sisteminde çalıştığı anlaşılmakla , bu çalışma sistemine göre davacı hafta tatilini kullandığından, hafta tatili ücreti talebinin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.”

ödenecek, böylelikle işçinin hafta tatilinde çalıştırılması halinde kendisine 2,5 günlük ücreti tutarında ödeme yapılacaktır³²⁰.

Yargıtay, fazla çalışma ücretinin aksine, hafta tatili ücretinin işçinin temel ücreti içinde kararlaştıramayacağına, buna ilişkin iş sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olduğuna hükmetmektedir³²¹.

Yargıtay'ın hafta tatiline ilişkin olarak kabul ettiği ispat kuralları fazla çalışmanın ispatı ile paraleldir. O halde, hafta tatilinde çalışma yaptığı iddiasının ispat yükü işçiye, hafta tatilinde çalışma karşılığı ücretin ödendiğini ispat yükü ise işverene aittir³²².

Hafta tatillerinde çalışma iddiası, işyeri kayıtları, bordro ve puantaj kayıtları, işyerine giriş-çıkış saatlerini gösteren belgeler gibi yazılı deliller vasıtasıyla ispatlanabileceği gibi, yazılı delil bulunmuyorsa tanık beyanları ile de ispatlanabilecektir³²³. Fazla çalışma iddiasında olduğu gibi, hafta tatilinde çalışma iddiasında da kural olarak yazılı delillere karşı tanık beyanlarına itibar edilmez³²⁴.

İşçinin hafta tatillerinde çalıştığını gösteren işe giriş çıkış kayıtları, imzalı puantaj kayıtları gibi belgelerin varlığı durumunda, ilgili dönemler için söz konusu yazılı delillere; diğer dönemler için ise tanık beyanlarına göre değerlendirme yapılmalıdır³²⁵.

³²⁰ Süzek, 858; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 188; Y22HD., 2016/28518 E., 2020/650 K., 20.01.2020 T.

³²¹ Y22HD., 2017/26263 E., 2019/23871 K., 19.12.2019 T.

³²² Keser, 699; Bozkurt, 367; Y9HD., 2016/34832 E., 2019/13661 K., 18.06.2019 T.

³²³ Bozkurt, 367; Y22HD., 2017/972 E., 2020/2166 K., 11.02.2020 T.

³²⁴ Y22HD., 2017/20414 E., 2019/4238 K., 25.02.2019 T.; Y22HD., 2017/13057 E., 2018/10936 K., 07.05.2018 T.: “Dosyaya sunulan davacı tarafından açıkça inkar edilmeyen imzalı puantajların davacının ulusal bayram ve genel tatil ve hafta tatili çalışmalarının hesabına esas alınması gerekirken, yazılı belgenin aksinin tanık beyanlarıyla ispatlanamayacağı hususu gözardı edilerek tanık beyanlarına itibarla hesaplama yapan raporun hükme esas alınması hatalı olmuştur.”

³²⁵ Y22HD., 2017/22741 E., 2019/11446 K., 22.05.2019 T.; Y22HD., 2017/17013 E., 2019/19483 K., 21.10.2019 T.: “dosya içerisine bir kısım işe giriş çıkış kayıtları sunulmuş olup ilgili kayıtlar incelendiğinde davacının aralıksız yedi gün ve üzeri çalışmalarının olduğu görülmüştür. Bu itibarla bahsi geçen kayıt olan dönemler yönünden bu kayıtlara göre hafta tatili ücretine yönelik hesaplama yapılmalı, bunun dışında kalan dönemler bakımından, yazılı belge bulunmadığından, davacı tanığı beyanlarına göre hafta tatili çalışması yapılmadığı anlaşıldığından söz konusu dönemler için hafta tatili ücret alacağının ispatlanamadığının kabulü gerekir.”

İşverence sunulan bordrolar işçi tarafından imzalı olsun veya olmasın, hafta tatili ücreti tahakkuku bulunmuyorsa, işçi, hafta tatilinde çalışıldığını tanık dahil her türlü delille ispatlayabilecektir. İşçinin imzasını taşıyan ve hafta tatili ücreti tahakkuku bulunan bordrolara karşı işçinin iddiasını tanıkla ispatlaması mümkün olmayıp bordroda yazılı olan miktardan fazla hafta tatilinde çalışıldığını iddia eden işçinin bu iddiasını yazılı delille kanıtlaması gerekecektir; aksi halde bu nitelikteki bordrolara ilişkin ayların hafta tatili ücreti hesabından dışlanması gerekir. Bununla birlikte, imzalı ve hafta tatili ücreti tahakkuku bulunan bordroda hafta tatili yönünden ihtirazi kayıt konulmuş ise işçi iddiasını yine tanık delili ile ispatlayabilecektir³²⁶.

Ücret bordrolarında işçinin imzası yer almamakla birlikte hafta tatili ücreti tahakkuku varsa ve bu tahakkuk miktarı banka kayıtları ile uyumlu ise işçi, tahakkuku aşan miktardaki hafta tatili çalışmasını tanık beyanları ile ispatlayabilecek; tanık beyanları ile işçinin hafta tatiline ilişkin iddiasının ispatlanması halinde banka aracılığıyla ödenen hafta tatili ücreti, hesaplanan hafta tatili ücretinden mahsup edilecektir. Diğer bir deyişle, hafta tatili ücreti tahakkuku içeren bordrolar, işçinin imzasını taşıyorsa, hafta tatili hesaplamasında bu bordroların ilgili olduğu dönemler dışlanacak; imzasız bordro, banka kayıtları ile örtüşüyorsa yapılan ödemeler hesaplamadan dışlanmak yerine mahsup edilecektir³²⁷. Ödendiği ispat olunan hafta tatili ücretinin mahsubu işlemi, fazla çalışma ücreti alacağında olduğu gibi, hesaplanacak hafta tatili ücretinden hakkaniyet indirimi yapıldıktan sonra uygulanacaktır³²⁸.

³²⁶ Y22HD., 2016/28423 E., 2020/676 K., 20.01.2020 T.

³²⁷ Y9HD., 2016/13980 E., 2020/2869 K., 24.02.2020 T.; Y22HD., 2016/27272 E., 2020/975 K., 22.01.2020 T.: “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının imzası bulunan bordrolarda fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti ödemesi olan dönemlerin hesaplama dışı bırakılması isabetli ise de, davacının imzası bulunmayan bordrolarda fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti ödemesi olan dönemlerin de dışlanarak hesaplama yapılması hatalı olmuştur. Mahkemece yapılacak iş, imzasız ücret bordroları ile banka kayıtlarının tarafların iddia ve savunmalarını karşılayacak şekilde yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak, imzasız ücret bordrolarında tahakkuk olup da banka kayıtları ile uyumlu olan ödemelerin ise mahsup edilerek fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarının hesaplanarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir.”

³²⁸ Y9HD., 2016/12008 E., 2020/1047 K., 23.01.2020 T.

Fazla çalışma iddiasında olduğu gibi hafta tatillerinde çalışma iddiasının ispatında da; yan delillerle desteklenmediği sürece davalı işverenle husumetli olan tanıkların beyanlarına³²⁹, işçinin akrabası, arkadaşı, eşi gibi işyerindeki çalışma düzeni hakkında bilgi sahibi olmayan kişilerin tanıklıklarına³³⁰, davacı işçi ile aynı dönemde davalı işveren nezdinde çalışması bulunmayan tanık beyanlarına³³¹ itibar edilemeyeceği kabul edilmektedir.

Yargıtay, fazla çalışma ücretinde olduğu gibi, hafta tatili ücretinde de iddianın tanık beyanları ile ispatlanması halinde işçinin sürekli aynı şekilde çalışmasını mümkün olmadığı, hastalık-mazeret-izin gibi nedenlerle çalışmadığı günlerin olmasının kaçınılmaz olduğu şeklindeki karineye dayalı olarak hesaplanacak hafta tatili ücretinden hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini belirtmektedir³³². Hafta tatilinde çalışma iddiasının yazılı delillerle ispatlanması halinde ise hesaplanacak miktar üzerinden karineye dayalı söz konusu indirim uygulanmayacaktır.

G. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücreti Alacağında İspat

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ve ücret, İş Kanunu'nun 44. Ve 47.maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 44.maddesinde bayram ve genel tatil günlerinde çalışma şartları, 47.maddesinde ise bu günlerde çalışma karşılığı ödenecek ücret belirlenmiştir.

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 2.maddesine göre 1 Ocak, 1 Mayıs, 15 Temmuz, 23 Nisan, 19 Mayıs, 30 Ağustos günleri ile 28 Ekim öğleden sonra ve 29 Ekim olmak üzere 1,5 gün, ramazan bayramı (3,5 gün) ve kurban bayramı (4,5 gün) genel tatil günleri olarak düzenlenmiş olup; 4857 sayılı İş

³²⁹ Y9HD., 2016/8623 E., 2019/20085 K., 18.11.2019 T.

³³⁰ Y22HD., 2017/29634 E., 2019/18914 K., 14.10.2019 T.

³³¹ Y22HD., 2016/20426 E., 2019/18672 K., 10.10.2019 T.

³³² Y9HD., 2017/14000 E., 2020/1721 K., 10.02.2020 T.

Kanunu'nun 47.maddesinde, bu günlerde çalışma olmaksızın işçilerin o günün ücretine tam olarak hak kazanacaklarını öngörmektedir. Kanuna göre, sayılan genel tatil günlerinde çalışma yapılması halinde, her gün için bir günlük ücreti daha ödenecek, böylelikle işçiye o gün için toplam iki günlük ücreti ödenecektir³³³.

Hafta tatili ücretinde olduğu gibi, iş sözleşmelerinde, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma karşılığı ücretin aylık ücrete dahil olduğu kararlaştırılmayacak, iş sözleşmelerindeki buna ilişkin hükümler geçersiz kabul edilerek davacı işçinin söz konusu günlerdeki çalışma karşılığı ücret alacağının hesaplanması gerekecektir³³⁴.

Yargıtay, 24 saat çalışma-24 saat dinlenme esasına göre çalışanların ulusal bayram ve genel tatil günlerinin 1/2'sinde³³⁵; 12 saat çalışma-24 saat dinlenme esasına göre çalışanların ise 1/3'ünde³³⁶ çalıştıklarının kabul edilerek hesaplama yapılması gerektiğine hükmetmektedir.

Yargıtay'ın, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmasının bulunduğu iddia eden işçinin bu iddiasını ispat yükü altında olduğuna, işçinin imzasını içeren ve genel tatil ücreti tahakkukunun bulunduğu bordroların aksinin ancak yazılı delillerle ispatlanabileceğine, genel tatil ücreti tahakkukunun bulunmadığı ve/veya işçi tarafından imzalı olmayan ücret bordrolarına karşı genel tatil günlerinde çalışıldığı iddiasının tanık dahil da dahil olmak üzere her türlü delille ispatlanabileceğine, genel tatil günlerinde çalışma iddiasına ilişkin olarak yazılı delillere karşı tanık beyanlarına itibar edilemeyeceğine ve yazılı delil bulunmaması halinde tanık beyanlarına göre

³³³ Süzek, 861; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 190.

³³⁴ Y22HD., 2017/26263 E., 2019/23871 K., 19.12.2019 T.: "...hafta tatilinin ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağının aylık ücrete dahil olduğuna dair sözleşme hükmü, sınırlı değer verme ilkesi gereği geçersiz olduğundan Mahkemece dosya içerisindeki deliller değerlendirilerek sonucuna ve ispat durumuna göre davacının hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağının bulunup bulunmadığı konusunda bir karar verilmesi gerekirken, geçersiz sözleşme hükmüne itibarla başkaca değerlendirme yapılmadan davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

³³⁵ Y9HD., 2017/13538 E., 2019/21651 K., 04.12.2019 T.; Y9HD., 2016/22311 E., 2018/12026 K., 29.05.2018 T.: "Davacının davalı işyerinde 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme esasına göre çalıştığı sabit olup, buna göre ulusal bayram ve genel tatillerin 1/2 (yarısında) çalıştığı kabul edilerek sonuca gidilmelidir."

³³⁶ Y9HD., 2017/6838 E., 2017/19396 K., 29.11.2017 T.: "01.09.2008-30.06.2012 tarihleri arası için ise davacı 12 saat çalışma 24 saat dinlenme esasına göre çalışmakta olup, bu çalışma sisteminde ise Dairemiz uygulamasına göre ulusal bayram ve genel tatil günlerinin 1/3 kısmında çalışıldığı kabul edilmekte olup..."

değerlendirme yapılması gerektiğine vs. dair fazla çalışma ve hafta tatilinde çalışma iddiasına ilişkin olarak kabul ettiği ilkeler ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma iddiasında da geçerli olup³³⁷; bu bölümde, tekrara düşmemek amacıyla daha önce değinilen ispat kurallarına ve kabullere değinilmekle yetinilmiştir.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma iddiasının yazılı deliller yerine tanık beyanlarıyla ispatlanması durumunda, hesaplama yapılan dönemin uzun bir süreyi kapsamaması ve karşılığı ücret miktarının yüksek çıkması şartıyla, davacı işçinin hesaplama yapılan süre içinde sürekli olarak çalışmasının mümkün olmadığı karine olarak kabul edilerek hakkaniyet indirimi yapılmalıdır³³⁸.

H. Yıllık İzin Ücreti Alacağında İspat

Anayasa'nın 50.maddesiyle anayasal koruma altındaki dinlenme hakkı çerçevesindeki yıllık ücretli izin hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre, işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de dahil olmak üzere en az bir yıl çalışan işçiler, yıllık ücretli izne hak kazanır.

Kanunun 53.maddesinin ikinci fıkrasında, yıllık izin hakkından vazgeçilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre, yıllık izin hakkı karşılığında ücret ödenmesine ilişkin sözleşme hükümleri geçersiz olacak³³⁹; kullanılmayan yıllık izin hakları, sözleşmenin devamı süresince ücrete dönüşmeyecektir³⁴⁰. Kanunun 58.maddesinde, yıllık izin hakkından vazgeçilemeyeceğinin bir sonucu olarak, yıllık izin kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde, ücret karşılığı bir başka işte çalışması

³³⁷ Bozkurt, 374; Y22HD., 2016/26812 E., 2020/322 K., 15.01.2020 T.

³³⁸ Y22HD., 2019/5500 E., 2019/15822 K., 11.09.2019 T.

³³⁹ Süzek, 863.

³⁴⁰ Y22HD., 2016/27860 E., 2020/1313 K., 23.01.2020 T.

halinde, işveren tarafından izin süresinde ödenen ücretin iadesinin istenebileceği öngörülmüştür.

1. Bir Yıllık Çalışma Süresi Şartı

İş Kanunu'nun 53.maddesine göre işçi, yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için çalışmaya başlamasından itibaren bir yıl çalışmış olmalıdır. Bu çalışma süresine, varsa deneme süresi de eklenecektir. Bununla birlikte, çalışma süresi bir yıldan az olan işçi, çalıştığı süreye göre orantılı olarak yıllık izne hak kazanamayacaktır³⁴¹.

Bir yıllık çalışma süresinin hesaplanmasında, İş Kanunu'nun 54.maddesinin ilk fıkrası uyarınca, işçinin aynı işverenin bir veya birden fazla işyerindeki çalışma sürelerinin toplamı dikkate alınacaktır³⁴².

İşçinin farklı işverenler nezdindeki çalışma süreleri birleştirilemeyecek ise de İş Kanunu'nun 6.maddesi anlamında işyeri devri söz konusu ise iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile devralan işverene geçeceğinden, yıllık ücretli izin hesaplamasında devreden işveren yanındaki çalışma süresi esas alınacaktır^{343 344}.

İşçinin aynı işyerinde, ancak değişen alt işverenler nezdinde çalışması halinde de işyeri devrinde olduğu gibi yıllık ücretli izin hesaplamasında işçinin işyerinde ilk alt işveren nezdinde çalışmaya başladığı tarih dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, Yargıtay, alt işverence iş sözleşmesinin feshedilmesinden itibaren 10-15 gün gibi kısa sayılabilecek bir süreden sonra işçinin yeni alt işveren yanında çalışmaya başlaması

³⁴¹ Süzek, 864; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 582; Günay, Yıllık Ücretli İzin Hakkı, 30.

³⁴² Aynı düzenlemeye göre bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş bulundukları süreler de hesaba katılır.

³⁴³ Süzek, 866; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 583; Günay, 31.

³⁴⁴ Farklı işverenler nezdindeki çalışmaların birleştirilememesinin diğer bir istisnası ise İş Kanunu'nun 54.maddesinin son fıkrasında öngörülmüş olup buna göre aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur; yani, çalışma bir bütün olarak değerlendirilerek yıllık ücretli izin hesabında çalışmaya ilk başlama süresi dikkate alınır.

halinde bunun bir işyeri devri olarak kabul edilmeyerek yeni bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir³⁴⁵.

Yıllık ücretli izne esas sürenin hesabında, işçinin aynı işverenin bir veya birden fazla işyerindeki çalışmalarının kesintisiz olması da gerekmez; taraflar arasındaki iş ilişkisinin bir veya birden fazla defa sona erip yeniden başlaması halinde, aralıklı çalışmalarının toplam süresi yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınacaktır. Aralıklı çalışma sürelerinin toplanmasında iş sözleşmesinin hangi tarafça ve ne sebeple sona erdirildiğinin bir önemi yoktur. Aynı şekilde, aralıklı çalışmalardan birinde kıdem tazminatının ödenmiş olması da süre hesabını etkilemeyecektir³⁴⁶.

Aynı işveren yanındaki aralıklı çalışma sürelerinin birleştirilmesinin istisnası, feshe bağlı olarak önceki çalışma döneminde kullanılmayan izinlerin karşılığının tam olarak ödenmesi halidir; Yargıtay, önceki fesihte işçiye o döneme kadarki çalışma süresi dikkate alınarak kullanmadığı izinlerin karşılığı ücretinin tümünün ödenmesi halinde,

³⁴⁵ Y22HD., 2016/14385 E., 2019/12842 K., 13.06.2019 T.: “Somut olayda, davacı 06/07/2005-31/12/2005 ve 01/01/2010-15/10/2014 tarihleri arasında davalı Gençlik Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde değişen alt işverenlerin işçisi olarak çalışmıştır. Ne var ki; davacının davalı Gençlik Spor Genel Müdürlüğü nezdinde değişen işverenlerde geçen çalışmalarının birleştirilebilmesi ancak işyeri devri kurallarına göre mümkün olabilir. İşyeri devrinden söz edilebilmesi için ise, çalışma süresi kesintisiz olmalı ya da bir alt işverendeki çalışma süresinin sona erdiği ve diğer alt işverendeki çalışma süresinin başladığı tarih arasında 10-15 gün gibi makul süreyi aşan çalışma aralıklarının bulunmaması gerekmektedir. Davacının iki çalışma dönemi arasında geçen süre değerlendirildiğinde 06/07/2005-31/12/2005 tarihleri arası dava dışı alt işveren şirket yanında geçen çalışması bakımında işyeri devrinden söz edilemeyeceği ve davacının 01/01/2010 tarihinde başlayan çalışmasının yeni bir iş sözleşmesine dayalı olduğu anlaşılmış olup davacının 06/07/2005-31/12/2005 ve 01/01/2010-15/10/2014 tarihleri arası çalışma dönemlerinin her biri için, o dönem için belirlenen çalışma süresi ve dönemin son bulduğu tarihteki ücret seviyesine göre kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacakları hesaplanmalıdır.”

³⁴⁶ Y22HD., 2017/27244 E., 2020/1374 K., 03.02.2020 T.; Önceki dönem kullanılmayan izin sürelerine ilişkin ücrette zamanaşımının son fesih tarihinden itibaren hesaplanmasına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y22HD., 2019/8754 E., 2019/24584 K., 26.12.2019 T.: “Somut olayda, davacı, davalı işyerinde yukarıda belirtilen tarihlerde fasıllı olarak çalışmıştır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda izin ücreti hesabı yapılırken, davacının 2 dönem çalışmasının olduğu, ilk dönemin 20.12.2004 tarihinde bittiği ve 5 yıllık zamanaşımı süresi de geçtiğinden dolayı ilk dönemin hesaba dahil edilmeyeceği, hesaplamamın sadece ikinci dönem çalışması üzerinden yapılacağı belirtilerek rapor düzenlenmiş; Mahkemece söz konusu rapora itibar edilerek karar verilmiştir. Yukarıda ilke kararında da belirtildiği üzere davacı, davalı iş yerinde iki dönem halinde çalışmış olup aralıklı çalışmalarda önceki dönem zaman aşımına uğramaz. Bu sebeple davacının her iki çalışma süresinin toplamı üzerinden yıllık izin ücreti hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken yanılıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”

söz konusu çalışma süresinin toplam çalışma süresine eklenemeyeceğine hükmetmektedir³⁴⁷.

İş Kanunu'nun 55.maddesinde, işçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için çalışması gereken 1 yıllık sürenin hesaplanmasında fiilen çalışılmamasına rağmen çalışılmış gibi sayılacak haller belirtilmiştir. Buna göre; işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler³⁴⁸, kadın işçilerin 74.madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları sekizer haftalık süre³⁴⁹, işçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler³⁵⁰, çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü³⁵¹, Kanunun 66.maddesi uyarınca işçinin günlük çalışma süresinden sayılan zamanlar, hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri, 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler; işçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler; Kanunun ek 2.maddesinde sayılan izin süreleri, işveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri ile bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi yıllık ücretli izin hesabında bir yıllık çalışma süresinden kabul edilecektir.

³⁴⁷ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 193; Kar, İş Yargılaması, 588; Y22HD., 2016/24320 E., 2019/21973 K., 02.12.2019 T.

³⁴⁸ 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süre ile sınırlı olmak üzere.

³⁴⁹ Çoğul gebelikte doğumdan önce ve sonra ikişer hafta eklenmek suretiyle.

³⁵⁰ Yılda 90 gün ile sınırlı olmak üzere.

³⁵¹ Yeniden işe başlanması şartıyla.

Belirtilmelidir ki, kanunda çalışılmış gibi sayılacak haller tahdidi olarak düzenlenmiş olup kıyasen ve yorum yoluyla genişletilemeyecektir³⁵².

2. Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin

İş Kanunu'nun 53.maddesi, mevsimlik işlerde çalışanlar yönünden farklı bir uygulama izleyerek niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanların bu Kanun uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanamayacaklarını öngörmüştür. Ancak her somut olaya özgü değerlendirme yapılarak taraflar arasında mevsimlik iş ilişkisi mi yoksa fasılalı çalışma mı bulunduğu tespiti gerekir³⁵³. Nitekim Yargıtay bir yıldan az süren çalışmalarda, işin mevsimlik iş niteliğinde olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmekte, çalışmanın sırf bir yıldan az süreli olması nedeniyle mevsimlik iş olduğu kabul edilerek yıllık ücretli izin hakkının bulunmadığına karar verilemeyeceğine hükmetmektedir³⁵⁴.

İş Kanunu'nda mevsimlik işin tanımı yapılmamış olup; niteliği gereği her yılın sadece belirli dönemlerinde yürütülen işler olarak tanımlanabilecektir³⁵⁵. İşyerindeki faaliyet yılın tamamında devam etmekle birlikte bazı işçiler yılın belirli dönemlerinde çalıştırılıyorsa burada mevsimlik işten söz etmek mümkün olmayacaktır³⁵⁶. O halde, işin mevsimlik iş olup olmadığının tespitinde yazılı deliller ve tanık beyanları ile yapılan işin niteliği gereği yılın sadece belirli bir döneminde yapılması mümkün bir iş olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken, Yargıtay mevsimlik işin tespitinde kriter olarak iş süresini dikkate almaktadır. Yüksek Mahkeme, 11 aydan fazla süren çalışmanın mevsimlik iş olarak değerlendirilemeyeceğini haklı olarak belirtirken³⁵⁷; bir

³⁵² Süzek, 869.

³⁵³ Günay, Yıllık Ücretli İzin, 31.

³⁵⁴ Y22HD., 2017/26521 E., 2020/235 K., 14.01.2020 T.

³⁵⁵ Süzek, 281.

³⁵⁶ Y22HD., 2017/24139 E., 2019/17994 K., 03.10.2019 T.

³⁵⁷ Y22HD., 2017/25483 E., 2019/22259 K., 03.12.2019 T.: “Kanun koyucunun mevsimlik işte yıllık izin öngörmemiş olmasının temel gerekçesi, çalışılan süre itibarıyla dinlenme ihtiyacının ortaya çıkmamış

kararında ise, karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere, bizce isabetsiz olarak, aynı iş ilişkisi içinde bir yıl içinde 330 günden fazla çalışmanın bulunduğu yıllarda işi fasılalı iş kabul ederek yıllık ücretli izne hak kazanıldığını, bir yıl içinde 330 günden az çalışmanın bulunduğu yıllarda ise işin mevsimlik iş niteliğinde olduğunu kabul ederek işçinin yıllık ücretli izin hakkının bulunmadığına hükmetmiştir³⁵⁸. Yine, karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere³⁵⁹, işin mevsimlik iş olup olmadığı yıl içinde çalışılan gün sayısına göre değil işin niteliğine göre tespit edilmeli iken; aynı iş ilişkisi içinde bir yılın mevsimlik iş ve diğer bir yılın ise fasılalı iş olarak kabul edilmesi isabetsiz olmuştur.

Belirtilmelidir ki, İş Kanunu'nun 13/2.maddesine uygun olarak, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 13.maddesi uyarınca kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar da yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanacak, bir yıllık çalışma süresi şartı bakımından da farklı işleme tabi tutulamayacak ve buna ilişkin iş sözleşmesi hükümleri geçersiz olacaktır³⁶⁰.

oluşudur. Ne var ki, özellikle işçinin her yıl 11 ay civarında çalıştırılması ve kısa bir askı süresinden sonra yeniden çalışmaya devam etmesi, diğer bir ifade ile yılın tamamına yakın bir bölümünde çalışılma hâlinde, anayasal temeli olan dinlenme hakkının tanınması gerekmektedir. 11 ayı aşan çalışmalarda ise, yılın kalan bölümünde dinlenme hakkının gereğinin yerine getirilmesi için gereken süre bulunmadığından, 11 ayı aşan çalışmalarda çalışma şeklinin mevsimlik iş olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu çeşit bir çalışmanın mevsimlik olarak değil, fasılalı çalışma olması nedeniyle ve mevsimlik işten söz edilemeyeceğinden, bu sürede de bir yılı doldurmak koşulu ile işçinin izne hak kazandığı kabul edilmelidir.”

³⁵⁸ YHGK., 2015/22-3938 E., 2019/565 K., 16.05.2019 T.: “Mahkemece davacı işçinin mevsimlik iş sözleşmesi ile çalıştığı dönemde 11 ay ve daha fazla çalıştığı yıldan itibaren artık çalışmasının mevsimlik olarak nitelendirilemeyeceği ve bu 11 aylık süre geçirildikten sonraki dönemin tamamı için yıllık izin ücretine hükmedilmişse de, davacının çalışma sürelerine göre sadece 11 aydan fazla çalışılan yıllar bakımından yıllık izne hak kazandığı kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla çalışılan dönemdeki tüm çalışma günlerinin toplanıp buna göre hesap yapılması yerinde olmamıştır. Mahkemece 11 ayın altında çalışılan yıllar dikkate alınmadan yıllık ücretli izin alacağı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.”

³⁵⁹ Karşı oy gerekçesine göre: “Çoğunluk görüşü ile fasılalı çalışmaların, süre kıstası ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun emredici hükümlerine ve istisnai hükümlerin dar yorumlanması ilkesine aykırı olarak mevsimlik iş kabul edilmesi isabetli olmamıştır. Anayasal hak olan ücretli izin hakkının bu şekilde kısıtlanması, hak ihlaline neden olmuştur. Davacının 1989 yılından önce olduğu gibi 1989 yılındaki sonraki çalışmaları da mevsimlik iş değildir. Bu nedenle yerel mahkemenin 11 ayı geçen 1989 yılından sonra tüm süre için izin ücreti hesaplaması ve hüküm altına alması doğru olmuştur. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamıştır.”

³⁶⁰ Süzek, 867.

3. Yıllık Ücretli İzin Süresi

İş Kanunu'nun 53.maddesinin dördüncü fıkrası, işçiye kullandırılması gereken asgari yıllık ücretli izin sürelerini düzenlemektedir. İşçinin yıllık ücretli izin süresi, işyerindeki toplam hizmet süresine göre belirlenmiş olup; bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanların ondört gün, beş yıl ile on beş yıl arasında hizmet süresi olanların yirmi gün, onbeş yıldan fazla çalışması bulunanların ise yirmi altı gün yıllık ücretli izin hakkı bulunmaktadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri ise fıkarda sayılan sürelerin dörder gün artırılması suretiyle belirlenir. Kanunla belirlenen izin süreleri asgari süreler olup taraflarca nispi emredici kurallarla belirlenen bu sürelerin artırılması mümkündür³⁶¹. Maddenin beşinci fıkrasında, onsekiz (dahil) yaşından küçük olan işçiler ile elli (dahil) yaşından büyük işçilerin yıllık ücretli izin süreleri ise her halükarda 20 günden aşağı olmayacağı belirtilmiştir.

4. Yıllık Ücretli İznin Bölünememesi

Yıllık ücretli izin hakkının işçiye ne zaman kullandırılacağı işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Bir diğer deyişle, işçinin, yıllık ücretli izin kullanma talebini içerir dilekçesini işverene iletip kendiliğinden izne ayrılması mümkün olmayıp, böyle bir durumda işverenin izin kullanım talebine rıza göstermemesi halinde işçinin işe devamsızlığı söz konusu olur ki işverene İş Kanunu'nun 25/II-g bendine göre haklı fesih imkanı doğar^{362 363}.

³⁶¹ Günay, Yıllık Ücretli İzin, 32.

³⁶² Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 592; Y22HD., 2017/27112 E., 2020/1614 K., 05.02.2020 T.: “..yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olmaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur.”

³⁶³ Bununla birlikte, işçinin devamsızlığı işverene her durumda haklı fesih imkanı vermez; işçinin yıllık izin talebinde bulunup işverence olumlu karşılanmamasına rağmen işten ayrılması halinde dahi aile

Yıllık ücretli izin kullanım zamanının belirlenmesi işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmakla birlikte, kanunkoyucu, izin işveren tarafından bölünmesine cevaz vermemiştir. İş Kanunu'nun 56.maddesi, yıllık ücretli izin işveren tarafından bölünemeyeceğini düzenlemiştir. Buna göre, işçinin yıllık ücretli izninin tamamını tek seferde kullanması mümkündür. Maddenin 3.fıkrasında ise, 53.maddede öngörülen izin sürelerinin tarafların anlaşması koşuluyla bir bölümü 10 günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre, işçiye kullandırılan izinlerden birinin süresi 10 günden az olmamak koşuluyla kalan izin sürelerinin anlaşmaya bağlı olarak birer ikişer gün olarak kullandırılması mümkündür³⁶⁴.

Yargıtay, Kanundaki “bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere” şeklindeki açık ifadeye rağmen, yıllık izin işçinin talebiyle 10 günden az da olsa kullandırılması halinde geçerli kabul edileceğine hükmetmektedir³⁶⁵. Halbuki, Kanunun 56/3.maddesindeki “tarafların anlaşması” koşulu, Yargıtay'ın ölçüt olarak kabul ettiği “işçinin talebi”ni karşılamaktadır. Nitekim işçinin talebi olmaksızın tarafların anlaşması mümkün değildir. Kanunun ilk halinde “Ancak, 53 üncü maddede öngörülen izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir.” hükmü yer almaktayken, 6704 sayılı Kanunun 16.maddesiyle söz konusu fıkra “Ancak, 53 üncü maddede öngörülen izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilir.” şeklinde değiştirilmiş, yani en çok üçe bölünebilmesi şartı kaldırılmakla birlikte “bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere” şartı korunmuştur. O halde, Kanunun açık hükmü karşısında, işçinin talebiyle olsa dahi, bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere kullandırılmadığı sürece yıllık izin 10 günden aşağı kullandırılması halinde bunun

fertlerinden birinin ölümü, hastalık gibi haklı nedenler söz konusu ise işverenin haklı fesih hakkı doğmaz.

³⁶⁴ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 197.

³⁶⁵ Y9HD., 2017/10594 E., 2019/12823 K., 10.06.2019 T.: “Talep döneminde yürürlükte olan İş Kanunu'nun 56/3. maddesine göre izinlerin 10 günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullanılabileceği öngörülmüş ise de, bu konuda Dairemizin yerleşik uygulaması yıllık izin işçinin talebiyle 10 günden az da kullandırılrsa geçerli olduğu yönündedir.” Aynı yönde karar için bkz. Y7HD., 2015/6768 E., 2016/7871 K., 11.04.2016 T.

geçerli kabul edilmemesi, yıllık izin hiç kullandırılmamış sayılması gerekirNitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 10 günden aşağı kullandırılan yıllık ücretli izinlerin işçinin dinlenme hakkını tam olarak kullanmasını engelleyeceği gerekçesiyle birer ikişer günlük izin kullanımını geçerli kabul edilmeyerek mazeret izni niteliğinde olduğunu kabul etmiştir³⁶⁶.

5. Yıllık Ücretli İzinde İspat

İş Kanunu'nun 59.maddesine göre iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Kanunkoyucu, yukarıda değinildiği üzere, vazgeçilmez bir hak olarak nitelendirdiği ve ücret olarak ödenmesi kararlaştırılamayacak olan yıllık ücretli izin hakkının, iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte artık kullanılamayacak olması karşısında, kullanılmayan izin günlerinin ücrete dönüşeceğini öngörmüştür. Buna karşılık, iş sözleşmesinin devamı sırasında, işçinin kullanılmayan yıllık ücretli izinlerinin karşılığı ücret alacağı talebinde bulunması mümkün değildir³⁶⁷.

İş sözleşmesinin devamı süresince kullanılmayan yıllık ücretli izinlerin ücret alacağına dönüşmesinde, iş sözleşmesinin hangi tarafça ne sebeple sona erdirildiğinin bir önemi yoktur; sözleşmenin işçinin ölümü sebebiyle sona ermesinde de

³⁶⁶ Y22HD., 2016/5916 E., 2019/3084 K., 12.02.2019 T.: “Somut olayda dosya kapsamında davacı imzalı yıllık izin talep formlarında genellikle birer günlük izin talep edildiği, birinde iki gün, bir diğerinde de ise yarım gün şeklinde izin taleplerinin olduğu görülmektedir. Öte yandan davacının yıllık ücretli izinlerinin işverence kullandırılmadığı da açıktır. Bu durumda yıllık izin mahiyetinde olmayıp mazeret izni niteliğinde olan izin sürelerinin yıllık izin süresinden mahsubu hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Söz konusu içtihadına uygun olarak özel daire, bir kısmı 10 gün olarak kullanılan yıllık izinden kalan 4 günlük kısmın 10 günden aşağı olması nedeniyle geçerli kabul etmeyen ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir (Y22HD., 2017/13483 E., 2018/13215 K., 28.05.2018 T.).

³⁶⁷ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 96; Günay, 37.

kullanılmayan yıllık ücretli izinlerin karşılığı olan ücret, ölen işçinin mirasçıları tarafından talep edilebilecektir³⁶⁸.

İşçinin, iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından, kullanmadığını iddia ettiği yıllık izinleri karşılığında ücret alacağı talebinde bulunması halinde, yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığını ispat yükü işverene aittir³⁶⁹. İşçinin bu talebi hakkında herhangi bir delil ibraz etmesine gerek yoktur³⁷⁰.

İşveren, yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığını işçinin imzasını taşıyan izin defterleri veya izin belgeleri ispat edebilecek; izinlerin kullandırıldığı iddiasında tanık beyanlarına itibar edilemeyecektir³⁷¹. Nitekim İş Kanunu'nun 56.maddesinin 6.fıkrasının son cümlesi uyarınca işverenin, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutması zorunludur. İspat yükü üzerinde bulunan işverence yazılı delil sunulmaması halinde yıllık ücretli izinlerin kullandırılmadığı kabul edilerek işçinin çalışma süresine göre gün karşılığı ücrete hükmedilecektir³⁷².

Yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı iddiasını işveren, imzalı ücret bordroları ile de ispatlayabilir. İşçinin imzasını taşıyan ücret bordrolarında yıllık izin ücreti tahakkuku bulunmakta ise, ücret tahakkuk ettirilen günlerin yıllık izin hesaplamasında dikkate alınması gerekir³⁷³.

³⁶⁸ Süzek, 867; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 594.

³⁶⁹ Keser, 700; Bozkurt, 356.

³⁷⁰ Günay, 38; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 195; Kar, İş Yargılaması, 586.

³⁷¹ Keser, 700; Kar, İş Yargılaması, 586; Y9HD., 2016/4479 E., 2019/13052 K., 11.06.2019 T.

³⁷² Y9HD., 2016/10709 E., 2019/21387 K., 02.12.2019 T.: “Somut uyuşmazlıkta, davacı işyerinde hak ettiği yıllık izinlerin kullandırılmadığını iddia ederek alacak talebinde bulunmuş, davalı işveren tarafından davacının yıllık izinlerini kullandığına dair yazılı belge sunulmamıştır. Buna göre davacının talep ettiği yıllık izin ücretinin hüküm altına alınması gerekirken, gerekçesi de açıklanmadan talebin reddine karar verilmesi hatalıdır.”

³⁷³ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 98; Y22HD., 2016/24005 E., 2019/21515 K., 26.11.2019 T.; Y22HD., 2016/20166 E., 2019/18276 K., 07.10.2019 T.: “Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının kıdemine göre 130 gün izne hak kazandığı ve davalı tarafça 40 güne ilişkin belge sunulduğundan bu sürenin mahsubu ile bakiye 90 gün için hesaplama yapılmıştır. Ancak dosya içerisinde yer alan ve davacı tarafça imza itirazına uğramayan 2013 3. ay bordrosunda 20 gün, 2014 12. ve 3. ay bordrolarında da 20’şer günden toplam 60 günlük yıllık izin ücreti tahakkuku bulunduğu görülmüştür. Bu nedenle, bordrolarda tahakkuk eden toplam 60 gün yerine 40 günlük yıllık izin ücretinin yapılan hesaplamadan mahsup edilmesi hatalı olmuştur.”

İmzalı ücret bordroları gibi imzalı puantaj kayıtlarından³⁷⁴, yıllık izin formu³⁷⁵, personel izin belgesi³⁷⁶ gibi belgelerden davacı işçinin yıllık ücretli izin kullandığı anlaşılıyorsa, söz konusu günlerin yıllık ücretli izin hesabında düşülmesi gerekmektedir.

İşverence yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığına delil olarak sunulan belgelere itibar edilebilmesi için işçinin imzasını taşıması gerekir. İşverence sunulan belgelerde yer alan imzalara işçinin itiraz etmesi halinde, söz konusu belgeler üzerinde imza incelemesi yapılmalıdır³⁷⁷. İşverence delil olarak dayanan ve imzasına itiraz edilmiş belgelerin aslının sunulması gerekli olup, böyle bir durumda belgelerin aslının sunulmaması halinde yıllık ücretli izin kullandırıldığına ispat edilemediği kabul edilecektir. İşverence belge asıllarının sunulması halinde ise mahkemece gerekli imza incelemesi yaptırılacak; imzanın işçiye ait olduğunun anlaşılması halinde ilgili belgelere itibar edilerek yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı iddiasının ispatlandığı kabul edilecektir. Buna karşılık, imzaların işçiye ait olmadığı anlaşılıyorsa veya imzanın işçiye ait olup olmadığı bilirkişilerce tespit edilememişse bu durumda işverenin iddiasını ispatlayamadığının kabulü gerekir³⁷⁸.

³⁷⁴ Y22HD., 2016/30136 E., 2019/16436 K., 17.09.2019 T.; Y22HD., 2017/11601 E., 2018/7081 K., 19.03.2018 T.: “Davacının, sekiz yıl hizmet süresince hiç yıllık izin kullanmadığı kabul edilerek hüküm kurulmuştur. Davalı tarafça mavi klasörde ibraz edilen imzalı puantaj kayıtlarında davacının 2011/9 ayda 10 gün, 2011/4 ayında 3 gün, 2010/9. ayda 9 gün, 2010/10. ayda 2 gün, 2012/2 ayında 4 gün olmak üzere toplamda 28 gün yıllık izin kullandığı tespit edilmiştir. Toplam izin süresinden kullanılan 28 gün yıllık izin düşülerek 82 gün üzerinden hesaplama yapılması gerekirken, eksik inceleme ile verilmiş olan karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

³⁷⁵ Y22HD., 2016/25288 E., 2019/22776 K., 10.12.2019 T.; Y22HD., 2017/12248 E., 2018/7661 K., 26.03.2018 T.: “...Ancak bu hesaplama dosya içeriğinde yer alan davacı işçi ile birim sorumlusu ve başhemşire vekili imzalı yıllık izin formlarının nazara alınmadığı görülmektedir. Bu itibarla söz konusu belgeler dikkate alınarak bakiye yıllık izin ücretinin hesaplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulması isabetsizdir.”

³⁷⁶ Y9HD., 2019/7262 E., 2019/20160 K., 18.11.2019 T.: “davalı tarafından davacının yıllık izin kullandığı sürelerle ilişkin imzalı bir kısım personel izin belgeleri ibraz edildiği görülmüştür. Buna rağmen Mahkemece, davacının çalışma süresi içinde hiç yıllık izin kullanmadığı kabul edilerek alacağın hüküm altına alınması isabetsizdir.”

³⁷⁷ Y22HD., 2016/19324 E., 2019/16941 K., 23.09.2019 T.

³⁷⁸ Belgelerdeki imzanın işçinin eli ürünü olup olmadığının bilirkişi raporları ile tespit edilememesi halinde işçi lehine yorum ilkesi gereği imzaların davacı işçiye ait olmadığının kabul edilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz.: Y9HD., 2017/7586 E., 2019/19040 K., 04.11.2019 T.

Belirtilmelidir ki, yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığını ispat yükü üzerinde olan davalı işverenin bu iddiasını yemin delili ile de kanıtlaması mümkündür³⁷⁹.

Yargıtay, uzun bir dönem için yıllık izin ücreti talep edilmesi ve işverence yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığına dair yazılı delil sunulamaması halinde işçinin uzun yıllar boyunca hiç yıllık ücretli izin kullanmamasının veya çok az sayıda yıllık ücretli izin kullanmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu kabul ederek davacı işçinin bu husustaki beyanlarının alınmasını gerekli görmektedir³⁸⁰. Yargıtay, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 194.maddesinde düzenlenen somutlaştırma yükü ve 31.maddesinde düzenlenen hakimin davayı aydınlatma ödevi uyarınca davacı asilin isticvap edilmesi gerektiğine hükmetmektedir³⁸¹.

Yargıtay’ın sözü edilen yerleşik içtihadı doğrultusunda uzun süreli çalışmaya rağmen hiç yıllık izin kullanılmadığının iddia edilmesi durumunda mahkemece davacı asil HMK’nın 169 vd. maddeleri uyarınca isticvap edilmeli; davalıya ait işyerinde çalıştığı süre boyunca hiç yıllık ücretli izin kullanıp kullanmadığı, kullanmış ise ne kadar süre ile izin kullandığı sorulmalıdır. Ancak yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığını ispat yükü her halükarda davalı işverende olduğundan, isticvap edilen davacının hiç yıllık ücretli izin kullanmadığını beyan etmesi halinde, davalı tarafça sunulan başkaca bir delil de bulunmuyor ise talep gibi karar verilecektir. Nitekim Yargıtay’ın da önüne gelen bir dosyada davacı işçinin uzun süre yıllık ücretli izin kullanmadan çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle davacı asil isticvap edilmek üzere

³⁷⁹ Y22HD., 2018/4196 E., 2018/10363 K., 02.05.2018 T.: “Diğer taraftan davalının yıllık izin konusunda yemin deliline dayandığı görülmektedir. Davalının yemin teklifinin yerine getirilmemesi ve bu şekilde delillerin tam toplanmadan karar verilmesi hatalıdır.”

³⁸⁰ Y22HD., 2017/21184 E., 2019/9817 K., 06.05.2019 T.; Y22HD., 2017/24495 E., 2019/18990 K., 15.10.2019 T.: “Davacının 9 yıl boyunca sadece 15 gün yıllık ücretli izin kullanarak çalışması hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 31. maddesi uyarınca hakimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde; Mahkemece, davacı asil çağrılarak yıllık izinlerle ilgili beyanının alınmasından sonra sonucuna ve tüm dosya kapsamına göre karar verilmelidir.”

³⁸¹ Y9HD., 2016/8238 E., 2019/19808 K., 13.11.2019 T.; Y22HD., 2017/14534 E., 2018/22902 K., 23.10.2018 T.: “Davacının 14 yıl boyunca hiç izin kullanmadan çalışması hayatın olağan akışına aykırı olup, davacı asil isticvap edilerek yıllık izin konusunda beyanlarının alınması ve davalının yemin deliline dayandığı gözetilerek bu hakkın kullanılmasının temini gerektiğinin değerlendirilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

kararın bozulması üzerine yerel mahkemece davacı isticvap edilmiş, davacı asilin hiç yıllık ücretli izin kullanmadığını beyan etmesi üzerine talep gibi karar verilmiştir³⁸².

Son olarak belirtilmelidir ki, fazla çalışma ücreti alacağından, hafta tatili ücreti ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağından farklı olmak üzere, hesaplanan yıllık izin ücreti alacağından hakkaniyet indirimi yapılmamalıdır³⁸³.

I. İhbar Tazminatında İspat

1. Genel Olarak

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı anlaşması (ikale), belirli süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi, işçinin ölümü ve fesih yoluyla sona erer³⁸⁴. Taraflardan biri, iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanı ile feshedebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda fesih, 17.maddede düzenlenen süreli fesih ve 24.-25.maddelerde düzenlenen haklı nedenle derhal fesih olmak üzere ikiye ayrılmıştır. İş Kanunu'nun 24. ve 25.maddelerinde sayılan haller kapsamında değerlendirilebilecek şekilde haklı nedenlerin bulunması, söz konusu nedene dayalı olarak iş akdini feshetmek tarafa derhal fesih imkanı verirken; fesih için Kanunun 24. ve 25.maddeleri anlamında haklı nedeni bulunmayan taraf, belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek istediğinde Kanunun 17.maddesi uyarınca fesih bildiriminde bulunmak ve çalışma süresine göre 2-8 hafta arasındaki fesih bildirim sürelerine uymak zorundadır. Bununla birlikte iş sözleşmesi taraflarca bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle derhal feshedilebilecektir.

³⁸² Y22HD., 2019/6022 E., 2019/18299 K., 07.10.2019 T.

³⁸³ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 98; Y9HD., 2012/7623 E., 2014/13965 K., 29.04.2014 T.

³⁸⁴ Bedük, 680.

İş akdini haklı bir nedene dayanamaksızın feshetmek isteyen işveren, işçi iş güvencesi hükümlerine tabi olsa da olmasa da, Kanunun 17.maddesinde belirlenen fesih bildirim sürelerine uymak zorundadır³⁸⁵.

Haklı fesih nedenlerinin bulunmadığı söz konusu hallerde fesih bildirim sürelerine uymaksızın, sözleşmeyi derhal fesheden taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Bildirim sürelerine uyulmaksızın yapılan bu fesih, usulsüz fesih olarak; karşılığında hak kazanılacak tazminat ise ihbar tazminatı olarak adlandırılmaktadır³⁸⁶.

Sürelî fesih, yalnızca belirsiz süreli iş akitlerinde söz konusu olabildiğinden, belirli süreli iş akitlerinin feshi halinde ihbar tazminatına hak kazanılamaz³⁸⁷.

Sözleşmeyi fesheden taraf, feshi haklı nedene dayansa dahi ihbar tazminatına hak kazanamaz; feshin haklı nedene dayanması yalnızca kıdem tazminatını ilgilendiren bir husustur³⁸⁸. Aynı şekilde işçi, emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş akdini feshederse ihbar tazminatı talep edemeyeceği gibi söz konusu hallerde işveren de işçiden ihbar tazminatı talebinde bulunamayacaktır³⁸⁹.

İş sözleşmesi Kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilen tarafın ihbar tazminatı talep edebilmek için herhangi bir zarara uğraması ve bunu ispatlaması gerekmez; Kanunun 17/3.maddesi uyarınca çalışma süresine göre belirlenecek ihbar tazminatı Kanunda maktu olarak belirlenmiş olup, talep eden tarafın sözleşmenin diğer tarafça bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedildiğini ispatlaması gerekli ve yeterlidir³⁹⁰.

³⁸⁵ Süzek, 556.

³⁸⁶ Gerek, 8.

³⁸⁷ Süzek, 573; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 74; Bedük, 686; Gerek, 2.

³⁸⁸ Süzek, 573.

³⁸⁹ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 74; Bedük, 716; Y22HD., 2016/26230 E., 2019/24370 K., 24.12.2019 T.

³⁹⁰ Süzek, 574; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 365; Gerek, 8.

2. İş Sözleşmesini Fesheden Tarafın İspatı

İş sözleşmesinin kim tarafından ve ne şekilde sona erdirildiği, özellikle iş güvencesi hükümlerinden yararlanma ve ihbar tazminatına hak kazanma hususlarında belirleyici olacaktır. Nitekim, yukarıda değinildiği üzere ihbar tazminatını iş sözleşmesini fesheden taraf değil iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilen taraf talep edebilecektir. Ancak bazı hallerde sözleşmenin hangi tarafça feshedildiği de uyuşmazlık konusu olabilmektedir. İkâlenin irade fesadına dayanması, işçinin istifasının baskı yoluyla alınması gibi haller söz konusu olabileceği gibi, ilk bakışta feshin kim tarafından gerçekleştirildiği belli olmayabilecek veya sözleşme her iki tarafça feshedilmiş olabilecektir. Bu nedenle ihtilaf halinde, fesih iradesi taşıyan tarafın veya sözleşmenin ilk olarak hangi tarafça sona erdirildiğinin tespiti gerekir³⁹¹.

Fesih, yapma şeklindeki olumlu bir eylemle gerçekleşebileceği gibi yapmama şeklindeki olumsuz bir eylemle de ortaya çıkabilir. Örneğin işverenin işçiyi işyerine almaması halinde işveren feshinden söz edilecektir. Ancak bahsedilen örnekte işverence işçinin işyerini terk ettiği veya işe gelmeyerek eylemli fesihte bulunduğu ileri sürülmesi de mümkündür. Bu tür durumlarda tanık beyanları, işyeri iç yazışmaları, SGK'ya bildirilen işyeri ayrılış kodu gibi deliller değerlendirilerek fesih iradesi taşıyan tarafın belirlenmesi gerekir³⁹².

Yargıtay, işverenin tek taraflı ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, sözleşmeyi ücretsiz izni kabul etmeyerek çalışmayı bırakan işçinin değil işverenin feshettiğini kabul etmektedir³⁹³.

³⁹¹ Süzek, 743.

³⁹² Y22HD., 2017/19022 E., 2018/27954 K., 20.12.2018 T.; Y9HD., 2016/5790 E., 2019/15102 K., 08.07.2019 T.; Y9HD., 2016/2014 E., 2019/11635 K., 21.05.2019 T.; Y9HD., 2016/1444 E., 2019/11176 K., 15.05.2019 T.

³⁹³ Y9HD., 2015/24630 E., 2018/21206 K., 22.11.2018 T.

Yargıtay, bir kararında yarım günlük mazeret izinlerinin 2 gün olarak yıllık izinlerden düşülmesi nedeniyle taraflar arasında yaşanan tartışma sırasında işverenin işçiye yönelik “hesabına gelmiyorsa çek git” şeklinde beyanda bulunmasını işveren feshi olarak değerlendirmemiş; fesih iradesinin işverenin beyanı üzerine işyerinden ayrılan işçide olduğunu kabul etmiştir³⁹⁴. Buna göre, işverenin işçiyi işyerinden zorla çıkarması, açıkça kovması gibi haller dışında, işyerindeki uygulamalar nedeniyle işverenin işçiye “beğenmiyorsan git”, “bu ücretle çalışmak istemeyen ayrıl” gibi sözler söylemesi fesih iradesi olarak kabul edilemeyecek; bu hallerde işçinin işten ayrılması halinde ancak haklı fesih söz konusu olabilecek ancak işçi ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır³⁹⁵.

Yargıtay, işçinin mobbinge maruz kaldığı ve bu nedenle iş sözleşmesini feshettiği bir olayda işverence işçinin iradesinin feshe yönlendirildiği gerekçesi ile işçinin ihbar tazminatına hak kazanacağına hükmetmiştir³⁹⁶. Aşağıda anlatılacağı üzere, işçiden zorla istifa dilekçesi alınması halinde işveren feshinden söz edileceği gibi, işverence uygulanan mobbing nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin ihbar tazminatına hak kazanacağını kabul eden Yargıtay kararı kanaatimizce isabetlidir. Bununla birlikte, sözleşmeyi fesheden işçinin ihbar tazminatına hak kazanabilmesi için işçiye uygulanan mobbingin özel olarak işçiyi işten ayrılmaya mecbur bırakma kastıyla

³⁹⁴ Y22HD., 2017/19333 E., 2019/1536 K., 22.01.2019 T.: “davacının işverenin bu uygulamasını kabul etmemesi üzerine işverenin “hesabına gelmiyorsa çek git” şeklindeki beyanının iş sözleşmesinin işveren tarafından (haksız) feshi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Uygulamada, açık bir fesih beyanı olmadığı halde işverenin işçinin giriş kartına el koymak, ona fiziki müdahalede bulunarak işyeri dışına çıkartmak, işe almamak gibi olumsuz davranışı iş sözleşmesinin eylemli feshi olarak nitelendirilebilir ise de, somut olayda fesih anlamına gelebilecek bu tür bir davranış söz konusu değildir. Bir diğer ifade ile işverenin gerek yasal düzenlemeye, gerekse iş koşullarına aykırı bir uygulaması olduğu sabit ise de, işverence ortaya konulmuş bir fesih iradesi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçi bu yasal olmayan uygulamayı kabul etmek veya iş sözleşmesini feshetmek noktasında bir seçim hakkına sahiptir. Hal böyle iken, iş sözleşmesinin işveren tarafından değil, işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğinin kabulü somut olayın özelliklerine uygun düşecektir.”

³⁹⁵ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 78.

³⁹⁶ Y22HD., 2015/11958 E., 2015/15623 K., 31.05.2016 T.: “işçinin Ankaradan İstanbula süresiz görevlendirildiği, ancak yeni görev yerinde, tecrübesine ve işyerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev verilmeyerek pasifize edildiği, işyerinde işe yaramayan personel algısının oluşturulduğu ve bu suretle davacı işçiye, kendi isteğiyle işten ayrılmasını sağlamak amacıyla mobing uygulanmış olduğu anlaşılmaktadır. Mobbinge maruz kalan davacı işçi, iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu halde, işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı sabittir. İhbar tazminatı talebine gelince, her ne kadar fesih işçi tarafından yapılmış ise de, işverenin uyguladığı mobbing sonucu işçinin iradesinin feshe yönlendirildiği sabit olduğundan, ihbar tazminatına da hak kazanılmıştır.”

yapılması gerektiği; ancak böyle bir koşulda işverenin fesih iradesinde olduğu kabul edilmelidir; aksi halde işçiye uygulanan her mobbing işçiye ihbar tazminatı talep edebileceği şekilde fesih imkanı tanır ki bu, ihbar tazminatının hukuki temeline aykırı olacaktır.

İşçinin iş yerinden ayrılması sonrasında işverenin devamsızlık tutanakları tutarak Kanunun 25/II-g bendi uyarınca haklı nedenle feshetmesi halinde fesih iradesinin işçide olduğu, iş sözleşmesinin işçi tarafından eylemli olarak feshedildiği kabul edilmelidir. Zira işçi, işyerinden ayrılmakla iş sözleşmesini fiili olarak o anda sona erdirmiştir, daha sonra işe gelmemesi nedeniyle devamsızlık tutanakları tutulması, feshi işveren feshi haline getirmez. Böyle bir durumda işçi, ihbar tazminatına hak kazanamaz³⁹⁷.

a. İkale

İş sözleşmesi, tarafların iradelerinin birbirine uyuşması sonucu anlaşma yoluyla sona erdirilebilir. Geçerli bir ikale söz konusu ise işçi, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağı gibi iş güvencesi hükümlerine dayanarak işe iadesini talep edemeyecektir³⁹⁸.

Geçerli bir ikaleden söz edilebilmesi için her iki tarafın gerçek iradesinin aynı koşullarla sözleşmenin sonlandırılmasına ilişkin olması gerekmektedir. Uygulamada işçinin iradesinin fesada uğratarak iş sözleşmesinin anlaşma yoluyla sona erdirildiği görülebilmektedir. İşverence, kıdem ve ihbar tazminatı ödemekten kurtulmak veya iş

³⁹⁷ Y9HD., 2016/6151 E., 2019/17309 K., 03.10.2019 T.: “Davacı işçi, çalıştığı işyerinin değiştirilip başka bir yere naklini kabul etmeyerek hem daha önceden çalıştığı işyerine hem de naklen gönderildiği işyerine gitmemek suretiyle bir anlamda terk suretiyle iş akdini fiili olarak kendisi sonlandırmıştır. İş akdi işçi tarafından eylemli fesih yöntemiyle sonlandırılmış olduğundan, davalı işverenin tuttuğu devamsızlık tutanakları ile gerçekleştirdiği devamsızlık feshinin sonuca etkisi yoktur. Terk tarihi itibarıyla davacının hak edildiği halde ödenmemiş işçilik alacakları olduğu da sabittir. Açıklanan delil durumuna göre, haklı fesih nedeni ile davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü yerinde ise de; haklı nedenle dahi olsa iş akdini fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği gözetilerek bu talebin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”

³⁹⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 338;Gerek, İkale, 50; Kar, İş Yargılaması, 578; Y9HD., 2019/90 E., 2019/10753 K., 13.05.2019 T.

güvencesi hükümlerini dolanmak amacıyla feshin ikale gibi gösterilmesi halinde iş sözleşmesinin tarafların ortak iradesiyle sona erdirildiği kabul edilemeyecektir³⁹⁹.

İşçinin iş güvencesinden mahrum kalması, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamaması gibi dezavantajları karşısında anlaşma suretiyle iş sözleşmesinin sonlandırıldığının kabul edilebilmesi için kendisinin de bir yararı olmalıdır. İşçinin ikalede iradesinin fesada uğratıldığını ileri sürerek işe iade veya kıdem-ihbar tazminatı talebinde bulunması halinde, sözleşmeyi sona erdirmekte yararının bulunup bulunmadığı araştırılarak ikalenin geçerli kabul edilip edilmeyeceği belirlenmelidir. İkalenin işçi açısından dezavantajları nedeniyle öğretide, ikalenin geçerliliğinin işçinin korunması ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁰⁰.

İkalenin işverenin baskısı ile veya sair suretle işçinin iradesinin fesada uğratılması sonucu yapıldığı iddiası tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilecektir. Ancak tanıkların, ikale sözleşmesi hakkında görgüye dayalı bilgisinin bulunması gerekmekte olup, ikalenin yapıldığı sırada orada bulunmayan tanığın beyanlarına itibar edilerek ikalenin geçerli olmadığı sonucuna ulaşılamayacaktır⁴⁰¹.

İrade fesadının tanık beyanları ve diğer delillerle ispatlanamaması halinde işçinin herhangi bir yararı olmadan ikale yapılması hayatın olağan akışına uygun kabul edilmeyerek makul yararın varlığı aranmaktadır⁴⁰². Yargıtay, makul yararın varlığını kabul edebilmek için işverence yapılması gereken ödemelerin nelerden ibaret olduğunu ikale icabının hangi tarafça yapıldığına göre farklı değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme, ikalede işçinin makul yararının bulunduğu kabul edilebilmesi için, ikalenin işçinin teklifi ile yapılması halinde kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesini yeterli

³⁹⁹ Süzek, 550.

⁴⁰⁰ Süzek, 550; Gerek, İkale, 44.

⁴⁰¹ Y9HD., 2019/1971 E., 2019/6909 K., 27.03.2019 T.

⁴⁰² Süzek, 550; Gerek, İkale, 50; Kar, İş Yargılaması, 578.

görmekteyken⁴⁰³; ikale teklifinin işverenden gelmesi halinde kıdem ve ihbar tazminatının yanında 4 maaş tutarında ödeme yapılması gerektiğini belirtmektedir⁴⁰⁴.

İkale teklifinin hangi tarafça yapıldığı hususunda da uyuşmazlık bulunması halinde, ikale teklifinin işçiden geldiğini ispat yükü davalı işverenin üzerindedir⁴⁰⁵.

İkalenin, işçinin iradesinin fesada uğratılarak yapıldığı hususunun tanık ve diğer delillerle ispatlanması veya işçinin ikalede makul yararının bulunmadığının sabit görülmesi halinde, sözleşmenin sona ermesinin işverenin fesih iradesine dayandığı kabul edilerek diğer koşullarının oluşması halinde ve kıdem ve ihbar tazminatı veya işe iade taleplerinin kabul edilmesi gerekecektir⁴⁰⁶.

b. İstifa

İstifa, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir nedene dayanmaksızın, fesih bildirim sürelerine uyulmaksızın tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁷.

İstifa eden işçi, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı gibi iş güvencesi hükümlerinden de yararlanamayacak; hatta talep edilmesi halinde işverene

⁴⁰³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 339; Y9HD., 2019/90 E., 2019/10753 K., 13.05.2019 T.; Y9HD., 2018/6018 E., 2018/15415 K., 10.09.2018 T.: “Dairemiz uygulamasına göre işçiden gelen talep üzerine yapılan ikale sözleşmesi bakımından kıdem ve ihbar tazminatına denk düşecek bir miktarın ödenmesinin kararlaştırılmasının sözleşmeyi imzalamada işçinin makul yararı bakımından yeterli kabul edildiği, ayrıca ek bir menfaaat sağlanmasının aranmadığı, açıklanan sebeplerle davacı irade fesadı iddiasını ispat edemediğinden ve davacının talebi üzerine iş akdi feshedildiği anlaşıldığından davalı feshinden de söz edilemeyeceğinden İlk Derece Mahkemesince davanın reddi yerine kabulü hatalıdır.”

⁴⁰⁴ Y9HD., 2019/1971 E., 2019/6909 K., 27.03.2019 T.: “İşverenden gelen ikale teklifi üzerine davacı ve davalı işveren arasında düzenlenen 28.12.2015 tarihli protokol ile, davacı işçiye kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve 4 maaşlık ücreti tutarında ek menfaatin ödenmesinin taahhüt edildiği anlaşılmaktadır. ... davacıya tüm yasal istihkakları, kıdem ve ihbar tazminatının haricinde ayrıca 4 maaş tutarında ödeme taahhüdü nedeniyle makul faydanın sağlandığı, bu nedenle ikalenin anlaşmasının geçerli olduğu cihetle, davanın bu gerekçe ile reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

⁴⁰⁵ Y9HD., 2018/2735 E., 2018/21455 K., 26.11.2018 T.: “Somut uyuşmazlıkta; ikale gereğince davacıya 8.712,15-TL kıdem tazminatı, 7.510,26 ihbar tazminatı, 1.453,50 TL yıllık ücretli izin alacağı ve iki maaşlık ödemeye karşılık gelen 9.690,00-TL ek ödeme yapılmasının kararlaştırıldığı, ancak ikale teklifinin davacı işçiden geldiğinin ispatlanamadığı, davacının iş akdinin işverenden gelen teklif ile sona erdiği ve davacıya makul menfaat sağlanmadığı anlaşıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.”

⁴⁰⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 342; Y9HD., 2018/4949 E., 2019/328 K., 08.01.2019 T.

⁴⁰⁷ Kar, İş Yargılaması, 573.

ihbar tazminatı ödemek zorunda kalabilecektir⁴⁰⁸. İstifanın, işçinin aleyhine olan bu hukuki sonuçları dikkate alındığında, işveren tarafından iradesinin fesada uğratılabilmesi mümkündür. Gerçekten, uygulamada, işçiden baskı yoluyla veya tazminat ödeme vaadi ile istifa dilekçesi alınmasına sıklıkla rastlandığı gibi, ücretinin ödenmemesi gibi haklı bir nedene dayanarak sözleşmeyi feshetmek isteyen işçinin hatalı bir irade beyanı ile istifa dilekçesi vermesi de görülebilmektedir⁴⁰⁹.

İstifa dilekçesinin baskı yoluyla veya tazminat ödeme taahhüdü ile imzalandığını ispat yükü davacı işçinin üzerindedir. İşçi, bu yöndeki iddiasını görgüye dayalı tanık beyanları dahil her türlü delille ispat edebilecektir. İddiasını ispat edemeyen işçinin kıdem ve ihbar tazminatı ile işe iade talepleri reddedilecek⁴¹⁰; buna karşılık iradesi fesada uğratılarak istifa ettiğini ispatlaması halinde fesih iradesinin işverende olduğu kabul edilecektir⁴¹¹.

İ. Kötü Niyet Tazminatında İspat

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli feshi, iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler bakımından ikiye ayrılarak incelenir. İş güvencesine tabi olan işçiler yönünden süreli feshin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için İş Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca feshin geçerli nedenlere dayanması gerekir. İş güvencesine tabi olmayan işçiler

⁴⁰⁸ Kar, İş Yargılaması, 575; Bedük, 705.

⁴⁰⁹ Bedük, 680.

⁴¹⁰ Y9HD 2019/3478 E., 2019/20859 K., 25.11.2019 T.: “Somut olayda dinlenen davacı tanıkların istifa dilekçesi yazılırken davacının yanında bulunmadıkları, görgüye dayalı bilgilerinin olmadığı ve tüm delillerle birlikte değerlendirildiğinde davacının irade fesadı iddiasını ispatlayamadığı ve davacının kendi isteği ile işten ayrılma iradesiyle hareket ettiği anlaşıldığından iş sözleşmesini fesheden davacının feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunamayacağından, davanın reddine karar verilmesi gerekmiş olup...”

⁴¹¹ Y22HD., 2016/6262 E. 2019/5766 K., 12.03.2019 T.; Y9HD., 2017/18150 E., 2019/2812 K., 06.02.2019 T.: “Dosya içerisindeki bilgi ve belgeler, istifa dilekçesinin içeriği ve özellikle davacı tanığı Ö.'ün beyanlarına göre davalı işverenin tazminatların derhal ödeneceği sözünü verdiği ve davacıdan baskı altında istifa dilekçesi aldığı, davacının iradesi fesada uğratıldığından ortada gerçek bir istifa iradesi bulunmadığı, feshin işverence gerçekleştirildiği ve haksız olduğu anlaşılmıştır. Buna göre davacının ihbar tazminatı talebinin kabulü yerine, yanlışlı değerlendirme ile talebin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

yönünden ise işverenin geçerli nedene dayanma zorunluluğu yoktur⁴¹². Bu gruba giren işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde geçerli neden bulunmasa ve hatta aşağıda anlatılacağı şekilde feshi hakkı kötüye kullanılmış olsa dahi fesih geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçi, iş sözleşmesi işverence feshedildiğinde, fesih bildirim sürelerine uyulmamış ise ihbar tazminatı ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatına hak kazanacağı gibi, Kanunun 17/6.maddesi uyarınca fesih hakkı kötüye kullanılmışsa bildirim süresinin üç katı tutarında tazminata da hak kazanacaktır. Bildirim sürelerinin üç katı tutarındaki bu tazminat kötü niyet tazminatı olarak adlandırılır. Hem fesih bildirim sürelerine uymayan hem de fesih hakkını kötüye kullanan işveren, iş sözleşmesini feshi nedeniyle işçiye bildirim sürelerine ait ücretinin toplam dört katı tutarında tazminat ödeyecektir⁴¹³.

İş güvencesine tabi olan işçiler, kötü niyet tazminatına hak kazanamazlar; diğer bir deyişle, işe iade ve iş güvencesi tazminatı talep etmek yerine kötü niyet tazminatı talep edemezler⁴¹⁴. O halde, kötü niyet tazminatı talep edilmesi halinde mahkemece öncelikle araştırılması gereken husus işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı tespit edilmelidir.

Kanunda, hangi hallerde işveren feshinin kötü niyetle yapıldığı sayma veya örnekleme yoluyla belirtilmemiştir. İşverence iş akdi Kanunun 25.maddesinde yer alan haklı fesih nedenlerinden biri veya 18.maddesinde yer alan işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayalı olarak feshedilmesi halinde kötü niyetten söz edilemeyecektir. Yine, haklı eya geçerli fesih nedenlerinden biri bulunmasa dahi⁴¹⁵, Türk Medeni Kanunu'nun

⁴¹² Süzek, 556.

⁴¹³ Süzek, 578.

⁴¹⁴ Süzek, 578; Çelik, 5; Gerek, 10; Y9HD., 2016/10301 E., 2019/21872 K., 09.12.2019 T; Y9HD., 2016/16775 E., 2019/8183 K., 09.04.2019 T.

⁴¹⁵ Öğretide kötü niyetin varlığının kabulünün, geçerli sebep olmadığının kabulünden daha ağır bir durum olduğu savunulmaktadır (Gerek, 12).

2.maddesi uyarınca dürüstlük kuralına ve objektif iyi niyet kurallarına aykırılık taşımayan fesih nedeniyle işveren, kötü niyet tazminatı ile sorumlu tutulamayacaktır⁴¹⁶.

İşverenin fesih hakkını kötüye kullandığını iddia ederek kötü niyet tazminatı talebinde bulunan işçi, kötü niyet iddiasını ispatlamalıdır; diğer deyişle kötü niyet tazminatında ispat yükü davacı işçi üzerindedir⁴¹⁷. Yargıtay uygulamasına göre, işçinin işvereni şikayet etmesi⁴¹⁸, işveren aleyhine dava açması veya tanıklık yapması⁴¹⁹, hamileliği⁴²⁰ nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğinin ispatı halinde işveren feshinin kötü niyetli olduğu kabul edilerek işçi lehine kötü niyet tazminatına hükmedilecektir.

J. Sendikal Tazminatta İspat

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25.maddesi, sendika özgürlüğünün bir güvencesi olarak işçinin işe alımında, çalışmanın devamı sırasında ve iş sözleşmesi sona erdirilirken sendika üyesi olup olmaması nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağını hüküm altına almıştır. İşverenin iş sözleşmesini sendikal nedenle feshi, kötü niyetli feshin özel bir hali olarak kabul edilmektedir; bununla birlikte, kötü niyet tazminatından farklı olarak, sendikal ayrımcılığı ve yaptırımını düzenleyen 6356 sayılı Kanunun 25.maddesi, iş güvencesi kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın tüm işçilerin sendikal özgürlüğünü koruma altına almaktadır⁴²¹.

⁴¹⁶ Süzek, 579.

⁴¹⁷ Gerek, 11; Keser, 706; YHGK., 2015/22-2548 E., 2019/92 K., 07.02.2019 T.: “Hemen belirtelim ki, iş sözleşmesinin kötü niyetli olarak feshedildiğini, örneğin işvereni hakkında şikâyet yoluna başvurduğu ya da aleyhine tanıklık yaptığı için işten bu nedenle çıkarıldığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Bu husus Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasındaki " Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır." hükmünün bir sonucudur. Bu nedenle işverence kötü niyetle işten çıkarıldığını ileri süren işçi, işverenin kötü niyetini ispat etmek durumundadır.”

⁴¹⁸ Y9HD., 2016/461 E., 2019/294 K., 08.01.2019 T.

⁴¹⁹ Y9HD., 2015/20878 E., 2018/14951 K., 09.07.2018 T; Y22HD., 2017/26041 E., 2019/22939 K., 11.12.2019 T.

⁴²⁰ Y9HD., 2007/29103 E., 2007/26743 K., 17.09.2007 T.

⁴²¹ Süzek, 585; Gerek, 13.

1. İşe Alınma ve Çalışma Süresinin Devamı Sırasında Sendikal Ayırım Yasağı

6356 sayılı Kanuna göre işveren tarafından işçinin işe alınması, belli bir sendikaya üye olması veya olmaması ya da sendika üyeliğinden ayrılması gibi şartlara bağlanamaz; işin devamı sırasında sendika üyesi olan ve olmayan işçiler, çalışma şartlarında farklı işleme tabi tutulamazlar⁴²². Aksi halde işçi, Kanunun 25/4.maddesi uyarınca bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat talep edebilecektir.

İşe alınma ve işin devamı sırasında sendikal nedenle ayırım yapıldığını iddia ederek tazminat talebinde bulunan işçi, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte, Kanunun 25/7.maddesine göre, işçi, sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü hale gelir. Bir yönüyle, Kanunun lafzından, işçiye tam ispat yükümlüğü yüklenmediği; işçinin sendikal ayrımcılık iddiasını yaklaşık olarak ispat etmesi halinde, ispat yükünün yer değiştirdiği söylenebilir⁴²³.

2. İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Ayırım Yasağı

6356 sayılı Kanunun 25/3.maddesi ile iş sözleşmesinin feshedilmesinde de işçiye sendikal güvence sağlanmıştır. Söz konusu hükme göre işçi, sendikaya üye olup olmaması, iş saatleri dışında veya işverenin izniyle iş saatleri içinde sendikal faaliyette bulunması nedeniyle işten çıkarılamaz veya diğer işçilerden farklı işleme tabi tutulamaz.

⁴²² Bununla birlikte Kanun, işin devamı sırasında ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerini ayırık tutarak işyerinde toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin hükümlerinden sendika üyesi olmayan işçilerin yararlandırılmaması halinde sendikal ayrımcılıktan söz edilemeyeceğini öngörmüştür (Şahlanan, 133; Çoban, 135).

⁴²³ Okur, 593.

Kanunun 25/5.maddesine göre, işverence iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi halinde, işçi lehine bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. İşçi, sendikal tazminat talebini işe iade talebi ile birlikte aynı davada ileri sürebilir. Bu şekilde, işe iade talepli dava sonunda, işçi işe başlatılsın veya başlatılmasın, sendikal tazminata hak kazanır. Ayrıca, işçinin işe iade talep etmeden, yalnızca sendikal tazminat talepli dava açması mümkündür⁴²⁴.

Kanunun 25/5.maddesinde, sendikal tazminat ve iş güvencesi tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğine işaret edilmiştir. Ancak iş güvencesi tazminatı, niteliği itibarıyla işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işe iadesine karar verilmesi ve sonrasında işveren tarafından işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek bir tazminat türü olup sendikal tazminat ile aynı hukuki temele sahip değildir. Nitekim, sendikal tazminat, işçinin sendikal özgürlüğünün ihlaline bağlanan bir yaptırım iken iş güvencesi tazminatı iş sözleşmesinin geçersiz nedenlerle ve keyfi olarak feshedilmesinin yaptırımıdır⁴²⁵. Bu nedenle, Kanunda yer alan bu hükmün değiştirilerek söz konusu her iki tazminata birlikte hükmedilebilmesinin önünün açılması gerektiği kanaatindeyiz⁴²⁶.

Yine, sendikal tazminatla birlikte kötü niyet tazminatı birlikte talep edilemez⁴²⁷. Zira, sendikal tazminat ve kötü niyet tazminatı, temelde aynı nedenden kaynaklanmakta olup, aynı zamanda kötü niyetli fesih olan sendikal fesihte, sendika özgürlüğünün bir güvencesi olarak tazminat miktarı kötü niyet tazminatından daha fazla belirlenmiştir. Yargıtay, her iki tazminatın birlikte talep edilmesi halinde kötü niyet tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiği görüşündedir⁴²⁸.

Aynı şekilde, iş sözleşmesini sendikal nedenle fesheden işveren, eşit davranma borcunu da ihlal etmiş olur. Ancak, iş güvencesi tazminatı ve kötü niyet tazminatının da

⁴²⁴ Tuncay, Toplu İş Hukuku, 106.

⁴²⁵ Subaşı, 190; Öztürk, 230.

⁴²⁶ Doğan, 379;

⁴²⁷ Tuncay, Toplu İş Hukuku, 111; Doğan, 380.

⁴²⁸ Y9HD., 2002/4573 E., 2002/5335 K., 27.03.2002 T.

olduğu gibi, sendikal tazminat ile birlikte eşit davranma borcunun ihlali nedeniyle ayrımcılık tazminatına da hükmedilemeyecektir⁴²⁹.

İşçinin sendika üyesi olması veya sendikada görevli olması nedeniyle feshin sendikal nedene dayalı olduğu kabul edilemez. Sendikal tazminata hükmedilebilmesi için, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması, sendika üyeliğinden ayrılması veya ayrılmaması, sendikal faaliyetlerde bulunması nedeniyle iş akdine son verilmiş olmalıdır⁴³⁰. Bununla birlikte, işçinin sendika üyesi olmaması, sendikal faaliyetlere katılmayacağı anlamına gelmediğinden, sendikal tazminata hak kazanmasına engel olmaz⁴³¹.

6356 sayılı Kanunun 25/6.maddesi: “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.” hükmünü içermektedir. Öğretide bir görüş, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin iddia edilmesi halinde işverenin feshin sendikal nedene dayanmadığını değil fesih nedenini ispat yükü altında olduğunu; işverence fesih nedeni ispatlandıktan sonra ise feshin sendikal nedene dayandığını ispat yükünün işçide olduğunu savunmaktadır⁴³².

Kanaatimizce öğretide fesih nedeniyle sendikal tazminat davalarında işverence feshin sendikal nedene dayanmadığını değil fesih nedenini ispat yükü altında olduğunu savunan görüşün kabulü halinde fesih nedenini ispat eden işveren, aynı zamanda feshin sendikal nedene dayanmadığını da ispat etmiş olacağından, fıkranın ikinci cümlesi hükümsüz kalacaktır. Aşağıda değinileceği üzere, iş güvencesine tabi işçilerin sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla sona erdiren işveren, geçerli bir feshe dayanmak ve

⁴²⁹ Tuncay, Toplu İş Hukuku, 111.

⁴³⁰ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 182.

⁴³¹ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 173; Öztürk, 224; Y9HD., 2015/33184 E., 2019/6086 K., 19.03.2019 T.; Y9HD., 2012/7961 E., 2014/12534 K., 14.04.2014 T.: “Sendikal tazminat için işçinin sendika üyesi olması şart olmayıp, işçinin sendikal faaliyeti nedeniyle işten çıkarılması yeterlidir. Dosyadaki delillerden davacının sendika üyesi olan diğer işçilerle birlikte hareket ettiği ve bu nedenle diğer işçiler gibi sendikal nedenle işine son verildiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.”

⁴³² Okur, 594.

feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükü altındadır. Sendikal nedenle fesih halinde ise işçi iş güvencesi kapsamında olmasa dahi işe iadesini talep edebilecektir. 6356 sayılı Kanunun 25/6.maddesinde ispat yükü hususunda tam bir açıklık bulunmasa da, feshin sendikal nedene dayandığının iddia edilmesi halinde, fıkranın ikinci cümlesi uyarınca, ispat yükünün işçi üzerinde olduğu, bu nedenle işçi iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın ispat yükünü yerine getirip feshin sendikal nedene dayandığını ispatlamaması halinde işe iadesi ile birlikte sendikal tazminata hükmedilmesi gerektiği; buna karşılık ispat yükü üzerinde bulunan işçinin sendikal fesih iddiasını ispatlayamaması halinde sendikal tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği, ispat yükünü yerine getiremeyen ve iş güvencesine tabi olmayan işçinin işe iade talebinin de reddi gerektiği; bununla birlikte işçi feshin sendikal nedene dayandığı iddiasını ispatlayamaması halinde, fıkranın birinci cümlesi uyarınca işverenin feshin nedenini ve dolayısıyla feshin geçerli sebebe dayandığını ispatlayamaması halinde fesih geçersiz kabul edilerek sendikal tazminat talebi reddedilen işçinin işe iadesine karar vermek gerektiği kabul edilmelidir. Kanaatimiz, Kanunun 25/6.maddesinin ve gerekçesinin⁴³³ bu şekilde yorumlanması; işverence fesih nedenine ilişkin herhangi bir iddiada bulunulmaması halinde feshin sendikal nedene dayandığının kabul edilmesi; buna karşılık işverence feshin başka bir nedene dayalı olduğunun iddia edilmesi halinde bu iddia ispatlanmasa dahi sendikal fesih iddiasının işçi tarafından ispatlanması gerektiği yönündedir⁴³⁴. Nitekim Yargıtay da sendikal fesih nedeniyle tazminat talepli davalarda ispat yükünün işçide olduğunu kabul etmektedir⁴³⁵.

⁴³³ Madde gerekçesine göre: “Fesih halinde sendikal nedenin ispat yükümlülüğü işverene getirilmiştir. Ancak bu durumda işverene feshin sendikal nedene dayanmadığını değil, fesih işleminin nedenini ispat yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece 4857 sayılı İş Kanununun 18 inci maddesinin kapsamı dışında bulunan hallerde de işveren feshin nedenini ispat ile yükümlü tutulmuştur. Fesih işleminin nedeninin işveren tarafından ispat edilmesi yeterli görülerek bunun bir “geçerli neden” ya da “haklı neden” olması koşulu aranmamıştır. Fesih nedeninin işverenin gösterdiği nedene dayanmayıp sendikal nedene dayandığının iddia edilmesi halinde ispat yükü yer değiştirmiştir.”

⁴³⁴ Doğan, 381.

⁴³⁵ Canbolat, 270; Öztürk, 235; Y9HD., 2017/13476 E., 2020/721 K., 20.01.2020 T.: “Sendikal nedenle fesihle ilgili olarak ispat yükü üzerinde olan davacı işçi tarafından sendikal nedenin varlığı usulünce ispat edilememiş olmakla mahkemece sendikal tazminat talebinin reddi yerindedir.”

İşçi, sendikal nedenle feshi tanık dahil her türlü delille ispatlayabilecektir⁴³⁶. Ancak Yargıtay, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasının yalnızca tanık beyanları ile ispatlanamayacağı görüşündedir⁴³⁷. Yüksek Mahkemeye göre, işyerinde çalışan toplam işçi sayısı ile davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinden önceki ve sonraki altışar aylık dönem içinde iş sözleşmeleri feshedilen işçi sayısı ve kimlikleri Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarından tespit edilmeli, bu işçilerin sendika üyesi olup olmadıkları, hangi tarihte sendika üyesi oldukları, üyeliklerinin devam edip etmediği ve devam etmiyorsa üyeliklerinin sonlanma tarihleri, davacı işçinin sözleşmesinin feshinden önce ve sonraki altı aylık dönemde iş sözleşmesi feshedilen başka sendikal işçi olup olmadığı, feshin yapıldığı dönemde sendika üyesi olmayıp iş sözleşmesi feshedilen işçi olup olmadığı, sendikaya üye olan ve davalı işveren nezdinde çalışan toplam işçi sayısı ve sendikaya üyelik tarihleri, sendikal olup iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin yerine yeni işçi alınıp alınmadığı ve varsa yeni alınan işçiler arasında sendika üyesi bulunup bulunmadığı, davacı işçinin üyesi olduğu sendikanın işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmesi bağtlanıp bağtlanmadığı hususları araştırılmalı ve bu şekilde feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir⁴³⁸. Yargıtay'ın kabul ettiği söz konusu ölçütler ile birlikte tanık beyanları ile de davacı işçinin sendikal faaliyetlere katılması veya sendikaya üyesi olması ya da üyelikten ayrılması gibi nedenlerle iş sözleşmesinin feshedildiğinin anlaşılması halinde sendikal fesih iddiası ispatlanmış kabul edilecektir⁴³⁹.

Yargıtay, sendikal fesih iddiasının araştırılmasında değerlendirilmesi gereken ölçütlere ilişkin ilke kararına uygun olarak, davacı işçinin sözleşmesinin feshinden

⁴³⁶ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, 181.

⁴³⁷ Tuncay, Toplu İş İlişkileri, 109; Okur, 595.

⁴³⁸ Y22HD., 2019/1493 E., 2019/5710 K., 12.03.2019 T.

⁴³⁹ Y22HD., 2016/7462 E., 2019/6809 K., 27.03.2019 T.

sonra üyesi olduğu sendikal işçi sayısında önemli derecede azalma olmasını⁴⁴⁰, davacı işçi ile aynı dönemde işten çıkarılan diğer işçilerin de sendika üyesi olmasını⁴⁴¹, davacı işçinin sendikaya üye olmasından kısa bir süre sonra iş akdinin feshedilmesini⁴⁴², hakkında sendikal faaliyetin engellenmesi suçundan kamu davası bulunmasını⁴⁴³, sendikal nedenle feshe delil olarak kabul etmiş; buna karşılık davacı işçinin üyesi olduğu sendikaya üye olan ve çalışmaya devam eden işçilerin bulunmasının⁴⁴⁴, işten çıkarılan işçiler arasında sendika üyesi olmayan kişilerin de bulunmasını⁴⁴⁵, iş sözleşmesinin davacı işçinin sendika üyesi olmasından hemen sonra değil daha uzun bir süre feshedilmesini⁴⁴⁶ feshin sendikal nedene dayanmadığına işaret olarak değerlendirmiştir.

Son olarak belirtilmelidir ki, işçinin sendikal tazminat talep edebilmesi için feshin sendikal nedene dayandığını ispatlaması yeterli olup, fesih nedeniyle herhangi bir zarara uğraması ve bunu ispat etmesi gerekmez⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ Y9HD., 2019/3359 E., 2019/8561 K., 11.04.2019 T.; Y9HD., 2019/7174 E., 2019/18429 K., 21.10.2019 T.: “01.01.2015 tarihinde davacının üyesi olduğu ... sendikasına üye işçi sayısının 139 olduğu, 01.06.2015 tarihinde ise üye işçi sayısının 17’ye düştüğü anlaşılmıştır. dosya kapsamında dinlenen tanık beyanlarında da davacının iş akdinin sendikal nedenle feshedildiği anlaşıldığından, sendikal tazminat talebinin kabulü gerekirken, mahkemece aksi gerekçe ile reddi hatalıdır.”

⁴⁴¹ Y9HD., 2019/3196 E., 2019/19583 K., 11.11.2019 T.

⁴⁴² Y9HD., 2018/10818 E., 2019/675 K., 10.01.2019 T.

⁴⁴³ Y9HD., 2018/5979 E., 2018/16707 K., 26.09.2018 T.: “davacının , davalı işveren yetkilileri hakkında sendikal faaliyetin engellenmesi suçundan şikayetçi olduğu ve yetkililer hakkında isnat edilen eylem sebebiyle kamu davası açıldığı ve açılan davanın derdest olduğu, davacının iş akdinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı, tanık beyanlarına göre davacının sendikaya üye olmasından sonra işyerinde baskılara maruz kaldığı ve yetkililer hakkında ceza davası açıldığı anlaşılmakla davacının işe iade talebi ile sendikal tazminat talebinin kabulü gerekirken...”

⁴⁴⁴ Y9HD., 2018/11050 E., 2019/2606 K., 04.02.2019 T.; Y9HD., 2018/8058 E., 2019/6888 K., 27.03.2019 T.

⁴⁴⁵ Y9HD., 2018/4525 E., 2018/14932 K., 09.07.2018 T.: “Sendikaya üye olduğu halde işyerinde çalışmaya devam eden işçiler olduğu gibi, işten çıkarılanların hepsi de sendikal işçi değildir. Her ne kadar davada işe iade kararı verilmesi doğru ise de, feshin sendikal sebeple yapıldığı iddiası ispatlanamadığından...”

⁴⁴⁶ Y22HD., 2018/9744 E., 2018/16236 K., 27.06.2018 T.: “Davacının sendika üyelik tarihinin üzerinden bir yıla yakın bir süre geçtikten sonra iş akdinin sona erdirildiği ayrıca davacının süresinde tanık listesi vermediğinden tanık dinlemediği görülmüştür. Sendikal sebeple feshin ispatı noktasında ispat yükü üzerine düşen davacı iş akdinin sendikal sebeple feshedildiğini ispat edememiştir.”

⁴⁴⁷ Tuncay, Toplu İş Hukuku, 108; Doğan, 376.

K. Ayrımcılık Tazminatında İspat

1. Tazminatın Şartları ve İspatı

Taraflar arasındaki iş ilişkisinde işverenin borçlarından biri eşit davranma borcudur. Anayasa'nın 10.maddesi ile anayasal temeli bulunan eşitlik ilkesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.maddesinde kendini göstermiş olup; maddede genel itibariyle ayırım yasakları düzenlenmiş, genel anlamda eşit davranma borcuna yer verilmemiştir. Ancak öğretide, Anayasa'nın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin, hem İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenen ayırım yasaklarını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu kapsadığı savunulmaktadır⁴⁴⁸.

Ayırım yasaklarını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu m.5/1,2,3,4 ve m.12/1 ile m.13/2 ve 6356 sayılı Kanunun 25.maddesine göre işveren, işçiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle; cinsiyetine veya gebeliğine, sendika üyesi olup olmamasına göre ayırım yapamayacaktır. Aynı şekilde, Yargıtay, işçinin siyasi tercihlerine veya dünya görüşüne, işyerinde olumsuzluklara yol açmaması şartıyla cinsel tercihinin dayalı olarak ayırım yapılmasını da ayrımcılık yasağının ihlali olarak nitelendirmektedir⁴⁴⁹.

İş mevzuatında hüküm altına alınmaması nedeniyle kaynağını Anayasa'nın 10.maddesinden alan işverenin eşit davranma borcu, kısaca işverenin aynı durumdaki işçileri haklı bir neden bulunmadıkça farklı uygulamalara tabi tutamamasını ifade etmektedir⁴⁵⁰. Eşit davranma borcundan söz edilebilmesi için işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunması gerektiği; iş ilişkisinin henüz kurulmadığı, diğer bir deyişle işçinin işe alınması sırasında işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı kabul

⁴⁴⁸ Süzek, Eşit Davranma Borcu, 26; Sur, 36; Doğan Yenisey, 66.

⁴⁴⁹ Y22HD., 2016/15581 E., 2017/15077 K., 21.06.2017 T.

⁴⁵⁰ Sur, 39; Çoban, 118.

edilmektedir⁴⁵¹. Buna karşılık, İş Kanunu'nun 5/3.maddesi, işçinin işe alınmasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayırım yapılamayacağını düzenlemektedir. Aynı şekilde, engelliler ile yapılacak iş sözleşmelerinde de ayrımcılık yasağı söz konusudur⁴⁵². Eşit davranma borcunun diğer şartları ise işyerinde çalışan birden fazla işçi olması ve aynı zaman dilimi içinde birden fazla işçiyi ilgilendiren kolektif nitelikte davranışta bulunulmasıdır⁴⁵³.

İşveren, eşit davranma borcu nedeniyle, haklı ve objektif bir neden bulunmadıkça, aynı durumdaki işçileri ücret ve çalışma koşulları bakımından farklı işleme tabi tutamaz. Söz konusu haklı ve objektif nedenlere; işçiler arasındaki performans, kıdem, yapılan işin niteliği, öğrenim durumu gibi farklılıklar örnek gösterilebilir⁴⁵⁴. Anılan farklılıklara dayalı olarak işçileri farklı işleme tabi tutan işveren, eşit davranma borcuna aykırı davranmış olmaz. Aynı şekilde, 6356 sayılı Kanunun 25/2.maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinin sendika üyesi olmayan işçilere uygulanmaması eşit davranma borcunun ihlali değildir⁴⁵⁵. Bu şekilde, farklı konumdaki işçilerin farklı uygulamalara tabi olması, işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı Kanunun 5/6.maddesi uyarınca işverenin dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak; biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılınmadıkça cinsiyet veya gebelik nedeniyle kısacası ayırım yasaklarını ihlal ederek işçileri iş ilişkisinin devamı sırasında ücret ve çalışma koşulları bakımından ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde

⁴⁵¹ Süzek, 498; Doğan, 366.

⁴⁵² Süzek, 498.

⁴⁵³ Süzek, 496; Doğan, 366; Y9HD., 2016/1423 E., 2019/11167 K., 15.05.2019 T.

⁴⁵⁴ Süzek, 496; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 331; Doğan Yenisey, 67; Çoban, 119.

⁴⁵⁵ Tuncay, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 75; Y9HD., 2016/3906 E., 2019/10613 K., 13.05.2019 T.: “Dosya içeriğine göre, davacı günlük yevmiye ücretinin düşürülmesinden kaynaklanan fark ücret ile buna bağlı eşit işlem yapma borcuna aykırılık tazminatını istemiştir. Davacıya yapılan bu uygulamanın sebebi, davalı işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafını oluşturan sendikaya sonradan üye olmasıdır. Davacıya yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden sonra sendikaya üye olan diğer işçilerden farklı bir uygulama yapılmamıştır. Davacının tazminat talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

ayrımcılık yapılması halinde işçi, iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/2.maddesinin (f) bendi kapsamında haklı nedene dayanarak feshedebileceği gibi yoksun bırakıldığı ücret veya ikramiye gibi hakları ile birlikte ayrımcılık tazminatı adı altındaki dört aya kadar ücreti tutarında tazminat talep edebilecektir. Belirtilmelidir ki, ücret ve çalışma koşullarında ayırım yasaklarının ihlali halinde, söz konusu tazminatın talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmez.

Nitekim Yargıtay, bir kararında, feshin davacı işçinin hamileliği nedenine dayandığının sabit olduğunu ve ayrımcılık tazminatı koşullarının oluştuğunu kabul etmiştir⁴⁵⁶.

İş Kanunu'nun 5/6.maddesi, ayrımcılık tazminatının ayırım yasaklarını düzenleyen 5.madde hükümlerine aykırılık halinde söz konusu olacağını öngörmüştür. O halde, işverenin genel anlamda eşit davranma borcunun ihlali niteliğinde olmakla birlikte ayırım yasaklarına aykırı olmayacak nitelikteki farklı uygulamaları nedeniyle işçi, yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilecek veya iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecek; ayrımcılık tazminatı talep edemeyecektir⁴⁵⁷. Buna karşılık öğretide, iş ilişkisinin devamı sırasında ve feshinde genel anlamda eşit davranma borcunun ihlali halinde tazminat öngörülmemesini kanun boşluğu olarak değerlendirerek bu hallerde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır. Ancak Yargıtay, kanaatimizce Kanunkoyucunun iradesine uygun olarak, iş ilişkisinin devamı sırasında veya iş sözleşmesinin işverence feshinde genel anlamda eşit davranma

⁴⁵⁶ Y9HD., 2016/1423 E., 2019/11167 K., 15.05.2019 T.: “davacı işçinin işyerinde olumsuzluklara neden olan bir çalışmasının bulunmadığı, aksine yaptığı çalışmaların yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının 04.07.2014 tarihli hastane yazısı ile hamileliğini davalı işverenliğe bildirdiği, ardından davacının yöneticisi tarafından işyeri insan kaynakları müdürlüğüne yazılan 05.07.2014 tarihli yazıda, davacıdan verim alınmadığı gerekçesiyle kendisiyle çalışmak istenmediğinin bildirildiği, bunun üzerine işverence iş sözleşmesinin 07.07.2014 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmakta olup, ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur.”

⁴⁵⁷ Süzek, 511.

borcunun ihlali halinde işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanamayacağına hükmetmektedir⁴⁵⁸.

İş Kanunu'nun 5/7.maddesi uyarınca, ayrımcılık tazminatı talep eden işçi, işverenin ayırım yasaklarına aykırı davrandığını ispat yükü altındadır⁴⁵⁹. Ancak Kanunkoyucu, ayrımcılık iddiasının ispatının zorluğunu dikkate alarak, ispat yükünü işçi lehine hafifletmiş; ayırım yasaklarının ihlali ihtimalinin güçlü bir biçimde gösteren bir durum ortaya konulduğunda işverenin ihlal bulunmadığını ispatlaması gerektiğini öngörmüştür⁴⁶⁰. Yargıtay da, işçinin ayrımcılık yapıldığını güçlü bir biçimde ortaya koyması ve buna karşılık işverenin feshin makul ve meşru sebebini ortaya koyamaması halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiğine hükmetmektedir⁴⁶¹.

Ayrımcılık tazminatı, götürü olarak belirlenmiş bir tazminat olup; işçinin söz konusu tazminatı talep edebilmesi için herhangi bir zarara uğraması gerekmemektedir⁴⁶².

⁴⁵⁸ Y9HD., 2019/186 E., 2019/1842 K., 22.01.2019 T.; Y22HD., 2017/13100 E., 2018/11447K., 10.05.2018 T.; Y9HD., 2017/9096 E., 2019/7347 K., 01.04.2019 T.: “Somut uyumsuzlukta, davacı işçinin ücretinin emsali işçiden az ödenmesi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ayrımcılık kapsamında değerlendirilemez. Davacıya emsal işçilere nazaran zam yapılmadığı sabit olmakla birlikte bunun ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektirecek şekilde cinsiyet, dil, ırk, sosyal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayandığı iddia ve ispat edilemediğinden, şartları bulunmayan ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.”

⁴⁵⁹ Keser, 702.

⁴⁶⁰ Süzek, 512; Okur, 591; Sur, 42.

⁴⁶¹ Y22HD., 2015/28332 E., 2018/7866 K., 27.03.2018 T.; Y22HD., 2015/15750 E., 2015/20058 K., 09.06.2015 T.: “Davacı 16.2.2011- 13.4.2011 tarihleri arasında doğum öncesi izin, 13.4.2011- 7.6.2011 tarihleri arasında doğum sonrası izin kullanmış, 8.6.2011-8.12.2011 tarihleri arasında ise doğum sebebiyle ücretsiz izne ayrılmıştır. İş sözleşmesi davalı işveren tarafından 6.12.2011 tarihli bildirimle gerekçesiz olarak feshedilmiştir. ... Davacı işçi, cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren doktor raporu ve tanık beyanına dayanmış olduğuna göre bunun aksini ispatla yükümlü olan davalı işveren doğum sonrası feshin makul ve meşru sebebini ortaya koymalıdır. Dosya kapsamına göre davalı işverenin iş hacminde düşüş meydana geldiği ve davacının çalışmasına ihtiyaç kalmadığı gerekçesi somut ve inandırıcı delillerle kanıtlanmış değildir. Davalı işverenin cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sabittir. Hal böyle olunca davacının 4857 Sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı isteğinin kabulü gerekir.”

⁴⁶² Odaman, Ayrımcılık Tazminatı, 79; Özcan, 118.

2. Diğer Tazminatlar ile İlişkisi

Ayrımcılık tazminatına, sendikal tazminat, kötü niyet tazminatı ve iş güvencesi tazminatı ile birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceği hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 5/6.maddesi, ayrımcılık tazminatı taleplerinde, 2821 sayılı mülga Sendikalar Kanunu'nun 31.maddesinin yani 6356 sayılı Kanunun 25.maddesinde düzenlenen sendikal tazminata ilişkin hükümlerinin saklı olduğunu düzenlemiş; ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini öngörmüştür⁴⁶³. Nitekim, 6356 sayılı Kanunun 25.maddesinde düzenlenen sendikal tazminat, işverenin sendikal ayrımı halinde hak kazanılan bir tazminat türü olup, işverenin ayrımcılığı sendikal nedene dayalı bir ayrımcılık ise burada ayrımcılık tazminatı değil sendikal tazminat sözkonusu olacaktır⁴⁶⁴.

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı koşullarının bir arada gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı noktasında ise öğretide bir görüş, söz konusu iki tazminata birlikte hükmedilebileceğine dair mevzuatta hüküm bulunmadığı gerekçesiyle ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğini savunmaktadır⁴⁶⁵. Buna karşılık, bizim de katıldığımız, öğretideki baskın görüşe göre her iki tazminata birlikte hükmedilebilecektir⁴⁶⁶. Her iki tazminata birlikte hükmedilebilmesi için mevzuatta ayrı bir hüküm bulunmasına gerek görülmemelidir. Nitekim, iş güvencesi tazminatı, işverenin iş akdini keyfi olarak feshetmesinin önüne geçebilmek için geçersizliği mahkemece tespit olunan fesih sonrası işe başlatılmaması halinde ödenecek bir tazminattır. Ayrımcılık tazminatı ise tamamen farklı bir hukuki temele dayalı olup, işverenin ayırım yasaklarına aykırı davranışta

⁴⁶³ Süzek, Eşit Davranma Borcu, 35; Sur, 50; Odaman, 82; YHGK., 2015/9-305 E., 2017/323 K., 22.02.2017 T.

⁴⁶⁴ Doğan, 376.

⁴⁶⁵ Özcan, 122.

⁴⁶⁶ Süzek, Eşit Davranma Borcu, 35; Sur, 50; Doğan Yenisey, 79; Odaman, 82.

bulunmasının yaptırımını olarak öngörölmüştür. Buna karşılık Yargıtay, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğı görüşündedir. Yüksek Mahkemeye göre, iş güvencesi tazminatının miktarı, fesih sebebine göre belirleneceğinden, ayrımcılığı da yaptırıma bağlayacaktır⁴⁶⁷. Ancak bizce, Kanunda ayrımcılık açıkça ayrı bir yaptırıma bağlandığından, ayrımcılık nedenine dayanan ve mahkemece geçersizliğinin tespitine karar verilen fesih nedeniyle hem ayrımcılık tazminatına hem de iş güvencesi tazminatına hükmedilmelidir. Ayrıca, Yargıtay'ın içtihadına göre, iş güvencesi tazminatı işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ödemek zorunda kalacağı bir tazminat olduğundan, işverence işçinin işe başlatılması halinde, sabit görölen ayrımcılık yaptırımsız kalacaktır ki, bu da Kanunun amacına aykırılık oluşturacaktır.

Son olarak, ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötü niyet tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceğı ile ilgili öğretide görüş birliği yoktur. Söz konusu iki tazminata birlikte hükmedilebileceğini savunan görüşlerden ilki, görüşünü İş Kanunu'nun 5/6.maddesinde ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminata birlikte hükmedilemeyeceğine ilişkin hükmün mefhumu muhalifinden ayrımcılık ve kötü niyet tazminatlarına birlikte hükmedilebileceğı sonucuna varılması gerektiğı gerekçesine dayandırmaktadır⁴⁶⁸. Buna karşılık söz konusu iki tazminatın koşullarının aynı olayda birlikte gerçekleşmeyeceğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁴⁶⁹. Bir kısım yazarlar, işverenin hem kötü niyetli olarak değeriendirilen hem de ayırım yasaklarının ihlali

⁴⁶⁷ Y9HD., 2015/18355 E., 2015/26031 K., 17.09.2015 T.: “Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme sebebiyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Zira bu neden doğrudan geçersiz kabul edilmiştir. Bu sebeple fesihte işe başlatmama tazminatının fesih sebebine göre belirlenmesi, ayrımcılığı da yaptırıma bağlayacaktır. Diğer taraftan 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiğı her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. Somut uyumsuzlukta yerel mahkemece fesih nedeni de dikkate alınarak iş güvencesi (işe başlatmama tazminatının) tazminatı miktarı, işçinin 5 aylık ücreti tutarında belirlenmiştir.”

⁴⁶⁸ Süzek, Eşit Davranma Borcu, 35.

⁴⁶⁹ Bakırcı, 119; Özcan, 122; Doğan Yenisey, 81; Odaman, 80.

niteliğindeki tek bir davranışının yaptırımının iki ayrı tazminat olamayacağı gerekçesine dayanmaktadır⁴⁷⁰. Yine, her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini savunan yazarlardan bir diğeri, görüşünü, söz konusu iki tazminata birlikte hükmedilebileceğine ilişkin olarak mevzuatta açık hüküm bulunmamasını gerekçelendirmektedir⁴⁷¹. Kanaatimizce, ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatı aynı olayda söz konusu olmayacaktır. Zira, İş Kanunu'nun 17.maddesinde düzenlenen kötü niyet tazminatı, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçinin iş sözleşmesini fesih hakkının işverence kötüye kullanılmasına bağlanan bir yaptırımdır. Ayrımcılık yasaklarını ihlal eden bir fesih, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını da gösterir. Bir diğer deyişle, iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık, feshin kötüye kullanıldığı hallerden biridir⁴⁷². Bu nedenle, her iki tazminata birlikte hükmedilmemeli; her iki tazminat birlikte talep edilmişse işçinin lehine olan tazminata hükmedilmelidir. Yargıtay ise, aynı fesih nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilebilmesinin kanunun cevaz verdiği hallerde mümkün olabileceği gerekçesiyle söz konusu iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğine hükmetmektedir⁴⁷³.

L. Değişiklik Feshinde Geçerli Nedenin İspatı

1. Genel Olarak

İş Kanunu'nun 22.maddesi, işverence çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılmasının şartlarını düzenlemektedir. Düzenlemeye göre, işçinin çalışma koşullarında esaslı sayılabilecek bir değişiklik yapmak isteyen işveren, işçiye değişiklik teklifini yazılı olarak yapmak zorundadır. Yazılı şekilde yapılmayan veya yazılı şekilde yapılsa dahi işçi tarafından 6 iş günü içinde kabul edilmeyen değişiklik teklifi, işçiye

⁴⁷⁰ Bakırcı, 119.

⁴⁷¹ Özcan, 122.

⁴⁷² Doğan Yenisey, 81; Odaman, 80.

⁴⁷³ Y22HD., 2012/29053 E., 2013/27095 K., 29.11.2013 T.

bağlamaz. İşçi, 6 iş günü içinde değişiklik teklifini kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak şartıyla sözleşmeyi feshedebilecektir. Kanun, işveren feshi halinde işçinin 17-21.madde hükümlerine göre iş güvencesine tabi olup olmamasına göre işe iade talepli dava açabileceği gibi kötü niyet tazminatı talep edebileceğini öngörmüştür.

2. Esaslı Değişiklik Kavramı

İşverence çalışma koşullarında yapılmak istenen bir değişikliğin İş Kanunu'nun 22.maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle söz konusu değişikliğin işçinin aleyhine olması, onun çalışma koşullarını az veya çok ağırlaştırması gerekir. Diğer bir anlatımla, işçinin lehine olan değişiklikler, 22.madde kapsamında değerlendirilmez⁴⁷⁴.

Aynı şekilde, işverence yapılmak istenen değişikliğin 22.madde uyarınca sonuç doğurabilmesi için işverenin yönetim hakkı sınırlarını aşan, esaslı bir değişiklik olması gerekir⁴⁷⁵. Esaslı değişikliklere örnek olarak; çalışılan yerin değiştirilmesi, daha ağır nitelikte bir işte çalıştırılması, daha alt seviyede bir konumda çalıştırılması, ücretin azaltılması, ikramiye veya sosyal yardımların kaldırılması ya da azaltılması, çalışma saatlerinin artırılması gibi sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin değişiklikler verilebilir⁴⁷⁶. Buna karşılık işçinin çalıştığı odanın değiştirilmesi gibi işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilebilecek değişiklikler, Kanunun 22.maddesi kapsamında

⁴⁷⁴ Süzek, Değişiklik Feshi, 11; Aydın, 24.

⁴⁷⁵ Narmanlıoğlu, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 11.

⁴⁷⁶ Alpagut, 57; Y22HD., 2015/2072 E., 2016/9308 K., 24.03.2016 T.; Y9HD., 2016/4030 E., 2016/6861 K., 22.03.2016 T.

esaslı değişiklik olarak kabul edilmeyecek ve işverenin böyle bir değişikliği yapabilmesi için işçinin rızasını alması gerekmeyecektir⁴⁷⁷.

Taraflar arasında çalışma koşullarında değişiklik yapıp yapılmadığı ve yapılmış ise söz konusu değişikliğin esaslı nitelikte olup olmadığı hususlarında uyuşmazlık bulunması mümkündür. Bu hallerde, mahkemece öncelikle yapılacak iş, çalışma koşullarında bir değişiklik bulunup bulunmadığı, var ise değişikliğin işverenin yönetim hakkı kapsamın olup olmadığı ve dolayısıyla esaslı değişiklik olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespitidir. Uygulamada çoğu iş ilişkisinde işçinin çalışma koşulları yazılı olarak belirtilmediğinden, normalde çalışma koşullarının nasıl olduğunun ve işverence çalışma koşullarında değişiklik yapıp yapılmadığının, söz konusu değişiklik esaslı olup olmadığının ispat yükü işçi üzerindedir⁴⁷⁸.

İşverence ücret ve eklerinin azaltılması şeklinde yapılan değişikliklerin esaslı değişiklik olduğu açık ise de işin niteliğinin değiştirilmesi halinde değişikliğin esaslı nitelikte olup olmadığı ilk bakışta tam olarak anlaşılamayabilir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde işçinin yapacağı iş tanımı net olarak açıklanmış ve hangi işi yapacağı açık ve net olarak belirlenmiş ise işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir.

Buna karşılık iş sözleşmesinde işçinin yapacağı işin tam olarak belirlenmediği hallerde dürüstlük kuralları çerçevesinde, çalışma koşulları ağırlaştırılmadığı sürece, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür⁴⁷⁹. İşçi, işverence bir başka işte görevlendirilmişse, bunun esaslı bir değişiklik olmadığının tespitinde işçinin yapacağı işin önceki işine oranla daha ağır bir iş olup olmadığının araştırılması

⁴⁷⁷ Akın, Esaslı Değişiklik, 46; Alpagut, 54; Engin, 315; Aydın, 23; Y9HD., 2019/7770 E., 2019/22461 K., 16.12.2019 T.

⁴⁷⁸ Y9HD., 2019/6065 E., 2019/16886 K., 26.09.2019 T; Y22HD., 2013/18938 E., 2013/23653 K., 07.11.2013 T.

⁴⁷⁹ Süzek, Değişiklik Feshi, 13.

gerekir⁴⁸⁰. Yargıtay, söz konusu iş değişikliğinin işçinin çalışmasını ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının tespitinde gerekmesi halinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılabileceğini kabul etmektedir⁴⁸¹.

İşçinin çalıştığı işyerinin değiştirilmesi de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesi bağlamında sıklıkla uyuşmazlıklara konu olmaktadır. İş sözleşmesinde işçinin çalışacağı işyeri tam olarak belirlenmiş ise başka bir yerde görevlendirilebilmesi için işçinin onayının alınması şarttır. Ancak sözleşmede böyle bir belirtme yer almamışsa, işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırmadığı sürece işyeri işverence yönetim hakkı kapsamında değiştirilebilir. Ancak işverence gösterilen yeni işyeri, mevcut işyerine göre yol mesafesi ve süresi, ulaşım masrafları gibi nedenlerle işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırıyor ise burada çalışma koşullarında esaslı değişiklikten söz edilir ve işçinin onayının alınması gerekir⁴⁸².

İşçinin farklı bir ilde bulunan işyerinde çalıştırılmak istenmesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilir⁴⁸³. Mevcut işyeri ile değiştirilmek istenen işyeri aynı il sınırları içinde bulunsada dahi, yeni işyeri işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırıyorsa, işçinin yeni işyerine gidiş gelişi daha uzun sürüyor ve/veya işçi için ulaşım daha masraflı hale geliyorsa, işçinin yeni işyerine ulaşımı daha uzun sürmekle gün içindeki dinlenme süresinin azalmasına sebep oluyorsa bu durumda yine çalışma koşullarında esaslı değişiklik söz konusu olacaktır⁴⁸⁴. Ancak aynı il içinde başka bir

⁴⁸⁰ Y22HD., 2014/31802 E., 2016/2298 K., 28.01.2016 T.: “Yapılacak iş, davacının görevinde yapılan değişikliğin, çalışma koşullarında aleyhe esaslı değişiklik niteliğinde olup olmadığı, iş şartlarının davacı açısından ağırlaşıp ağırlaşmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve oluşacak sonuca göre karar verilmesinden ibaret iken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

⁴⁸¹ Y22HD., 2017/20419 E., 2019/3689 K., 19.02.2019 T.; Y22HD., 2015/6773 E., 2016/13571 K., 05.05.2016 T.

⁴⁸² Süzek, Değişiklik Feshi, 14.

⁴⁸³ Y22HD., 2016/12098 E., 2019/9475 K., 24.04.2019 T.

⁴⁸⁴ Y9HD., 2011/39644 E., 2013/8037 K., 07.03.2013 T.: “Somut olayda davacının iş yerinin bulunduğu Gaziemir'deki iş yerinden tahmini 20-25 km mesafedeki yeni iş yerine gidebilmesi için asgari 2-3 toplu taşıma aracına binmesi gerekeceği, toplu taşıma araçlarında geçen zamanın iş süresinden sayılacağı, davalı tarafından kabul edilmediğine göre davacının kendine ait zamanından veya dinlenme hakkını kullandığı zamandan iş için ayırması gerekeceği iş çıkışı ve eve dönüş içinde zaman harcaması yapacağı sabittir. İşveren yani iş yerine nakil için servis koymadığı gibi yol parası vermediği veya işçinin bu ilave yol harcamalarını karşılayacak şekilde ek ödeme yapmadığı,

işyerindeki görevlendirmelerde işveren tarafından işçinin ulaşım masrafları karşılanmakta ve yeni işyeri için yolda geçirdiği süreye karşılık çalışma süresi azaltılarak işçinin yeni işyerindeki dezavantajlı durumu telafi edilmekte ise söz konusu değişikliğin işçinin çalışma koşullarının ağırlaştırılmadığı söylenebilecektir.

Kanunda, çalışma koşullarında değişiklik yapılması teklifinin işverence işçiye yazılı olarak yapılması şartının bir geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Yazılı olarak yapılmayan değişiklik teklifleri işçiye bağlamaz⁴⁸⁵. Aynı şekilde, işçiye değişiklik teklifini kabul etmesi için tanınan 6 iş günlük süre içinde, işçinin kabul beyanı yazılı olmak zorundadır. İşçi, söz konusu süre içinde kabul beyanında bulunmazsa, sessiz kalsa dahi zımnen teklifi reddetmiş sayılacaktır⁴⁸⁶.

Belirtilmelidir ki işverence İş Kanunu'nun 22.maddesinde düzenlenen usule uyulmayarak çalışma koşullarında tek taraflı olarak değişiklik yapılması halinde işçi, yoksun bırakıldığı ücret veya ikramiye gibi haklarını talep edebilecek, çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle Kanunun 24/2-f maddesi uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilecek; değişikliğin niteliğine bağlı olarak örneğin çalışma yerinin tek taraflı olarak değiştirilmesi ve bunu kabul etmeyen işçinin önceki işyerine alınmaması gibi hallerde işverenin haksız feshinden söz edilebilecektir⁴⁸⁷.

3. İşverenin Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Kayıtlar ve Geçerlilik Koşulları

Uygulamada, bireysel iş sözleşmelerinde ve tip iş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklerde işveren lehine çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkının saklı tutulduğu hükümlere yer verildiği sıklıkla görülmektedir. Ancak sözleşmelerdeki söz

yapacağına dair taahhütte bulunmadığı, tüm bu değişikliğin davacı işçinin iş şartlarında esaslı değişikliği gösterdiği..."

⁴⁸⁵ Süzek, Değişiklik Feshi, 23; Akın, Esaslı Değişiklik, 47; Engin, 320; Narmanlıoğlu, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 11.

⁴⁸⁶ Süzek, Değişiklik Feshi, 24.

⁴⁸⁷ Süzek, Değişiklik Feshi, 25; Engin, 318.

konusu kayıtların hangi hallerde geçerli kabul edileceğinin ve bu kayıtlara dayalı olarak işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkının sınırlarının belirlenmesi gerekir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, işveren lehine çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkının saklı tutulduğu sözleşme hükümlerinin tamamı geçersiz kabul edilemez; aksi hal, sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık oluşturacaktır⁴⁸⁸. Bununla birlikte, sözleşme yapıldığı sırada işçi tarafından kabul edilmiş olsa dahi, söz konusu kayıtların işverene sınırsız bir değişiklik hakkı tanıdığı söylenemez.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20.maddesi anlamında aynı zamanda genel işlem koşulu niteliğindeki tip iş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklerde de çalışma koşullarına yer verildiği ve aynı zamanda işverene söz konusu çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirme yetkisi tanıyan kayıtlar konulduğu görülmektedir. 6098 sayılı Kanunun 24.maddesi: “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” hükmünü içermektedir. 6098 sayılı Kanunla getirilen bu düzenleme sonrasında, tip iş sözleşmelerinde ve iç yönetmeliklerde düzenlenen çalışma koşullarında işverence değişiklik yapılabilmesi için İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca işçinin onayının alınması gerekir; bir diğer deyişle kanaatimizce tip iş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklerde belirlenen çalışma koşullarında işverene sonradan tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi tanıyan kayıtların geçerliliği bulunmamaktadır⁴⁸⁹. Buna karşılık Yargıtay, işverene çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı tanıyan kayıtları salt tip iş sözleşmesi ve iç yönetmeliklerde bulunması nedeniyle geçersiz kabul etmemektedir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Süzek, Değişiklik Feshi, 16; Alp, 39.

⁴⁸⁹ Süzek, 707.

⁴⁹⁰ Y22HD., 2018/290 E., 2018/1994 K., 07.02.2018 T.

Çalışma koşullarında değişiklik hakkını saklı tutan kayıtlar, öncelikle genel ve soyut nitelikte olmamalı; hangi konularda işverene daha sonradan değişiklik yapma yetkisi tanındığı açıkça belirtilmiş olmalıdır⁴⁹¹. İşverene her konuda değişiklik yapma hakkı tanıyan genel nitelikli değişiklik kayıtları geçersiz kabul edilecek; işveren, bu şekildeki bir kayda dayanarak çalışma koşullarını keyfi olarak değiştiremeyecektir⁴⁹².

Öğretide, işçinin korunması ilkesinden hareketle, diğer çalışma koşullarından ayrı olarak ücret konusunda işverene tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanıyan kayıtların geçersiz olduğu, değişiklik kayıtlarına dayalı olarak işverence işçinin ücretinin azaltılamayacağı kabul edilmektedir⁴⁹³.

Yine, değişiklik kayıtları işverence keyfi olarak kullanılamayacak; dürüstlük kurallarına ve objektif nedenlere dayalı olarak kullanılabilir⁴⁹⁴. Her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılarak işverence değiştirilmek istenen çalışma koşulu ile mevcut çalışma koşulu arasında bir değerlendirme yapılmalı; sözleşmede veya iç yönetmelikte bulunan değişiklik kaydının işverence kötüye kullanılıp kullanılmadığı, söz konusu değişiklikte işverenin objektif bir nedeninin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Örneğin işverence değişiklik kaydına dayanılarak işçinin çalıştığı işyeri değiştirilmesi söz konusu ise, ileri sürülmesi halinde işverenin bu değişikliğin bir cezalandırma aracı olarak kullanıldığı veya işçinin istifaya zorlandığı anlaşılıyorsa işverenin değişiklik kaydı ile kendisine tanınan hakkı kötüye kullandığı kabul edilebilecektir⁴⁹⁵.

Ücret konusunda işverene sonradan değişiklik yapma yetkisi tanıyan kayıtların geçerli kabul edilmeyeceği yukarıda belirtilmişti. Değişiklik kayıtlarının özellikle işyeri değişikliklerinde uyumsuzluğa konu olduğu görülmektedir. Yargıtay, işverene işçiyi başka bir işyerine nakil yetkisi veren değişiklik kayıtlarının objektif nedenlere dayalı

⁴⁹¹ Alpagut, 60; Aydın, 27.

⁴⁹² Süzek, Değişiklik Feshi, 16.

⁴⁹³ Süzek, Değişiklik Feshi, 19; Alpagut, 60; Aydın, 27.

⁴⁹⁴ Alpagut, 60; Alp, 40.

⁴⁹⁵ Süzek, Değişiklik Feshi, 20; Alpagut, 61.

olarak ve dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiğini, nakil yetkisinin kötüye kullanıldığının ileri sürülmesi halinde nakli zorunlu kılan işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan objektif nedenlerin bulunduğunu ispat yükünün ise işverene ait olduğunu belirtmektedir⁴⁹⁶. İşverence nakil yetkisinin objektif nedenlere dayalı olarak kullanıldığının ispatı halinde işçinin işe iade talebi reddedilecek veya sözleşme çalışma koşullarının işverence değiştirilmesi nedeniyle işçi tarafından feshedilmişse kıdem tazminatı talebinin reddi gerekecektir⁴⁹⁷.

4. Değişiklik Feshi

İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik teklifini kabul etmemesi halinde işveren, sözleşmeyi mevcut koşullarla devam ettirebileceği gibi değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli bir neden bulunduğunu ileri sürerek iş sözleşmesini fesih bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedebilecektir. İşverenin bu şekildeki feshi uygulamada değişiklik feshi olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu fesih halinde işçi kıdem

⁴⁹⁶ Y9HD., 2018/5051 E., 2019/117 K., 07.01.2019 T.; Y22HD., 2017/11252., 2018/5151 K., 27.02.2018 T.: “işverene tanınan nakil yetkisi sınırsız bir yetki olmayıp, bu yetkinin objektif olarak ve dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekir. Somut olayda, davacı önceki işyerine yaklaşık 50 Km. uzaklıktaki başka bir şubeye nakledilmiştir. İşveren nakil gerekçesini ispatlayamadığı gibi, nakil yetkisini objektif olarak kullandığını da ortaya koyamamıştır. Davacı bakımından, bu naklin çalışma şartlarında esaslı değişiklik olduğu ve işverence yukarıda ifade edilen ilkelere uygun davranılmadığı açıktır. Hal böyle olunca iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından 24. maddesine göre, haklı sebeple feshedildiği kabul edilmelidir.”

⁴⁹⁷ Y22HD., 2018/5340 E., 2018/12958 K., 24.05.2018 T.; Y22HD., 2018/290 E., 2018/1994 K., 07.02.2018 T.: “20.10.2008 tarihli iş sözleşmesinin "Sorumluluklar" başlığını taşıyan 5.maddesinde İnsan Kaynakları Yönetmeliğinin bu sözleşmenin eki niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Söz konusu yönetmeliğin de, davalı Bankaya personelin görev yerini değiştirme hususunda yetki verdiği anlaşılmaktadır. Davacının İstanbul'da görevlendirilmesinde unvan ve ücret düşüşü söz konusu değildir. İş sözleşmesi de belirli bir şube ya da bölge esas alınarak akdedilmemiştir. İşverenin yönetim hakkı çerçevesindeki görev yeri değişikliğini cezalandırma kastıyla kullandığına dair somut vakıya ya da delil de bulunmamaktadır. Kaldı ki işe iade kararının dayanaklarından olan Ankara'ya 5 işçi alındığı hususunda da yapılan araştırma sonucunda, bu kişilerin davacının çalıştığı birimden farklı birimde ve farklı unvanla işe alındığı anlaşılmakla davacının iş sözleşmesinin feshinin, işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklandığı ve geçerli sebeple yapıldığı kanıtlanmıştır. Mahkemece ve Bölge Adliye Mahkemesi ilgili hukuk dairesince işe iade davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

tazminatına hak kazanacağı gibi bildirim sürelerine uyulmaması halinde ihbar tazminatına da hak kazanacaktır⁴⁹⁸.

Değişiklik feshini düzenleyen 22.madde, değişiklik teklifinin reddi nedeniyle işverenin iş sözleşmesini feshetmesi karşısında Kanunun 17.-21.maddelerine atıf yaparak iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçinin işe iadesini ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçinin kötü niyet tazminatı talep edebileceğini öngörmektedir.

Değişiklik teklifinin reddi nedeniyle işverence iş sözleşmesinin feshi ve işçinin feshe karşı işe iade davası açması halinde, öğretide, işverence ispatlanması gereken geçerli nedenin yalnızca yapılmak istenen değişikliğin makul ve geçerli bir nedene dayanması olarak anlaşılmaması; işverence teklif edilen ve işçinin reddettiği değişiklik nedeniyle işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi için feshe dayanak yapılan nedenin İş Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca sözleşmenin feshini geçerli hale getirecek nitelikte ve ağırlıkta olması gerektiği savunulmaktadır⁴⁹⁹. Aksi halde, yani feshin geçerli kabul edilebilmesi için yalnızca değişikliğin geçerli bir nedene dayanmasının yeterli görülmesi halinde iş güvencesi hükümlerinin zayıflatılarak İş Kanunu'nun 18.maddesinde yer alan geçerli fesih nedenlerine geçerli nedene dayalı değişiklik tekliflerinin kabul edilmemesi gibi yeni bir fesih nedeni eklenmiş olacaktır. Yargıtay tarafından da kabul edilen bu görüşe göre çalışma koşullarında esaslı değişiklik, işçinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir nedenin varlığı halinde fesihten önce son çare ilkesinin bir gereği olarak işçiye teklif edilmeli; bu teklifin reddi halinde işverence yapılan feshin artık geçerli bir fesih hükmünde olacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁰.

Yargıtay, değişiklik fesihlerinde geçerli neden denetiminin iki aşamada değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmekte; geçerli nedenin öncelikle fesih nedeninde

⁴⁹⁸ Akın, Esaslı Değişiklik, 47; Aydın, 23.

⁴⁹⁹ Süzek, Değişiklik Feshi, 27; Akın, Esaslı Değişiklik, 49; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 103.

⁵⁰⁰ Süzek, Değişiklik Feshi, 28; Engin, 324; Y9HD., 2019/6426 E., 2019/16155 K., 18.09.2019 T.

aranması, Kanunun 18.maddesi anlamında işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletmenin ya da işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin varlığının tespiti halinde ise teklif edilen değişikliğin kanuna, toplu iş sözleşmesine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁰¹. Buna göre ilk aşamada fesih nedeninin, ikinci aşamada ise değişiklik teklifinin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının denetimi yapılacaktır⁵⁰². İkinci aşamadaki ölçülülük denetimi ise her somut olayın özelliklerine göre yapılacaktır.

Değişiklik feshinde işverence açılan işe iade davasında feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü davalı işveren üzerindedir. İşveren, değişiklik teklifinin kabul edilmemesi nedeniyle yaptığı feshin İş Kanunu'nun 18.maddesi anlamında işçinin yeterliliğinden, davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayandığını ispat edecektir. İşverenin ispat yükünü yerine getiremeyerek feshin geçerli nedene dayandığını ispatlayamaması halinde işçinin işe iadesine karar verilecek ve işçinin işe başlatılması halinde işçi, değiştirilmesini kabul etmediği çalışma koşullarında değil önceki çalışma koşullarında çalışmaya devam edecektir⁵⁰³.

Yargıtay, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması teklifini kabul etmeyen işçinin İş Kanunu'nun 22.maddesine göre iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için feshin geçerli bir neden bulunması gerektiği yönündeki öğretide de savunulan görüş doğrultusunda; ücretin düşürülmesi teklifinin reddinin zorlayıcı bir ekonomik durumun

⁵⁰¹ Y22HD., 2016/15101 E., 2019/12624 K., 11.06.2019 T; Y9HD., 2016/24732 E., 2017/15290 K., 10.10.2017 T.

⁵⁰² Akın, Esaslı Değişiklik, 48.

⁵⁰³ Süzek, Değişiklik Feshi, 29; Y9HD.,2015/19812 E., 2015/28435 K., 13.10.2015 T.: “Dosya içeriğine göre, taraflar arasında imzalanın hizmet sözleşmesinde, işverenin işçinin işini devamlı veya geçici olarak değiştirebilir şeklinde düzenleme bulunmamaktadır. ...Yapılmak istenen ve fesih konusu olan bu değişikliğin davacının iş şartlarında esaslı değişiklik teşkil ettiği, davalı şirketin hizmet sözleşmesindeki düzenlemeyi davacının aleyhine kullanarak bu şekilde davacının görev yerini değiştiremeyeceği ve bu sebeple yapılan feshin geçersiz olduğu, işverenin iş şartlarındaki değişikliğin geçerli nedene dayandığını kanıtlamadığı anlaşılmaktadır. Değişiklik feshi geçerli nedene dayanmamaktadır.”

varlığı ispatlanmadıkça geçerli bir fesih nedeni olmadığına⁵⁰⁴; buna karşılık davacı işçinin çalıştığı işyerinde istihdam fazlası bulunması nedeniyle bir başka işyerinde görevlendirilmesini değişikliğin Kanunun 22.maddesi anlamında işletmenin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayalı olduğu ispat edilmesi halinde feshin geçerli bir fesih olduğuna⁵⁰⁵ hükmetmiştir.

M. İşçinin Haklı Fesih Nedenleri ve İspat

1. Genel Olarak

İşçiye iş sözleşmesini derhal feshi hakkı tanıyan haklı nedenler İş Kanunu'nun 24.maddesinde sayılmıştır. Maddede sayılan haklı nedenlerin varlığı halinde, işçi, iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. İş sözleşmesini fesih bildirim sürelerine uymaksızın fesheden işçi, feshe dayanak olan haklı fesih nedeninin varlığını ispatlaması ve diğer koşullarının da oluşması halinde kıdem tazminatına hak kazanabilecek; aksi takdirde işverene ihbar tazminatı ödemek zorunda kalabilecektir. Bu nedenle, çalışmanın bu bölümünde işçiye derhal fesih hakkı tanıyan haklı nedenler ve ispatı hususunda Yargıtay'ın kabul ettiği ilkeler incelenmiştir.

2. İşçinin Yaptığı İşin Sağlığı ve Yaşayışı Açısından Tehlikeli Olması

İş Kanunu'nun 24/I-a. bendi, sözleşme konusu işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı açısından tehlikeli olması halinde işçinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceğini düzenlemiştir. Kanun, bu bent uyarınca işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi için herhangi bir hastalığa

⁵⁰⁴ Y9HD., 2014/37813 E., 2015/5915 K., 12.02.2015 T.; Y9HD., 2012/18409 E., 2013/2807 K., 24.01.2013 T.

⁵⁰⁵ Y9HD., 2013/1504 E., 2013/19297 K., 24.06.2013 T.

yakalanmasını şart koşmamış; tehlikenin varlığını fesih için yeterli görmüştür⁵⁰⁶. Bununla birlikte, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçi herhangi bir hastalığa yakalanmışsa bu durum da işçiye haklı fesih imkanı verir. Örneğin işçi, meslek hastalığına tutulmuş ise sözleşmeyi bu bent uyarınca haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

1475 sayılı Kanunun aksine, 4857 sayılı İş Kanunu, işçinin iş sözleşmesini bu bent uyarınca haklı nedenle feshedebilmesi için tehlikenin varlığının sözleşmenin kurulması sırasında bilinmemesi koşulunu aramamıştır. Sözleşmenin kurulması sırasında işçi, işin niteliğinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olduğunu bilse dahi daha sonradan bu nedene dayanarak sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. Nitekim madde gerekçesinde de söz konusu koşulun kaldırıldığı belirtilmiştir.

İşçinin bu bent uyarınca sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilmesi için tehlikenin veya yakalandığı hastalığın işin niteliğinden kaynaklanmış olması gerekir⁵⁰⁷. Bununla birlikte Yargıtay, isabetli olarak işçinin rahatsızlığı işin niteliğinden kaynaklanmasa dahi yaptığı işin niteliğinin mevcut rahatsızlığı dikkate alındığında işe devam etmesini sağlığı için tehlikeli hale getiriyorsa bu halde de işçinin haklı nedenle fesih imkanının bulunduğu hükmetmektedir⁵⁰⁸.

İşçinin işin sağlığı için tehlikeli olduğu veya iş nedeniyle hastalığa tutulduğu iddiası ile iş sözleşmesini derhal feshetmesi halinde feshin haklı nedene dayandığının kabulü için tehlikeli halin veya işçinin hastalığının işin niteliğinden kaynaklandığının

⁵⁰⁶ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 97.

⁵⁰⁷ Süzek, 731.

⁵⁰⁸ Y22HD., 2018/11204 E., 2018/17851 K., 06.09.2018 T.: “...davacının yaptığı işini devam ettiremeyeceği, yapmaya devam etmesi halinde yaşayışı ve hayatı için tehlike oluşup oluşmayacağı konusunda 4857 Sayılı Kanun'un 24/I-a maddesi yönünden inceleme yapılarak, yani davacının tarafsız bir sağlık kuruluşuna sevki ile yaptığı işin (hastanede genel temizlik işi) mevcut rahatsızlığı (Behçet Hastalığı) dikkate alındığında işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı hususunun sağlık kurulu raporuyla belirlenmesi gerekirken...”

keşif yapılmak ve uzman bilirkişilerden rapor alınmak suretiyle tespit edilmesi gerekir⁵⁰⁹.

3. İşyerinde Bulunan Diğer Kişilerin Hastalığı

İş Kanunu'nun 24/I-b. bendi, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı ya da işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması halinde işçinin iş sözleşmesini derhal ve haklı nedenle feshedebileceğini öngörmektedir.

Söz konusu bent uyarınca iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçi ile aynı işyerinde bulunan diğer işçilerin veya işverenin bulaşıcı ya da yapılan iş ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması gerekir. İş akdini bu bent uyarınca fesheden işçinin feshinin haklı nedene dayandığının kabul edilebilmesi için hastalığa tutulan kişi ile işi nedeniyle aynı ortamda olması veya sürekli buluşup görüşmesi gerekir; başka bir bölümde çalışan ve davacı/davalı işçi ile aynı ortamda bulunmayan bir işçinin hastalığı, feshi haklı hale getirmez⁵¹⁰. Haklı fesih için işverenin veya diğer işçilerin tutulduğu hastalığın ciddi bir hastalık olması; bir diğer deyişle söz konusu hastalığın davacı/davalı işçinin sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturması gerekir⁵¹¹.

Uyuşmazlık halinde, işyerindeki diğer işçilerin veya işverenin tutulduğu hastalığın davacı/davalı işçinin sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı, hastalığın bulaşma ihtimalinin bulunup bulunmadığı, söz konusu kişilerin hastalığının davacı/davalı işçiye İş Kanunu'nun 24/II-a. bendi uyarınca haklı fesih imkanı tanıyıp tanımadığı hususlarında uzman hekim bilirkişiden rapor alınması gerekir. Nitekim

⁵⁰⁹ Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 442; Y9HD., 2016/970 E., 2019/5800 K., 14.03.2019 T.: “Yapılacak iş, davacı işçinin iddia ettiği rahatsızlığının işin niteliğinden kaynaklanıp, kaynaklanmadığı, işin yapılmasından, niteliğinden kaynaklanıyor ise sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olup, olmadığını, gerekirse işyerinde, iddia edilen rahatsızlıktan anlar uzman hekim ve iş güvenliği uzmanı bilirkişiler refakate alınarak keşif yapılarak tespit etmektir.”

⁵¹⁰ Ergin, 60.

⁵¹¹ Süzek, 732; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 98; Ergin, 60.

Yargıtay, bir kararında hepatit-b hastalığının davacı açısından risk taşımadığı gerekçesiyle işçinin feshinin haklı nedene dayanmadığına hükmetmiştir⁵¹².

İş Kanunu'nun 24/II-b. bendi, işçinin kendisinin değil işverenin veya diğer işçilerin tutulduğu bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan hastalık nedeniyle işçiye haklı fesih imkanı vermektedir. İşçinin kendi tutulduğu hastalık ancak Kanunun 24/II-a. bendi kapsamında değerlendirilebilir⁵¹³.

4. İşverenin İşçiye Yanılması

İş Kanunu'nun 24/II-a. bendi, işverence iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçinin yanıltılması halinde işçi lehine haklı nedenle fesih hakkının doğacağını öngörmüştür. O halde, işverence işçinin iş sözleşmesinin ücret, işin niteliği, çalışma şartları gibi esaslı unsurları hakkında iradesinin fesada uğratılması halinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir⁵¹⁴.

5. İşverenin Şeref ve Namusa Yönelik Söz ve Davranışları

İş Kanunu'nun 24/II-b. bendi uyarınca işveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Buna göre işverenin işçiye veya aile üyelerinden birine yönelik hakareti, küfredmesi, aşağılaması veya davranışlarıyla küçük düşürmesi işçiye iş sözleşmesini

⁵¹² Y9HD., 2013/3122 E., 2014/28506 K., 29.09.2014 T.: “Davacıya meslektaşından Hepatit B hastalığı bulaşma ihtimalinin bulunmadığı, Hepatit-B taşıyıcısı olan kişilerin ancak hastalar açısından risk taşıyacağı, davacının iş yerinde çalışan ve aşıları yapılmış olan arkadaşının kendisine bulaşma riski bulunmayan hastalığını gerekçe göstererek iş akdini feshetmesi haklı nedene dayanmadığı anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”

⁵¹³ Süzek, 732.

⁵¹⁴ Erkanlı, 78.

derhal fesih hakkı verir. Belirtilmelidir ki, işçinin veya aile üyelerinden birine yönelik işverenin söz konusu söz veya davranışlarının ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi gerekmez⁵¹⁵.

Yalnızca işverenin değil işveren vekilinin de işçiye karşı Kanunun 24/II-b. bendinde sözü edilen söz veya davranışlarda bulunması halinde işçinin haklı fesih imkanı doğar⁵¹⁶.

6. Cinsel Taciz

a. İşverence İşçiye Cinsel Tacizde Bulunulması

Kanunun 24/II-b. bendi uyarınca işveren veya vekili tarafından işçiye sarkıntılıkta veya cinsel tacizde bulunulursa işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. İşverenin mesai saatleri içinde veya dışında, işyerinde veya işyeri dışında işçiye cinsel tacizde bulunması ya da sarkıntılık etmesi, işçi lehine iş sözleşmesini derhal fesih hakkı teşkil eder⁵¹⁷.

b. İşyerindeki Bir Başka İşçi Tarafından Cinsel Tacizde Bulunulması

İş Kanunu'nun 24/II-d. bendi, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen işverence gerekli önlemlerin alınmaması halinde işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebileceğini öngörmektedir. Dikkat edilirse, maddenin (b) bendinde işveren veya işveren vekilinin işçiye tacizinden; (d) bendinde ise işyerinde çalışan diğer bir işçi veya üçüncü bir kişinin tacizinden söz edilmektedir.

⁵¹⁵ Süzek, 734; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 443.

⁵¹⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 443; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 91; Y22HD., 2016/27899 E., 2020/821 K. 21.01.2020 T.

⁵¹⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 243; Akyiğit, 278.

İş Kanunu'nun 24/II-d bendi uyarınca işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için işçinin diğer bir işçi ya da üçüncü bir kişi tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması gerekmektedir. Yukarıda değinildiği üzere maddenin (b) bendi uyarınca feshin haklı nedene dayandığının kabul edilebilmesi için işveren veya işveren vekilince işyeri dışında da olsa cinsel tacizde bulunulması yeterli iken; maddenin (d) bendi uyarınca haklı fesih için işçinin uğradığı cinsel tacizin işyerinde gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle, işçinin diğer bir işçi ya da üçüncü bir kişiden işyeri dışında cinsel tacize uğraması halinde haklı fesih imkanı doğmaz⁵¹⁸.

İşçinin işyerinde diğer bir işçi veya üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğraması derhal fesih için tek başına haklı bir neden değildir. Kanunda öngörüldüğü üzere, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişi tarafından cinsel tacize uğraması yanında, bu husus işverene bildirilmeli ve işverence tacize karşı herhangi bir önlem alınmamış olmalıdır ki derhal fesih hakkı doğsun⁵¹⁹. İşçi, cinsel tacize uğradığını işverene bildirdiğini ispatlamalıdır; ancak söz konusu bildirimin sözlü olarak yapılması ve bunun tanık beyanları ile ispatlanması mümkündür⁵²⁰. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, işverence alınması gerekli önlemler işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesi veya cinsel tacizde bulunan diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi gibi önlemlerdir. Yine, işyerinde güvenlik önlemlerini artırmak, örneğin güvenlik görevlisi sayısını artırmak veya üçüncü kişilerin işyerine giriş çıkışlarını denetlemek de işverence alınabilecek önlemler arasında sayılabilir⁵²¹.

⁵¹⁸ Akyiğit, 282.

⁵¹⁹ Süzek, 736.

⁵²⁰ Y22HD., 2014/23315 E., 2014/33270 K., 25.11.2014 T.

⁵²¹ Yargıtay, otelde temizlik görevlisi olarak çalışan ve temizlik görevini yaptığı sırada otel müşterisi tarafından cinsel tacize uğrayan kadın işçinin, işveren vekili olarak kabul edilen şefe haber vermesi ve şef tarafından gerekli önlemlerin alınmaması üzerine aynı müşteri tarafından ikinci kez cinsel tacizde bulunulması nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshinin Kanunun 24/II-b. bendi uyarınca haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Yargıtay, işverenin cinsel taciz faili müşteri hakkında hiçbir işlem yapmamasını, kamera kayıtları ile birlikte kolluk güçlerine haber vermemesini de gerekli önlemlerin alınmadığına işaret olduğunu belirtmiştir (Y9HD., 2017/13804 E., 2019/21067 K., 27.11.2019 T.).

c. Cinsel Taciz İddiasında İspat

İşyerinde bir başka işçi ya da üçüncü kişi tarafından cinsel tacize uğradığını ileri sürerek İş Kanunu'nun 24/II-b. bendi uyarınca, işyerinde ya da dışında işveren veya işveren vekili tarafından cinsel tacize uğradığını ileri sürerek Kanunun 24/II-d. bendi uyarınca iş akdini haklı nedenle fesheden işçi, diğer haklı fesih nedenlerinde olduğu gibi cinsel tacize uğradığı iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

Cinsel taciz iddiası tanık beyanları kamera görüntüleri gibi delillerle her zaman ispatlanabilecektir. Ancak Yargıtay, cinsel taciz fiilinin çoğunlukla kimsenin olmadığı bir yerde mağdura karşı gerçekleştiği ve bu nedenle tanıkla ispatının zor olduğunu dikkate alarak cinsel taciz iddiasının ispatında daha esnek davranılması gerektiği görüşündedir. Yargıtay, iffetini ortaya koyarak tacize uğradığını iddia eden kadın işçinin, sebepsiz yere böyle bir iddiada bulunması için bir sebep olmamasını⁵²², cinsel tacize uğradığını samimi ve ayrıntılı beyanlarla ortaya koymasını⁵²³, tanık beyanları ile birlikte değerlendirerek cinsel taciz nedeniyle feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Buna karşılık, davacının cinsel taciz iddiasının hiçbir delille ortaya konulamaması, salt soyut iddia olarak kalması halinde yalnızca işçinin beyanlarına itibar edilerek feshin haklı nedene dayandığı kabul edilemeyecektir⁵²⁴.

⁵²² Y9HD., 2017/14071 E., 2020/1819 K., 10.02.2020 T.; Y22HD., 2014/23315 E., 2014/33270 K., 25.11.2014 T.: “Davacının, aile ve iş yaşantısını etkileyebilecek, hakkında dedikodulara sebep olabilecek şekilde, sebepsiz yer kendisinin cinsel tacize uğradığını ileri sürmesi hayatın olağan akışına aykırıdır.”

⁵²³ Y9HD., 2008/14529 E., 2010/1463 K., 28.01.2010 T.: “Bir kadın işçinin namus ve iffetini etkileyebilecek şekilde nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır. Davacının samimi beyanları ve dosyadaki bulgular doğrultusunda kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken reddi hatalıdır.”

⁵²⁴ Y22HD., 2017/21091 E., 2019/6847 K., 28.03.2019 T.: “davacının feshe gerekçe gösterdiği taciz iddiasına dair dinlenen davacı tanıkları bu hususta bilgilerinin bulunmadığını beyan ettikleri, davalı tanıkları ise işyerinde davacı dışında çalışan kadın işçilerinde bulunduğunu ve tacize dair dava dilekçesinde belirtilen iddialara şahit olmadıklarını ifade ettiklerinin anlaşılmasına göre davacının haklı feshi ispat edemediği gözetilerek kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

Cinsel taciz iddiası ile ilgili olarak delil yetersizliği nedeniyle savcılıkça kovuşturmayaya yer olmadığına veya mahkemece beraat kararı verilmesi hukuk hakimini bağlamayacağından yalnızca şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya sanığın beraatine karar verilmesi gerekçe gösterilerek cinsel taciz iddiasının ispatlanamadığı kabul edilmemelidir⁵²⁵.

7. İşverenin Sataşması

İş Kanunu'nun 24/II-c. bendi uyarınca, işverenin işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunması, gözdağı vermesi, işçiye veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirilmesi veya sürüklemesi, kışkırtması, işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi, işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunması işçi için haklı fesih nedeni oluşturur. Söz konusu davranışların işveren vekili tarafından gösterilmesi halinde de işçi lehine haklı fesih imkanı doğar⁵²⁶. Belirtilmelidir ki, bentte sayılan hallerin işyerinde ya da işyeri dışında ve mesai saatleri içinde veya dışında gerçekleşmesinin bir önemi yoktur⁵²⁷.

Kanunun 24/II-c. bendinde birbiriyle bağlantılı birden fazla işveren davranışı işçi lehine haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Bentte kabul edilen işveren davranışlarının ortak noktası, işçinin kişilik haklarına yönelik olmalarıdır. Bentte sözü edilen hallerden sataşma, işverenin işçinin kişilik haklarını ihlal edecek şekilde hakaret

⁵²⁵ Y9HD., 2016/19517 E., 2019/1922 K., 22.01.2019 T.: “Davacı işçi cinsel taciz ve saldırıya uğradığını ileri sürerek savcılığa şikayette bulunmuş ve ceza soruşturması neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Ne var ki, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin bu karar, kamu davası açmaya yeterli delil bulunmadığına dayalı olarak verilmiş olup, mahkemece davacının kıdem tazminatı talebinin başlı başına reddine gerekçe teşkil etmesi mümkün değildir.”

⁵²⁶ Yargıtay'ın işverenin oğlunu işveren vekili olarak kabul ederek davacı işçiye yumruk atması sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını kabul ettiği kararı için bkz. Y22HD., 2017/5827 E., 2017/7391 K., 03.04.2017 T.

⁵²⁷ Öktem Songu, 123.

veya darp gibi sözlü veya fiili davranış olarak ortaya çıkabilir⁵²⁸. Yine, işverenin işçiye beddua etmesi⁵²⁹, üzerine yürümesi⁵³⁰ de sataşma niteliğindedir.

Sataşma, uygulamada genellikle hakaret olarak kendisini göstermekte ise de; somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılarak kullanılan ifadelerin sataşma niteliğinde olup olmadığı, özellikle eleştiri sınırında kalıp kalmadığı değerlendirilmelidir; örneğin Yargıtay, “beceriksiz, cehalet abidesi” ifadelerini ağır eleştiri olarak kabul etmiş ve sataşma niteliğinde olmadığına hükmetmiştir⁵³¹.

Belirtilmelidir ki sataşma niteliğindeki davranışların ceza hukuku anlamında suç olarak öngörülmüş olması gerekmez⁵³². Ancak aynı eylem nedeniyle devam etmekte olan bir ceza soruşturması ya da kovuşturması bulunması halinde, ceza yargılamasının bekletici mesele yapılması gerekir. Ceza mahkemesince yapılacak yargılama sonunda, işverenin söz ve davranışlarının aynı zamanda bir suç olduğu kabul edilerek mahkumiyetine karar verilmesi halinde söz konusu söz ve davranışların sataşma niteliğinde olduğu kabul edilecek; bir diğer deyişle ceza yargılamasında, işverenin söz veya davranışı suç olarak kabul edilmeyerek beraat kararı verilirse bu karar hukuk hakimini bağlamayacaksa da muhtemel mahkumiyet kararı hukuk hakimini de bağlayacaktır. Bu nedenle ceza yargılamasının sonucunun beklenilmesi gerekmektedir⁵³³.

İşverenin, işçiye veya aile üyelerinden birine gözdağı vermesi yani tehdit etmesi, kanuna karşı davranışa özendirilmesi de işçiye haklı fesih imkanı verir. İşverence işçinin vergi kaçırmaya, sahte fatura düzenlemeye, yalancı tanıklık yapmaya sevk edilmesi

⁵²⁸ Akyiğit, 279; Öktem Songu, 115.

⁵²⁹ Y9HD., 2017/11572 E., 2019/15679 K., 11.09.2019 T.

⁵³⁰ Y9HD., 2016/10323 E., 2019/22353 K., 12.12.2019 T.; Y9HD., 2014/2565 E., 2015/14119 K., 14.04.2015 T.

⁵³¹ Y22HD., 2019/7908 E., 2019/22799 K., 10.12.2019 T.

⁵³² Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 245; Öktem Songu, 121.

⁵³³ Öktem Songu, 121.

kanuna karşı davranışa özendirme veya sürüklenmesi olarak kabul edilebilir ve böyle bir halde işçi iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak derhal feshedebilir⁵³⁴.

İş Kanunu'nun 24/II-c. bendinde yer alan haklı fesih nedenlerinden bir diğeri işverenin işçiye veya aile üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesidir. Kanunda, işverence işlenen suçun niteliği ve kast/taksirle işlenmesi hususunda bir ayırım yapılmamış olup, işlenen suçun yaptırımının hapis cezası olarak kanunda öngörülmüş olması gerekir; bir diğere deyişle yaptırımı adli para cezası olan bir suç işlenmesi halinde Kanunun 24/II-c. bendi anlamında işçinin iş sözleşmesini feshi haklı nedene dayanmayacaktır⁵³⁵.

Aynı şekilde, işverence işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunulması halinde işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşçi lehine haklı fesih hakkının doğması için işverence işçiye yöneltilecek isnadın şeref ve haysiyet kırıcı, ağır ve asılsız olması gerekir. Isnat asılsız değilse işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemez. Aynı şekilde, işverenin işçiye herhangi bir isnadı değil hırsızlık, dolandırıcılık veya ahlaksız bir davranışta bulunması gibi şeref ve haysiyet kırıcı bir isnat olmalıdır⁵³⁶.

8. Psikolojik Taciz (Mobbing)

Türkçede psikolojik taciz olarak adlandırılan mobbing, işyerinde işçiye işveren, işveren vekili veya diğere bir işçi tarafından sistematik bir şekilde yıldırma amaçlı uygulanan kötü muamele, sözlü şiddet veya aşağılamaya yönelik onur kırıcı davranışlar olarak tanımlanabilir⁵³⁷. Psikolojik taciz; işçinin dışlanması, aşırı iş yükü verilmesi, alay edilmesi, küçük görülmesi, iftirada bulunulması, tehdit edilmesi, görev yerinin sürekli

⁵³⁴ Süzek, 735.

⁵³⁵ Akyiğit, 280.

⁵³⁶ Süzek, 735.

⁵³⁷ Tınaz, 13; Yuvalı, 726.

değiştirilmesi vs. şeklinde kendini gösterebilir⁵³⁸. Ancak psikolojik tacizden söz edilebilmesi için belirtilen davranışların sistemli ve planlı olması; bir diğer deyişle münferit olaylardan ibaret olmaması gerekir. Nitekim Yargıtay da psikolojik tacizin varlığının kabulü için sistematik olarak tekrarlanma koşulunu aramaktadır⁵³⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin işçiyi gözetme borcunu düzenleyen 417.maddesi, işvereni işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılmıştır. Buna karşılık, İş Kanunu'nun 24.maddesinde cinsel taciz işçiye derhal fesih imkanı tanıyan haklı neden olarak düzenlenmiş olmasına rağmen haklı fesih nedenleri arasında psikolojik tacize yer verilmemiştir. Buna karşılık, öğretide ve Yargıtay uygulamasında psikolojik tacize uğrayan işçinin de iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim bent başlığında belirtildiği üzere İş Kanunu'nun 24/II. bendinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri düzenlenmiş olup; “ve benzerleri” ifadesinden anlaşılabileceği üzere Kanunda belirtilen haklı fesih nedenleri tahdidi olarak sayılmamıştır ve bu düzenleme karşısında psikolojik tacizin de Kanunun 24/II. Bendi uyarınca işçi lehine haklı fesih imkanı tanıdığı söylenebilir⁵⁴⁰.

Psikolojik taciz eyleminin işveren dışında işyerindeki bir başka işçi veya işçiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde de işçi lehine fesih imkanı doğup doğmayacağının değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada, öğretide psikolojik tacizin Kanunun 24/II-b. veya 24/II-c bentleri kapsamında değerlendirilebileceği savunulmuştur⁵⁴¹. Buna karşılık kanaatimizce, işçiye örneğin ağır iş yükü verilmesi ya da sürekli olarak çalışma yerinin değiştirilmesi suretiyle de işçi üzerinde baskı oluşturulması da niteliği itibariyle bir

⁵³⁸ Tınaz, 17; Yuvalı, 728; Öktem Söngü, 128.

⁵³⁹ Akyiğit, 279; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 97; Y9HD., 2016/12989 E., 2020/2304 K., 17.02.2020 T.: “Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işyerinde görev yaptığı birimin müdürünün değişmesinden sonra müdürüyle bazı problemler yaşadığı, iş şartlarında aleyhe değişiklikler olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden sabittir ancak davacıya yapılan sürekli ve sistematik baskıdan bir diğer anlatımla mobbingten bahsetmek ise mümkün değildir.”

⁵⁴⁰ Sözek, 734; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 244; Limoncuoğlu, 559; Öktem Söngü, 128.

⁵⁴¹ Sözek, 734; Limoncuoğlu, 559 vd.

psikolojik taciz olduğundan, bu şekildeki bir psikolojik tacizin m.24/II-b ve m.24/II-c kapsamında değerlendirilemeyeceği açık olduğundan psikolojik taciz Kanunun 24/II bendinde sayılan alt bentlerden herhangi birine dahil edilmemeli ve ayrı bir haklı fesih nedeni olarak görülmelidir. İşyerindeki diğer işçi ya da işçiler tarafından psikolojik taciz uygulanmasının işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı tanıyıp tanımayacağı noktasında ise Kanunun 24/II-d. bendinde olduğu gibi işverenin psikolojik tacizden haberinin olup olmamasına ve buna karşı gerekli önlemleri alıp almamasına göre değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim, işyerinde çalışan diğer işçi ya da işçilerin uyguladığı her psikolojik tacizin işçiye haklı fesih imkanı tanıdığına kabul edilmesi halinde işveren zarar görmüş olacaktır. Böyle bir kabulde, işyerinde çalışan işçiler arasında süregelen devamlı nitelikteki her anlaşmazlığın işçiye derhal fesih imkanı tanınması sonucu ortaya çıkacaktır ki, bu durum işveren açısından hakkaniyetli değildir. Kanaatimizce, işyerinde çalışan diğer işçi ya da işçiler tarafından uygulanan psikolojik tacize karşı, tacizin varlığından haberdar olan işverenin sessiz kalması ve herhangi bir önlem almaması halinde, diğer işçi veya işçilerce uygulanan psikolojik tacize zımni onay verdiği ve dolayısıyla psikolojik taciz eylemine kendisinin de katıldığı ve bu nedenle iş sözleşmesini işçinin haklı nedene dayanarak feshedebileceği kabul edilmelidir.

Psikolojik tacize uğradığını iddia ederek iş sözleşmesini derhal fesheden işçi, psikolojik taciz iddiasını ispatlamalıdır⁵⁴². Mevzuatımızda işçiye psikolojik taciz uygulandığı iddiasına ilişkin herhangi bir ispat kolaylığı öngörülmemiştir. Ancak Yargıtay, haklı olarak, psikolojik taciz olgusunun taciz uygulayan ile tacize maruz kalan arasında gerçekleşmesini ve bu nedenle ispatının zorluğunu dikkate alarak işçinin ispat yükünü hafifletmiştir. Yüksek Mahkeme, psikolojik taciz iddiasında tam ispat yerine yaklaşık ispatın yeterli olduğunu, işçi tarafından psikolojik tacizin varlığı güçlü emarelerle ortaya konulduğunda işçiye psikolojik taciz uygulanmadığının işverence

⁵⁴² Baycık, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 271.

ispatlanması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁴³. Nitekim, mobbinge maruz kaldığını ileri süren davacı işçinin önce bir başka işyerinde görevlendirilmesini, yeni görev yerinde ise farklı işte çalıştırılmasını dikkate alan Yargıtay, işçinin işyerinde pasifize edildiğini ve işe yaramayan personel algısı oluşturulduğunu, işçinin psikolojik tacizi güçlü emarelerle ortaya koyduğunu kabul ederek işçinin iş sözleşmesini feshinin haklı nedene dayandığına ve kıdem tazminatına hak kazandığına hükmetmiştir⁵⁴⁴.

9. Ücretin Ödenmemesi

İş Kanunu'nun 24/II-e. bendine göre, işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşçinin bu bent uyarınca iş sözleşmesini feshedebilmesi için ödeme zamanı geçtiği halde tamamı veya bir kısmı ödenmeyen bir ücreti bulunmalıdır. Kastedilen ücret, işçinin geniş anlamda ücretidir; bir diğer deyişle ikramiye, prim, ulaşım ve yemek ücreti gibi ödemeler ile fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ücreti gibi ücret eki niteliğindeki ödemelerin yapılmaması halinde de işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir⁵⁴⁵.

İş Kanunu'nun 34.maddesi uyarınca ücreti ödenmesi gerektiği günden itibaren 20 gün içinde mücbir sebep yokken ödenmeyen işçi çalışmaktan kaçınabilecektir. Bununla birlikte işçi lehine fesih hakkı doğması için söz konusu 20 günlük sürenin beklenmesi gerekmez. İşçinin sözleşmeyi feshedebilmesi için muaccel olduğu halde

⁵⁴³ YHGK., 2017/7-3017 E., 2018/99 K., 24.01.2018 T.

⁵⁴⁴ Y22HD., 2015/11958 E., 2016/15623 K., 31.05.2016 T.; benzer nitelikte karar için bkz.Y9HD., 2009/8046 E., 2011/9717 K., 01.04.2011 T.

⁵⁴⁵ Süzek, 736; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 246; Akyiğit, 283; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 85; Y9HD., 2016/12320 E., 2020/1201 K., 03.02.2020 T.; Y22HD., 2016/27252 E., 2020/733 K., 20.01.2020 T.; Y22HD., 2017/26081 E., 2019/22986 K., 11.12.2019 T.: “4857 Sayılı Kanun'un 24/II-e.bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, primi, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların da ödenmemesi işçiye haklı fesih imkanı verir.”

ödenmeyen ücretinin bulunması yeterlidir⁵⁴⁶. Buna karşılık ücretin tamamının veya bir kısmının ödenmesinde tek seferde bir iki günlük gecikme yaşanması işçiye haklı fesih imkanı vermez; aksinin kabulü işçinin fesih hakkını kötüye kullanmış olması ihtimali gündeme gelebilecektir. Fesih hakkının doğması için ücretin geç ödenmesinin genel bir uygulama halini almış olması ya da tek seferde ücretin dürüstlük kurallarına göre beklenilmesi gereken süre geçmesine rağmen ödenmemesi gerekir⁵⁴⁷.

İşçinin ücretine zam yapılması talebinin reddedilmesi veya ücretinin az olması nedeniyle iş sözleşmesini feshi, haklı fesih nedeni olarak kabul edilmez. Buna karşılık, işçinin ücretinde emsal işçilere göre daha düşük oranda zam yapılması ya da hiç yapılmaması halinde işverence eşit davranma borcu ihlal edilmiş olacağından iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshi mümkündür⁵⁴⁸.

Daha önce değinildiği üzere çalışma olgusunun ispat yükü işçi üzerinde; ücretin ödendiğinin ispat yükü ise işveren üzerindedir. Çalışma olgusu ihtilaf konusu değilse işveren, ödenmediği ileri sürülen ücretlerin ödendiğini ispatlayarak işçinin iş sözleşmesini feshinin haklı nedene dayanmadığını ortaya koyabilecektir. Buna karşılık; iş sözleşmesi işçi tarafından örneğin fazla çalışma ücretlerinin ödenmediği gerekçesiyle feshedilmişse, fazla çalışma iddiasını işçinin ispatlaması gerekecek; fazla çalışma olgusu sabit görüldüğü takdirde iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilecektir.

Yargıtay, işçinin istifa dilekçesi sunmasına karşın iş sözleşmesini feshini ücretinin ödenmemesi gerekçesine dayandırarak kıdem tazminatı talep ettiği bir olayda, istifa dilekçesinin genel bir içerik taşıması nedeniyle fesih iradesinin ücretin ödenmemesi nedeniyle oluştuğu kabul edilerek ödenmeyen ücretlerin tespit edilmesi

⁵⁴⁶ Akyiğit, 283; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 85.

⁵⁴⁷ Süzek, 737; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 233.

⁵⁴⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 448; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 246; Y9HD., 2003/18893 E., 2004/796 K., 08.04.2004 T.

karşısında işçinin feshinin haklı nedene dayandığını ve kıdem tazminatına hak kazandığını kabul etmiştir⁵⁴⁹.

Yargıtay'ın, iş sözleşmesinin işverence feshedildiği taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmamasına rağmen, salt fesih anında ödenmeyen ücret alacaklarının bulunduğu gerekçesiyle feshin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır⁵⁵⁰. Söz konusu kararlara konu olaylarda işçi, iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürmekte; işveren ise işçinin işe işe devamsızlık tutanaklarına dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini savunmaktadır. Yargıtay ise, ödenmeyen işçilik alacaklarının bulunması nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından eylemli olarak haklı nedenle feshedildiğini, bu nedenle kıdem tazminatına hak kazandığı sonucuna ulaşmaktadır. Yargıtay'ın bu kararları öğretide eleştirilmektedir⁵⁵¹. Kanaatimizce, iş sözleşmesini fesih iradesinin işçide olduğu, bir diğer deyişle iş sözleşmesinin işçi tarafından eylemli olarak feshedildiğinin tespit edildiği hallerde, işçinin ileri sürdüğü bir fesih nedeni bulunmaktaysa bu nedenin İş Kanunu'nun 24.maddesi anlamında haklı neden teşkil edip etmediği değerlendirilmeli ve buna göre kıdem tazminatı koşullarının oluşup oluşmadığı belirlenmelidir. İşçinin fesih nedeni olarak ileri sürmediği ücretin ödenmemesi hususu, mahkemece re'sen göz önünde bulundurularak haklı fesih nedeni olarak kabul edilmemelidir. Aksi halde, işverence düzenlenen devamsızlık tutanaklarına itibar edilerek işveren feshinin İş Kanunu'nun 25/II-g. bendi uyarınca haklı nedene dayandığı ve bu nedenle işçinin kıdem tazminatına hak kazanamadığı kabul edilmelidir.

10. Parça Baş Ücretle Çalışan İşçiye Az İş Verilmesi

İş Kanunu'nun 24/II-f. bendinde parça başı ücret karşılığında çalışan işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verilmesi halinde, aradaki ücret farkının zaman

⁵⁴⁹ Y22HD., 2016/19702 E., 2019/18327 K., 07.10.2019 T.

⁵⁵⁰ Y9HD., 2016/4988 E., 2019/14386 K., 26.06.2019 T.: “Dosyadaki bilgi ve belgeler ile tanık beyanlarından evlilik hazırlığında olan davacının davalı işyerinden izin istediği ancak işyerin yoğunluğu gerekçesi ile talep ettiği izni alamadığı sonrasında da işyerini terk ederek eylemli fesih gerçekleştirdiği, eylemli fesih tarihi itibarıyla ödenmemiş işçilik alacaklarının varlığı karşısında kıdem tazminatına hükmedilmesinin yerinde olduğu ancak haklı neden ile dahi olsa iş akdini fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği gözetilerek ihbar tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalıdır.” Benzer nitelikteki karar için bkz. Y9HD., 2009/1550 E., 2011/1492 K., 31.01.2011 T.

⁵⁵¹ Odaman, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 188.

esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücretin karşılanmamasının işçi için haklı fesih nedeni olduğu düzenlenmiştir.

Taraflar arasında ücret, zaman esasına göre veya yüzde usulüne göre kararlaştırılabileceği gibi parça başına ya da götürü olarak da kararlaştırılabilir. Parça başına ücret, işçinin çıkardığı iş miktarına göre kendisine ödeme yapılması esasına dayanan ücrettir⁵⁵². Parça başına ücrette, işveren tarafından sağlanan iş, işçi tarafından işlenerek her bir parça için işçiye ücreti ödenir. İşçiye yapabileceğinden az iş verilmesi halinde ise zamana esasına göre ödeme yapılır.

Parça başı ücret karşılığı çalışan işçiye yapabileceğinden az iş verilmesi halinde zamana göre ödenmesi gereken ücretin nasıl hesaplanacağı konusunda Kanunda tam bir açıklık bulunmamaktadır. Böyle bir halde, İş Kanunu'nun 49.maddesinden kıyas yoluyla, ödeme döneminde kazandığı ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle günlük ve saatlik çalışma ücreti tespit edilerek ortaya çıkan ortalama saatlik ücretin iş verilmeyen saat sayısı ile çarpılması suretiyle hesaplanması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁵³. İşte, işverence işçiye yapabileceğinden az iş verilmesi ve belirtilen şekilde zamana göre hesaplanan ücretin işçiye ödenmemesi halinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

11. Çalışma Şartlarının Uygulanmaması

İş Kanunu'nun 24/II-f. bendi çalışma koşullarının uygulanmamasının işçi lehine haklı fesih nedeni teşkil ettiğini öngörmüştür. Çalışma yeri ve saatleri gibi çalışma koşullarının yanında, işverence işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı bir ortamda çalıştırılması, çalışmanın Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmemesi veya

⁵⁵² Süzek, 397; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 256; Eyrenci/Taşkent/Uluçan, 146.

⁵⁵³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 257.

gün sayısının eksik bildirilmesi ya da prime esas kazancın düşük gösterilmesi hallerinde de işçi lehine haklı fesih hakkı doğar⁵⁵⁴.

Çalışma koşullarını değiştirmek isteyen işverenin, İş Kanunu'nun 22.maddesinde belirtilen usulü izlemeyerek, işçinin onayını almaksızın tek taraflı olarak çalışma koşullarında yönetim hakkının sınırlarını aşacak şekilde esaslı değişiklik yapması halinde, bu durum aynı zamanda çalışma koşullarının uygulanmaması anlamına da geldiğinden işçi iş sözleşmesini Kanunun 24/II-f. bendi uyarınca derhal feshedebilecektir⁵⁵⁵.

İşçinin ücretinin düzensiz olarak ödenmesi yani ücretin geç ödenmesinin genel uygulama halini aldığı durumlarda da iş lehine haklı nedenle fesih hakkı doğar⁵⁵⁶.

Yıllık ücretli izinlerin kullanılacağı zamanın belirlenmesi işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. Ancak işçiye uzun bir süre yıllık izin kullanılmaması, çalışma koşullarının uygulanmadığı anlamına geleceğinden işçi lehine haklı fesih imkanı doğar. Yargıtay, yıllık ücretli izinlerin kullanılmamasının haklı fesih nedeni kabul edilebilmesi için izinlerin çok uzun süre boyunca ve talebe rağmen kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵⁷. Buna göre, işçinin yıllık ücretli izinlerini uzun süre boyunca kullanmadığı sabit olsa da izin kullanma talebinin ispatlanamaması halinde feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilecektir⁵⁵⁸.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmeler Anayasa ve kanunların emredici hükümlerine aykırı olamayacağından, çalışma koşullarını yalnızca iş sözleşmeleri veya

⁵⁵⁴ Süzek, 738; Akyiğit, 285; Odaman, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, 189; Y22HD., 2016/13114 E., 2019/12153 K., 30.05.2019 T.

⁵⁵⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 247; Akyiğit, 286; Y22HD., 2017/27313 E., 2020/4204 K., 04.03.2020 T.: “...davacının görevlendirildiği yeni yerin konumu ve mesafe hususu gözönünde bulundurulduğunda işçi bakımından iş şartlarında esaslı farklılıklar olduğu, çalışma şartlarındaki esaslı bu değişikliği kabul etmeyen davacı işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşıldığından...”

⁵⁵⁶ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 87.

⁵⁵⁷ Y9HD., 2017/15409 E., 2020/4242 K., 11.03.2020 T.

⁵⁵⁸ Y9HD., 2017/5689 E., 2018/7790 K., 05.04.2018 T.: “Dosya kapsamında davacının davalı nezdinde çalıştığı yaklaşık 4,5 yıl boyunca yıllık izin kullandığına dair belge yok ise de davacının yıllık ücretli izinlerini talep ettiği ve yıllık izin verilmediğine ilişkin de bir belge yoktur. Davacının başka bir işçilik alacağı talebi de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle davacının iş aktini haklı feshettiği sübut bulunmadığından kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”

iç yönetmelikler belirlemez. Anayasa, kanunlar, toplu ve bireysel iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları ile çalışma koşulları belirlenir. O halde, iş sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunsa dahi, İş Kanunu'nun 69.maddesine aykırı olarak gece vakti 7,5 saatten fazla çalıştırılmak istenen işçinin, Kanunun 73.maddesine aykırı olarak sanayi işlerinde çalıştırılmak istenen onsekiz yaşını doldurmamış işçinin, Kanunun 41/8.maddesine aykırı olarak bir yılda 270 saatten fazla çalıştırılmak istenen işçinin, Kanunun 63.maddesine aykırı olarak onayı alınmaksızın haftalık 45 saatten fazla çalıştırılmak istenen işçinin, Kanunun 72.maddesine aykırı olarak yer ve su altında çalıştırılmak istenen onsekiz yaşını doldurmamış erkek veya her yaştaki kadın işçinin bu nedenlere dayalı iş akdini feshetmesi halinde feshin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir⁵⁵⁹.

12. Zorlayıcı Nedenler

İş Kanunu'nun 24/III.bendi işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceğini düzenlemiştir.

Zorlayıcı neden öğretide, öngörülme, kaçınılması mümkün olmayan, tarafların kusurundan kaynaklanmayan ve dış etkenlere dayalı olarak işin görülmesini engelleyen olay şeklinde tanımlanmakta; deprem, sel, çığ gibi doğal nedenler ile devletin işyerine el koyması, ithalat yasağı gibi hukuki nedenler zorlayıcı nedenlere örnek olarak gösterilmektedir⁵⁶⁰. Buna karşılık, işyerinde bulunan makinelerin arızalanması, işverenin ekonomik durumunun kötü olması gibi dış etkenlerden kaynaklı sayılamayacak nedenler zorlayıcı neden olarak kabul edilmez⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Benzer görüş için bkz. Çil, Yargıtay Uygulamaları, 96.

⁵⁶⁰ Süzek, 739; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 449; Eyrenci/Taşkent/Uluçan, 247; Akyiğit, 290.

⁵⁶¹ Süzek, 740.

İşçinin feshinin m.24/III kapsamında değerlendirilebilmesi için zorlayıcı nedenin işyerinden kaynaklı olması, bir diğer deyişle işçinin kendisinden kaynaklı olmaması gerekir. Zira zorlayıcı neden, işçiden kaynaklanmaktaysa bu halde Kanunun 25/III.bendi uyarınca işveren lehine haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır.

Bu noktada zorlayıcı nedenin hem işçi hem de işyerinden kaynaklanması durumunda m.24/III ve m.25/III uyarınca her iki taraf nezdinde haklı fesih imkanının doğup doğmadığı değerlendirilmelidir. Zira taraflardan biri lehine haklı fesih imkanının doğabilmesi için zorlayıcı nedenin karşı tarafın çevresinden kaynaklı olması ve bu nedenle edimini yerine getiremiyor olması, kendisinin ise ücret ödeme veya iş görme şeklindeki edimini ifaya hazır olması gerekir⁵⁶². O halde, hem işçi hem de işveren lehine Kanunun 24/III ve 25/III. bentleri uyarınca zorlayıcı nedene dayalı olarak haklı fesih imkanının aynı anda doğması mümkün değildir. Buna karşılık, öğretide bir görüş, Covid-19 olarak bilinen salgın hastalık nedeniyle ülkemizde 2020 yılında uygulanan karantina, sokağa çıkma kısıtlamaları gibi önlemler düşünüldüğünde, hem işçi açısından işin görülmesinin mümkün olmaması hem de işveren açısından edimi kabule hazır olunmaması nedeniyle covid-19 nedeniyle her iki taraf lehine m.24/III ve m.25/III anlamında zorlayıcı nedenle derhal fesih hakkının doğduğu savunulmaktadır⁵⁶³. Ancak yine de her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı, özellikle işin niteliğine göre evden çalışmanın mümkün olup olmadığının ve işveren açısından fesihte son çare ilkesinin dikkate alınıp alınmadığının belirlenmesi gerekir.

İşyerinde bahsedildiği şekilde bir zorlayıcı neden doğması durumunda iş sözleşmesi askıda kalacak, işçi bir haftalık sürenin sonunda iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilecek ve koşulları varsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

⁵⁶² Akın, Covid-19, 42.

⁵⁶³ Akın, Covid-19, 42.

N. İşverenin Haklı Fesih Nedenleri

1. İşçinin Hastalığı, Engelli Hale Gelmesi Ya da Gebeliği Nedeniyle İşe Devamsızlığı

İş Kanunu'nun 25/I-a. bendi: "İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi" halini işveren lehine haklı fesih nedeni olarak kabul etmiştir.

Hükümde, işçinin yakalandığı hastalığın veya engelli hale gelmesinin kendi kastından, derli toplu olmayan yaşayışından veya içkiye düşkünlüğünden kaynaklanması gerektiği belirtilmiştir. Burada işçinin yakalandığı hastalık veya engelli hale gelmesi kendi kusurundan kaynaklanmaktadır⁵⁶⁴. İşçi, hastalık ya da sakatlığa bilerek ve isteyerek yakalanmış olmalı; veya söz konusu hastalık veya sakatlığa derli toplu olmayan yaşayışı sebep olmalıdır. Son olarak, işçinin hastalık veya sakatlığı, bağımlılık derecesinde alkol kullanımından ileri gelmelidir ki, işveren lehine haklı fesih imkanı doğsun⁵⁶⁵.

İşçinin hastalığa yakalanması ya da engelli hale gelmesi işverenin haklı feshi için tek başına yeterli görülmemiş, aynı zamanda bu durumun iş görme borcunu etkilemesi beklenmiştir. Buna göre, işçinin hastalığı ya da sakatlığı işe devamını ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla süreyle engellemişse işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilecek; örneğin işçinin kendi kusurundan kaynaklanan

⁵⁶⁴ Akyiğit, 291.

⁵⁶⁵ Y9HD., 2009/30667 E., 2010/29160 K., 15.10.2010 T.: "İşçinin davranışlarına dayalı fesih sebebi açısından, işçinin alkol bağımlılığı söz konusu değildir. Bir başka anlatımla, işçinin davranışlarına dayalı fesihte, işçinin alkol tüketimi, hastalık derecesinde değildir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüğünün alkol kullanımı nedeniyle ihlali, alkol bağımlılığına dayanmıyorsa, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi söz konusu olur."

hastalığı ya da engelli durumu nedeniyle işe devamsızlığının bir ay içinde ardı ardına olmamak koşuluyla 4 gün olması işveren feshini haksız hale getirecektir.

Kanunun 25/I. bendinin son cümlesine göre işçinin kastı, derli toplu yaşayışı veya içkiye düşkünlüğü haricindeki nedenlerden kaynaklı hastalığı veya geçirdiği kaza nedeniyle işe devamsızlığı, işyerindeki çalışma süresine göre Kanunun 17.maddesi uyarınca belirlenecek bildirim süresini altı hafta aşması halinde işverence iş sözleşmesi derhal feshedilebilecektir⁵⁶⁶. Aynı hükümde doğum ve gebelik hallerinde işçinin devamsızlığının 74.maddede yer alan doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürenin sonundan itibaren bildirim süresini altı hafta aşması halinde işverence iş sözleşmesinin derhal feshedilebileceği öngörülmüştür.

Belirtilmelidir ki, 1475 sayılı Kanunun kıdem tazminatını düzenleyen 14.maddesine göre iş sözleşmesi işverence işçinin hastalığı, engelli hale gelmesi, doğum ve gebeliği gibi sebeplerle İş Kanunu'nun 25/I-a. bendi uyarınca feshedilirse işçi bu halde de süre koşulu sağlanmışsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Kanunun 25/I. bendinde sayılan hallerin varlığı işverene derhal fesih yetkisi tanısa da işçiye kıdem tazminatı ödemesi yapılması gerekecektir⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Y22HD., 2017/45839 E., 2018/23168 K., 25.10.2018 T.; Y22HD., 2017/31996 E., 2017/9404 K., 24.04.2017 T.; Y9HD., 2017/26077 E., 2018/4894 K., 12.03.2018 T.: “Dosya içeriğine göre davacı işçinin, 24.08.2015 tarihinden itibaren eklem rahatsızlığı sebebiyle raporlu olduğu, raporlu olduğu dönemin 30.12.2015 tarihine kadar devam ettiği görülmüştür. Davacı işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 8 haftalık bildirim süresinin altı hafta aşılması sonrasında 07.12.2015 tarihinde davalı işverenin derhal fesih hakkı doğduğu halde, altı hafta aşılması süresinin dolması beklenmeden davacının iş akdinin 02.12.2015 tarihli yönetim kurulu kararı ile feshedildiği tespit edilmiştir. Sağlık sebeplerine dayalı haklı fesih koşulları henüz oluşmadan davalı işverence fesih yoluna gidilmesi feshin geçersizliğine neden olduğundan...”

⁵⁶⁷ Y9HD., 2018/8297 E., 2018/17695 K., 08.10.2018 T.: “İşverenin İş Kanununun 25. maddesinin (a) ve (b) bentleri yönünden feshi haklı fesih olmayıp, kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür. Ancak, Yasa işverene derhal fesih hakkı tanıdığından, işverenin bildirim sürelerine uyma ve ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.”

2. İşçinin Hastalığı Nedeniyle Çalışmasının Sakıncalı Olması

İş Kanunu'nun 25/I-b. bendi uyarınca işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir.

İşverenin bu bent uyarınca iş sözleşmesini feshedebilmesi için işçinin hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olması, çalışmaya devam etmesi halinde hastalığın ağırlaşması veya işyerinde bulunan diğer işçilere bulaşma olasılığının bulunması gibi sakıncalar doğması⁵⁶⁸ ve son olarak da işçinin tedavi edilemez ve sakıncalı nitelikteki hastalığının sağlık kurulu tarafından saptanmış olması gerekir. Buna karşılık, Kanunun 25/I-a. bendinden farklı olarak, işçinin söz konusu hastalığa kendi kusuruyla sebebiyet vermiş olması gerekmez; bir diğer deyişle hastalığın ne şekilde ortaya çıktığının bir önemi bulunmamaktadır⁵⁶⁹.

İşçinin tedavi edilemez ve çalışmaya devamında sakınca doğuracak nitelikte bir hastalığa tutulması nedeniyle işverence iş sözleşmesini feshedebilmesi için de Kanunun 25/I-son cümle uyarınca işçinin bir süre devamsızlık yapmasının gerekip gerekmediği noktasında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, işverence Kanunun 25/I-b. bendi uyarınca iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin hastalığı nedeniyle 25/I-son cümle uyarınca kıdemine göre bildirim süresini 6 hafta aşan bir süreyle işe devam edememiş olması gerekir⁵⁷⁰. Ancak öğretideki bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre işverenin Kanunun 25/I-b. bendi uyarınca iş sözleşmesini feshedebilmesi için

⁵⁶⁸ Sümer, Sağlık Sebepleri İle Fesih, 68; Y9HD., 2018/8297 E., 2018/17695 K., 08.10.2018 T.; Y9HD., 2016/34341 E., 2018/20208 K., 12.11.2018 T.: “sağlık durumu sebebiyle ayakta kalacağı, ağır yük kaldıracığı işlerde çalışamayacağına dair raporu bulunan davacının çorap üretimiyle iştigal eden ve davalının ... Meslek Hastalıkları Hastanesi'ne bildirdiği davalı işyerinde yapılan işleri anlatan yazısına göre ağır kaldırma, tekrarlayıcı beden ve el hareketleri ile itme çekme hareketlerini yaparak davalı işyerinde çalıştırılması mümkün olmadığından davalı işverenin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddi gerekirken yerinde olmayan yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.”

⁵⁶⁹ Akyiğit, 296.

⁵⁷⁰ Akyiğit, 296.

işçinin rahatsızlığının işe bildirim süresini 6 hafta aşan bir süreyle devamsızlığına sebep olması gerekmez⁵⁷¹. Nitekim işçinin rahatsızlığı işe devamını işyeri açısından sakıncalı hale getiriyorsa işverenden iş sözleşmesine devam etmesi beklenemez. Ancak Yargıtay, işçinin tedavi edilemeyecek ve sakıncalı nitelikteki hastalığı nedeniyle iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebilmesi için bu hastalık sebebiyle işçinin işe bildirim sürelerini 6 haftayı aşan devamsızlığının söz konusu olması gerektiği görüşündedir⁵⁷².

Kanunun lafzında, işçinin rahatsızlığı nedeniyle çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığının tespitinin sağlık kurulunca yapılacağı belirtilmiştir. Söz konusu sağlık kurulu, devlet ve üniversite hastanelerinin bir sağlık kurulu olabileceği gibi özel bir hastanenin de sağlık kurulu olabilir⁵⁷³.

İşçinin rahatsızlığının yapmakta olduğu işe devam etmesine engel teşkil edip etmediği sağlık kurulu raporu ile tespit edilmemişse bu hususta işçinin sağlık kuruluşuna sevki ile belirtilen hususta bilirkişi raporu alınması ve rahatsızlığının işe devamında sakınca doğurup doğurmadığının belirlenmesi gerekir⁵⁷⁴.

İşçinin tedavi edilemeyecek ve işe devamını engelleyecek nitelikteki rahatsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin işverence derhal feshedilebilmesi için fesihte son çare

⁵⁷¹ Sümer, Sağlık Sebepleri İle Fesih, 69; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 249; Ergin, İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı, 61.

⁵⁷² Y9HD., 2017/27513 E., 2018/19288 K., 24.10.2018 T.: “Davacının iş akdi İş Kanun’un 25/I-b bendinde düzenlenen ; “(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki ... süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar.” hükmü gereğince feshedilmiştir. ... Bölge Adliye Mahkemesince bu madde kapsamında savunma alınması gerektiği fakat savunma alınmadığından feshin geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 19.10.2018 günü, 2017/9 Esas sayılı dosyası ile 4857 Sayılı İş Yasası’nın 25/1-b maddesi gereğince almış olduğu ... raporları sebebiyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınması gerekmediği yönünde karar verilmiş olup, savunması alınmayan davacı hakkında bildirim önelini altı hafta aşan raporluluk sebebiyle feshin haklı nedene dayandığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”

⁵⁷³ Ergin, İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı, 59. Ergin, 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2012 yılından itibaren işyeri hekimlerinin de söz konusu raporu verebileceği, işyeri hekimi raporu ile işe devamında sakınca görülen işçi hakkında ayrı bir sağlık kurulu raporu aranmasına gerek olmadığı kanaatindedir (bkz. a.g.e., 60)

⁵⁷⁴ Y9HD., 2018/8650 E., 2019/4662 K., 25.02.2019 T.: “İlk derece mahkemesince heyet raporu alınmadığından söz edilmiş ise de, davacının mevcut işinde çalışmaya engel olacak şekilde rahatsızlığı bulunup bulunmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu nedenle davacının bir sağlık kuruluşuna sevki ile uzman hekim veya heyet raporu alınıp davacı işçinin rahatsızlığının yapmakta olduğu işe devam etmesine engel teşkil edip etmediği hususu netliğe kavuşturulduktan sonra...” benzer nitelikte karar için bkz. Y9HD., 2016/24490 E., 2018/19746 K., 06.11.2018 T.

ilkesine uygun davranılmış olması; bir diğer deyişle işyerinde işçinin rahatsızlığına göre çalışabileceği başka uygun bir iş bulunup bulunmadığının tespit edilmiş olması gerekir⁵⁷⁵. İşyerinde işçinin mevcut rahatsızlığına göre çalışabileceği uygun bir iş bulunmaması halinde işveren feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilecektir. O halde, işyerinde işçinin rahatsızlığına göre çalışabileceği uygun bir iş bulunmadığının ispat yükü işveren üzerindedir. Mahkemece, aralarında insan kaynakları uzmanı bir bilirkişinin bulunduğu bir heyet ile keşif yapılarak işyerinde işçinin rahatsızlığına göre çalışabileceği uygun bir pozisyonun bulunup bulunmadığının bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerekir⁵⁷⁶.

İşverenin işçinin tedavi edilemeyecek ve sakıncalı nitelikteki hastalığı gerekçesiyle İş Kanunu'nun 25/I-b. bendi uyarınca iş sözleşmesini feshinde, fesihten önce işçinin savunmasının alınmasının gerekip gerekmediği noktasında Yargıtay daireleri arasında görüş farklılığı bulunmakta idi. 9.Hukuk Dairesi, söz konusu nedene dayalı olarak işverence iş sözleşmesinin feshinden önce işçinin savunmasının alınması gerektiği yönünde kararlar verirken⁵⁷⁷; 22. Hukuk Dairesi'nin kararları ise işçinin savunmasının alınmasının gerekmediği yönündeydi. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu ise, işverence Kanunun 25/I-b. bendi uyarınca iş sözleşmesinin derhal feshinde işçinin savunmasının alınmasının gerekmediğine karar vermiştir⁵⁷⁸. Gerçekten, İş Kanunu'nun 19/2.maddesinde işçinin davranışı ya da verimiyle ilgili nedenlerle fesihlerde işçinin savunmasının alınması gerektiği yönündeki hüküm karşısında, 25/I-b. bendi uyarınca işçide mevcut rahatsızlık işçinin davranışı veya verimi ile

⁵⁷⁵ Sümer, Sağlık Sebepleri İle Fesih, 71.

⁵⁷⁶ Y7HD., 2015/36349 E., 2016/2630 K., 10.02.2016 T.: “Yapılacak iş, hukukçu bilirkişinin yanında, insan kaynakları uzmanı ve davacının rapora konu rahatsızlığı hususunda uzman doktor bilirkişi alınarak davalı işyerinde keşif yapılmak suretiyle davacının rahatsızlığına uygun çalışabileceği başka bir kadro olup olmadığı, feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı konusunda inceleme yapıp rapor alınarak çıkacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Benzer nitelikte kararlar için bkz. Y7HD., 2015/20742 E., 2015/21407 K., 04.11.2015 T.; Y22HD., 2018/2341 E., 2018/5199 K., 28.02.2018 T.;

⁵⁷⁷ Y9HD., 2016/13617 E., 2017/8796 K., 24.05.2017 T.; Y9HD., 2015/35476 E., 2016/18795 K., 31.10.2016 T.

⁵⁷⁸ YİBGK., 2017/9 E., 2018/10 K., 19.10.2018 T.

ilişkilendirilemeyeceğinden, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararının isabetli olduğu, işverence söz konusu bent uyarınca yapılacak fesihlerde işçinin savunmasının alınmasına gerek olmadığı düşünülmektedir⁵⁷⁹.

3. İşçinin İşvereni Yanıltması

İş Kanunu'nun 25/II-a. bendine göre işçinin iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işvereni yanıltması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

İşverenin bu bent uyarınca iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi için işçinin gerçeğe aykırı beyanlarının sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olması gerekir. İşçinin gerçeğe aykırı bilgi verdiği veya gizlediği hususun sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olup olmadığı ise her somut olayın ve yapılacak işin niteliğine göre belirlenmelidir⁵⁸⁰. Öğretide, somut olayın özellikleri de dikkate alınmak kaydıyla, önceki işinden ayrılma sebebi, çalışmasına engel veya bulaşma tehlikesi olan bir hastalığının bulunup bulunmadığı, iş tecrübesinin bulunup bulunmadığı hususlarında gerçeğe aykırı bilgi veren işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği kabul edilmektedir⁵⁸¹. Buna karşılık işçinin sendika üyesi olup olmadığına veya kadın işçinin hamile olup olmadığına ilişkin olarak sorulan sorulara cevap vermemesi ise işverene bu bent kapsamında derhal fesih hakkı vermez⁵⁸².

İşverence işe başvuru koşulları kendisine açıklandığı ve kendisinin bu koşulları sağlamadığını bildiği halde gerçeğe aykırı beyanda bulunan veya gerçeği gizleyen

⁵⁷⁹ Ergin, İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı, 61.

⁵⁸⁰ Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, 2.

⁵⁸¹ Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, 4 vd.

⁵⁸² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 453; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 250.

işçinin iş sözleşmesi, yanıltma tespit edildiğinde işverence haklı nedenle derhal feshedebilir. Bu husus, iş sözleşmesinin karşılıklı güvene dayanmasının da bir sonucudur. Sözleşmenin esaslı noktaları hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunan veya gerçeği gizleyen işçi ile iş sözleşmesine devam etmesi işverenden beklenemez. Nitekim Yargıtay, iş sözleşmesinin kurulduğu sırada işe başvuru koşulları arasında yer alan yabancı dil sınavından alınması gereken asgari puan ve aynı işte 5 yıllık tecrübesinin bulunması kriterlerine gerçeğe aykırı bilgi veren işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir⁵⁸³.

İşçinin sözleşmenin esaslı noktaları hakkında gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söylemesinin yanında kendisine sorulmasa dahi dürüstlük kuralları uyarınca gerçek hakkında bilgi vermesi gereken hallerde işverene bilgi vermemesi veya gerçeği gizlemesi de işveren açısından haklı fesih nedeni oluşturur⁵⁸⁴. Örneğin, işverence işe başvuru sırasında sabıka kaydının bulunmaması şart koşulmuş olmasına rağmen sabıkasının bulunmadığını beyan eden bir işçinin sabıka kaydının bulunduğu iş ilişkisinin devamı sırasında anlaşılması halinde iş sözleşmesi işverence derhal sona erdirilebileceği gibi⁵⁸⁵; iş sözleşmesinin kurulması sırasında işveren tarafından sabıka kaydının bulunmaması şart koşulmasa dahi banka görevlisi olarak çalışan işçinin daha önce çalıştığı bankada zimmet suçundan sabıka kaydının bulunduğu işin devamı sırasında anlaşılması halinde, çalıştığı işe ve daha önce işlediği suça göre kendisine sorulmasa dahi gerçek hakkındaki bilgiyi işverene vermesi beklenen işçinin bunu gizleyerek işvereni yanılttığı ve bu halde işveren feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay, silikosis hastalığına yakalanan bir işçinin iş sözleşmesinin kurulması sırasında hastalığı hakkında işverene bilgi vermemesi

⁵⁸³ Y9HD., 2019/1578 E., 2019/14645 K., 01.07.2019 T.

⁵⁸⁴ Süzek, 720; Akyiğit, 297.

⁵⁸⁵ Y9HD., 1998/16439 E., 1998/18441 K., 21.12.1998 T.

nedeniyle sözleşmenin işverence feshinin m.25/II-a uyarınca haklı nedene dayandığını kabul etmiştir⁵⁸⁶.

4. İşçinin Şeref ve Namusa Yönelik Söz ve Davranışları

İş Kanunu'nun 25/II-b. bendi, işçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması hallerini işveren lehine haklı fesih nedeni olarak düzenlemiştir.

İş sözleşmesinin söz konusu bent uyarınca feshedilebilmesi için şeref ve namusuna yönelik söz veya davranış ya da ihbar ve isnatların muhatabı işverenin kendisi ya da aile üyelerinden biri olmalıdır. İşyerindeki diğer bir işçi veya üçüncü bir kişi bent kapsamına dahil edilmemiştir. Yine, işveren veya ailesine yöneltilen ihbar ve isnatların asılsız olması da işveren feshinin haklı nedene dayanması için şarttır⁵⁸⁷.

İşçinin işverene veya ailesi üyelerinden birine yönelik söz ve davranışı, şeref ve namusuna dokunacak nitelikte değilse, eleştiri kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte ise işverene haklı fesih imkanı doğmaz⁵⁸⁸.

Öğretide işçinin işveren veya aile üyelerinden biri hakkında hırsızlık yaptığına, vergi kaçırdığına, fuhuş yaptığına vs. yönelik beyanlarının işverenin şeref ve namusuna yönelik olduğu ve işverene haklı fesih imkanı tanıdığı kabul edilmektedir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Y9HD., 2018/1041 E., 2018/14949 K., 09.07.2018 T.: “Davacının davalı işyerinde yaptığı işin yakalandığı meslek hastalığına uygun bir iş olmadığı gibi, hastalığının artmasına sebep olması yüksek ihtimaldir. Bu itibarla davacının, davalı işyerine girerken bu durumunu bildirmesi gerekirken, tam aksine gizlediği ve davalının bu hastalığı tesadüfen davacının dava dışı ... Çelik Döküm San. ve Tic. A.Ş.'ne açtığı davanın kendisine ihbarı suretiyle öğrendiği sabittir. Davalı bu durumu öğrenir öğrenmez, hak düşürücü süre içerisinde, davacının iş akdini bu hastalığını kendisinden gizlediği için feshettiğinden, davalının fesihte haklı olduğu anlaşılmakla....”

⁵⁸⁷ Y22HD., 2016/14374 E., 2019/12860 K., 13.06.2019 T.

⁵⁸⁸ Süzek, 721.

⁵⁸⁹ Akyiğit, 297; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 118;

Yine, işverenin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde işyerinde veya işyeri dışında bu kişiler hakkında dedikodular çıkarması halinde de iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebileceği kabul edilmelidir⁵⁹⁰.

İş sözleşmesinin işverence işçinin şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması iddiası ile derhal feshedildiği durumlarda işçi tarafından sarf edildiği ileri sürülen asılsız ihbar ve isnatlar nedeniyle ceza mahkemesinde iftira suçundan kamu davası görülmekte ise bu davanın sonucunun bekletici mesele yapılması; ceza dosyasından işçinin işverene yönelik iftira eylemi sabit görülürse işverenin feshinin haklı nedene dayandığı sonucuna ulaşılmalıdır⁵⁹¹. Buna karşılık ceza yargılaması neticesinde delil yetersizliği nedeniyle işçi hakkında beraat kararı verilmesi hukuk hakimini bağlamayacaktır.

Kanunun 25/II-b. bendinde bahsedilen söz ve davranışlara yalnız işveren veya aile üyelerinden biri değil işveren vekilinin de maruz kalması halinde iş akdi haklı nedenle derhal feshedilebilecektir⁵⁹².

5. Cinsel Taciz

İş Kanunu'nun 25/II-c. bendi, işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunmasını işveren lehine haklı fesih nedeni olarak düzenlemiştir. Buna göre işçi, aynı işveren nezdinde aynı veya farklı bir işyerinde çalışan bir başka işçiye cinsel tacizde

⁵⁹⁰ Y22HD., 2016/4763 E., 2019/3021 K., 12.02.2019 T.: “İşveren dedikoduların yayılması ve davacı tarafından yayıldığıının tespiti üzerine davacıdan savunma almak istemiş davacı ise 02.06.2014 tarihli fesih bildiriminde açıkladığı üzere rapor almıştır. 02.06.2014 tarihinde işe gelen davacının işe başlatılmayarak işverence eylemli olarak iş akdi feshedildiği davacının da kabulündedir. Tanık beyanları ve yazılı ifadeler nedeniyle bu dedikoduların kaynağının davacı olduğu karşısında, işveren feshinin haklı ve süresinde olduğunun kabulüyle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yanlış değerlendirme ile kıdem tazminatının hüküm altına alınması hatalıdır.”

YHGK., 2014/9-1701 E., 2016/2126 K., 14.12.2016 T.: “feshe dayanak “mal adam”, “kocasını parmağında oynatır” şeklindeki sözlerin söylendiği noktasında herhangi bir kuşku bulunmadığı gibi atfedilen sözlerin bizzat davacı tarafından söylenmesi ya da başkasının söylediklerinin aktarılması arasında da bir fark bulunmamaktadır. Sarf edilen sözler onur kırıcı, şeref ve namusa dokunur nitelikte olup...”

⁵⁹¹ YHGK., 2014/22-768 E., 2016/196 K., 26.02.2016 T.

⁵⁹² Süzek, 721; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 250.

bulunması halinde işveren iş sözleşmesini kıdem ve ihbar tazminatı ödemeksizin haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

İşçinin aynı işveren nezdinde çalışan başka bir işçiye karşı cinsel tacizde bulunması eyleminin işyerinde ya da işyeri dışında ve mesai saatleri içinde ya da başka bir zaman diliminde gerçekleşmesinin bir önemi yoktur.

Cinsel taciz, bir başka işçiye karşı cinsel saikle davranışta bulunma, söz söyleme, mesaj atma şeklinde gerçekleşebilir. Ancak iş sözleşmesinin bu bent uyarınca feshedilebilmesi için eylem açıkça cinsel ifadeler içermese dahi⁵⁹³ söz konusu söz veya davranışların cinsel saikle yapılmış olması gerekir⁵⁹⁴. Diğer bir anlatımla, işyerindeki bir başka işçiye rahatsız edici nitelikte olmakla birlikte cinsel saik taşımayan söz ya da davranışlar somut olayın özelliklerine göre ancak Kanunun 25/II-d bendi uyarınca sataşma olarak kabul edilebilir.

İşçinin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunduğunu ispat yükü işverenin üzerindedir.

Bununla birlikte, yukarıda anlatıldığı üzere, işçinin cinsel tacize uğraması halinde olduğu gibi işçinin bir başka işçiye cinsel tacizde bulunması halinde de ispat yükü Yargıtayca cinsel tacizin fail ile mağdurun yalnız olduğu ortamlarda gerçekleşmesi dikkate alınarak hafifletilmiştir⁵⁹⁵. Burada, tekrara düşmemek amacıyla, Yargıtay'ın işçinin cinsel tacize uğramasında ispata ilişkin kabullerinin anlatıldığı kısma atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁵⁹³ Y22HD., 2017/21606 E., 2019/9567 K., 25.04.2019 T.

⁵⁹⁴ Y22HD., 2017/17447 E., 2018/23820 K., 07.11.2018 T.: “davacının işyerinde kendi emri altında çalışan mağdureye 14/03/2014 ve 17/03/2014 tarihlerinde göndermiş olduğu iki ayrı mesajda "Ne kara kara düşünüyorsun tatlı kız, el sallla Esra Hanım" şeklinde mesajlar gönderdiği, ... duruşmada tanık olarak dinlenen aynı yerde davacı ve mağdure ile birlikte çalışan işçilerin, davacının mağdureyi taciz ettiğine dair bir beyanda bulunmadıkları, feshe konu davacı tarafından gönderilen iki adet mesaj içeriği ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; işçinin söz konusu davranışlarının işverene haklı nedenle fesih imkanı tanımayacağı anlaşılmakla...”

⁵⁹⁵ Y9HD., 2019/6572 E., 2019/16671 K., 25.09.2019 T.; Y9HD., 2015/35803 E., 2019/6594 K., 25.03.2019 T.; Y22HD., 2015/24369 E., 2017/31029 K., 28.12.2017 T.

Cinsel tacize uğradığı iddia edilen işçinin ceza hukuku anlamında şikayetçi olmaması tek başına cinsel taciz iddiasının gerçeği yansıtmadığını göstermez⁵⁹⁶. Buna karşılık, cinsel taciz iddiası ile ilgili olarak şikayetçi olunması ve olayla ilgili ceza soruşturmasının ya da kovuşturmanın devam etmekte olması halinde söz konusu soruşturma ya da kovuşturmanın sonucunun bekletici mesele yapılması gerekir⁵⁹⁷.

6. İşçinin Sataşması

İş Kanunu'nun 25/II-d. bendi, işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşmasını işveren lehine derhal fesih nedeni olarak öngörmüştür.

Sataşma, işçinin kişilik haklarını ihlal edecek şekilde hakaret, tehdit veya darp gibi sözlü veya fiili davranışı olarak ortaya çıkabilir. Bentte sataşmanın muhatabı olarak işveren veya aile üyelerinden biri ile birlikte işverenin bir başka işçisi de gösterilmiştir. İşçinin işyerinde üçüncü bir kişiye örneğin işverenin müşterisine sataşması, m.25/II-d. bendi kapsamında değil söz veya davranışın ağırlığına göre m.25/II-e. bendi kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış veya geçerli fesih nedeni olarak nitelendirilebilir⁵⁹⁸.

Kanunda sataşmanın işyerinde ya da işyeri dışında, mesai saatleri içinde ya da dışında gerçekleşmesi hususunda bir ayırım yapılmamış olup işyerini düzenini olumsuz etkilemesi halinde sataşmanın işyeri ve mesai saatleri dışında meydana gelmesi nedeniyle de işveren iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı feshedebilecektir⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ Y9HD., 2015/35411 E., 2019/3553 K., 13.02.2019 T.

⁵⁹⁷ Y9HD., 2015/34468 E., 2015/36791 K., 24.12.2015 T.: “İş sözleşmesi, cinsel taciz gibi eylemle haklı nedenle feshedildiği savunulan ve aynı zamanda ceza mahkemesinde fesih nedeninden dolayı kamu davası açılan işçinin açtığı kıdem ve ihbar tazminat istemli davasında, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı sunulan delillerle anlaşılmadığından ceza dosyasının sonucu eldeki fesihle ilgili uyumsuzluğun çözümünü doğrudan etkileyecek durumda olup, kesinleşmesi beklenmeden sonuca gidilmesi hatalıdır.”

⁵⁹⁸ Öktem Songu, 132.

⁵⁹⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 251; Akyiğit, 299; Ergin, Sataşma, 76; Öktem Songu, 130.

İşçinin söz veya davranışının sataşma niteliğinde olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. İşçinin işverene, aile üyelerinden birine ya da işverenin diğer bir işçisine yönelik hakareti⁶⁰⁰, tehdidi⁶⁰¹, darp etmesi⁶⁰², kavga çıkarması⁶⁰³ sataşma nitelindedir. İşçinin işyerinde çalışan diğer bir işçinin şeref ve namusuna dokunacak söz veya davranışları da, örneğin başka bir işçi hakkında işyerinde şeref ve namusuna dokunacak şekilde dedikodu yayması veya şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnatlarda bulunması da, işyeri düzenini olumsuz etkilemesi kaydıyla, işçinin iş sözleşmesine derhal son verilmesine neden olabilir⁶⁰⁴. Hatta, öğretide, sataşmanın Kanunun 25.maddesindeki diğer bentlerde özel olarak düzenlenmeyip muhatabına rahatsızlık veren her türlü söz veya davranış olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁰⁵.

Buna karşılık ki işçinin Kanunun 25/II-d. bendi kapsamında değerlendirilebilecek söz ve davranışları muhatabının haksız tahriki sonrasında göstermesi halinde bu durumda işveren lehine haklı değil geçerli fesih nedeni ortaya çıkar⁶⁰⁶. Yine, sataşma niteliğinde olmadığı sürece işyerinde diğer işçilerle sürekli olarak tartışmaya girmek ve geçimsizlik göstermek de haklı değil geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁷.

İşçinin işverene, aile üyelerinden birine veya bir başka işçiye yönelik söz ve davranışları Kanunun 25/II-d. bendi uyarınca sataşma niteliğinde olduğu ve dolayısıyla işveren haklı fesih nedeni teşkil ettiği kabul edilse dahi işverence haklı nedenle fesih

⁶⁰⁰ Y9HD., 2019/4112 E., 2019/21931 K., 09.12.2019 T.

⁶⁰¹ Y9HD., 2015/5089 E., 2015/25588 K., 14.09.2015 T.

⁶⁰² Y9HD., 2016/26560 E., 2017/16565 K., 24.10.2017 T.

⁶⁰³ Y9HD., 2016/3438 E., 2019/12303 K., 28.05.2019 T.

⁶⁰⁴ Ergin, Sataşma, 78; Y9HD., 2017/12550 E., 2019/14617 K., 01.07.2019 T.: “davacının iş arkadaşı kadın işçi Z.T.’ye “amirin yalakası, dost hayatı yaşıyorsunuz, seni onun için koruyup gözetiyor” dediği, bunun ilgili olarak işverene verilen şikayet dilekçelerinde, davacının, evli olan Z.T. ve T.Ö.’nin aralarında dost hayatı yaşadıklarına dair dedikodular yaptığı ve bu hususun yönetime intikal ettiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı 4857 Sayılı Kanun’un 25/II-d maddesi gereği iş yerinde başka bir işçiye sataşma olup işverene haklı fesih imkanı vermektedir.”

⁶⁰⁵ Akyiğit, 299.

⁶⁰⁶ Y7HD., 2014/10578 E., 2014/17933 K., 24.09.2014 T.

⁶⁰⁷ Y9HD., 2019/7066 E., 2020/357 K., 15.01.2020 T.

hakkının eşit davranma borcuna aykırı kullanılması halinde söz konusu fesih haksız hale gelecektir⁶⁰⁸. Yargıtay, davacı işçinin işveren vekiline hakareti nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshedildiği bir olayda, işveren vekilinin işçiye karşı küfürlü konuşması ve tartışmayı başlatan kişi olması karşısında sadece işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini eşit davranma borcunun ihlali olarak kabul ederek feshin haksız hale geldiğine ve işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığına hükmetmiştir⁶⁰⁹.

7. İşçinin Sarhoşluğu ve Uyuşturucu Madde Kullanması

İş Kanunu'nun 25/II-d. bendine göre işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması halinde iş sözleşmesi işverence haklı nedenle derhal feshedilebilir. İşverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmesi için işçinin alkol veya uyuşturucu bağımlısı olması gerekmez⁶¹⁰.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 28.maddesinde işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmenin ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmanın yasak olduğu düzenlenmiştir.

Dikkat edilirse işçinin işyerine uyuşturucu madde almış olarak gelmesi yeterli görülmüşken, salt alkollü olarak gelmesi yeterli görülmemiş; sarhoş halde işyerine gelmesi işveren feshi için şart koşulmuştur. Bir diğer deyişle, işçinin işyerine gelmeden önce aldığı alkolün onun irade ve davranışlarını etkileyebilecek ve işi gerektiği gibi görebilmesini engelleyecek seviyede olması gerekir⁶¹¹. İşçinin sarhoşluk seviyesinde

⁶⁰⁸ Öktem Songu, 132.

⁶⁰⁹ Y22HD., 2016/22464 E., 2019/20223 K., 05.11.2019 T.

⁶¹⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 251.

⁶¹¹ Süzek, 723; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 455; Akyiğit, 302; Y9HD., 2017/3725 E., 2018/2748 K., 14.02.2018 T.: "Davalı işveren tarafından, otobüs şoförü olan davacının, "sefere çıkacak şoförün bir gün önce alkol almaması gerektiği" kuralını defalarca bozduğu savunulmakta olup, son olarak davacının 22.10.2012 akşamı alkol aldığı, 23.10.2012 tarihinde otogara geldiğinde ise hala alkolün etkisinde olduğunun görüldüğü belirtilerek tutanak düzenlenmiştir. Ancak dosyaya, davacının bu konuda daha önce uyarıldığına ve tekrarı halinde işten çıkarılacağına dair bir belge davalı işveren

alkollü olduğunu ispat yükü ise işverene aittir. Buna karşılık, işçi işyerine gelmeden önce uyuşturucu madde kullanmış ise işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi için işçinin işyerindeyken uyuşturucunun etkisinde olması, irade ve davranışlarında anormallik bulunması gerekmez.

Aynı şekilde işçinin işyerinde alkol tüketmesi veya uyuşturucu madde kullanması da işverene haklı nedenle fesih hakkı verir. Ancak, ilk durumdan farklı olarak, işçinin işyerinde tükettiği alkolün onu sarhoş hale getirmesi gerekmez; az miktarda alkol kullanımı dahi işverene fesih yetkisi verir⁶¹².

İşçinin işyerine sarhoş veya uyuşturucu kullanmış olarak geldiği ya da işyerine alkol yahut uyuşturucu madde kullandığı işverence tutanak, sağlık raporu, alkolmetre ile ölçüme ilişkin kolluk tutanağı, tanık beyanları veya kamera görüntüleri gibi her türlü delille ispat edilebilir⁶¹³. Ancak işverenin iddiasını ispat etmek için sağlık raporu alması şart olmayıp tanık vs. diğer deliller ispat için yeterlidir⁶¹⁴.

8. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması

İş Kanunu'nun 25/II-e. bendi uyarınca işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve

tarafından sunulmamıştır. Bir gün önce alkol alan davacının işe geldiğinde sarhoş olduğu da kanıtlanmış değildir. Fesih yukarıdaki hükümler gereğince haklı nedene dayanmamaktadır.” Aynı yönde karar için bkz. Y9HD., 2018/5818 E., 2019/3934 K., 18.02.2019 T.; Y9HD., 2013/3956 E., 2014/37545 K., 08.12.2014 T.

⁶¹² Süzek, 724.

⁶¹³ Y9HD., 2017/11411 E., 2019/16842 K., 26.09.2019 T.: “Davacının 09/06/2014 tarihinde işyerine sarhoş geldiği, tanıklar E. ve Talip'in beyanlarından anlaşılmaktadır. İşyerine sarhoş gelmek şeklindeki davranış, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 28. maddesine göre yasak fiilerden olup, işveren açısından 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/2-d maddesine göre haklı fesih sebebidir.” Benzer nitelikte kararlar için bkz. Y22HD., 2014/30559 E., 2016/2891 K., 09.02.2016 T.; Y22HD., 2017/9154 E., 2018/1732 K., 05.02.2018 T.

⁶¹⁴ Y7HD., 2015/44559 E., 2016/6536 K., 17.03.2016 T.: “Mahkeme kabulünün aksine davalı işverenin davacının alkollü olduğunu sağlık kurulu raporu aldirarak ispatlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı gibi davacıyı rapor almaya zorlaması da söz konusu olamayacağından fesih bildiriminin içeriğinin tutulan tutanak ve davalı tanıklarının beyanı ile ispatlanmış olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.”

bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

İş ilişkisi temelinde güven esasına dayalı olduğundan tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin menfaatlerini göz önünde bulundurmaları gerekir. Bu bağlamda, işverenin işçiyi gözetme borcu karşılığında işçinin işverene sadakat borcu bulunmaktadır. İşçinin sadakat borcu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 396.maddesinde düzenlenerek hukuki temele kavuşmuştur. Söz konusu hüküm uyarınca işçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Buna göre işçi sadakat borcu uyarınca işverenin zararına hareket etmemeli, işvereni risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmalı ve işverenin haklı menfaatinin korunmalıdır⁶¹⁵. Maddenin devamında, işçinin sadakat borcu gereği, iş ilişkisinin devamı sırasında ücret karşılığında üçüncü bir kişiye hizmette bulunamayacağı ve işverene karşı rekabete girişmeyeceği belirtilmiştir(TBK m.396/3). Yine, işçi, işin devamı sırasında öğrendiği üretim ve iş sırlarını üçüncü kişilere açıklayamayacak ve kendi yararına kullanamayacaktır. İşte, İş Kanunu'nun 25/II-e. bendinde işçinin sadakat borcuna aykırı davranışının işveren lehine iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğurduğu düzenlenmiştir⁶¹⁶. Söz konusu bentte, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan yani sadakat borcuna aykırı davranışlarına örnekler verilmiş ve “gibi” ifadesine yer verilerek bentte gösterilen güveni kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak ve meslek sırlarını ortaya atmak gibi hallerin tadadi olarak sayıldığına vurgu yapılmıştır⁶¹⁷.

İşçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarının aynı zamanda suç teşkil etmesi gerekmez. İşçinin söz veya davranışı hakkında devam etmekte olan bir ceza

⁶¹⁵ Y22HD., 2017/17966 E., 2018/25183 K., 22.11.2018 T.

⁶¹⁶ Süzek, 379.

⁶¹⁷ Süzek, 724; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 252; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 99.

yargılaması varsa sonucunun beklenilmesi gerekmekte⁶¹⁸ ise de salt işçinin beraatine karar verilmesi feshin haklı nedene dayanmadığının kabulü için yeterli değildir⁶¹⁹.

İşçinin örneğin işyerindeki ürünleri çalarak hırsızlık yapması⁶²⁰, faturasız ürün satarak işverenin güvenini kötüye kullanması⁶²¹ ve meslek sırlarını paylaşması işveren lehine haklı fesih nedeni teşkil edecektir. Ayrıca, işçinin sözü edilen eylemler dışında kalan söz veya davranışının doğruluk veya bağlılığa aykırı olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilecektir. Taraflar arasındaki güvenin iş ilişkisinin temelini oluşturduğu dikkate alınarak, işçinin söz veya davranışlarının objektif olarak işverenin güvenini sarsıcı ve iş ilişkisine devam etmesi kendisinden beklenemeyecek nitelikte olup olmadığı değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay da işçinin davranışının iş ilişkisinin temelini oluşturan güveni sarsıcı nitelikte olup olmadığına göre feshin haklılığının belirlenmesi gerektiği görüşündedir⁶²².

Yargıtay, işçinin işverene ait belgeleri izinsiz kopyalanmasını⁶²³, başka bir firmanın ürünlerini pazarlamasını⁶²⁴, iş ilişkisi devam ederken başka bir işverenle iş sözleşmesi akdetmesini⁶²⁵, sosyal paylaşım sitesinde işverenin müşterileri ile ilgili hakaret içerikli paylaşımlarda bulunmasını⁶²⁶, mesai saatleri içinde işverenin müşterisi ile uygunsuz vaziyette bulunmasını⁶²⁷, müşterilerden tahsil ettiği paraları alıkoymasını⁶²⁸, işverenin taahhüt ettiği teşvik ödülünü alabilmek için sahte satış yapmasını⁶²⁹, sağlık raporlu olduğu dönemde başka bir işte çalışmasını⁶³⁰, sosyal medya

⁶¹⁸ Y9HD., 2019/5960 E., 2020/131 K., 13.01.2020 T.

⁶¹⁹ Süzek, 725; Y22HD., 2016/26676 E., 2019/24572 K., 26.12.2019 T.

⁶²⁰ Y22HD., 2017/26620 E., 2020/1038 K., 22.01.2020 T.

⁶²¹ Y9HD., 2015/12180 E., 2018/5915 K., 21.03.2018 T.

⁶²² YHGK., 2015/22-3237 E., 2019/160 K., 19.02.2019 T.; Y22HD., 2016/26676 E., 2019/24572 K., 26.12.2019 T.: “işveren açısından iş ilişkisine devamın mümkün olmayacak şekilde güven sarsıcı eylemlerin gerçekleşmiş olduğu ve dolayısıyla feshin işveren yönünden haklı nedene dayandığı kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatının reddine karar verilmesi gerekmektedir.”

⁶²³ Y9HD., 2016/26856 E., 2019/22796 K., 19.12.2019 T.

⁶²⁴ Y22HD., 2017/22391 E., 2019/10215 K., 09.05.2019 T.

⁶²⁵ Y9HD., 2015/25461 E., 2018/21915 K., 29.11.2018 T.

⁶²⁶ Y22HD., 2016/23810 E., 2019/21560 K., 26.11.2019 T.

⁶²⁷ YHGK., 2015/7-908 E., 2018/483 K., 14.03.2018 T.

⁶²⁸ Y9HD., 2017/11351 E., 2019/15019 K., 04.07.2019 T.

⁶²⁹ Y9HD., 2017/12515 E., 2019/17417 K., 07.10.2019 T.

⁶³⁰ Y22HD., 2016/20198 E., 2019/18563 K., 09.10.2019 T.

hesabından işveren hakkında eleştiri sınırlarını aşan paylaşımlar yapmasını⁶³¹ doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak nitelendirerek işveren feshinin haklı nedene dayandığı sonucuna ulaşmaktadır.

İşçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunması gerekçesiyle iş sözleşmesinin derhal feshedilebilmesi için işçinin davranışının işverenin herhangi bir zararına neden olması şart değildir; işverenden iş ilişkisine devamı beklenemeyecek derecede güveninin sarsılması yeterlidir⁶³².

9. İşçinin İşyerinde Suç İşlemesi

İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi işveren lehine haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir (İK m.25/II-f). Bu bent uyarınca işverence iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için suçun işyerinde işlenmiş olması gerekir; işyeri dışında işlenen suç nedeniyle iş sözleşmesi feshedilemez. Yine, işçinin işlediği suçun cezasının yedi günden fazla süreyle hapis cezası olarak öngörülmesi gerekmektedir; işçinin işlediği suç neticesinde adli para cezası ile cezalandırılması halinde iş akdi işverence haklı nedenle feshedilemeyecektir. Son olarak, işçi, işlediği suç neticesinde hapis cezası ile cezalandırılmış olsa dahi cezanın ertelenmesi halinde işveren lehine haklı nedenle fesih imkanı doğmayacaktır.

10. İşçinin Devamsızlığı

İş Kanunu'nun 25/II-g. bendi, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesini işveren lehine derhal fesih nedeni olarak düzenlemiştir.

⁶³¹ Y9HD., 2014/11621 E., 2014/28293 K., 25.09.2014 T.

⁶³² Y22HD., 2016/24559 E., 2019/22281 K., 03.12.2019 T.

Bentte, işçinin işveren lehine fesih hakkı doğuran üç farklı devamsızlığı düzenlenmiştir. İlk olarak, işçinin ardı ardına iki iş günü devamsızlık yapması halinde işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilir. Aynı şekilde, ardı ardına olmasa da bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş gününde işe gelmemesi ve yine ardı ardına olması gerekmezsin işçinin bir ay içinde toplamda en az üç iş günü işe devam etmemesi işveren lehine haklı fesih nedeni oluşturur⁶³³.

Bentte iki defa tatil gününden sonraki işgünü ve toplamda üç gününün bir ay içinde olması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu bir aylık süre, işçinin ilk devamsızlık yaptığı tarihten itibaren 1 aylık süreyi ifade etmektedir⁶³⁴.

İşçinin devamsızlığından söz edilebilmesi için iş sözleşmesine göre çalışması gereken bir günde işyerine gelmemiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, taraflar arasındaki iş sözleşmesine göre işçinin çalışmasının gerekmediği bir gündeki devamsızlığı işverene haklı fesih imkanı vermeyecektir. Bununla birlikte, taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde hafta tatili günlerinde ve genel tatil günlerinde çalışılacağına yönelik bir hüküm bulunmakta ise işçinin söz konusu tatil günlerindeki devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilecektir⁶³⁵. Ancak, işçinin söz konusu tatil günlerinde çalışması gerektiğini bilmesi gerekir⁶³⁶. Örneğin işyerinde bayram tatillerinde işçiler arasında nöbet esasına göre çalışılmaktaysa, işverenin işçiye çalışacağı gün ve saatleri bildirmiş olması gerekir. Nitekim Yargıtay, iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına ilişkin hüküm bulunduğu bir olayda, resmi tatil günü çalışacak işçilerin listesi hazırlanmakla birlikte listede yer alan davacı işçiye resmi tatilde çalışacağının bildirilmediği gerekçesiyle

⁶³³ Y22HD., 2017/25066 E., 2019/20186 K., 04.11.2019 T.; Y9HD., 2018/10117 E., 2019/8492 K., 11.04.2019 T.; Y22HD., 2017/21286 E., 2019/11860 K., 27.05.2019 T.

⁶³⁴ Süzek, 726; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 458; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 253.

⁶³⁵ Akyigit, 307; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 107; Y22HD., 2016/31104 E., 2020/1135 K., 23.01.2020 T.

⁶³⁶ Y9HD., 2018/3958 E., 2018/22732 K., 10.12.2018 T.: “Davacının 2016 yılı için fazla mesai yapma taahhüdünde bulunduğu, sunulan iş akdine göre işveren talep ettiği takdirde fazla mesai yapmayı kabul ettiği ancak yargılama sırasında dinlenen davacı ve davalı tanıklarının beyanlarından arefe günü bayramda çalışmaya devam edileceğinin bildirildiği halde davacının 06.07.2016 ve 07.07.2016 tarihlerinde mazeret bildirmeden devamsızlık yaptığı ve iş akdinin bu nedenle feshedildiği sabittir.”

işveren feshinin haklı nedene dayanmadığı sonucuna ulaşmıştır⁶³⁷. Buna karşılık, genel tatillerde işçilerin tamamının çalışacağına dair genel bir uygulama bulunmaktaysa ve işçi buna rağmen genel tatil gününde devamsızlık yapmışsa işveren lehine haklı fesih hakkının doğacağı söylenebilir.

İşçinin devamsızlığından söz edebilmek için çalışması gereken günün tamamında devamsızlık yapmış olması gerekir. Başka bir deyişle işçinin işyerine geç gelmesi ya da işyerinden erken ayrılması devamsızlık niteliğinde değildir⁶³⁸.

İşçinin işverenden izin alarak işyerine gelmemesi İK m.25/II-g anlamında devamsızlık oluşturmaz; işverence izinli olan işçinin iş sözleşmesi bu bent uyarınca feshedilemez. Yine, işçinin devamsızlığı haklı bir nedene dayanmaktaysa bu halde de işveren lehine haklı fesih imkanı doğmaz. Hangi hallerde işçinin işe devam etmemesinin haklı nedene dayandığı hususunda ise önceden bir belirleme yapılamaz; her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır⁶³⁹. Genel olarak, işçinin hastalanması, kaza geçirmesi, yakınının hastalanması veya vefat etmesi, tanıklık yapması gibi hallerde işçinin devamsızlığının haklı nedene dayandığı ve bu hallerde işverenin iş sözleşmesini derhal fesih hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir⁶⁴⁰.

Haklı nedenin varlığı, işçinin çok uzun bir süre işe devam etmemesini gerektirmez. İşçi tarafından ileri sürülen neden dikkate alınarak makul bir süre belirlenmeli, makul sürenin sonunda işe devam etmeyen işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği sonucuna varılmalıdır⁶⁴¹.

⁶³⁷ YHGK., 2015/22-3352 E., 2019/569 K., 16.05.2019 T.: "davalı iş yerinde genel tatil günlerinde iş yerinde çalışma yapılmakla birlikte, genel tatil günlerinde çalışacak işçilerle ilgili olarak bir hafta öncesinde çalışma gün ve saat listesinin hazırlandığı anlaşılmıştır. Ancak davacının kural olarak çalışmadan dinlenerek geçirmesi gereken resmî tatil günü olan 19 Mayıs 2010 tarihinde iş yerinde çalışacağına dair davalı işveren tarafından davacı işçiye yapılmış bir bildirim dosya kapsamında rastlanılamamıştır. ... ardı ardına iki iş günü işe devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi koşullarının oluşmadığı anlaşılmıştır."

⁶³⁸ Akyiğit, 308; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 106.

⁶³⁹ Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 458.

⁶⁴⁰ YHGK., 2015/9-2886 E., 2017/1408 K., 22.11.2017 T.; Y22HD., 2016/28668 E., 2020/898 K., 21.01.2020 T.

⁶⁴¹ Akyiğit, 308.

Haklı nedenin varlığını işe devam etmeyen işçi ispatlamalıdır. İşe devam etmemesinin haklı bir nedene dayandığını ileri süren ancak herhangi bir delil ibraz etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilecektir⁶⁴². Örneğin, işçi devamsızlığına hastalığını gerekçe göstermişse bunu sağlık kuruluşundan alacağı bir rapor ile ispatlamak zorundadır⁶⁴³. İşçinin ibraz ettiği raporların gerçeği yansıtmadığını ve işçinin hastalığının bulunmadığını iddia eden işveren ise rapora karşı bu iddiasını ve raporun sahteliğini ispatlamalıdır; aksi halde işçinin devamsızlığının haklı nedene dayandığı kabul edilerek koşulları oluşmuşsa kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilecektir⁶⁴⁴.

İşçinin devamsızlığını ispat yükü işverenin üzerindedir. İşveren, davacının devamsızlığını işyerine giriş-çıkışlar turnike sistemi gibi elektronik olarak kayıt altına alınmaktaysa bu kayıtları sunmak suretiyle ispat edebileceği gibi uygulamada sıklıkla rastlandığı üzere düzenlenen devamsızlık tutanakları ile de ispatlayabilecektir. Ancak söz konusu tutanakların her zaman düzenlenebilecek nitelikte olması nedeniyle ispat kuvveti düşüktür. Bu nedenle Yargıtay, devamsızlık tutanaklarında işyerinde çalışan diğer işçilerden bir kısmının imzasının bulunmasını ve tutanak içeriklerinin tanık olarak dinletilecek tutanak mümzileri ile doğrulanması gerektiğini belirtmektedir⁶⁴⁵. İşverence işçinin devamsızlığının diğer işçilerle birlikte tutanak altına alınmaması⁶⁴⁶ veya

⁶⁴² Y9HD., 2018/10117 E., 2019/8492 K., 11.04.2019 T.

⁶⁴³ Y9HD., 2016/7947 E., 2019/17776 K., 09.10.2019 T.

⁶⁴⁴ Y22HD., 2016/31104 E., 2020/1135 K., 23.01.2020 T.: “*Davalı cevap dilekçesinde bu raporların gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüş ise de; doktor raporları resmi evrak niteliğinde olup sahteliği ispat edinceye kadar geçerlidir. Davalı işverence raporun sahteliğinin yöntemince ispatlanamadığı; feshin 4857 Sayılı Kanun’un 25/2. maddesindeki haklı fesih şartlarını taşımadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenler ile Mahkemece kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken fesih bildirimine uygun olmayan bir gerekçe ile taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerekmiştir.*” Aynı yönde karar için bkz. Y7HD., 2016/7317 E., 2016/12886 K., 08.06.2016 T.

⁶⁴⁵ Y9HD., 2017/8443 E., 2018/13983 K., 26.06.2018 T.: “*Devamsızlık tutanakları mümzileri davalı tanığı olarak dinlenmiş ve davacının işi bırakıp gittiğini beyan etmişlerdir. Davacı tanığı ise iş akdinin sona erdiği sırada davacının çalışmakta olduğunu ifade etmiş olup, fesih hususunda bilgi sahibi değildir. Tüm bu bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, davacının iş akdinin devamsızlığı nedeni ile sona erdiği anlaşılmakla; ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken...*”

⁶⁴⁶ Y22HD., 2016/4285 E., 2019/66 K., 07.01.2019 T.

tutanakta imzası bulunan işçilerin tanık olarak gösterilmemesi⁶⁴⁷ ya da devamsızlık tutanaklarına ilişkin beyanda bulunmamaları⁶⁴⁸ halinde devamsızlık iddiası ispatlanamamış sayılacaktır. Yine, devamsızlık tutanaklarının sonradan düzenlenme ihtimali nedeniyle delil değerinin düşük olduğu dikkate alındığında tanık olarak gösterilen tutanak mümzilerinden tutanakların tamamının aynı gün mü yoksa her gün için ayrı ayrı mı düzenlendiğinin sorulması, tanık beyanları ile tutanak içeriğinin çelişmesi halinde devamsızlık iddiasının ispatlanamadığının kabul edilmesi gerekir⁶⁴⁹.

11. İşçinin Görevini Yapmamakta Israr Etmesi

İş Kanunu'nun 25/II-h. bendi işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini işveren lehine haklı fesih nedeni olarak düzenlemiştir.

Bu bent kapsamında işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi için yalnızca işçinin işini yapmaması yeterli değildir. Bentte fesih için bir hatırlatmanın ve ısrarın şart olduğu vurgulanmıştır. Buna göre işini yapmayan işçi işveren tarafından uyarılmalı, uyarıya rağmen işçi yerine getirmekle yükümlü olduğu işini yapmamakta ısrar etmelidir.

Feshin haklı nedene dayandığını ispat yükü altında olan işveren, işçinin işini yapmadığını ve kendisine hatırlatmada (uyarıda) bulunulduğunu da ispatlamalıdır⁶⁵⁰. Hatırlatma işveren veya işveren vekili tarafından yazılı şekilde yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir; ancak ihtilaf durumunda ispat kolaylığı sağlanması açısından hatırlatmanın yazılı olarak yapılması işverenin lehine olacaktır⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Y9HD., 2015/32248 E., 2019/2580 K., 04.02.2019 T.; Y9HD., 2019/3840 E., 2019/10462 K., 09.05.2019 T.

⁶⁴⁸ Y22HD.,2016/21344 E., 2019/16106 K., 12.09.2019 T.

⁶⁴⁹ Y9HD., 2018/7921 E., 2018/17506 K., 04.10.2018 T.

⁶⁵⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 461.

⁶⁵¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 254; Odaman, İşçinin Görevini Yapmaması, 82; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 102.

Kanunda ısrar şartı arandığından, işçiye görevini yapması hususunda yapılan hatırlatmadan sonra görevi bir kez yapmaması sözleşmesinin feshi için yeterli görülmemeli, işçinin görevini yapmamasının hatırlatmadan sonra da devamlılık göstermesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵².

İşçinin işini yapmaması değil de eksik, kötü veya yetersiz olarak yapması, bir başka deyişle performansının düşük olması işverene İK m.25/II-h bendi bağlamında haklı nedenle fesih hakkı vermez; bu durum ancak geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebilir⁶⁵³.

İşverence bu bent uyarınca feshe dayanak yapılan ve işçinin yapmamakta ısrar ettiği işin işçinin görev tanımında olması gerekir⁶⁵⁴. İşverence talep edilen iş, işçinin görevlerinden biri değilse veya işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde ise işçinin bu görevi yapmamakta ısrar etmesi bu bent kapsamında işverene derhal fesih hakkı tanımaz⁶⁵⁵. Aynı şekilde, işverence İş Kanunu'nun 42.maddesinde düzenlenen zorunlu nedenlerle fazla çalışma hariç olmak üzere işçinin onayı alınmaksızın fazla çalışma yapmaya zorlanması ve işçinin bunu kabul etmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilemez⁶⁵⁶. İşçi, fazla çalışmaya onay vermişse artık fazla çalışmadan kaçınması işverene m.25/II-h uyarınca haklı fesih hakkı verecektir⁶⁵⁷.

Yargıtay, iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II-h. bendi uyarınca işçinin görevini yapmamakta ısrar etmesi nedenine dayalı olarak feshedilebilmesi için işçinin

⁶⁵² Akyiğit, 309; Odaman, İşçinin Görevini Yapmaması, 83; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 102; Y9HD., 2016/11952 E., 2020/638 K., 20.01.2020 T.; Y22HD., 2016/13332 E., 2019/11970 K., 28.05.2019 T.: “Davacının bir defaya mahsus (tek bir) eyleminin İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrası bağlamında haklı bir fesih sebebi oluşturmadığı açıktır. Ayrıca davacının bir defa işverenin çağrısına uymayarak verilen görevi yapmaması “ısrar” halini de oluşturmaz.”

⁶⁵³ YHGK., 2015/9-1598 E., 2017/643 K., 05.04.2017 T.

⁶⁵⁴ Odaman, İşçinin Görevini Yapmaması, 84.

⁶⁵⁵ Süzek, 727; Akyiğit, 309.

⁶⁵⁶ Çil, Fazla Çalışma, 59; Y22HD., 2017/6255 E., 2017/6009 K., 23.03.2017 T.; Y9HD., 2012/26267 E., 2014/25554 K., 08.09.2014 T.

⁶⁵⁷ Y22HD., 2016/9895 E., 2019/8222 K., 10.04.2019 T.: “iş sözleşmesinin feshedildiği yıl içinde davacının fazla çalışma yapmak için muvafakatının olduğuna dair imzası bulunan belgenin bulunduğu görülmektedir. Fazla çalışma yapılmasına ilişkin alınması gerekli muvafakatin sonucu, işçinin fazla çalışmaya itiraz edememesidir. Fazla çalışmaya muvafakat eden işçi fazla çalışmadan kaçınmaz.”

yapmamakta ısrar ettiği işin her seferinde aynı iş olması gerekmez; işçi kendisine hatırlatılmasına rağmen birbirinden farklı da olsa görevlerini yapmamakta ısrar ediyorsa işveren lehine haklı fesih hakkı doğar⁶⁵⁸.

12. İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi

İş Kanunu'nun 25/II-1. bendine göre işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi işveren lehine haklı fesih nedeni oluşturur. Kanunda işçinin isteği veya savsamasına işaret edilerek kusur şartı aranmıştır. Buna göre iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesinde kusuru bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedene dayanmayacaktır⁶⁵⁹.

Bentte iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi yeterli görüldüğünden iş sözleşmesinin haklı nedene dayanarak feshedilebilmesi için işçinin davranışı sonucunda bir zarar meydana gelmesi gerekmez⁶⁶⁰. Aynı şekilde, bu bent uyarınca işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için aynı konuda daha önce uyarılmış olmasına gerek bulunmamaktadır⁶⁶¹.

Yapılan işin niteliğine göre yanıcı maddelerin bulunduğu işyerinde sigara içen işçinin⁶⁶², güvenlik görevlisi olarak çalışmasına rağmen görevi başında uyuyan⁶⁶³ veya

⁶⁵⁸ Y9HD., 2015/11105 E., 2018/4922 K., 12.03.2018 T.: “Somut uyumsuzlukta, davacının 19.02.2013 tarihinde işini yapmayıp mesai saatinde film izlediği, 27.06.2013 tarihinde yine işini yapmayarak bilgisayarda iskambil oyunu oynadığı, en son olarak da 24.09.2013 tarihinde 45 dakika görevi başında uyuduğu anlaşılmaktadır. Önceki eylemler ve son eylem davacının yapmakla ödevli olduğu kimyasal hazırlama bölümü operatörlüğü işini savsadığının kanıtıdır. Davacı iki kez ihtar edilmiş, üçüncü kez de görevini savsayaarak uyumuştur. Burada fesih sebebi salt uyumak olmayıp, her üç eylem birlikte değerlendirildiğinde işçinin yapmakla görevli olduğu ödevleri uyarıldığı halde yapmaması söz konusudur.”

⁶⁵⁹ Akyiğit, 310.

⁶⁶⁰ Süzek, 728; Akyiğit, 310.

⁶⁶¹ Y9HD., 2015/33648 E., 2019/5169 K., 11.03.2019 T.

⁶⁶² Y9HD., 2017/12882 E., 2019/14618 K., 01.07.2019 T.: “İplik, dokuma, tekstil, boya işi yapılan işyerinde sigara içmenin yasak olması işin gereği olup tüm işçiler tarafından bilinebilecek durumdadır. Yapılan işin niteliği dikkate alındığında iş yerinde imalat sırasında sigara içmenin ne kadar tehlikeli olacağı ortadadır. Davacı işçi çalışırken makinanın arkasında yanıcı maddelerin olduğu bir ortamda sigara içerek iş güvenliğini doğrudan doğruya tehlikeye düşürmüştür. Davacının bu davranışı İş Kanunu'nun 25/II- 1 maddesine aykırı olup işveren feshinin haklı olduğunun gözden kaçırılarak kıdem ve ihbar tazminatının reddi yerine kabulü bozmayı gerektirmiştir.”

nöbet yerini terk eden⁶⁶⁴ işçinin, akaryakıt tanker şoförü olarak çalışan ve yüksek süratle araç kullanıp kırmızı ışık ihlali yapan işçinin⁶⁶⁵ iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ve bu nedenle işverence iş sözleşmesinin feshini haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir.

İşveren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417.maddesi uyarınca işçiyi gözetme borcu altındadır. Aynı zamanda, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da işverene işyerinde iş güvenliğinin sağlanması için o anki bilim ve teknolojinin gerektirdiği her türlü önlemi almak ve bu kapsamda işçiye yaptığı işin niteliğine göre kişisel koruyucu ekipmanları sağlamak yükümlülüğü yüklemektedir⁶⁶⁶. İşçinin de işin görüldüğü sırada, kendisinin ve diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınması, işverence alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine riayet etmesi, işveren tarafından kendisine sağlanan kişisel koruyucu ekipmanları kullanması zaruridir (6331 s.K. m.19). İşveren, işçiyi gözetme borcu nedeniyle kişisel koruyucu donanımları sağlamakla birlikte söz konusu ekipmanların kullanılmasını sağlamak amacıyla her türlü denetimi ve gerektiğinde disiplin yöntemlerini uygulamak durumundadır. Bu noktada, kendisine yapılan her türlü uyarı ve ısrara rağmen, işverence alınan iş güvenliği önlemlerini birden çok kez ihlal eden veya kişisel koruyucu donanımları kullanmayan işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ve bu nedenle İş Kanunu'nun 25/II-1. bendi kapsamında işverence iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği kabul edilmelidir⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Y9HD., 2015/28018 E., 2019/127 K., 07.01.2019 T.: “güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının görevi başında uyuduğu sabit olup iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ortadadır. Güvenlik görevlisinin temel sorumluluğunun uyanık olmak olduğu da gözetildiğinde işveren feshi haklı olduğundan davacının kıdem-ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken...”

⁶⁶⁴ Y22HD., 2016/21543 E., 2019/19607 K., 22.10.2019 T.

⁶⁶⁵ Y22HD., 2017/20082 E., 2019/4651 K., 28.02.2019 T.

⁶⁶⁶ Y21HD., 2019/2513 E., 2019/7438 K., 03.12.2019 T.

⁶⁶⁷ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 106; Y9HD., 2017/5618 E., 2017/13712 K., 20.09.2017 T.: “Davacı işçinin uyarılara rağmen her hangi bir sağlık raporu sunmadığı ve çelik uçlu ayakkabıyı almamakta ısrar ettiği, iş güvenliği için gerekli çelik uçlu ayakkabıyı ısrarla teslim almayan ve giymeyen davacının iş güvenliği kapsamında kendi can güvenliğini ve buna bağlı olarak iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü, bu davranışında ısrarlı olduğu, " Kendi istemi veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşüren " davacının iş akdinin işveren tarafından 4857 Sayılı Yasa' nın 25/II- 1 maddesine göre feshinin yasaya uygun olduğu...”

13. İşvereni Zarara Uğratması

İş Kanunu'nun 25/II-1. bendine göre işçinin işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Uygulamada, genellikle işverene ait araç ile işçinin trafik kazasına karışmak suretiyle işverenin zarara uğraması nedeniyle işveren fesihleri söz konusu olmaktadır.

Bu bent uyarınca işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi için zarara uğraması ve bu zararın işçinin kusurundan kaynaklı olması gerekir. Meydana gelen zararda işçinin kusuru bulunmuyorsa iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilemeyecektir⁶⁶⁸.

İşveren feshinin haklı nedene dayandığının kabul edilebilmesi için işverenin uğradığı zararın işçinin otuz günlük ücreti tutarı ile karşılayamayacağı miktarda olması gerekir. Ancak işçinin işverenin zararını ödemesi halinde dahi işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir⁶⁶⁹.

Söz konusu bent uyarınca iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işveren, meydana gelen zararı ve zarar miktarının işçinin otuz günlük ücret tutarını aştığını; işçi ise zararın kusurundan kaynaklanmadığını ispatlamalıdır⁶⁷⁰. Bu noktada, meydana gelen zarar miktarına ilişkin olarak işçinin ya da işverenin beyanıyla bağlı kalınmamalı, mahkemece zararın tespiti için gerekirse keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmalıdır⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 254.

⁶⁶⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 464; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 255.

⁶⁷⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 463; Keser, 717.

⁶⁷¹ Keser, 717; Y22HD., 2016/349 E., 2018/26275 K., 05.12.2018 T.: “araçta meydana gelen zarar miktarının da tamamen davalı iddiasına göre hesaplandığı, araç bedelinin piyasa değeri ile kaza nedeni ile araçta oluşan değer kaybı arasındaki farkın ne olduğuna ilişkin bilgi ve belge bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bahsi geçen husus araştırılarak buna göre asıl davadaki kıdem ve ihbar tazminatı ile birleşen davaya konu olan zararın tahsiline karar verilmelidir.”

Aynı şekilde, işverenin zararına neden olan olayda işçinin kusurunun bulunup bulunmadığı ve varsa kusur oranı da mahkemece tespit edilmelidir⁶⁷².

Belirtilmelidir ki Yargıtay, otuz günlük ücret tutarının hesaplanmasında işçinin dar anlamda ücretini esas almaktadır⁶⁷³.

14. Zorlayıcı Nedenler

İş Kanunu'nun 25/III.bendi uyarınca işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilecektir.

İş Kanunu'nun işçiye derhal fesih hakkı veren 24/III.bendinden farklı olarak burada zorlayıcı nedenin işyerinden değil işçiden kaynaklı olması söz konusudur. Diğer bir deyişle, işçi, zorlayıcı nedenlerle iş görme borcunu yerine getiremeyecek, iş sözleşmesi uyarınca üzerine düşen edimi ifa edemeyecek durumda olmalıdır. Ancak işçinin iş görme borcunu yerine getirememesi kendi kusurundan değil deprem, sel gibi doğal afetler ya da salgın hastalık, savaş, çalışma izninin iptal edilmesi gibi dış etkenlerden kaynaklı zorlayıcı nedenlerden ileri gelmelidir⁶⁷⁴. Yargıtay, iç savaş çıkmasını⁶⁷⁵ ve çalışma izninin süresinin dolmasını⁶⁷⁶ da zorlayıcı neden olarak kabul etmektedir.

İşçinin bir haftadan uzun süre ile çalışmaktan alıkoyan nedenlerin zorlayıcı neden olarak nitelendirilebilecek olaylardan kaynaklanması, işçinin kusurundan kaynaklanmaması gerekmekte ise de Yargıtay, alkollü araç kullanması nedeniyle

⁶⁷² Y22HD., 2016/27615 E., 2020/627 K., 20.01.2020 T.: “Her ne kadar dosya içerisinde davacının kusurlu olduğunu belirtir trafik kazası tespit tutanağı ile araçta meydana gelen hasarın giderilmesine ilişkin 2807,00 TL' lik bir fatura bulunsun da mahkemece kusur oranı ve zarar miktarının tespitine ilişkin alanında uzman kişilerden bilirkişi raporu alınmamıştır. Mahkemece, davacının eyleminin feshi gerektirecek haklı bir sebep teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için kusur oranı ve oluşan zarar miktarının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.”

⁶⁷³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 464; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 255.

⁶⁷⁴ Süzek, 729; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 465; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 255; Akyiğit, 314.

⁶⁷⁵ Y22HD., 2016/9900 E., 2019/9935 K., 07.05.2019 T.

⁶⁷⁶ Y9HD., 2017/6740 E., 2019/14563 K., 01.07.2019 T.

ehliyetine el konulan şoför işçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı nedene dayalı olarak derhal feshedilebileceğine hükmetmektedir⁶⁷⁷; ancak kanaatimizce işçinin ehliyetine el konulması kendi kusurundan kaynaklandığından böyle bir durumda iş sözleşmesinin feshi İK m.25/III'e dayandırılmaz⁶⁷⁸. Aynı şekilde, Yüksek Mahkemece güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin işyeri dışında işlediği suç nedeniyle silahlı güvenlik izninin iptal edilmesini⁶⁷⁹ ve işçinin hapis cezasının infazı için cezaevine girmesini⁶⁸⁰ de zorlayıcı neden olarak kabul etmektedir. Ancak söz konusu nedenlerle işçinin iş görme borcunu yerine getirememesi kendi kusurundan kaynaklanmaktadır. Yargıtay'ın görüşünün aksine, kanaatimizce Kanunun 25/III.maddesi geniş yorumlanmamalı, işçinin çalışabilmesi için silahlı güvenlik izni gibi gerekli koşulları iş ilişkisinin devamı sırasında kaybetmesi veya hükümlü olarak cezaevine girmesi zorlayıcı neden olarak kabul edilmemelidir⁶⁸¹.

İşverenin bu bent uyarınca iş sözleşmesini derhal fesih hakkı, işçinin zorlayıcı nedenler dolayısıyla iş görme borcunu yerine getirememesinin bir haftadan daha uzun bir süre devam etmesi durumunda doğar.

İşverence bu bent uyarınca iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için fesih bildirim sürelerine uyması gerekmez; derhal fesih hakkını kullanan işveren ihbar tazminatla yükümlü olmayacaktır. Bununla birlikte, iş sözleşmesi zorlayıcı nedenlerle feshedilen işçi, diğer koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatına hak kazanacaktır⁶⁸².

15. İşçinin Gözaltına Alınması Veya Tutuklanması

İş Kanunu'nun 25/IV.bendi uyarınca işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması halinde iş

⁶⁷⁷ Y9HD., 2016/23845 E., 2019/15985 K., 17.09.2019 T.

⁶⁷⁸ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 115.

⁶⁷⁹ Y9HD., 2016/9116 E., 2019/16141 K., 18.09.2019 T.

⁶⁸⁰ Y22HD., 2016/27680 E., 2020/625 K., 20.01.2020 T.

⁶⁸¹ Kayırgan, 101.

⁶⁸² Çil, Yargıtay Uygulamaları, 114.

sözleşmesi işverence haklı nedenle derhal feshedilebilir. Bu bent uyarınca iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığının kabul edilebilmesi için işçinin gözüaltına alınma veya tutuklanma sebebinin ya da buna neden olan olayın işyeri içinde veya dışında yaşanmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁶⁸³.

İşverence işçinin iş sözleşmesinin İK m.25/IV. uyarınca haklı nedenle feshedilebilmesi için işçinin sadece gözüaltına alınması veya tutuklanması yeterli olmayıp, işçinin bu nedenlerle iş görme borcunu yerine getirememesinin Kanunun 17.maddesinde belirtilen fesih bildirim sürelerini aşması gerekmektedir. Kanunun 17.maddesinde belirtilen fesih bildirim süreleri taraflar açısından asgari sınırları ifade etmekte olup, taraflarca iş sözleşmesinde söz konusu sürelerin artırılabilmesi mümkündür. Taraflarca iş sözleşmesinde fesih bildirim sürelerinin kanunda öngörülen sürelerden daha uzun olarak belirlenmesi halinde, İK m.25/IV.uyarınca iş sözleşmesinin işverence feshinde gözüaltı veya tutukluluk sürelerinin de taraflarca artırılan fesih bildirim sürelerine göre mi, yoksa kanunda öngörülen bildirim sürelerine göre mi belirleneceği öğretide tartışma konusu olmuştur. Öğretide, fesih bildirim sürelerinin taraflarca artırılmış olması durumunda dahi tutukluluk veya gözüaltı halinde işverence kanunda öngörülen 2-8 haftalık bildirim sürelerinin esas alınarak bu sürenin sonunda iş sözleşmesinin derhal feshedilebileceğini savunan yazarlar bulunduğu gibi⁶⁸⁴; bildirim sürelerinin taraflarca artırılmış olması halinde İK m.25/IV uyarınca yapılacak fesihlerde de artırılan sürelerin dikkate alınması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁶⁸⁵. Kanaatimizce Kanunun lafzından yola çıkarak, m.25/IV'te devamsızlığın 17.maddedeki bildirim süresini aşması gerektiği, 17.maddede ise ilk fıkrada Kanunkoyucu tarafından öngörülen fesih bildirim sürelerinin sözleşmelerle artırılabilmesinin belirtilmesi (m.17/3) karşısında taraflarca sözleşmede fesih bildirim sürelerinin artırılmış olması

⁶⁸³ Süzek, 730; Mollamahmuoğlu/Astarlı/Baysal, 247; Akyiğit, Tutukluluk ve Gözüaltına Alınma Nedeniyle Fesih, 56.

⁶⁸⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 255; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 117.

⁶⁸⁵ Süzek, 730; Akyiğit, Tutukluluk ve Gözüaltına Alınma Nedeniyle Fesih, 57.

halinde m.25/IV uyarınca işveren feshi için tutukluluk ve gözaltı nedeniyle devamsızlık süresinin de söz konusu artırılmış süreleri aşması gerektiği kabul edilmelidir. Yargıtay da, m.25/IV uyarınca fesih için artırılmış sürelerin esas alınması gerektiği görüşündedir⁶⁸⁶.

İş sözleşmesi işverence işçinin gözaltına alınma veya tutukluluk nedeniyle işe devamsızlığının fesih bildirim sürelerini aşması gerekçesiyle feshi halinde işçi diğer koşullarının varlığı halinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

O. Haklı Fesih Nedeninin İspatı

İş Kanunu'nun 24. ve 25.maddelerinde belirtilen haklı fesih nedenlerine dayanarak iş sözleşmesini fesheden taraf, haklı nedenlerin varlığını ispat yükü altındadır. Zira, normal durumun aksini yani iş ilişkisine devamın haklı nedenlerle imkansız hale geldiğini ileri süren tarafın istisnai durumu yani haklı fesih nedenini ispatlaması gerekir⁶⁸⁷. O halde işçi İş Kanunu'nun 24.maddesinde sayılan hallerden birinin varlığını, işveren ise Kanunun 25.maddesinde sayılan hallerden birinin varlığını ve bu nedenle iş ilişkisine devamın çekilmez hale geldiğini ispatlayacak; aksi halde haklı fesih iddiasını ispatlayamayan işçi kıdem tazminatından yoksun kalabileceği gibi ihbar tazminatından; işveren ise diğer koşullarının bulunması halinde kıdem tazminatı ile ihbar tazminatından sorumlu tutulabilecektir; ayrıca iş güvencesi kapsamında kalan işçinin işe iadesi gündeme gelebilecektir.

⁶⁸⁶ Y22HD., 2017/25195 E., 2019/17951 K., 02.10.2019 T.: “Bildirim önellerinin sözleşme hükmü ile arttırılmış olması halinde, değinilen maddenin uygulaması yönünden arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin derhal fesih hakkı ancak, tutukluluk süresinin arttırılmış ihbar önellerini aşması halinde ortaya çıkar.”

⁶⁸⁷ Süzek, 756.

Ö. Haklı Fesihle Hak Düşürücü Süre

İş Kanunu'nun 26.maddesi, 24/II. ve 25/II. maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisinin, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması gerektiğini düzenlemiştir. Kanunda öngörülen altı iş günlük ve bir yıllık süreler hak düşürücü niteliktedir. Bu nedenle, iş sözleşmesi bu sürelerin geçmesinden sonra feshedilmişse bu hususun taraflarca ileri sürülmemesi halinde dahi hakim, söz konusu süreleri re'sen göz önünde bulunduracaktır⁶⁸⁸.

Kanunda hak düşürücü süre geçtikten sonra fesih hakkının devam ettiği tek istisna işçinin feshe neden olan olaydan maddi çıkar sağlaması olarak düzenlenmiştir. Buna göre işçi, işverence feshe konu edilen olayda maddi çıkar sağlamışsa işveren iş sözleşmesini bir yıllık süre geçmiş olsa dahi öğrenmesinden itibaren altı iş günü içinde feshedebilecektir⁶⁸⁹.

Maddenin lafzından anlaşılabacağı üzere hak düşürücü süreler yalnızca 24/II. ve 25/II.maddelerde düzenlenen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller için öngörülmüştür. Buna göre sağlık sebeplerine, zorlayıcı nedenlere ve gözaltı ve tutukluluk sürelerine dayalı fesihlerde altı işgünü ve bir yıllık hak düşürücü süreler söz konusu olmaz.

Altı iş günlük hak düşürücü sürelerin başlangıcı için olay tarihi değil karşı tarafın olayı öğrenme tarihi esas alınır. Buna karşılık, kim tarafından gerçekleştirildiği bilinmeyen haklı feshe neden olan olayın öğrenilmesinden değil failinin kim olduğunun öğrenilmesinden itibaren hak düşürücü sürenin başlatılması uygun olacaktır⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Süzek, 741; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 222; Y22HD., 2016/27682 E., 2020/619 K., 20.01.2020 T.

⁶⁸⁹ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 120.

⁶⁹⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 223.

İşveren tüzel kişi ise, hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak feshe yetkili kişi ya da kurulun haklı fesih nedeni olarak görülen olay ya da fiili öğrendiği tarih kabul edilmelidir⁶⁹¹. Böyle bir durumda mahkemece işveren tüzelkişinin öncelikle feshe yetkili makamı ve daha sonra bu makamın feshe neden olan olayı öğrenme tarihinin tespit edilmesi gerekir⁶⁹².

Haklı fesih nedeni olarak görülen olay ya da davranış ile ilgili bir soruşturma yapılıyorsa bu halde soruşturma sonucunun feshe yetkili makam tarafından öğrenildiği andan itibaren altı iş günlük hak düşürücü sürenin başlayacağı kabul edilmektedir⁶⁹³. Bir diğer deyişle soruşturma süresince altı iş günlük hak düşürücü süre işlemeyecektir. Altı iş günlük hak düşürücü sürenin dolmasından sonra yapılan fesihlerde işyerinde haklı fesih nedenine ilişkin soruşturma yürütüldüğünü ve feshe yetkili makamın soruşturma sonucunu öğrendikten altı iş günlük süre içinde iş sözleşmesini feshettiğini ispatlaması gerekmektedir⁶⁹⁴.

Kanunda bir yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı ise her halükarda fiilin gerçekleşmesi tarihi olarak öngörülmüştür.

Haklı fesih nedeninin devam ettiği hallerde hak düşürücü süre işlemez; haklı fesih nedeni olarak görülen fiilin kesintiye uğradığı andan itibaren altı iş günlük hak düşürücü sürenin göz önünde bulundurulması gerekir⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ Çil, Yargıtay Uygulamaları, 120; Y9HD., 2018/5680 E., 2018/17335 K., 03.10.2018 T.: “Ayrıca işverenin tüzel kişi olması durumunda altı işgünlük süre feshe yetkili mercii öğrendiği günden başlayacağından ve davacının savunması 02.07.2015 tarihinde alınarak, feshe yetkili mercii olan İnsan Kaynakları Daire Başkanlığına 10.07.2015 tarihinde bildirildiğinden, 15.07.2015 tarihinde yapılan fesih süresindedir.”

⁶⁹² Y22HD., 2017/19635 E., 2019/14223 K., 26.06.2019 T.: “feshe yetkili makamın fesih sebebi yapılan olayı öğrendiği tarih dosya kapsamından anlaşılamadığından, haklı fesihte altı işgünlük sürenin geçirilip geçirilmediği de denetlenememektedir. Bu sebeple, davalı işveren işyerinde feshe yetkili makam belirlendikten sonra feshe yetkili makamın fesih sebebi yapılan olayı öğrenme zamanı tespit edilmeli ve fesih yetkisini altı işgünlük sürede kullanıp kullanmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.”

⁶⁹³ Süzek, 742; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 223.

⁶⁹⁴ Y22HD., 2016/15158 E., 2019/13389 K., 19.06.2019 T.

⁶⁹⁵ Süzek, 742; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 223; Y22HD., 2016/8214 E., 2019/5983 K., 14.03.2019 T.

İşverence İK m.19'da öngörülen sürelerin geçmesinden sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, fesih nedeni sabit görülürse, feshin haklı değilse de geçerli nedene dayandığı kabul edilecektir⁶⁹⁶.

P. Haklı Nedenle Fesihte Usul

İş Kanunu'nun 25.maddesinin son fıkrasına göre, işçi feshin haklı nedene dayanmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir. Bir diğer anlatımla iş güvencesine tabi olan işçi, feshin geçersiz olduğu iddiasında olduğu gibi haksız fesih iddiasında da işe iadesini talep edebilecektir. Buna karşılık söz konusu hükümde geçerli fesih usulünü düzenleyen 19. maddeye atıfta bulunulmamış; haklı nedene dayanan fesihlerde 19. maddede yer alan fesih usulüne uyulması gerekmeyeceği öngörülmüştür⁶⁹⁷.

Kanunun 19/2. maddesinde, iş sözleşmesinin işçinin davranışı ya da verimine ilişkin geçerli nedenlerle feshedileceği hallerde savunmasının alınması zorunlu görülmekle birlikte 25/II. bendinde öngörülen haklı fesih nedenlerine ilişkin hüküm ayrı tutulmuştur. Bu hüküm uyarınca haklı nedene dayanan fesihlerde işçinin savunmasının alınması gerekmemektedir⁶⁹⁸.

İş Kanunu'nun 25/I-b. bendinde gösterilen sağlık nedenleriyle dayanan fesihlerde işçinin savunmasının alınmasının gerekip gerekmediği noktasında Yargıtay daireleri arasında görüş farklılığı bulunmaktaydı. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Kanunun 19.maddesinde yalnızca 25/II. bendinde yer alan nedenlere dayalı fesihlerde savunma alınması zorunluluğunun bulunmadığının belirtilmesini gerekçe göstererek sağlık nedenlerine dayalı fesihlerde işçinin savunmasının alınması gerektiği görüşündeydi. Ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, İş Kanunu'nun 25/I-b. bendine

⁶⁹⁶ Y22HD., 2017/11870 E., 2019/9748 K., 06.05.2019 T.

⁶⁹⁷ Mollamamutoğlu/Astarlı/Baysal, 289; Kar, 124.

⁶⁹⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 220; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 212.

dayalı derhal fesihlerde işçinin savunmasının alınmasının gerekmediğine karar vermiştir⁶⁹⁹.

İş Kanunu'nda haklı nedenle derhal fesihlerde fesih bildiriminin şekline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 435.maddesi ise, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden tarafın, fesih nedenini yazılı olarak bildirmesi gerektiği hükmünü içermektedir. Bu hükme göre, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde, fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir⁷⁰⁰. Ancak Yargıtay, haklı nedenle derhal fesihlerde fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmasını geçerlilik koşulu değil ispat koşulu olarak kabul etmektedir⁷⁰¹.

Yine, İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde sayılan haklı nedenlere dayalı fesihlerde fesih nedeninin açık ve kesin olarak bildirilmemesi, feshin haksızlığı veya geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır⁷⁰².

R. Geçerli Fesih ve İspatı

1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımıza giren iş güvencesi sistemi ile birlikte, süreli fesih hakkının kullanımı işveren açısından sınırlandırılmış ve iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilebilmesi için geçerli nedenlerin varlığı şart koşulmuştur. Kanunun feshin geçerli sebebe dayandırılması başlıklı 18.maddesi, otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı ay süreyle belirsiz iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep gösterilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Kanunda sözü

⁶⁹⁹ YİBGK., 2017/9 E., 2018/10 K., 19.10.2018 T.

⁷⁰⁰ Mollamamutoğlu/Astarlı/Baysal, 221.

⁷⁰¹ Y9HD., 2016/5790 E., 2019/15102 K., 08.07.2019 T.

⁷⁰² Mollamamutoğlu/Astarlı/Baysal, 289; Kar, 125.

edilen şekilde geçerli bir sebebe dayanmaksızın sözleşmenin feshedilmesinin yaptırımını ise 21.maddede düzenlenmiştir. Buna göre, iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçinin başvurusu üzerine işveren feshinin geçerli sebebe dayanmadığının mahkemece tespiti halinde işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak ve çalıştırılmadığı süre için dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ödemek zorundadır. Söz konusu bir aylık süre içinde işçinin işe başlatılmaması halinde ise en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminata hükmedileceği öngörülmüştür.

Çalışmanın bu bölümünde, öncelikle iş güvencesi koşullarına ve devamında geçerli fesih nedenlerine, son olarak ise geçersiz feshin sonuçlarına değinilmiştir.

2. İş Güvencesi Koşulları

a. İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na Tabiiyet

İş güvencesi hükümleri, İş Kanunu'na tabi olan işçiler ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 6.maddesinin son fıkrasının atfıyla bu kanuna tabi olan işçilere uygulanır. Basın İş Kanunu'nda bulunan atıf 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda yer almadığından bu kanun kapsamında çalışan işçiler ve aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar⁷⁰³.

b. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması

Belirli süreli iş sözleşmesine tabi olarak işçiler iş güvencesi hükümleri kapsamında değildir (İK m.18)⁷⁰⁴. Belirli süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçinin işe iade talepli olarak açmış olduğu dava, salt bu nedenle reddedilmelidir. Ancak sözleşmenin belirli süreli olması ile ilgili taraflar arasında uyuşmazlık varsa, öncelikle

⁷⁰³ Süzek, 596; Kar, 41; Y22HD., 2017/30594 E., 2017/7664 K., 04.04.2017 T.

⁷⁰⁴ Akyiğit, 326.

yukarıda anlatıldığı üzere İş Kanunu'nun 11.maddesinde belirtilen objektif koşulların bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, objektif koşulların varlığı halinde İş Kanunu'nun 18.maddesi iş güvencesi kapsamına yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçileri dahil ettiğinden dava reddedilmeli⁷⁰⁵; ancak sözleşmenin belirli süreli olduğunun kabul edilmesi için bulunması gereken objektif koşulların somut olayda bulunmadığı anlaşılırsa işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilerek diğer koşulların varlığı aranmalıdır⁷⁰⁶.

c. Sözleşmenin İşverence Feshedilmiş Olması

İşçinin iş güvencesi hükümlerine dayanarak feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesinin talep edilmesi için iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesini nedenine bakılmaksızın kendisi fesheden, istifa eden veya işveren ile ikale anlaşması yapan işçinin işe iadesini talep etmesi mümkün değildir⁷⁰⁷. Buna karşılık, yukarıda açıklandığı üzere; istifa veya ikalede işçinin iradesi fesada uğratılmak suretiyle gerçekleşmişse, bu iddiasını ispat eden işçinin diğer koşulların da mevcut olması halinde iş güvencesine tabi olarak işe iadesine karar verilebilecektir⁷⁰⁸.

d. En Az 30 İşçi Çalışması

Kanunda, işçinin iş güvencesi kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için iş sözleşmesinin feshi tarihi itibarıyla işyerinde çalışan en az 30 işçi bulunması gerekir. İş Kanunu'nun 18/4.maddesi, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısının bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre

⁷⁰⁵ Y22HD., 2019/7348 E., 2019/21243 K., 14.11.2019 T.

⁷⁰⁶ Y9HD., 2018/9914 E., 2019/7477 K., 02.04.2019 T.

⁷⁰⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 203.

⁷⁰⁸ Süzek, 608.

belirleneceğini öngörmüştür. Buna göre, işçi sayısının tespitinde yalnızca davacı işçinin çalıştığı işyerindeki işçiler değil; işverenin aynı işkolunda faaliyet gösteren diğer işyerlerindeki işçiler de hesaba katılmalıdır. Davacı işçinin çalıştığı işyerinde 30'dan az işçi çalışmaktaysa, davalı işverenin aynı işkolunda faaliyet gösteren başka işyerlerinin bulunup bulunmadığı Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarından araştırılıp var ise bu işyerlerindeki işçi sayısının da otuz işçi ölçütünde dikkate alınması gerekir⁷⁰⁹.

İşçi sayısının hesaplanmasında işçilerin iş sözleşmelerinin türünün önemi yoktur; belirli ya da belirsiz veya kısmi ya da tam süreli çalışan işçiler, daimi ya da mevsimlik işçiler 30 işçi ölçütünde dikkate alınacaktır⁷¹⁰. İşyerinde çalışan işçilerin 30 işçi ölçütüne dahil edilebilmesi için kendilerinin de iş güvencesinden yararlanmasına gerek yoktur; işyerinde sözleşmeli olarak çalışan tüm işçiler kıdemlerine bakılmaksızın işyerindeki işçi sayısının hesaplanmasına dahil edilecektir⁷¹¹.

Kural olarak işyerinde alt işverenler nezdinde çalışan işçiler, işe iade davasında işçi sayısının hesabına katılmaz. Ancak alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olması halinde alt işveren nezdinde çalışan işçilerin de işyerinde çalışan işçi sayılarına dahil edilmesi gerekir⁷¹².

Yargıtay'a göre işverence iş sözleşmesi feshedilen ve mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilen işçinin, işe başlatılması için işverene başvurması halinde bu işçinin de otuz işçi hesabında dikkate alınması gerekir. Hatta, eldeki davada otuz işçi ölçütünün sağlanması işe iade davası açan diğer bir işçiye bağlı ise, bu davanın bekletici mesele yapılması gerekir⁷¹³.

⁷⁰⁹ Y9HD., 2018/4315 E., 2018/23252 K., 17.12.2018 T.: “Dosyaya sunulan SGK kayıtlarına göre davalı işyerinde çalışan sayısı 30 işçi altında görünmektedir. Ancak, davalı şirketin aynı faaliyet kolunda olan başka iş yerlerinin olup- olmadığı SGK'dan sorulup araştırılmadan, fesih tarihi itibarı ile davalı şirkette çalışan sayısının 30 işçiden az olduğu gerekçesi ile eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

⁷¹⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 381; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 204; Akyiğit, 325.

⁷¹¹ Akyiğit, 326.

⁷¹² Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 204; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 201; Kar, 89; Y9HD., 2019/1964 E., 2019/15330 K., 09.09.2019 T.

⁷¹³ Y22HD., 2019/7909 E., 2019/22315 K., 03.12.2019 T.

Birlikte istihdamın söz konusu olduğu yani birbiriyle bağlantılı olan, özellikle holding olarak örgütlenen grup şirketlerden birinde çalışmakta olan işçi, aynı grup bünyesindeki diğer şirketlerde de görevlendirilebiliyorsa, şirketler arasındaki organik bağ göz önünde bulundurularak otuz işçi ölçütünde söz konusu tüm şirketlerdeki işçi sayısının dikkate alınması gerekir⁷¹⁴.

Yargıtay, adi ortaklık nezdinde çalışan bir işçinin iş güvencesine tabi olup olmadığına ilişkin olarak işyerinde çalışan en az otuz işçi sayısının belirlenmesinde, adi ortaklığa dahil olan özel ya da tüzelkişilerin her birinin işçi sayısının dikkate alınamayacağına, adi ortaklığın ayrı bir işveren olarak değerlendirilerek adi ortaklık nezdinde çalışan işçi sayısının hesaba dahil edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁷¹⁵.

e. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması

İşçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olduğunun kabul edilebilmesi için işyerindeki kıdeminin en az altı ay olması gerekir. Kanunda yer altı işlerinde çalışan işçiler yönünden ise altı aylık kıdem şartının aranmayacağı, altı aydan kısa süreli çalışması olan işçinin de diğer koşulların varlığı halinde iş güvencesi hükümlerine tabi olacağı öngörülmüştür.

Altı aylık kıdemin hesaplanmasında Kanunun 66.maddesinde yer alan çalışma süresinden sayılan haller (İK m.18/2), iş sözleşmesi deneme süreli olarak

⁷¹⁴ Kar, 84; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 200; Y9HD., 2017/14964 E., 2018/2593 K., 13.02.2018 T.: “Somut uyuşmazlıkta, dosyaya sunulan SGK kayıtlarına göre davalı alt işveren iş yerinde çalışan sayısı 30’un altında görünmektedir. Ancak faaliyet alanı farklı olsa da organik bağ olduğu kabul edilen diğer şirkete işçi geçişleri bulunmaktadır. Mahkemece, davacının iddiaları doğrultusunda birlikte istihdam veya organik bağ bulunan işverenin işçi sayısı araştırılmadan fesih tarihi itibari ile davalı şirkette çalışan sayısının 30 işçiden az olduğu ve aynı iş kolunda olmadığı gerekçesi ile diğer organik bağ bulunan şirketin işçilerinin sayıda dikkate alınamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

⁷¹⁵ Y22HD., 2019/8764 E., 2020/1548 K., 04.02.2020 T.: “adi ortaklık niteliğindeki işveren, kendisini oluşturan tüzel kişilerden bağımsız bir işveren olduğundan, iş güvencesi şartları arasında yer alan otuz işçi kıstasının belirlenmesi hususunda sadece adi ortaklık işverenin aynı işkolunda yer alan işyerlerinin dikkate alınması gerektiğine...”

kararlaştırılmışsa deneme süresi ile iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler de dikkate alınır⁷¹⁶.

İşverence iş sözleşmesinin feshedildiğinin işçiye bildirildiğı tarih itibariyle çalışma süresi altı aydan az olması halinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz⁷¹⁷.

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değışik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir (İK m.18/4). İşçinin, aynı işverenin bir veya değışik işyerlerinde geçen sürelerinin birleştirilmesi için söz konusu çalışmaların aynı işkoluna giren işlerde olması gerekmez⁷¹⁸. İşçinin aynı işverenin bir veya değışik işyerlerindeki çalışmalarının fasılalı olması halinde de söz konusu çalışma süreleri birleştirilerek altı aylık kıdem şartına esas alınacaktır. Hatta, önceki çalışmanın kim tarafından ve hangi nedenle feshedildiğinin bir önemi bulunmamakta, önceki çalışma sonunda iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödemesi yapılarak sona erdirilmiş olsa dahi aynı işveren nezdindeki tüm çalışma süreleri birleştirilerek işçinin altı aylık kıdem şartı bakımından iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı belirlenecektir⁷¹⁹. Nitekim, Kanunda m.18/4 anlamında birleştirilecek çalışma sürelerinin kesintisiz olması gerektiğine yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, öğretilerde aynı işverene nezdindeki fasılalı çalışmaların birleştirilemeyeceğini, altı aylık çalışmanın tek iş sözleşmesi içinde geçmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁷²⁰. Bu hususta, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için aynı işverene ait işyerlerinde fasılalı da olsa en az altı aylık çalışmasının olması gerektiğini

⁷¹⁶ Y9HD., 2016/28920 E., 2017/17860 K., 09.11.2017 T.

⁷¹⁷ Y9HD., 2016/21327 E., 2017/14307 K., 27.09.2017 T.: “davacı işçinin iş yerinde 10.06.2015 tarihinde çalışmaya başladığı, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiğinin davacıya 07.12.2015 tarihinde bildirildiğı, işçinin fesih bildirimini almadığı, bunun üzerine fesih bildiriminin 08.12.2015 tarihinde noter aracılığı ile de gönderildiğı, davacının dava dilekçesinde iş akdinin fesih tarihinin 08.12.2015 olduğunu kabul ve beyan ettiğı, buna göre 10.06.2015 tarihinde çalışmaya başlayan davacının 07.12.2015 fesih tarihi itibarı ile kıdeminin 6 ayı doldurmadığı ve bu sebeple iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı...”

⁷¹⁸ Süzek, 602; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 205; il, Yargıtay Uygulamaları, 203.

⁷¹⁹ Süzek, 603; elik/Caniklioğlu/Canbolat, 384; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 279; Sümer, 103; il, Yargıtay Uygulamaları, 202; Kar, 96.

⁷²⁰ Akyigit, 328; Odaman, Altı Aylık Süre , 111.

belirtmektedir⁷²¹. 21.Hukuk Dairesi ise iki çalışma dönemi arasında 1 yıldan kısa bir süre olması halinde fasıllı çalışma sürelerinin birleştirilerek altı aylık kıdem koşulunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerektiği görüşündedir⁷²².

Altı aylık kıdem süresinin dolmasına kısa bir süre kala iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide baskın görüş, işverence işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaması amacıyla kıdem koşulunun sağlanmasından kısa bir süre önce iş sözleşmesi feshedilmişse, bunun dürüstlük kurallarına aykırı olduğu ve bu nedenle feshin geçersiz kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷²³. Buna karşılık öğretideki diğer bir görüşe göre, altı aylık kıdem süresinin dolmasına kısa bir süre kala iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz; ancak işverence iş sözleşmesinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanılmaması amacıyla kısa bir süre önce feshedildiğinin ispatlanması halinde işçi kötü niyet tazminatına hak kazanacaktır⁷²⁴. Kanaatimizce de işçinin iş sözleşmesi işverence altı aylık kıdem süresinin dolmasına kısa bir süre varken feshedilmişse, fesih iş güvencesi hükümlerinin uygulanmaması amacıyla yapılmış olsa dahi, işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmamalı, bu halde işçinin kötü niyet tazminatı talep edebileceği kabul edilmelidir. Zira, Yargıtayca işverenin iş güvencesi hükümlerinden yararlanılmaması amacıyla iş sözleşmesinin altı ayın dolmasına kısa bir süre kala feshedilmesindeki kötü niyetinin önüne geçmek amacıyla, örneğin 5 ay 25 gün ve üzeri

⁷²¹ Y9HD., 2017/3652 E., 2018/4048 K., 26.02.2018 T.; Y9HD., 2016/28920 E., 2017/17860 K., 09.11.2017 T.

⁷²² Y22HD., 2018/10008 E., 2018/18413 K., 12.09.2018 T.: “davacının ilk dönem çalışmasının 18.01.2016 tarihinde tazminatları ödenmek suretiyle tasfiye edilmiş olduğu; ikinci dönem çalışmasının ise sona erme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde başlamış olduğu sabit olduğundan, aralıklı çalışmaların birleştirilmesi suretiyle altı aylık kıdemin hesaplanması gerekmektedir. Bu halde, davacının aralıklı iki dönem çalışmalarının birleştirilmesiyle altı aylık kıdem şartını sağladığı anlaşıldığından, dosyanın esasına girilerek inceleme yapılması gerekirken dava şartı yokluğu nedeni ile davanın usulden reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

⁷²³ Süzek, 604; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 384; ; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 206; Çil, 204; Kar, 98.

⁷²⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 280; Odaman, Altı Aylık Süre, 110.

kıdemi bulunan işçinin iş sözleşmesinin feshinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanabileceği şeklinde bir içtihat oluşturulsa dahi, kötü niyetli işveren 5 ay 24 günlük sürede iş akdini feshetme yoluna gidebilecektir. Nitekim işverenin kötü niyetinin yaptırımını ise Kanunun 17.maddesinde düzenlenmiştir.

Yargıtay, altı aylık kıdem süresinin dolmasına 1 veya 2 gün gibi kısa bir süre kalmışken dahi işverence iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına hükmetmektedir⁷²⁵.

f. İşletmenin veya İşyerinin Bütününü Sevk ve İdare Eden İşveren Vekili Olmaması

İş Kanunu'nun 18.maddesinin son fıkrası işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını öngörmüştür.

İş Kanunu'nun tanımlar başlıklı 2.maddesi işveren vekilini “işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimse” olarak tanımlamaktadır. Ancak Kanunun 18/son maddesinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olan işveren vekillerinin kapsamı daraltılmış; işyerinin veya işletmenin bütününü sevk ve idare etmek gibi ölçütler getirilmiştir.

Söz konusu hükümde işletmenin ve işyerinin bütününü sevk ve idareden işveren vekilleri ikiye ayrılarak incelenmiştir. İşveren vekilinin işyerinin bütününü sevk ve idare etmesi tek başına yeterli olmayıp işyeri işveren vekilinin ayrıca diğer işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisinin bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Aynı şekilde, işe alma ve

⁷²⁵ Y22HD., 2018/238 E., 2018/4489 K., 22.02.2018 T.: “Davacı işçi, davalı işyerinde 19.06.2015-18.12.2015 tarihleri arasında çalıştığı dolayısıyla altı aylık çalışma süresinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, davanın reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y9HD., 2017/26467 E., 2018/11713 K., 24.05.2018 T.; Y9HD., 2016/17218 E., 2017/12115 K., 06.07.2017 T.

işten çıkarma yetkisi bulunmakla birlikte işyerinin bütününe sevk ve idare etmeyen işveren vekilleri de iş güvencesi hükümlerine tabidir⁷²⁶. Buna karşılık, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili, işe alma ve işten çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmıştır⁷²⁷.

Belirtilmelidir ki, işveren vekilinin genel müdür veya genel müdür yardımcısı gibi unvanlarının bulunması iş güvencesi tabi hükümlerine tabi olup olmadığı noktasında önem arz etmez; işverence bu kişilere temsil yetkisinin verilip verilmediği ile işletmenin bütününe ya da işe alma ve işten çıkarma yetkisi ile birlikte işyerinin bütününe sevk ve idare edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir⁷²⁸.

3. İşçinin İş Güvencesi Kapsamında Olup Olmadığının İspatı

İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri emredici olarak düzenlendiğinden, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığının taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkemece re'sen araştırılması gerekir. O halde taraflarca ileri sürülmesi dahi, mahkemece davacı işçinin çalışmasının İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na tabi olup olmadığı, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olup olmadığı, işverenin aynı işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinde çalışan en az otuz işçi bulunup bulunmadığı, işçinin en az altı aylık kıdemini bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

İşçinin iş güvencesine tabi olup olmadığı hususunda ispat yükü farklı ihtimallere göre işveren ile işçi arasında paylaştırılmıştır. Buna göre, işçinin çalışmasının İş Kanunu'na ya da Basın İş Kanunu'na tabi olmadığını; iş sözleşmesinin belirsiz süreli asıl olduğundan sözleşmenin belirli süreli olduğunu ileri süren işveren bu iddiasını

⁷²⁶ Y9HD., 2019/3434 E., 2019/21097 K., 27.11.2019 T.

⁷²⁷ Y9HD., 2019/2991 E., 2019/19192 K., 05.11.2019 T.

⁷²⁸ Y22HD., 2016/332 E., 2018/24093 K., 12.11.2018 T.

ispatlamalıdır. Yine, işyerinde çalışan işçi sayısının otuzdan az olduğunu ileri süren işveren, bu iddiasını ispat yükü altındadır. Buna karşılık, yukarıda belirtildiği üzere çalışma olgusunu ispat yükü işçiye ait olduğundan, işyerinde en az altı aylık kıdemi bulunduğunu iddia eden işçi, ihtilaf halinde bu iddiasını ispatlamak zorundadır⁷²⁹.

4. Süreli Fesihle Geçerli Nedenler

a. Genel Olarak

Daha önce değinildiği üzere, yukarıda sayılan iş güvencesi koşullarını sağlamayan ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işverene fesih serbestisi tanınmış; işverence iş güvencesine tabi olmayan işçinin iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanılması halinde işçinin İş Kanunu'nun 17/6.maddesi uyarınca bildirim süresinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatı talep edebileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, işverenin iş güvencesi koşullarını sağlayan ve iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için geçerli bir nedene dayanması gerekmektedir. Kanunun 18.maddesi uyarınca işveren, işçinin yeterliliği veya davranışları ile işletmenin, işin ya da işin gereklerinden kaynaklanan ve geçerli olarak kabul edilebilecek bir nedene dayanma suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir. Kanunda nelerin geçerli neden olarak nitelenebileceği değil nelerin geçerli bir neden olarak nitelenemeyeceği sayılmıştır (İK m.18/3).

İşçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklı yani kısaca işçiden kaynaklı geçerli nedenler, öğretide, İş Kanunu'nun 25/II. bendinde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle sözleşmeye derhal son verecek ağırlıkta olmayan; ancak işçinin iş görme borcunu ve işyerinin normal işleyişini olumsuz etkileyen haller

⁷²⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 296; Kar, 406.

olarak açıklanmaktadır⁷³⁰. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenler ise işçi ile ilgisi bulunmayan, ekonomik ya da teknik nedenlerle veya işyerinde yeniden yapılanma nedeniyle işçinin gördüğü işin ortadan kalkmasına yol açan ve dolayısıyla iş ilişkisinin devamını olanaksız kılan hallerdir⁷³¹.

b. Geçerli Fesih Nedenleri

aa. İşçinin Fiziki Yetersizliği

İşçinin yetenekleri, mesleki bilgisizliği, dikkatsizliği ve tecrübesizliği gibi mesleki yetersizliği ya da sağlık durumu gibi fiziki yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle iş görme borcunu tam ve gereği gibi yerine getirememesi ve bu durumun işin yürüyüşünü olumsuz etkilemesi halinde işveren iş sözleşmesini fesih bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedebilir⁷³². İşçinin mesleki ya da fiziki yetersizliğinin kendi kusurundan kaynaklanması gerekmez.

İşçinin İş Kanunu'nun 25/I. bendinde yer alan sağlık nedenleriyle işverene derhal fesih hakkı veren hallere girmemekle birlikte işin gereği gibi görülmesini engelleyecek şekilde hastalığı ya da kaza geçirmesi geçerli fesih nedenidir. Bu kapsamda, işçinin hastalığı nedeniyle Kanunun 25/I-son bendinde belirtilen devamsızlık süresini aşmamakla birlikte sık sık rapor alması, işin görülmesini önemli derecede etkiliyor ve işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa iş ilişkisinin devamı kendisinden beklenemeyecek durumdaki işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebileceği kabul edilmektedir⁷³³.

⁷³⁰ Süzek, 610; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 387; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 281; Akyiğit, 329.

⁷³¹ Süzek, 628; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 284.

⁷³² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 282.

⁷³³ Süzek, 611; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 211; Y9HD., 2019/6197 E., 2020/136 K., 13.01.2020 T.: “davacı işçinin farklı sağlık kuruluşlarından sık sık ve kısa süreli istirahat raporları aldığı ve işe gelmediği bu durumun da iş akışını bozacağı açık olup, işverenin buna katlanması beklenemez.

İşçinin sağlık raporlarının süresinin toplamı İK m.25/I'de belirtilen bildirim süresini altı hafta aşsa dahi raporlar arasında kesinti bulunmaktaysa bu durumda işveren feshinin haklı nedene değil raporların sıklığı ve süreleri dikkate alınarak geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir. O halde, İK m.25/I uyarınca rapor sürelerinin bildirim süresini altı hafta aştığı hallerde haklı fesih nedeninin oluşması için ya tek bir sağlık raporu olmalı ya da birbirinin devamı niteliğinde birden çok rapor bulunması gerekir⁷³⁴.

İşçinin salt yaşlı olması ya da yaşlılık aylığına hak kazanması işveren için geçerli bir fesih nedeni değildir⁷³⁵. İş sözleşmesinin işçinin yaşlılığı sebebiyle sona erdirilebilmesi için işçinin yaşlılığının işi aynı veya benzer işi yapan diğer işçilere göre performansını önemli derecede düşürmesi, işçinin işi gereği gibi görebilmesini engellemesi gerekmektedir⁷³⁶.

İşçinin devamlı nitelikteki performans düşüklüğü, işverene iş sözleşmesini fesih imkanı tanımaktadır. Gerçekten, işçinin çalışmasının kendisiyle aynı ya da benzer işi yapan diğer işçilerden ortalama olarak daha az verimli olması işveren için geçerli bir fesih nedenidir⁷³⁷.

bb. İşçinin Mesleki Yetersizliği

Performans düşüklüğü yani işçinin kendisiyle aynı veya benzer işi yapan diğer işçilere göre daha az verimli çalışması işveren için geçerli bir fesih nedenidir. Ancak

Davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı, ancak sık sık rahatsızlanarak rapor alan davacının davranışının fesih için geçerli sebep oluşturduğu kabul edilmelidir.”

⁷³⁴ Y9HD., 2019/3462 E., 2019/20852 K., 25.11.2019 T.

⁷³⁵ Süzek, 612; Kar, 212.

⁷³⁶ YİGBK., 2017/3 E., 2018/3 K., 13.04.2018 T.: “işçinin belli bir yaşa gelmesinin ya da yaşlılık aylığı almaya hak kazanmasının geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri dikkate alındığında mümkün değildir. Ancak işçinin yaşlılığı nedeni ile iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesi güçleşmiş ise bu durumda işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenle iş sözleşmesi feshedilebilecektir.”

⁷³⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 283.

performans düşüklüğünün İK m.18 anlamında geçerli neden olarak kabul edilebilmesi için öncelikle devamlılık arz etmesi gerekir⁷³⁸.

Yargıtay, ayrıca, işverenin performans düşüklüğü gerekçesiyle iş sözleşmesini feshinin geçerli nedene dayandığının kabul edilebilmesi için önceden işyerine özgü olarak objektif performans ve verimlilik standartlarının belirlenmiş ve işçiye tebliğ edilmiş olması gerektiğini kabul etmektedir⁷³⁹. Yine, performans standartlarının objektif ölçütlere göre belirlenmesi, aynı veya benzer işi yapanların aynı kurallara bağlı olması ve işçinin görev tanımına uygun olması gerekir. Önceden hazırlanarak işçiye tebliğ edilen performans standartlarına göre verimi düşük olduğu tespit edilen işçiye performansının düşük olduğu bildirilerek görüşünün alınması ve performansını gerekli seviyeye çıkarması için kendisine uygun bir süre tanınması işçinin performans düşüklüğünün geçerli feshe imkan vermesi için zorunludur⁷⁴⁰.

Yargıtay, performans düşüklüğü gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshinde; objektif ölçütlere dayalı olarak önceden performans standartlarının belirlenmemiş olması⁷⁴¹, performans değerlendirme kriterlerinin işçiye tebliğ edildiğinin ispatlanamaması⁷⁴², işçiye performansını yükseltmesi için uygun bir süre tanınmaması⁷⁴³ nedenleriyle feshin geçerli nedene dayanmadığını kabul etmiştir.

Performans düşüklüğü gerekçesine dayalı işveren fesihlerinde mahkemece Yargıtay'ın performans değerlendirme sistemine ilişkin olarak yukarıda belirtilen ilke kararları uyarınca işçinin performansına ilişkin olarak işverence yapılan değerlendirmenin objektif ölçütlere göre yapılıp yapılmadığı, işçinin performansında

⁷³⁸ Y22HD., 2018/14692 E., 2018/24703 K., 19.11.2018 T.

⁷³⁹ Süzek, 616; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 283; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 210.

⁷⁴⁰ Kar, 218 vd.; Y22HD., 2018/8007 E., 2018/16757 K., 04.07.2018 T.

⁷⁴¹ Y9HD., 2017/27643 E., 2018/14018 K., 27.06.2018 T.: “objektif ve somut olarak ortaya konulduğu performans değerlendirme kriterlerinin ve davacıya özgü hazırlanmış performans değerlendirme formlarının bulunmadığı bu nedenle, davacının performansının objektif olarak değerlendirilmediği...”

⁷⁴² Y9HD., 2016/31461 E., 2017/19066 K., 27.11.2017 T.

⁷⁴³ Y9HD., 2015/29057 E., 2016/9446 K., 14.04.2016 T.: “davacıya performans geliştirme süresinin yalnızca 2 ay tanındığı, iddia olunan performans düşüklüğünü düzeltmesi için davacıya verilen 2 aylık sürenin yeterli bir süre olarak kabul edilemeyeceği...”

sürekli ve gerçek bir düşüklük söz konusu olup olmadığının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır⁷⁴⁴.

İşçinin iş görme edimini yerine getirebilmesi için gerekli olan çalışma izni veya motorlu taşıt kullanma ehliyeti gibi resmi izinleri alamaması veya sonradan kaybetmesi de işveren için mesleki yetersizlik nedeniyle geçerli feshe imkan verir⁷⁴⁵.

cc. İşçinin Davranışları

İşçinin davranışları nedeniyle geçerli fesih nedenlerinin İş Kanunu'nun 25/II. bendinde sayılan haklı fesih nedenleri ağırlığında olmamasına karşın işyerinin düzenini bozan ve işverenden iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği haller olduğu yukarıda açıklanmıştır. Öğretide kabul edilen görüşe göre, haklı ve geçerli fesih nedenleri arasındaki ağırlık farkı, güven ilişkisinin sarsılmasına veya güven temelini çökmesi arasındaki fark ile açıklanabilir. Bu görüşe göre, iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren ve güven temelini çökmesine neden olan davranışlar haklı fesih nedeni; güven ilişkisini sarsan ve iş ilişkisinin devamının işverenden beklenemeyeceği davranışlar ise geçerli fesih nedenidir⁷⁴⁶. Yine, işçinin kusurunun yoğunluğu da haklı-geçerli fesih nedeni ayrımında bir ölçüt olarak kullanılabilir. Belirtilmelidir ki, işçinin kusurunun bulunmadığı haller işveren açısından fesih nedeni oluşturmaz⁷⁴⁷. Her somut olaya göre, işçinin davranışının haklı feshe veya geçerli feshe olanak verip vermediği davranışın ağırlığına göre mahkemece tespit edilecektir.

Aşağıda, İş Kanunu'nun 25.maddesinde sayılan haklı fesih nedenleri ile ilişkilendirilebilecek ancak derhal feshe imkan verecek ağırlıkta olmayan geçerli fesih

⁷⁴⁴ Y9HD., 2016/31461 E., 2017/19066 K., 27.11.2017 T.: “Mahkemece davalı işverenden konu ilgili tüm belgelerin ibrazı istenip yukarıdaki ilke kararı doğrultusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle feshin geçerli olup olmadığının belirlenmesi gerekirken...”

⁷⁴⁵ Süzek, 617; Kar, 213; Y22HD., 2014/9729 E., 2015/19032 K., 01.06.2015 T.

⁷⁴⁶ Süzek, 618; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal,283; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 211; Y22HD., 2017/25069 E., 2019/20189 K., 04.11.2019 T.

⁷⁴⁷ Kar, 187.

nedenleri belirtilmiş olup, bütün geçerli fesih nedenlerinin önceden öngörülebilir olmaması ve Kanunda da sınırlı olarak sayılmamış olması nedeniyle tek tek sınıflandırılması mümkün değildir⁷⁴⁸. Aşağıda sayılan haller haricinde de, her somut olayda işçinin davranışı nedeniyle işverenden iş ilişkisine devam etmesinin beklenip beklenemeyeceği ve güven ilişkisinin sarsılıp sarsılmadığı değerlendirilerek işveren feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı tespit edilecektir.

aaa. İşçinin İşvereni Yanıltması

İş Kanunu'nun 25/I-a. bendi uyarınca işçinin iş sözleşmesinin kurulması sırasında sözleşmenin esaslı noktalarından biri ile ilgili olarak kendisine ilişkin gerçeğe aykırı bilgiler vererek işvereni yanıltması haklı fesih nedenidir. Bununla birlikte uygulamada, yanıltma işçinin görev tanımına, işyerinde yapılan faaliyetin türüne, işverenin işçiden beklentisine göre ölçülülük ilkesi uyarınca haklı neden ağırlığında olmayıp geçerli fesih nedeni olarak da değerlendirilebilmektedir⁷⁴⁹. Yargıtay, bir kararında bankada güvenlik görevlisi olarak çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin kurulması sırasında hakkında hürriyetten yoksun bırakma suçundan yargılama yürütüldüğünü işverene bildirmemesini, işçinin suç tarihinin işe girmeden üç yıl önce olması, hakkındaki yargılamanın uzun süredir ve halen devam etmesi, işçinin davalı işveren nezdinde fesih tarihi itibarıyla uzun süreli çalışmasının bulunması hususlarını dikkate alarak feshin haklı değil geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ Süzek, 627.

⁷⁴⁹ Y7HD., 2015/34334 E., 2016/426 K., 20.01.2016 T.

⁷⁵⁰ Y7HD., 2013/17443 E., 2013/13043 K., 10.07.2013 T.

bbb. İşçinin Şeref ve Namusa Dokunacak Sözleri

İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması işveren için haklı fesih nedenidir (İK m.25/II-b). Ancak bazı hallerde işçinin söz ve davranışları işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanıyacak ağırlıkta olmamakla birlikte bu söz veya davranışlar nedeniyle işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi beklenemiyorsa bu durumda geçerli fesih nedeni söz konusu olabilir. Yargıtay, bir kararında, işçinin işverene yönelik olarak işyerindeki iş güvenliği sorunlarını dile getirmemeleri için işçi temsilcilerine para verdiği şeklindeki zan altında bırakacak ithamının haklı değil geçerli feshe vücut verdiğini kabul etmiştir⁷⁵¹.

ccc. Cinsel Taciz

İş Kanunu'nun 25/II-c. bendinde işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunmasının işverene haklı fesih nedeni teşkil ettiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte Yargıtay'ca, yerinde olarak, işçinin cinsel taciz niteliğinde olmamakla birlikte uygunsuz sayılabilecek davranışlarda bulunması ve bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açmasının geçerli fesih nedeni olduğu kabul edilmektedir⁷⁵². Gerçekten de, cinsel taciz olarak değerlendirilemeyecek olmakla birlikte işçinin, işyerindeki bir başka işçiye sürekli duygusal ilişki teklifinde bulunması, ısrarcı olması,

⁷⁵¹ Y9HD., 2019/3472 E., 2019/19333 K., 07.11.2019 T.

⁷⁵² Y9HD., 2016/25905 E., 2017/16065 K., 18.10.2017 T.: “Her ne kadar tacizin boyutu anlaşılamamış ve bu nedenle haklı fesih nedeni gerçekleşmemiş ise de, kadın işçinin yakınlarının işyeri dışında davacıyı darp etmeleri, taciz konusunda işyerinde söylentinin bu nedenle çıkması değerlendirildiğinde bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş akdinin işveren açısından devamının beklenemeyeceği açıktır.”

yemeğe davet etmesi gibi davranışlar içinde bulunması işyerinde olumsuzluklara neden olacağından fesih için haklı olmasa da geçerli bir neden olarak kabul edilmesi gerekir.

ddd. İşçinin Sataşması

İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı verir (İK m.25/II-d). Buna karşılık, işçinin davranışı haklı feshe yol açacak ağırlıkta olmamakla birlikte işyeri düzenini bozacak nitelikte ise o halde iş sözleşmesi işverence geçerli nedenle feshedilebilecektir. Aynı şekilde, işçinin sataşma niteliğindeki davranışları işverene ya da aile üyelerinden birine değil de işverenin bir yakınına, yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olduğu bir kişiye yönelik olması halinde bu durumda da güven ilişkisinin sarsıldığı kabul edilerek işveren feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir⁷⁵³.

Yargıtay, işyerinde işçiler arasında çıkan kavgalarda, kavgaya neden olan yani kavgayı çıkaran tarafın tespit edilip edilememesine göre farklı değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Kavgayı çıkaran taraf belirlenemiyorsa, işveren feshinin haklı değil geçerli nedene dayandığı, zira kavga davacı işçi tarafından başlatılmasa da işverene bildirmek yerine kavgaya devam eden işçinin işyeri düzenini bozduğu kabul edilmektedir⁷⁵⁴.

İşyerindeki kavgayı davacı işçinin değil de kavganın diğer tarafının başlattığı tanık beyanlarından ya da kamera görüntülerinden anlaşılmaktaysa, bu durumda da davanın tarafı olan işçinin kavgayı devam ettirmesi nedeniyle iş sözleşmesinin

⁷⁵³ Y22HD., 2019/7908 E., 2019/22799 K., 10.12.2019 T.

⁷⁵⁴ Y9HD., 2019/937 E., 2019/5269 K., 11.03.2019 T.: “...davacının kavgaya karıştığı sabittir. Ancak kavganın sebebine ve kavgayı kimin başlattığına dair yeterli veri bulunmamaktadır. Bu itibarla işverenin davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği kabul edilemezse de davacının başka bir işçiyle kavga etmek şeklindeki eylemiyle işyerinde düzeni bozduğu, işyerinde olumsuzluğa ve huzursuzluğa yol açtığı, işverenin artık davacı ile çalışmaya devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği ve işveren feshinin geçerli nedene dayandığı..”

feshedilmesinin haklı değil geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir⁷⁵⁵. Buna karşılık, kavganın davacı işçi tarafından başlatıldığı sabitse, bu durumda işverence İK m.25/II-d. bendi uyarınca iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedilebilir⁷⁵⁶.

İşçi, sataşma niteliğinde söz veya davranışlarda bulunmamakla birlikte, işyerindeki diğer işçilerle sık sık gereksiz tartışmalara girmek veya ciddi geçimsizlik göstermek suretiyle işyerinde çalışma düzenini bozuyorsa bu durumda da işverence iş aklının haklı nedenle derhal değilse de geçerli nedenle feshedilebilecektir⁷⁵⁷.

İşçinin İş Kanunu'nun 25/II-d. bendi kapsamında haklı feshe imkan veren ağır sözleri, işveren veya işveren vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi haklı değil geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmelidir⁷⁵⁸.

Son olarak, işçinin İş Kanunu'nun 25/II-d. bendi kapsamında haklı fesih nedeni olarak değerlendirilebilecek ağır sözleri, işçinin iradesini etkileyebilecek bir hastalığından kaynaklanmakta ise iş sözleşmesi işverence haklı nedenle değil geçerli nedenle feshedilebilecektir. Ancak böyle bir durumda işçinin rahatsızlığının öfke kontrolünü etkileyip etkilemediğinin bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmesi gerekir⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Y9HD., 2018/11281 E., 2019/8457 K., 10.04.2019 T.: “kavganın başlamasına sebebiyet verenin işçi ... olduğu, işyerinde çalışan davacının başka bir işçi tarafından kendisine sataşılması halinde bu durumu amirlerine bildirmesi gerektiği, davacının ise bunun yerine tartışmaya devam ederek işyerinde olumsuzluklara neden olduğu dikkate alındığında davalı işverenin davacının iş aklını feshi geçerli nedene dayanmaktadır.”

⁷⁵⁶ Y9HD., 2016/3438 E., 2019/12303 K., 28.05.2019 T.: “davacının diğer çalışan ile kavga ettiği ve fiili eylemlerin ilk davacıdan geldiği sabittir. Maddi bu olgulara göre; davacının anılan eylemlerinin davalıya haklı fesih imkanı verdiği anlaşıldığından...”

⁷⁵⁷ Süzek, 622; Kar, 189; Günay, 64; Öktem Songu, 138; Y9HD., 2019/891 E., 2019/5323 K., 11.03.2019 T.; Y9HD., 2008/16598 E., 2009/5552 K., 02.03.2009 T.

⁷⁵⁸ Kar, 189; Öktem Songu, 139; Y9HD., 2017/7293 E., 2017/18058 K., 13.11.2017 T.

⁷⁵⁹ Öktem Songu, 142; Y22HD., 2011/5013 E., 2012/122 K., 17.01.2012 T.: “Davalı işyerinde yaklaşık 11 yıl özlürlü işçi statüsünde çalışan davacının 26.10.2009 tarihinde işle ilgili olarak aynı işyerinde çalışan Cüneyt isimli kişi ile tartıştığı ve bu tartışma sırasında davacının adı geçen işçiye küfür ettiği kendi ikrarı ve dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacının epilepsi hastası olduğu ve önemli derecede işitme kaybı bulunduğu sağlık kurulu raporları ile sabittir. Böylesine önemli bir rahatsızlığı bulunan ve bu nedenle ilaç alan bir kimsenin iradesini kontrol etmekte sıkıntı yaşayabileceği muhtemeldir. Eylem rahatsızlığından kaynaklanmışsa feshin haklı nedene dayandığı kabul edilemez. Ne var ki, bu tür bir davranış hastalığından kaynaklansa da işin yürütümünü bozucu niteliktedir. Bu nedenle fesih için geçerli neden kabul edilebilir.”

eee. İşçinin İşyerine Alkollü Olarak Gelmesi

İşyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması işveren lehine haklı fesih nedeni teşkil eder (İK m.25/II-d). Kanunda işyerine ancak sarhoşluk derecesinde alkollü olarak gelmesi halinde işveren feshinin haklı nedene dayanacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte, işçinin işyerine alkollü olarak gelmesi, almış olduğu alkol miktarına veya bunu alışkanlık haline getirmesine göre geçerli bir fesih nedeni olarak değerlendirilebilir⁷⁶⁰. Özellikle işin niteliğine göre işçinin işyerine alkollü olarak gelmesi işin görülmesini engelliyorsa veya işyerinin düzenini bozuyorsa bu durumda işverence iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay, bazı kararlarında işçinin yaptığı işin niteliğini göz önünde bulundurarak sarhoşluk derecesinde olmasa dahi işçinin işyerine alkollü olarak gelmesini geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir⁷⁶¹.

fff. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışı

İş Kanunu'nun 25/II-e. bendi işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmasını haklı fesih nedeni olarak düzenlemiştir. İşçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışının sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak da görülebileceği yukarıda anlatılmıştı. İşçinin, sadakatsiz olarak nitelendirilemeyecek

⁷⁶⁰ Günay, 64.

⁷⁶¹ Y22HD., 2011/3957 E., 2011/6839 K., 06.12.2011 T.: “Davacının sarhoş olup olmadığı yönünde tanık anlatımları da çelişkilidir. Ancak davacının işyerine 50 dk geç geldiği ve işe çıkamayacak kadar "alkollü" olduğu sabit olduğuna göre, bu durum haklı fesih oluşturacak ağırlıkta olmasa da davacının yaptığı iş dikkate alındığında geçerli sebep oluşturacak niteliktedir. Dolayısıyla işverence yapılan fesih geçerli nedene dayandığından davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.” benzer kararlar için bkz. Y9HD., 2018/5818 E., 2019/3934 K., 18.02.2019 T.; Y9HD., 2009/41970 E., 2010/40594 K., 27.12.2010 T.; Y22HD., 2014/34564 E., 2016/5955 K., 01.03.2016 T.; Y22HD., 2012/20390 E., 2012/23155 K., 16.10.2012 T.

ancak yine de işverenin güvenini sarsacak nitelikteki davranışı ise işveren için geçerli fesih nedeni teşkil eder⁷⁶².

İşçinin davranışı sadakatsizlik niteliğinde olmasa da taraflar arasındaki güven ilişkisini zedelemişse bu durumda iş sözleşmesi işverence geçerli nedenle feshedilebilir. Yargıtay, menfaat temin ettiği ispatlanamasa da işçinin yaptığı işte birçok usulsüzlük tespit edilmesini⁷⁶³, işçinin aldığı istirahat raporunun sahteliği ispatlanamasa da yıllık izin talebinin reddedilmesinden sonra rapor almış olmasını⁷⁶⁴, dalgınlığa dayalı olsa dahi işçinin fiyatı yüksek olan ürünü satın almasına rağmen kasadan düşük fiyatlı ürünü geçirmesini⁷⁶⁵ güven ilişkisini zedeleyecek ve işverenden iş ilişkisine devam etmesi beklenemeyecek nitelikte olduğu gerekçesiyle geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir⁷⁶⁶.

ggg. İşçinin Devamsızlığı ve İşe Geç Gelmesi

İşverene haklı fesih hakkı tanıyan devamsızlık halleri İş Kanunu'nun 25/II-g. bendinde düzenlenmiştir. İşçinin devamsızlığı, bentte sayılan sürelerle olmasa dahi işyerinin düzenini bozacak sıklıkta ise bu durumda işverenden iş ilişkisine devam etmesi beklenemeyeceğinden iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği kabul edilmektedir⁷⁶⁷.

⁷⁶² Süzek, 623.

⁷⁶³ Y9HD., 2018/2742 E., 2019/783 K., 14.01.2019 T.

⁷⁶⁴ Y9HD., 2018/10537 E., 2019/9466 K., 22.04.2019 T.

⁷⁶⁵ Y7HD., 2015/16556 E., 2015/19318 K., 14.10.2015 T.

⁷⁶⁶ Benzer nitelikte kararlar için bkz. Y9HD., 2018/10340 E., 2019/9473 K., 22.04.2019 T.; Y22HD., 2016/30083 E., 2016/29701 K., 29.12.2016 T.; Y22HD., 2013/33702 E., 2014/6183 K., 17.03.2014 T.; Y7HD., 2014/10578 E., 2014/17933 K., 24.09.2014 T.

⁷⁶⁷ Süzek, 624; Günay, 65; Kar, 190; Y9HD., 2017/26111 E., 2018/11160 K., 21.05.2018 T.: “davacı hakkında birçok kez mazeretsiz olarak işe gelmediği gerekçesiyle tutanaklar tutulmuş olup davacının devamsızlıklarına dair haklı mazeretler sunmadığı 08.07.2015 ve 17.04.2016 tarihlerinde uyarılmasına rağmen mazeretsiz olarak devamsızlık yapmaya devam ettiği devamsızlıklarının haklı feshe neden olacak ağırlıkta olmamakla birlikte davacının sık sık devamsızlık yapması nedeni ile çalışma düzeninin aksayacağı, iş gücü planlamasının değişeceği açıktır. Davacının devamsızlıkları işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisi işveren açısından çekilmez hale gelmiştir.”

İş Kanunu'nun işçinin devamsızlığı nedeniyle haklı feshi düzenleyen 25/II-g. bendinde işçinin belirtilen sürelerle tam gün işe gelmemesi öngörülmüş olup işçinin sıklıkla işe geç gelmesi ise haklı fesih nedeni olarak düzenlenmemiştir. Ancak işçinin işyerine sık sık geç gelmesi veya işyerinden erken ayrılması halinde işverenin iş ilişkisine devam etmesi beklenemez; bu hallerde iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği kabul edilmelidir⁷⁶⁸. Buna karşılık, nadiren işyerine geç gelen veya gecikmesinde geçerli mazereti bulunan işçinin işyeri düzenini bozduğu ve güven ilişkisini sarstığı söylenemeyeceğinden iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmayacaktır⁷⁶⁹.

hhh. İşçinin Görevini Yerine Getirmemesi

İş Kanunu'nun 25/II-h. bendi, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini işveren lehine haklı fesih nedeni olarak düzenlemiştir. İşçinin kendisine yapılan uyarıya rağmen görevini hiç yerine getirmemesi haklı feshe, eksik veya hatalı olarak yerine getirmesi ise geçerli feshe imkan verecektir⁷⁷⁰.

Aynı şekilde, işçinin çalışma saatleri içinde özel telefon görüşmeleri yapması veya internet sitelerinde vakit geçirmesi ya da işyerindeki diğer işçilerle uzun sohbetlerde bulunması gibi hallerde iş sözleşmesi işverence geçerli nedenle feshedilebilecektir⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ Süzek, 625; Günay, 66; Kar, 190; Ertan, 106; Y9HD., 2019/1651 E., 2019/14538 K., 01.07.2019 T.; Y9HD., 2018/10548 E., 2019/9475 K., 22.04.2019 T.

⁷⁶⁹ Ertan, 106.

⁷⁷⁰ Y22HD., 2015/20782 E., 2017/24396 K., 08.11.2017 T.: “hasta bakıcı olan davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından yapması gereken görevleri eksik veya gereği gibi yapmadığı gerekçeleriyle tutulan tutanaklara istinaden feshedilmiştir. Dosyadaki tutanaklardan davacının işyerinde görevlerini gereği gibi yapmadığı sabit olup, kötü ifanın geçerli sebep teşkil ettiği...” benzer kararlar için bkz. Y22HD., 2011/8256 E., 2012/1418 K., 09.02.2012 T.

⁷⁷¹ Süzek, 626; Kar, 196.

III. İşçinin İşvereni Zarara Uğratması

İş Kanunu'nun 25/II-1. bendinde işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması haklı fesih nedeni olarak öngörülmüştür. İşçinin işvereni uğrattığı zarar miktarı otuz günlük ücret tutarını aşmamakla birlikte, kastı veya ağır ihmali ile işverenin zarara uğramasına neden olmuşsa bu durumda iş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle feshedilebileceği kabul edilmelidir⁷⁷². İşçi kastı ile işvereni zarara uğratmışsa, burada zarar miktarına hiç bakılmaksızın güven ilişkisinin sarsılması nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshedilebileceği düşünülebilir. İşçinin ağır ihmalinin bulunduğu hallerde, somut olaya özgü değerlendirme yapılarak işçinin işvereni zarara uğratan olaydaki kusur durumu ve zarar miktarı dikkate alınarak işverenden iş ilişkisine devam etmesinin beklenip beklenemeyeceğine göre değerlendirme yapılarak feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir⁷⁷³.

Buna karşılık işçinin süreklilik arz etmeyen⁷⁷⁴ hafif ihmeline dayalı olarak işvereni uğrattığı zararlar işverene süreli fesih hakkı tanımaz. Özellikle zarara yatkın işlerde, Türk Borçlar Kanunu'nun 400/2.maddesi uyarınca, işçinin hafif kusuruyla sebep olduğu zararlar nedeniyle iş sözleşmesi haklı veya geçerli nedenle feshedilemez⁷⁷⁵.

⁷⁷² Günay, 63.

⁷⁷³ Y22HD., 2015/4550 E., 2015/8482 K., 02.03.2015 T.: “mahkemece alınan bilirkişi raporuna göre 1.501,18 TL'lik bir zarar doğmuş olup, olayın meydana gelmesinde davacının kusur oranı %50 olarak belirlenmiştir. Buna göre davacının kusuruna isabet eden zarar miktarının 750,59 TL olduğu anlaşılmaktadır. Davacının sebep olduğu zarar miktarının 30 günlük ücretinden az olması feshi haksız kılmakta ise de, verilen zararın miktarı ve davacının aylık ücreti göz önünde bulundurulduğunda davalı işverende iş ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemeyeceği gözetildiğinde feshin geçerli sebebe dayandığı...”

⁷⁷⁴ Y9HD., 2010/33311 E., 2010/36164 K., 06.12.2010 T.

⁷⁷⁵ Y9HD., 2018/1204 E., 2018/7674 K., 05.04.2018 T.: “davacının işyerinde meydana gelen kazada %30 oranında hafif kusurlu olduğu, bu kusur oranına göre davacıya düşen zarar miktarının 30

iii. İşçinin Tutukluluğu

İş Kanunu'nun 25/IV.maddesine göre işçinin tutuklanması halinde işe devamsızlığının Kanunun 17.maddesinde düzenlenen 2-8 haftalık bildirim sürelerini aşması işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı verir. İşçinin tutukluluğu nedeniyle işe devamsızlığı 2-8 haftalık bildirim sürelerini aşmasa dahi işyerinin düzenini bozacak kadar uzun sürmesi halinde işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebileceği kabul edilmektedir⁷⁷⁶. Nitekim Yargıtay, İş Kanunu'nun 25/IV.maddesinde belirtilen süreyi aşmasa da işçinin gözaltı ve tutukluluk süresinin uzunluğunu dikkate alarak işçinin tutukluluğu nedeniyle uzun süre iş görme borcunu yerine getirememesinin işyerinde olumsuzluklara neden olacağı gerekçesiyle işveren feshinin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir⁷⁷⁷.

jjj. Şüphe Feshi

Daha önce belirtildiği üzere, iş ilişkisinin temel unsurlarından biri sözleşmenin tarafları arasındaki güven ilişkisidir. Tarafların birbirine güvenmediği bir ortamda iş ilişkisine devam etmesi beklenemez. Güvenin ortadan kalkması, somut bir davranış nedeniyle olabileceği gibi davranışın gerçekleştirildiğine dair şüphe duyulmasından da kaynaklanabilir⁷⁷⁸.

İşverence, işçinin sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğu ya da suç işlediğinden şüphe duyulmuş ve bu şüphe nedeniyle taraflar arasındaki güven zedelenmiş ise bu durumda işverenin iş sözleşmesini söz konusu şüphe nedeniyle

günlük ücretinden az olması ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 400/2 maddesi dikkate alındığında somut bu durumun fesih için haklı ve geçerli neden olamayacağı...."

⁷⁷⁶ Süzek, 627; Kar, 201.

⁷⁷⁷ Y22HD., 2017/39292 E., 2018/16082 K., 27.06.2018 T.

⁷⁷⁸ Baysal, 84.

geçerli nedenle feshedebileceği kabul edilmektedir⁷⁷⁹. Gerçekten, işçinin sadakat borcunu ihlali gibi sözleşmeye aykırı davranışları veya suç işlemesi hallerinde işverenden iş ilişkisine devam etmesi beklenemez. Ancak şüpheyeye dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilebilecek olması da keyfilik anlamına gelmemelidir.

Geçerli bir şüphe feshinden bahsedebilmek için işçinin varlığından şüphe edilen eyleminin, gerçek olduğu varsayımında işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih yetkisi tanıyacak ağırlıkta olmalıdır. Bir anlamda, gerçekliği ispatlanması halinde haklı feshi gerektirecek bir işçi davranışının ispatlanamaması ve objektif emarelerle güçlü bir şüphe doğurması feshi geçerli feshe dönüştürecek⁷⁸⁰.

İşçinin iş sözleşmesinin sürdürülmesi beklenemeyecek derecede sözleşmeye aykırı davrandığının veya suç işlediğinin ispatı her zaman mümkün olmayabilir. Özellikle işçinin üzerine atılı suçu işlediğine dair yeterli delil bulunmaması nedeniyle hakkında kamu davası açılmaması veya açılan kamu davasından beraat etmesi işçi hakkındaki şüpheyi ortadan kaldırmayabilir⁷⁸¹. Bu gibi hallerde, güven ilişkisinin sarsıldığının ve iş ilişkisine devam etmesinin işverenden beklenemeyeceğinin kabul edilebilmesi için işverenin şüphe duymakta haklı olduğuna ilişkin somut deliller sunması gerekir⁷⁸². İşçinin sözleşmeye aykırı davranışı ya da suç işlediğine dair güçlü bir şüphe bulunmalıdır. Ancak bu şüphe, işverenin sübjektif görüşünden ibaret olmamalı, objektif olarak geçerli kabul edilebilecek nitelikte olmalıdır. İşçinin şüphe

⁷⁷⁹ Kar, 246; Y22HD., 2016/4598 E., 2016/6527 K., 07.03.2016 T.: “davacının fesih sebebi yapılan eylemleri kesin şekilde ispatlanamamış ise de, işverende, iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek derecede şüphe meydana geldiği anlaşıldığından, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir.” Aynı yönde kararlar için bkz. Y22HD., 2017/817 E., 2017/655 K., 23.01.2017 T.; Y22HD., 2016/23069 E., 2016/23884 K., 24.10.2016 T.

⁷⁸⁰ Baysal, 89; Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, 68.

⁷⁸¹ Y9HD., 2019/7638 E., 2019/22121 K., 11.12.2019 T.: “Her ne kadar davacı hakkında ceza soruşturması neticesinde “kovuşturmaya yer olmadığına” karar verilmiş ise de; davalı savunmasına göre davacının FETÖ/PDY ile ilgi, iltisak ya da irtibatı bulunduğu konusunda davalı işveren açısından şüphe feshini gerektirir yeterli delil olduğu, terör örgütü ile irtibat veya iltisak olduğuna dair şüphe bulunan bir işçiyi çalıştırmaya devam etmenin, davalı işverenden beklenemeyeceği ve şüphe feshinin şartlarının oluşup, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından...”

⁷⁸² Kar, 248.

edilen davranışı veya suçu işlediğinin büyük bir ihtimal dahilinde olması gerekmektedir⁷⁸³.

Şüphe feshinden söz edebilmek için gerekli olan şartlardan bir diğeri işverenin söz konusu şüpheyi ortadan kaldırmak için her türlü çabayı göstermiş olmasıdır⁷⁸⁴. Bu doğrultuda, işçiden şüpheyi konu davranış ya da suça ilişkin savunmasının alınması, işçinin kendisini haklı çıkaracak deliller sunmasının beklenmesi gerekir.

İşçinin şüphe duyulan eylemi aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa ve hakkında ceza soruşturması yürütülüyor ya da kamu davası görülüyorsa feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespitinde işçi hakkında ceza yargılamasının bekletici mesele yapılmasına gerek bulunmamaktadır; zira fesih nedeni işçinin söz konusu eylemi gerçekten yapması değil yapmasından şüphe duyulmasıdır⁷⁸⁵. Hatta ceza soruşturması sonucunda kamu davası açılmaması veya açılan davada işçinin delil yetersizliği nedeniyle beraatine karar verilmesi de sonucu etkilemeyecek; işveren feshi gerçekçi ve emarelerle desteklenen güçlü şüpheyi dayanmaktaysa geçerli neden olduğu kabul edilecektir.

⁷⁸³ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, 68; Y22HD., 2017/18664 E., 2018/27021 K., 12.12.2018 T.; Y9HD., 2019/1352 E., 2019/7992 K., 08.04.2019 T.: “davacının hırsızlık olayından mahkum olan ... ile aynı fabrikada çalışıp, işyerinde servis bulunmaması nedeniyle aynı kişinin aracı ile muhtelif zamanlarda iş yerinden ayrıldığı, davacının sırf bu kişinin aracına binmesinin ve araçtaki alkol kokusunu farketmemesinin feshe dayanak yapılamayacağı, raki dinlenme bölümünde çalışan davacının aynı araçta bulunan ve hırsızlığa konu olan rakının ... tarafından araçta taşındığına ilişkin bilgi sahibi olamayacağı, işverenin davacının bu hırsızlık olayından haberdar olduğu yönündeki şüphesinin makul ve objektif bir şüphe olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı...”

⁷⁸⁴ Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, 69; Baysal, 89.

⁷⁸⁵ Y22HD., 2017/482 E., 2017/818 K., 24.01.2017 T.: “davacının iddiaya konu parayı uhdesine geçirip geçirmediği, dolayısıyla feshin haklı olup olmadığı bu aşamada sabit değildir. Ceza davası da, temyiz aşamasındadır. Ne var ki, kamera kayıtlarına yansıyan işçi davranışlarından, işverende davacıya karşı haklı ve katlanılması beklenemeyecek bir şüphenin oluştuğu, bu şüphenin işveren ve işçi arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açtığı ve iş ilişkisinin devam ettirilmesinin işverenden beklenilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu halde, mevcut durum itibarıyla şüphe feshinin koşullarının oluşması sebebiyle, feshin en azından geçerli fesih boyutunda olduğu...”

dd. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Nedenleri

İş Kanunu'nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedilebileceği belirtilmiş; ancak söz konusu işletme gereklerinin neler olduğu açıklanmamıştır. Kanunun gerekçesinde ise, işletme gerekleri, işyeri dışından kaynaklanan nedenler ve işyeri içi nedenler olarak ikiye ayrılmış; işyeri dışından kaynaklanan nedenlerin sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede ekonomik kriz yaşanması, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işyerinde işin sürdürülmesini olanaksız hale getiren haller olarak ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. İşyeri içi nedenlere ise yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması halleri örnek olarak gösterilmiştir. Kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere; İş Kanunun 18.maddesi anlamında geçerli feshe imkan veren işletme gerekleri; işverenin ekonomik durumundan, işyeri yapılanması ile ilgili aldığı kararlardan ve son olarak teknolojik gelişmelerden kaynaklı nedenlerdir⁷⁸⁶.

aaa. İşverenin Ekonomik Durumu

İş Kanunu'nun 18.maddesinde sözü edilen işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerden biri işverenin ekonomik güçlük içinde bulunması veya piyasanın durgun olması, siparişlerin azalması gibi ekonomik nedenlerdir.

⁷⁸⁶ Süzek, 629.

Piyasanın durgunluğu, sipariş azalması, hammadde yokluğu gibi işletme dışı nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için söz konusu nedenlerin işyerinde istihdam fazlalığı oluşturması yani bir ya da birden fazla işçinin çalışması gerekliliğini ortadan kaldırması gerekir. Bir diğer deyişle, işletme dışı nedenlerle işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi arasında nedensellik bağının bulunması gerekir⁷⁸⁷. Böyle bir durumda işverenin, hem işletme dışı nedenlerin gerçekten varlığını hem de bu nedenlerle istihdam fazlası oluştuğunu dolayısıyla iş ilişkisine devam edilmesinin olanağının kalmadığını ispat etmesi gerekir.

Belirtilmelidir ki işletme dışı ekonomik nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için söz konusu piyasa durgunluğu ya da talep azalması gibi nedenlerin geçici nitelikte olmaması gerekir. Aksi halde, feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilecektir⁷⁸⁸.

Yargıtay, alt işverenlik ilişkisinin bulunduğu hallerde hizmet alımı sözleşmesinin feshedilmesi halinde istihdam fazlalığının ortaya çıkması nedeniyle alt işveren nezdinde çalışan işçinin feshinin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir⁷⁸⁹.

Aynı şekilde işverenin ekonomik olarak zayıflaması nedenine dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için öncelikle yaşanan ekonomik güçlüğü geçici bir durumdan ibaret olmaması gerekir. İşveren, ekonomik zorluk içinde bulunduğunu ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin bu nedenle olanaksız hale geldiğini ispatlamalıdır. Yargıtay, bu doğrultuda, gerekirse keşif yapılarak işverenin ekonomik durumu ile ilgili olarak bilirkişi raporu alınması gerektiğine hükmetmektedir⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Kar, 235.

⁷⁸⁸ Y22HD., 2016/22529 E., 2016/29269 K., 27.12.2016 T.: “davacının sondaj faaliyetlerinin durmasının geçici nitelikte olduğu, kısa süre sonra yeniden faaliyetlere başlandığı itirazları üzerinde yapılan işin niteliği gözönünde bulundurularak durulmalı...” Y7HD., 2015/6887 E., 2015/24900 K., 09.12.2015 T.

⁷⁸⁹ Y22HD., 2019/8929 E., 2019/23853 K., 19.12.2019 T.: “davalılar arasındaki özel güvenlik alımı işine dair sözleşmenin sona ermesine ilişkin bu durumun geçerli fesih sebebi oluşturacağı...” aynı yönde karar için bkz. Y22HD., 2017/40920 E., 2017/20005 K., 28.09.2017 T.

⁷⁹⁰ Kar, 238; Y22HD., 2014/6743 E., 2014/8418 K., 16.04.2014 T.: “Somut olayda; davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından piyasa durgunluğu, sipariş azlığı ve ekonomik kriz sebebiyle feshedildiğinin iddia edildiği görülmektedir. ...mahkemece tek dosya üzerinden fesih nedeni

Ekonomik zorluk içinde bulunduğunu iddia eden işverence fesih tarihinden önce veya sonra yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılmalıdır⁷⁹¹.

Genel veya sektörel çaptaki her ekonomik kriz işverene iş sözleşmesini fesih imkanı tanımaz. Ekonomik krizin işverenin bulunduğu sektörü ve işvereni de etkilemiş olması, işverenin söz konusu ekonomik kriz nedeniyle ekonomik durumunun zayıflamış olması şarttır⁷⁹². Yine, ekonomik kriz nedeniyle işverenin istihdam gücünde azalma olması, istihdam fazlalığına bağlı olarak işverenin iş sözleşmesinin feshinde keyfi davranmaması, ekonomik durumu nedeniyle işveren feshinin kaçınılmaz olması gerekir. Son olarak, işverence fesih dışında başka başka tedbirlerle krizin atlatılıp atlatılamayacağı araştırılmalıdır⁷⁹³.

İşyerinin kapatılması da işveren için geçerli fesih nedenidir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere fesihte son çare ilkesi gereği işverenin birden fazla işyerinin bulunması halinde işçinin başka bir işyerinde görevlendirilmesinin mümkün olması halinde feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir⁷⁹⁴.

bbb. İşyeri Yapılanması

Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması İş Kanunu'nun 18.maddesinin gerekçesinde işyeri içi geçerli fesih nedenlerine örnek olarak gösterilmiştir. Anılan nedenler, işverenin işyeri organizasyonunu yeniden yapılandırması anlamına

konusunda gerekirse keşif de yapılarak, konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınmalı ve sonucuna göre diğer dosyalarda bu rapora göre değerlendirilerek feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.”

⁷⁹¹ Y9HD., 2019/7756 E., 2019/21567 K., 03.12.2019 T.: “Davacının çalıştığı davalı işyerinin ekonomik zorluklar yaşadığı zarar ettiği ve bu zararın azaltılması için davalı işveren tarafından işçi azaltılması yönünde işletmesel karar alındığı davacısında bu işletmesel karar doğrultusunda işten çıkartıldığı, işten çıkarma işleminin 4857 Sayılı Kanun'un 19. maddesindeki usule uygun yapıldığı, davacının işten çıkartılması sonrasında aynı pozisyona veya benzer bir işe başkaca işçi alınmadığı bu haliyle işletmesel kararın tutarlı uygulandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle davalı işverenin feshinin geçerli nedene dayandığı...”

⁷⁹² Süzek, 631.

⁷⁹³ Kar, 239-240; Y7HD., 2013/6255 E., 2013/5545 K., 03.04.2013 T.

⁷⁹⁴ Süzek, 632; Kar, 240.

gelmektedir. Gerçekten işveren, işyerinde verimliliği artırmak adına iş organizasyonunda değişiklikler yapabilir. Böyle bir değişiklik için işverenin zarar ediyor olması veya ekonomik durumunun zayıflamış olması gerekmez⁷⁹⁵.

İşveren, verimliliğin artırılması veya giderlerin azaltılması amacıyla işyerinde kar kapasitesi düşük işlere son verebilir, üretimde daralmaya gidebilir, ürün çeşitliliğini azaltabilir. Zira işverenin işyeri ile ilgili işletmesel karar alma özgürlüğü bulunmaktadır. İşverenin işletmesel kararı ile işyerinde yeniden yapılanmaya gidilmesi neticesinde işçinin yaptığı işin ortadan kalkması ve işçinin başka bir bölümde istihdam edilmesine olanak bulunmaması halinde iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilecektir⁷⁹⁶. İşverenin aldığı işletmesel karar ile örneğin işyerinin bir bölümü kapatılmış veya işin bir bölümü alt işverene devredilmişse kapatılan bölümde veya alt işverene devredilen işte çalışan işçinin başka bir şekilde istihdamının mümkün olmaması halinde iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanır⁷⁹⁷. Her ne kadar işletmesel kararın yerindelik denetimi mahkemece yapılamayacaksa da, sözleşmenin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti için işverenin işletmesel kararı nedeniyle istihdam fazlalığı ortaya çıkıp çıkmadığı, işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uygulayıp uygulamadığı ve feshin kaçınılmaz olup olmadığı araştırılmalıdır⁷⁹⁸.

İşverence işletmesel kararlar yeniden yapılanma yoluna gidilmesi nedeniyle istihdam fazlası olduğu gerekçe gösterilerek işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli nedenin varlığının kabul edilebilmesi için işverenin söz konusu işletmesel kararı tutarlı olarak uygulamış olması; yani iş sözleşmesinin feshinden önce veya sonra işçi ile aynı işi yapan başka işçilerin işe alınmamış olması gerekir⁷⁹⁹.

⁷⁹⁵ Süzek, 632.

⁷⁹⁶ Süzek, 633; Y22HD., 2019/4542 E., 2019/13578 K., 20.06.2019 T.

⁷⁹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 285.

⁷⁹⁸ Y22HD., 2019/8929 E., 2019/23853 K., 19.12.2019 T.

⁷⁹⁹ Y9HD., 2019/2682 E., 2019/18276 K., 16.10.2019 T.: “Davacının iş akdi ülkede yaşanan terör olaylarına ve yeni açılan bir çok otel olmasına dayalı olarak ekonomik gerekçelere dayalı yeniden yapılanma nedeniyle feshedilmiş, bu nedenle ikramiye uygulamasının kaldırılmasına karar verilmiştir. Davalı işveren tarafından dosyaya sunulan belgelerden davalı işletmenin mali yapısında azalma olduğu görülmekte ise de, davacının iş akdinin feshinden sonra 3 yeni bulaşıkçıyı işe aldığı,

Yeniden yapılanma neticesinde oluşan istihdam fazlalığı gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işverenin yeniden yapılanmayı, yeniden yapılanma sonucunda istihdam fazlası oluştuğunu, sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde objektif davranıldığını ispatlaması gerekir⁸⁰⁰.

ccc. Teknolojik Gelişmeler

Son yıllarda teknolojiye yaşanan ilerlemeler neticesinde insan gücünün yerini makinelerin almaya başladığı, yapay zekanın da üretim sürecine katıldığı bilinen bir gerçektir. İşte, işyerinde işçinin yapmakta olduğu bir işin işverence temin edilen makineler tarafından görülmeye başlanması ve buna bağlı olarak işyerinde istihdam fazlalığı oluşması mümkündür. Yine, üretimde makine kullanımının artırılması insan gücüne ihtiyacı azaltabilir. Böyle bir halde işveren, oluşan istihdam fazlalığını gerekçe göstererek iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilecektir. İşveren, üretimde makine kullanımına başladığını veya artırıldığını, bu nedenle istihdam fazlalığının oluştuğunu, işçinin yaptığı işin niteliğine göre işyerinde başka bir işte çalışmasının mümkün olmadığını ispatlamalıdır⁸⁰¹.

bu nedenle davalı işverenin işletmesel kararı tutarlı olarak uygulandığından bahsetmek mümkün olmadığı...”

⁸⁰⁰ Y22HD., 2019/3464 E., 2019/9958 K., 07.05.2019 T.: “yeniden yapılanma gibi önemli bir karar alan ve bu kararı uygulayan işverenin kurumsal bir ciddiyet ve tutarlılık içinde hareket etmesi, kanunlar ve ispat hukuku kuralları çerçevesinde sıhhati konusunda şüphe uyandırmayacak ve birbiri ile tutarlı bilgi ve belgelerle yeniden yapılanmayı ve bu yapılanma sonucunda işçinin iş gücü fazlası haline geldiğini, diğer yandan, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde de objektif davranıldığını ispatlaması beklenir.”

⁸⁰¹ Y22HD., 2012/1320 E., 2012/15925 K., 06.07.2012 T.: “dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin davalı işverence yeniden yapılanmaya gidilmesi özellikle de zımpara işinde makineleşmeye gidilip bu sebeple oluşan istihdam fazlasından dolayı feshedildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten işyerinde yapısal değişikliğe gidilerek makineleşmeye gidilmesi bir işletmesel karar olup ayrıca yazılı karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Davalı işverence açıklanan biçimde işletmesel karar alındığı ve zımpara işinde makineleşmeye gidildiği savunulduğuna göre davacının çalıştığı işyerinde yapılan işin niteliği dikkate alınarak bir insan kaynakları uzmanı, bir işletme ekonomisi ve organizasyon uzmanı ve bir de makine mühendisinden oluşacak 3'lü bilirkişi heyeti ile keşif yapılarak savunmada belirtildiği gibi bir organizasyonel değişiklik ve makineleşmeye gidilip gidilmediği, gidilmişe bundan dolayı istihdam fazlalığı olup oluşmadığı...”

c. Fesihle Son Çare İlkesi

Yukarıda anlatıldığı şekilde, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni bulunsa dahi işveren, iş ilişkisini sonlandırmak yerine, işçinin başka işyerine nakli veya başka bölümde çalıştırılması gibi iş ilişkisini devam ettirebilecek şekilde önlemler almalıdır⁸⁰². Örneğin işçinin mesleki yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir neden bulunmaktaysa işveren işçiye meslek içi eğitime tabi tutmalıdır. Yine, istihdam fazlalığının bulunması halinde fesih yerine fazla çalışmaların kaldırılması düşünülebilir. İşçinin çalıştığı bölümün kapatılması halinde fesihten önce işçinin işyerinde başka bir bölümde çalıştırılıp çalıştırılamayacağı değerlendirilmelidir. İşverence söz konusu önlemlere başvurulmasının sonuç doğurmayacağı anlaşılmaktaysa o halde fesih gündeme gelecektir; diğer bir anlatımla fesih işverence son çare olarak görülmelidir. Buna göre, işverenden mümkün olduğunca iş ilişkisini ayakta tutmaya çalışması beklenmektedir⁸⁰³.

Fesih dışı önlemlere başvurulmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi, feshi geçersiz hale getirebilecektir. İşçiden veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedeninin bulunduğu hallerde, işverenden fesih dışı başka önlemler alması beklenebiliyorsa bu durum feshi geçersiz hale getirir. Ancak her durumda işverenin fesih dışı önlemlere başvurması beklenemez. Örneğin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışı nedeniyle güven ilişkisinin sarsıldığı durumlarda işçinin başka bir işyerinde görevlendirilmesi gibi önlemlere başvurulması gerekmez. Yine, işverenden kendisi için çok masraflı önlemlere başvurması beklenemeyecektir. Fesih nedenine göre değerlendirme yapılarak işverenden objektif olarak alması beklenebilecek fesih dışı bir

⁸⁰² Süzek, 637; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 214.

⁸⁰³ Süzek, 638; Y22HD., 2019/3464 E., 2019/9958 K., 07.05.2019 T.; Y9HD., 2019/2595 E., 2019/19562 K., 11.11.2019 T.

önlem bulunup bulunmadığının tespitinde her somut olayın özelliği göz önünde bulundurulmalıdır.

Fesih dışı önlemlerden biri, işverenin birden fazla işyeri bulunmaktaysa işçinin başka bir işyerinde görevlendirilmesidir. Ancak burada aynı işverene ait birden fazla işyeri olmalıdır; yani, fesihte son çare ilkesi gereği aynı holding bünyesinde bulunsalar dahi farklı tüzelkişilikleri bulunduğundan işçinin diğer bir şirkete ait işyerinde çalıştırılması gerekmez⁸⁰⁴.

İşverence feshin son çare olması ilkesi uyarınca başka önlemlere başvurulup başvurulmadığı, feshin geçerli nedene dayandığının ispat edilmesi halinde araştırılacaktır. Fesih geçerli bir nedene dayanmıyorsa fesihte son çare ilkesinin gözetilip gözetilmediği denetimine geçilmez⁸⁰⁵. İşveren, feshin geçerli bir nedene dayandığını ve sonrasında feshin son çare olduğunu ispatlamalıdır⁸⁰⁶.

Belirtilmelidir ki, geçerli nedenin varlığı halinde işverenin iş sözleşmesini ayakta tutmak için alabileceği fesih dışı önlemler genellikle İş Kanunu'nun 22.maddesi anlamında çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğindedir⁸⁰⁷. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmemesi halinde işverene fesihten başka çare kalmayacağı için bu durumda yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.

Son olarak, haklı fesih nedenlerinin varlığı halinde işverenin son çare ilkesine uyması zorunluluğu bulunmamaktadır. Son çare, geçerli fesih nedenlerinin bulunduğu hallerde göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Süzek, 641.

⁸⁰⁵ Kar, 438.

⁸⁰⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 287.

⁸⁰⁷ Süzek, 642.

⁸⁰⁸ Y9HD., 2017/5059 E., 2017/9240 K., 29.05.2017 T.: “İşverenin haklı fesih savunması karşısında, yazılı fesih bildiriminde bulunma, fesih sebebini açıklama yada feshin son çare olması ilkesine uyma zorunluluğu yoktur. Bu haller mahkeme kararında da belirtildiği üzere geçerli fesih halinde söz konusu olacaktır.”

S. Geçerli Fesihde İspat Yükü

İş Kanunu'nun 20/2.maddesi, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükümlülüğünü işverene yüklemiştir. Buna karşılık işçi, feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Belirtilmelidir ki, işçinin feshin başka bir nedene dayandığını iddia etmesi ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmaz. Zira, işçinin fesih nedeniyle ilgili ortaya attığı iddiayı kanıtlayamaması, işvereni fesih nedenini ispat yükümlülüğünden kurtarmaz; işveren feshin geçerli nedene dayandığını ispatlayamaması halinde işçinin ileri sürdüğü fesih nedenini ispatlayıp ispatlayamaması önem taşımaz. O halde, İş Kanunu'nun 20.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin, işverenin feshin geçerli bir nedene dayandığını ispata yarar deliller göstermesi halinde, feshin başka bir nedene dayandığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispatlaması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır⁸⁰⁹. Örneğin işçinin feshin sendikal nedene dayandığını yönündeki iddiasını ispatlayamaması halinde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmeyecek, işverenden geçerli nedeni ispat etmesi beklenecektir. Nitekim Yargıtay, işçinin sendikal fesih iddiasını ispatlayamadığı bir olayda, feshin geçerli nedene dayandığı işverence ispat edilemediğinden işçinin işe iade talebini kabul etmiştir⁸¹⁰.

Fesih nedeninin ispatı hususunda ispat yükünün davalı işverende olması, iş güvencesi sisteminin bir sonucudur. Nitekim iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçi, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat yükü altındayken, işçi iş güvencesi

⁸⁰⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 296.

⁸¹⁰ Y9HD., 2018/1473 E., 2018/20133 K., 08.11.2018 T.: “Somut uyuşmazlıkta davacının iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshettiğini ispat yükü kendisinde olan davalı işveren kanıtlayamadığından, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir. Bu nedenle davalı tarafın bu yöne ilişkin temyizi yerinde değildir. Ancak fesih sendikal nedene dayandığı yönünde yapılan değerlendirme dosya içeriğine uygun olmadığından davalının bu yöndeki temyizi yerinde bulunmuştur.” Benzer nitelikte karar için bkz. Y9HD., 2006/14801 E., 2006/17539 K., 19.06.2006 T.

hükümleri kapsamında ise iş sözleşmesinin feshinde işveren geçerli bir nedene dayandığını ispatlamak zorundadır⁸¹¹.

İşveren, feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü altında olduğu gibi fesihte tutarlı davrandığını da ispatlamalıdır. İşverenin bir yandan işçinin iş sözleşmesini istihdam fazlalığı gerekçesiyle feshederken diğer yandan işçi ile aynı veya benzer işi yapan başka işçilerin işe alınması gibi çelişkili uygulamalarda bulunması işverenin fesihte tutarlı davranmadığına işarettir. Anılan örnekte işveren, davacı işçinin iş sözleşmesini feshederken fesihden önce veya sonra başka işçi alımı yapmasının objektif olarak geçerli bir nedeni bulunduğunu ispatlayamazsa feshin geçersizliği sonucu doğacaktır⁸¹².

Buna karşılık Yargıtay, işverenin fesihte keyfi davrandığını ispat yükünün işçi üzerinde olduğunu kabul etmektedir⁸¹³. İşçi, işverence işletmesel karar ile iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürüyorsa, işletmesel kararın objektif gereklere göre değil işverenin keyfi tutumuna göre belirlendiğini ispatlamak durumundadır⁸¹⁴.

Ş. Geçerli Fesihte Usul

İşverence iş sözleşmesinin feshi sırasında uyulması gereken usul kuralları İş Kanunu'nun 19.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek; işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle ilişkin olarak işçinin savunmasını almak zorundadır. Yine, öğretide, işçinin davranışı veya yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinden önce uyarılması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹⁵.

⁸¹¹ Süzek, 659.

⁸¹² Kar, 432.

⁸¹³ Y9HD., 2019/881 E., 2019/10723 K., 13.05.2019 T.

⁸¹⁴ Kar, 433.

⁸¹⁵ Süzek, 644.

a. Uyarı

İşveren, işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle işyerinin düzenini bozduğu ya da iş görme edimini gereği gibi yerine getiremediği hallerde iş sözleşmesini feshetmeden önce uyarıda bulunmak, davranışlarını düzeltmesi veya yetersizliğini giderebilmesi için makul bir süre tanımalıdır. Ancak, işverenin uyarı zorunluluğunun işçinin giderebileceği işyerine geç gelmesi, diğer işçilerle uzun sohbetlerde bulunması, işi eksik veya hatalı olarak yapması gibi davranış bozukluğu veya yetersizliğine ilişkin olmalıdır⁸¹⁶.

b. İşçinin Savunmasının Alınması

İş Kanunu'nun 19.maddesinin ikinci fıkrası işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden önce savunmasının alınması zorunluluğunu yalnızca işçinin davranışı veya verimsiz çalışması hallerine hasretmiş; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklı olan işçinin kişiliği dışındaki fesih nedenlerinin bulunması halinde işçinin savunmasının alınmasına gerek görülmemiştir.

Kanun, işçinin savunmasının alınmasında şekil şartı öngörmemiştir. İşçinin savunması sözlü olarak alınabilecekse de yazılı olarak alınması uyumsuzluk halinde ispat kolaylığı sağlar⁸¹⁷.

Yargıtay'a göre, işverence feshe dayanak olarak görülen davranış veya verimsizliği işçiye açıkça açıklanmalı, savunma için belirlenen gün ve saatte savunma vermek için hazır bulunmaması ve yazılı savunma da vermemesi halinde savunma vermektan vazgeçmiş sayılacağıın işçiye hatırlatılması gerekir⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Süzek, 645.

⁸¹⁷ Süzek, 648. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 290.

⁸¹⁸ Y9HD., 2017/20991 E., 2018/4199 K., 26.02.2018 T.

Kanunda iş güvencesi hükümlerine tabi olan işçinin savunmasının alınması zorunlu görüldüğünden, işçinin davranışları veya verimsizliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde savunmasının alınmamış olması, dayanılan neden geçerli neden olarak kabul edilebilecek nitelikte olsa dahi feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır⁸¹⁹. İşverenin fesih bildirimi sırasında veya fesihten sonra işçiden savunma istemesi feshi geçersiz hale getirir; işveren, fesihten önce işçiye kendisini savunma hakkı tanınmalıdır⁸²⁰.

Yukarıda anlatıldığı üzere iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilmesi halinde işçinin önceden savunmasının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Yargıtay, işverence iş sözleşmesi haklı fesih nedenine dayalı olarak feshedilmekle birlikte, mahkemece işverenin dayandığı nedenin haklı değil geçerli fesih nedeni teşkil ettiği sabit görülürse, bu durumda işçinin savunmasının alınmamış olmasının feshin geçerliliğini ortadan kaldırmayacağı görüşündedir⁸²¹.

c. Feshin Yapılma Süresi

İş Kanunu'nun 26.maddesinde düzenlenen alt iş günü ve bir yıllık derhal fesih hakkını kullanma süresi, geçerli fesih nedenleri için öngörülmemiştir. Kanunda, işverenin geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren kaç günlük süre için fesih hakkını kullanabileceği belirtilmemiştir. Ancak fesih hakkının, fesih nedeninin ortaya çıkmasından uzun bir süre geçtikten sonra kullanılamayacağı, fesih nedeninin ortaya

⁸¹⁹ Süzek, 648; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 220; Kar, 136; Y9HD., 2017/24063 E., 2018/8966 K., 18.04.2018 T.: “*fesih öncesi davacının savunmasının alındığına dair bir delil bulunmamaktadır. Nitekim davalı bankanın 23.08.2016 tarih 34103/2488 Sayılı yazısında açıkça fesih öncesi davacının savunmasının alınmadığı bildirilmiştir. 4857 Sayılı Kanun'un 19/2. maddesine göre davranışlarına dayalı geçerli fesihten önce işçinin savunmasının alınması şarttır. Savunma alınmadan yapılan fesih salt bu sebeple geçersizdir. Buna göre feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.*”

⁸²⁰ Kar, 136.

⁸²¹ Y9HD., 2017/24792 E., 2018/9808 K., 03.05.2018 T.: “*fesihten önce davacının savunması alınmadığından feshin geçersiz olduğuna karar verilmiş ise de Dairemiz uygulaması, işverenin haklı fesih prosedürünü işlettiği durumlar için fesih nedeninin haklı olmayıp geçerli olduğu durumlarda salt savunma alınmamasının geçerliliği ortadan kaldırmayacağı şeklindedir.*”

çıkmasından itibaren makul bir süre içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi gerektiği, aksi halde feshin geçersiz hale geleceği öğretisi ve uygulamada kabul edilmiştir⁸²².

d. Fesih Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılması

İş Kanunu'nun 19.maddesi, işverence iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesi geçerli nedene dayanarak feshedilmek isteniyorsa fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir. Kanunda zorunluluk öngörüldüğünden, fesih bildiriminin yazılı olması bir geçerlilik şartı olup⁸²³, işçiye sözlü fesih bildiriminde bulunulması fesih nedenine bakılmaksızın feshi geçersiz hale getirir.

İş Kanunu'nun 109.maddesine göre işçi, kendisine yazılı olarak yapılan fesih bildirimini imza karşılığı tebliğ almaktan imtina ederse, bu durumun işverence bir tutanakla tespit edilmesi gerekir⁸²⁴.

e. Fesih Nedeninin Bildirilmesi

Kanun, işverenin işçiye fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde bildirilmesini geçerlilik koşulu olarak düzenlemiştir (İK m.19/1). İşçinin feshe neden olan davranışı, yetersizliği veya işletme gereği muğlak ifadelerle değil, tam olarak açık bir şekilde işçiye açıklanmalıdır. Böylece, işçi feshe konu edilen nedenle ilgili bir değerlendirme yapabilecek; örneğin fesih nedenine göre işe iade davası açıp açmayacağına karar verebilecektir. Ayrıca, bu şekilde işveren işçiye bildirdiği fesih nedeni ile bağlı olacak; fesih nedenini sonradan değiştiremeyecektir⁸²⁵.

⁸²² Süzek, 645; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 291; Kar, 128; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 121; Y9HD., 2016/6122 E., 2019/15301 K., 09.09.2019 T.

⁸²³ Süzek, 646; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 289; Kar, 121; Çil, Yargıtay Uygulamaları, 209.

⁸²⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 220.

⁸²⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 219; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 289; Bedük, 690; Demir, 306.

İşçinin savunmasının alınmasında olduğu gibi, işverence iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25.maddesinde sayılan haklı nedenlerden birine dayanılarak feshedilmiş ancak mahkemece feshin geçerli nedene dayandığı tespit edilirse, fesih nedeninin işçiye açık ve kesin olarak bildirilmemiş olması ve fesih bildiriminin yazılı olarak yapılmamış olması feshi geçersiz hale getirmez. Böyle bir durumda İş Kanunu'nun 19.maddesindeki usule uymak zorunda değildir⁸²⁶.

T. Bildirilen Fesih Nedeniyle Bağlılık

İş Kanunu'nun 19.maddesi, iş güvencesine tabi işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli nedenle feshinde fesih nedeninin işçiye açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğunu; Kanunun 21.maddesi ise işverence gösterilen nedenin geçerli olmaması ile birlikte herhangi bir geçerli neden gösterilmemesinin de feshin geçersizliği sonucuna yol açacağını öngörmüştür. Buna göre, Kanunun amacının taraflardan birinin iş sözleşmesini feshinde karşı tarafa bir fesih nedeni bildirmesi ve bu fesih nedeniyle bağlı olması olduğu söylenebilir. Nitekim 19.maddede yer alan “kesin” ibaresi, fesih nedeninin sonradan değiştirilememesi gerektiği şeklinde yorumlanabilir⁸²⁷.

Taraflardan biri, iş sözleşmesini feshederken karşı tarafa bildirdiği fesih nedenini sonradan değiştiremeyeceği gibi yeni bir fesih nedeni ekleyemez. İş sözleşmesinin feshi sırasında birden fazla fesih nedeni bulunan taraf, bu nedenlerin tamamını feshi nedeni olarak bildirmesine engel bulunmamakla birlikte, bu nedenlerden sadece birini fesih nedeni olarak bildirmişse, daha sonradan bildirmediği diğer fesih nedenlerine dayanamayacaktır⁸²⁸. Sonradan birden fazla fesih nedeni bildirilmiş olsa dahi, feshin haklı ya da geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının tespitinde yalnızca

⁸²⁶ Süzek, 754.

⁸²⁷ Baycık, 116.

⁸²⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 222 ve 289.

fesih anında bildirilen neden dikkate alınacaktır⁸²⁹. Kısaca, iş sözleşmesinin fesheden taraf, fesih anında bildirdiği fesih nedeniyle bağlı olup, fesih nedeninde daha sonradan değişiklik yapamayacağı gibi yeni bir nedene daha dayanamaz⁸³⁰.

U. Alt İşveren İlişkisinde Muvazaanın İspatı

1.Genel Olarak

Alt işverenlik, İş Kanunu'nun 2.maddesinin 6.ve devamı fıkralarında düzenlenmiştir. Alt işverenliğin Kanunun 2/6.maddesinde yapılan tanımına göre: “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”

Alt işveren ilişkisinin kurulmuş olması asıl işverenle alt işveren işçileri arasında bir sözleşme ilişkisi doğurmaz. Alt işveren işçileri, alt işverene bağlı olarak, onun iş organizasyonu kapsamında çalışır ve ücretleri alt işveren tarafından ödenir⁸³¹. Bununla birlikte asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır (İK m.2/6-son cümle).

⁸²⁹ Baycık, 122; Kar, 124.

⁸³⁰ Özdemir, 330; YHGK., 2015/22-3411 E., 2019/590 E., 21.05.2019 T.; Y22HD., 2012/16964 E., 2013/5963 K., 21.03.2013 T.; Y9HD., 2010/13196 E., 2012/20042 K., 11.06.2012 T.

⁸³¹ Süzek, 164.

2. Alt İşverenliğin Koşulları

Asıl işveren- alt işveren ilişkisinde muvazaa olgusunun tespiti için öncelikle kısaca alt işverenliğin varlığı için gerekli koşullara değinilmesi gerekmektedir.

a. İşverenlik Sıfatının Bulunması

Geçerli bir asıl işveren- alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için öncelikle her iki tarafta da alt işveren ilişkisinin kurulduğu sırada ve ilişkinin devamı boyunca işveren sıfatının bulunması⁸³²; diğer bir deyişle alt işverene işin verildiği işyerinde asıl işverene bağlı olarak çalışan işçilerin de bulunması gerekir. Aksi hal, işin tamamının bir başkasına yaptırılması anlamına gelecektir ki bu durumda kişi alt işveren değil işveren konumunda olacak ve alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir⁸³³.

b. İşin Asıl İşverenin İşyerinde Görülmesi

Her ne kadar alt işverenin iş aldığı yer ayrı bir işyeri olarak kabul edilecekse de⁸³⁴ alt işverenliğin varlığının kabulü için alt işverene verilen işin asıl işverene ait işyerinde görülmesi gerekir. Ancak işyeri kavramı dar yorumlanmamalı, İş Kanunu'nun 2/2.maddesinde belirtilen yerlerin işyerinden sayıldıkları ve Kanunun 2/3.maddesi uyarınca işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu dikkate alınarak alt işverene verilen işin asıl işverenin işyerinde görülüp görülmediği belirlenmelidir. Örneğin, asıl işverenin işyerine hammadde getirilip götürülmesi işinin bir başka işveren tarafından görülmesinin diğer koşullarının da bulunması şartıyla alt işverenlik ilişkisini doğuracağı

⁸³² Aykaç, 59.

⁸³³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 58; Aykaç, 54.

⁸³⁴ Süzek, 173.

kabul edilmelidir. Zira burada yapılan taşıma işinde kullanılan araçlar da İş Kanunu'nun 2/2.maddesi anlamında işyerinden sayılacaktır⁸³⁵. Yargıtay da, bir kararında, yardımcı iş niteliğindeki taşıma işine ilişkin olarak kurulan alt işverenlik ilişkisinde işin işyerine bağlı eklentilerde yapıldığının kabulü gerektiğine, aracın alt işverene ait olmasının sonucu değiştirmeyeceğine hükmetmiştir⁸³⁶.

c. Alt İşveren İşçilerinin Yalnızca Asıl İşverene Ait İşyerinde Çalıştırılması

İki işveren arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu kabulü için gerekli bir diğer koşul alt işveren nezdinde çalışan işçilerin yalnızca asıl işverene ait işyerinde iş görmeleri, başka bir işyerinde çalıştırılmamasıdır. Alt işverene bağımlı olarak çalışan işçilerin münhasıran asıl işverene ait işyerinde çalışıp çalışmadığı tespit edilmeli; işçilerin başka işyerlerinde de çalıştığının tespit edilmesi halinde işverenler arasında asıl-alt işveren ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir⁸³⁷. Ancak bu koşul, alt işverenin hiçbir işçisini başka işyerlerinde çalıştıramayacağı olarak anlaşılmamalıdır. Anlaşılması gereken, asıl işverene ait işyerinde çalışan işçilerin başka işyerlerinde çalıştırılmamasıdır⁸³⁸. Asıl işverene ait işyerinde çalışmayan alt işverene bağlı işçiler başka işyerlerinde çalıştırılabilir, bu durum alt işveren ilişkisini geçersiz hale getirmez.

d. İşin Niteliği

Alt işverence asıl işverenin işyerinde alınan işin niteliğinin İş Kanunu'nun 2/6.maddesinde sayılan nitelikleri haiz olması, işverenler arasındaki ilişkinin asıl-alt

⁸³⁵ Aykaç, 81.

⁸³⁶ Y9HD., 2011/5359 E., 2011/33287 K., 26.09.2011 T.

⁸³⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 61; Y9HD., 2015/2687 E., 2016/11758 K., 11.05.2016 T.: “Gerekirse işyerinde keşif yapılarak; asıl işverenin yardımcı işi niteliğindeki çamaşır yıkama-kurutma ve dağıtım işinin toplama ve dağıtım kısmında çalışan davacının münhasıran asıl işverene hizmet verip vermediği, tüm mesaisini Üniversiteye hasredip hasretmediği, tüm hizmet süresinin Üniversitede geçip geçmediği araştırılarak sonuca göre davacının münhasıran Üniversiteye iş görme edimini yerine getirdiği anlaşıldığı taktirde asıl-alt işveren ilişkisinin varlığı kabul edilerek...”

⁸³⁸ Süzek, 171; Aykaç, 153.

işveren ilişkisi olduğunun kabulü için zorunludur. Buna göre, ilk olarak, alt işverene verilen işin, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olması gerekir. İşyerinde görülen işle ilgisi bulunmayan, örneğin işyerinde yeni bir binanın yapımına, tesisatın onarımına ilişkin işlerin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimi ile ilişkin olmaması nedeniyle işverenler arasında asıl-alt işveren ilişkisi kurulmuş sayılmaz⁸³⁹.

Alt işverence yapılan işin, asıl işe yardımcı iş niteliğinde olması veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir.

Asıl işten anlaşılması gereken, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3.maddesinde tanımı yapıldığı üzere, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş yani işin teknik amacından hareketle⁸⁴⁰ işyerinde görülen faaliyet neticesinde ortaya çıkarılması hedeflenen mal veya hizmettir. Yine, aynı yönetmeliğe göre yardımcı iş ise işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi ifade eder. O halde, işyerinde görülen asıl işin bir parçası olmayan ancak ürün ya da hammadde nakliyesi gibi işin görülmesini kolaylaştıran veya temizlik, yemek, güvenlik gibi işyeri düzenini sağlamak amacıyla yapılan, işler yardımcı işlerdir⁸⁴¹. Belirtilmelidir ki, yardımcı işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekmez; yardımcı işlerde alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için bir sınırlama öngörülmemiştir⁸⁴².

Yardımcı işlerin yanında, asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler de alt işveren tarafından görülebilecektir. İşin niteliğinde “işletmenin ve işin gereği” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık

⁸³⁹ Süzek, 166; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 58.

⁸⁴⁰ Aykaç, 87.

⁸⁴¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 66; Y9HD., 2012/14629 E., 2014/15105 K., 08.05.2014 T.

⁸⁴² Süzek, 167; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 66.

gerektilen” unsurlarına ilişkin olarak, bu unsurların birlikte mi aranacağı yoksa unsurlardan birinin varlığının alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için yeterli mi olacağı noktasında Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Maddede geçen “ile” bağlacının ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüş, maddedeki “ile” bağlacının “veya” olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır; bu görüşe göre alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği olması ya da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi yeterli olacak, her iki koşulun birlikte sağlanması gerekmeyecektir⁸⁴³. Buna karşılık, kanaatimizce, Kanunun lafzından, her iki koşulun varlığının birlikte arandığı anlaşılmalıdır. Buna göre alt işverene verilecek olan iş, hem işletmenin ve işin gereği olmalı hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmelidir⁸⁴⁴. Kanunun bu şekilde yorumlanması, alt işverenlik kurumunun uygulamada kötüye kullanıldığı ve birçok muvazaalı işleme konu edildiği dikkate alındığında günümüzün sosyolojik koşullarına da uygun olacaktır⁸⁴⁵. Yargıtay da, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için bu iki şartın birlikte aranması gerektiği görüşündedir⁸⁴⁶.

Mahkemece, alt işverenlik ilişkisinin İş Kanunu’nun 2/6.maddesinde belirtilen koşulları taşıyıp taşımadığının; işin asıl iş mi yardımcı iş mi olduğunun, işletmenin ve işin gereği ve teknolojik nedenlerin bulunup bulunmadığının, işin uzmanlık gerektirip gerektirmediğinin gerekirse keşif ve bilirkişi incelemesi yoluyla tespit edilmelidir⁸⁴⁷.

3. Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa ve İspatı

Muvazaa, kişilerin aslında yapmak istemedikleri bir işlemi yapmış gibi göstermeleri ancak herhangi bir işlem yapmamak veya görünenden farklı bir işlem

⁸⁴³ Astarlı/Mollamahmutoğlu/Baysal, 42.

⁸⁴⁴ Aynı görüşte Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 62; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 36; Aykaç, 130.

⁸⁴⁵ Süzek, 170; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 37.

⁸⁴⁶ Y9HD., 2020/6253 E., 2020/10858 K., 07.10.2020 T.

⁸⁴⁷ Y9HD., 2016/23899 E., 2020/19397 K., 21.12.2020 T.

yapmak suretiyle, görünen işlemde fayda sağlamaya çalışmaları olarak tanımlanabilir. Muvazaanın tespiti halinde, görünen ancak tarafların iradelerine uygun olmayan işlem yerine gizlenen ve asıl iradenin yöneldiği işleme değeri verilir⁸⁴⁸.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3.maddesinde de muvazaanın tanımı yapılmıştır. Yönetmelikte yapılan tanıma göre muvazaa: “1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini, 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini, 3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini, 4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri ihtiva eden sözleşme”dir.

İşverenlerin, maliyetleri düşürme, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin yükümlülüklerden kaçınma, işçilerin toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmasını engelleme gibi amaçlarla muvazaalı işlemler yaptıklarına ilişkin uyumsuzluklara sıklıkla rastlanmaktadır⁸⁴⁹. Alt işverenlikte muvazaa yoluyla amaçlanan, görünürdeki işlem olan alt işverenlik ilişkisi kurularak bir yardımcı işin ya da işletmenin ve işin gereği olan ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi değil; işçilerin asıl işverene ait işyerinde asıl işverene bağlı olarak iş görmelerinin sağlamaktır⁸⁵⁰.

İş Kanunu, muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin yaptırımını alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması olarak öngörmüştür (İK m.2/7). Kanunun 2/7.maddesinde asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanması ve daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması hallerinde alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu kabul edileceği belirtilmiş ise de fıkranın devamında

⁸⁴⁸ Aykaç, 353.

⁸⁴⁹ Sözek, 176.

⁸⁵⁰ Aykaç, 354.

“genel olarak” ifadesine yer verilmiş olmasından da hareketle, muvazaa hallerinin yalnızca fıkra da sayılanlarla sınırlı olmadığı, fıkra da sayılan haller dışındaki muvazaalı işlemlerin de alt işveren işçilerinin başından itibaren asıl işveren işçisi sayılması sonucunu doğuracağı kabul edilmelidir.

İş Kanunu’nun 2/7.maddesinde alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun kabul edileceği ilk hal “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması”dır. Burada, muvazaaya işaret eden durum olarak asıl işveren işçilerinin alt işveren yanında çalıştırılmaya devam ettirilmesi değil; alt işveren yanında çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanmasıdır. Bir diğer deyişle, işçilerin asıl işveren nezdinde çalıştıkları sırada sahip oldukları hak ve çalışma koşullarının aynı kalmak veya iyileştirilmek suretiyle alt işveren yanında çalıştırılmaya devam ettirilmeleri bu hüküm kapsamına girmez⁸⁵¹; bunun yanında işçilerin alt işveren yanında çalıştırılmaya devam ettirilmeleri halde hakları korunsun ya da iyileştirilse dahi burada da bir muvazaa olduğu iddia ve ispat edilebilir. İşçinin ücret, prim ya da ikramiye gibi mali haklarında ya da çalışma saatleri, dinlenme süresi, yol ve yemeğin işveren tarafından karşılanıp karşılanmaması gibi çalışma şartlarında işçi aleyhine sayılabilecek her türlü değişiklik, somut olaya göre hakim tarafından değerlendirilmek üzere, işçinin haklarının kısıtlanması olarak kabul edilebilecektir⁸⁵².

İş Kanunu’nun 2/7.maddesinde alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı kabul edilebileceği diğer bir hal olarak daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması öngörülmüştür. Buna göre, işverenin, kendisinin yanında çalışan bir işçi ile alt işverenlik ilişkisi içinde bulunması halinde söz konusu alt işverenlik ilişkisi muvazaalı kabul edilecektir.

⁸⁵¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 79.

⁸⁵² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 80.

Öğretide, İş Kanunu'nun 2/7.maddesinde sayılan hallerin mutlak bir yasak anlamı mı taşıdığı yoksa adi kanuni bir karine mi olduğu hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir diğer deyişle, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlandığı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulduğu her halde alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı kabul edilip edilemeyeceği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır.

Kanunda belirtilen hallerin mutlak birer yasak olduğu yönündeki görüşe göre asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlandığı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulduğu her hal, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu gösterecektir⁸⁵³. Bu görüşe göre, işveren, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu ispatlayamayacaktır, Kanunda herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Söz konusu hallerde, muvazaa olup olmamasına bakılmaksızın işçi, asıl işveren işçisi olarak kabul edilecektir.

Kanaatimizce, İş Kanunu'nun 2/7.maddesinde öngörülen ve varlığının alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun kabul edilerek işçilerin asıl işveren işçisi sayılmasını gerektirecek haller adi kanuni bir karine olarak öngörülmüştür⁸⁵⁴. Aksinin kabulü, sözleşme özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurabilecektir. Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere Kanunda öngörülen hallerin varlığı halinde muvazaa olup olmadığına bakılmaksızın işçinin asıl işveren işçisi olarak kabulünün gerektiğinin savunan görüşler bulunsa da; Kanunda, öngörülen hallerin söz konusu olması alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edileceği belirtilmiş olup; işlemin muvazaalı olup olmaması değerlendirilmeyecek olsa idi, Kanunkoyucu tarafından “muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek” ifadesine yer verilmeksizin söz konusu hallerin varlığının doğrudan işçilerin asıl işveren işçisi sayılması yaptırımına tabi tutulacağı

⁸⁵³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 79-80; Aykaç, 364 ve 380.

⁸⁵⁴ Süzek, 179; Özdemir, 78.

öngörülebilirdi. Kanunkoyucu, bu halleri alt işverenlik ilişkisinde muvazaa bulunduğu karine olarak öngörmüş olup; işçilerin alt işveren yanında çalıştırılarak haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulması hallerinde dahi muvazaa bulunmadığı, bir diğer deyişle asıl işveren ile alt işveren arasında sözkonusu hallerin varlığında dahi amaçlananın üçüncü kişilerin aldatılarak görünürde bir işlem oluşturulmasının amaçlanmadığı ispat olunacak olursa muvazaalı alt işverenlik ilişkisine bağlanan yaptırımın uygulanmasının önüne geçilecektir. Aksinin kabulü, işverenin ispat hakkının da sınırlandırılması anlamına gelecektir.

Yargıtay da, İş Kanunu'nun 2/7.maddesinde sayılan hallerin adi kanuni karine olarak öngörüldüğünü ve aksinin ispatlanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir⁸⁵⁵.

İş Kanunu'nun 2/7.maddesinin son cümlesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği öngörülmüştür. Böyle bir durumda da alt işverenlik ilişkisi muvazaalı kabul edilerek işçi, baştan itibaren asıl işveren işçisi olarak sayılacaktır. Bu hükmün sözkonusu olabilmesi için işin niteliği gereği bölünebilen bir iş olması gerekir. İş, niteliği gereği bölünemiyorsa zaten işin bir kısmı alt işverene verilemeyecektir. Buna karşılık iş bölünebiliyor ve aşamalardan oluşuyorsa, bu işin işletmenin ve işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren kısmı bölünerek alt işverene verilebilir⁸⁵⁶. Dikkat edilecek olursa, iş bölünebilir bir iş olsa dahi işletmenin ve işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş değilse bölünerek alt işverene verilemez.

İş, niteliği gereği bölünebilecek bir iş olup işletmenin ve işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren kısmının alt işverene verilecek olması

⁸⁵⁵ Y9HD., 2016/23899 E., 2020/19397 K., 21.12.2020 T.; Y22HD., 2020/1714 E., 2020/8875 K., 07.07.2020 T.

⁸⁵⁶ Süzek, 180.

halinde, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere⁸⁵⁷, bölünen kısımda alt işveren işçileriyle birlikte asıl işveren işçileri de çalıştırılmayacaktır. Zira, koordinasyonun sağlanması amacının dışında, bölünen ve alt işverene verilen işte asıl işveren işçilerinin de çalışması, işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı noktasında ciddi bir delil olacaktır. Öğretide, asıl işin bölünmek suretiyle bir başka işverene verilemeyeceği yönündeki düzenlemenin amacının aynı bölümde alt işveren işçileri ile birlikte asıl işveren işçilerinin birlikte çalışmasının işçiler arasında ve dolayısıyla işyerinde sorunlar çıkarma ihtimali olduğu savunulsa da⁸⁵⁸, işyerinde çalışma düzeni ve barışın sağlanması işverenin sorumluluğunda olup, Kanunkoyucunun böyle bir amaç taşımayacağı, asıl işin bölünerek alt işverene verilememesinin amacının aynı fıkra da öngörülen diğer sınırlamalar gibi değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının Mahkemece re'sen araştırılması gerektiği yönünde Yargıtay kararları bulunsa da⁸⁵⁹, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkimin iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağına ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamayacağına dair 25.maddesi uyarınca, asıl-alt işverenliğin muvazaaya dayanıp dayanmadığını re'sen araştıramayacağı görüşündeyiz. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da tarafların muvazaa iddiasında bulunmaması halinde Mahkemece bu hususta re'sen araştırma yapılamayacağına hükmetmiştir⁸⁶⁰.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu ispat yükü, İş Kanunu'nun 2/7.maddesinde öngörülen durumlar ayırık tutulursa, bunu ileri süren işçinin üzerinde olacak; işçi, bu iddiasını her türlü delille ispatlayabilecektir⁸⁶¹. İş Kanunu'nun

⁸⁵⁷ Madde gerekçesinin ilgili kısmı: "Diğer yandan bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin "bir bölümünde" iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence, diğer kısmının alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır."

⁸⁵⁸ Süzek, 181; Aykaç, 392.

⁸⁵⁹ Y22HD., 2016/1709 E., 2016/2919 K., 09.02.2016 T.

⁸⁶⁰ YHGK., 2015/22-967 E., 2017/426 K., 08.03.2017 T.

⁸⁶¹ Aykaç, 355; Özdemir, 78.

2/7.maddesinde belirtilen haller ise kanuni karine niteliğinde olduğundan işçinin sadece karine temelini yani asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlandığını ya da daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulduğunu ispatlaması halinde ayrıca ilişkinin muvazaalı olduğunu ispatlamasına gerek kalmayacaktır. Bu halde, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmadığını kanuni karinenin aksini ispatlayabilir (HMK m.190/2).

Yargıtay'ın, alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespitinde delil olabilecek bazı kabulleri bulunmaktadır. Buna göre, işçinin asıl işverenle alt işveren arasındaki sözleşmeye konu işten başka bir işte çalışması⁸⁶², işçinin alt işverenler değişmesine rağmen aynı asıl işveren nezdinde çalışmaya devam etmesi⁸⁶³, işçinin ücretinin asıl işveren tarafından ödenmesi ve işin görülmesinin asıl işverenin emir ve talimatları altında gerçekleşmesi⁸⁶⁴, işe alınacak ve işten çıkarılacak işçilerin asıl işveren tarafından belirlenmesi⁸⁶⁵ gibi durumları asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna işaret kabul edilmektedir.

⁸⁶² Y9HD., 2012/6638 E., 2014/11489 K., 07.04.2014 T.

⁸⁶³ Y22HD., 2017/22291 E., 2019/10474 K., 13.05.2019 T.

⁸⁶⁴ YHGK., 2017/7-2134 E., 2018/2001 K., 20.12.2018 T.

⁸⁶⁵ Y9HD., 2018/617 E., 2018/2730 K., 14.02.2018 T.

SONUÇ

Çoğunlukla taraflar arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ve işçinin başvurusuyla davalara konu olan işçi-işveren uyuşmazlıkları, hukukumuzda öncelikle ihtiyari olarak öngörülen ve halihazırda birçok dava türünde zorunlu hale getirilen arabuluculuk yolundan başlayarak devamında ilk derece mahkemelerinde görülmekte ve sonrasında istinaf ve Yargıtay aşamaları ile son bulmaktadır. İşçi işveren uyuşmazlıkları, başlangıcından sona ermesine kadar genel yargılama usulünden birçok farklılık barındırmaktadır. Bunun temelinde ise 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan ayrılan hükümleri, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri ile yargılamaya hakim olan birtakım temel esasların Yargıtay içtihatları ile belirlenmiş olmasıdır.

25.10.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3.maddesine göre, işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talepli davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmuş olması gerekir. 7036 sayılı Kanunun 3.maddesinin ikinci fıkrası ile işçi-işveren uyuşmazlıklarında yargılama sürecine başlanmadan önce başvurulması gereken arabuluculuk dava şartı haline getirilerek bu yol tüketilmeden dava açılması halinde davanın usulden reddine karar verileceği öngörülmüştür. Bu anlamda, arabuluculuk yoluna başvurulmaksızın dava açılması ile, özellikle işe iade talepli uyuşmazlıklarda başvuru süresinin kaçırılması ve dolayısıyla hak kayıplarının yaşanması sonuçlarına kadar ulaşılabileninden, öncelikle bu yola başvurulması ya da işe iade talepli uyuşmazlıklarda doğrudan dava açılmış olması halinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/1.maddesi uyarınca ret kararının tebliğinden itibaren 2 haftalık süre içinde arabuluculuk yoluna başvurulması gerekmektedir.

Arabuluculuk sürecinin sonunda tarafların anlaşma sağlayamaması halinde anlaşamamaya ilişkin son tutanakla birlikte dava açılabilir. Böylelikle işçi işveren uyuşmazlıklarında yargılama sürecine geçilmiş olacaktır.

Hukuk yargılamasında ceza yargılamasından farklı olarak ulaşılmaya çalışılan maddi gerçeklik olmaması ve buradan hareketle re'sen araştırma ilkesi yerine 6100 sayılı HMK'nın 25.maddesinde yer aldığı üzere taraflarca getirilme ilkesinin yargılama hukukuna hakim olması birlikte değerlendirildiğinde tarafların iddia ve savunmalarını destekleyecek delilleri ortaya koyması davanın seyrini önemli ölçüde etkileyecektir. İşte bu noktada ispat yükü karşımıza çıkmaktadır.

İspat yükü, uyuşmazlık konusu bir vakıanın gerçekliğinin mahkemece kabul edilebilmesi için vakıaya ilişkin iddiayı ispat etmesi gereken tarafı işaret eder. Çekişmeli bir vakıanın ispat yükü üzerinde olan taraf, söz konusu vakıaya ilişkin iddia veya savunmasını destekleyecek deliller gösteremezse davada aleyhine doğacak sonuçlara katlanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190.maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi uyarınca ispat yükü, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece ileri sürülen vakıadan kendisine hak çıkaran tarafın üzerindedir.

Genel ispat kurallarından ayrı olarak, işçi işveren uyuşmazlıklarında işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkesinden hareketle işçi lehine bazı ispat kolaylıkları sağlanmıştır. İş ilişkisinin unsurlarından olan bağımlılık unsurunun ve işverene oranla maddi gücünün etkisiyle sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin söz konusu ekonomik ve kişisel bağımlılığı nedeniyle iş ilişkisinin devamı sırasında gerçeği yansıtmayan bordrolara imza atmak gibi daha sonra aleyhine sonuç doğurabilecek durumlar ortaya çıkabilmektedir. Yine, yıllara yayılabilen iş ilişkisinde meydana gelen vakıaların ispatının zorluğu işçi açısından hak kayıpları doğurabilmektedir.

İşçi yönünden oluşan ispat zorluğu bazı durumlarda yasal düzenlemelerle, bazı durumlarda ise Yargıtay içtihatları ile aşılmaya çalışılmaktadır. 4857 sayılı İş

Kanunu'nun 20.maddesi iş akdini fesheden işverenin feshin geçerli nedeninin bulunduğunu ispat yükü altında olması ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25/6.maddesindeki işçinin iş akdinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia etmesi halinde fesih nedenini işçinin değil işverenin ispat etmesi gerektiği yönündeki hükmü bu tür düzenlemelere örnek gösterilebilir. Aynı şekilde, YİBGK'nın 27.5.1958 Tarih 1957/15-5 E.-K. sayılı ilamına konu olduğu üzere, belirsizlik halinde kanun ve sözleşme hükümlerinin işçi lehine yorumlanması ilkesinin ispat kurallarına da sirayet ettiği Yargıtay içtihatlarından anlaşılmaktadır. Bunun yanında, işçinin gerçek ücret miktarının tespitinde emsal ücret araştırması yapılması, imzalı ücret bordrosunda fazla çalışma ücreti tahakkuku bulunmaması halinde işçinin fazla çalışma iddiasını yazılı delile rağmen her türlü delille ispatlayabilecek olması gibi ispat kolaylıkları ve 11 saati aşan çalışmalarda 1,5 saat ara dinlenmenin yapıldığı ya da uzun süreli çalışmalarda fazla çalışma ücreti alacağının yüksek çıkması halinde sürekli fazla çalışma iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi karineler genel hukuk yargılamasına hakim olan ispat kurallarından ayrı olarak Yargıtay içtihatları ile iş yargılamasında benimsenmiştir.

Sonuç olarak, işçinin işveren karşısındaki zayıf konumunun da etkisiyle ileri sürdüğü vakıaların ispatında yaşadığı zorluklar nedeniyle yasal düzenlemeler ve Yargıtay kararları ile bir kısım ispat kolaylıkları öngörülmesi doğru ise de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin yetersiz kaldığı noktalarda İş Mahkemeleri Kanunu'nda ispat kurallarına ilişkin düzenlemeler yapılarak yasal zemine kavuşturulmasının hem Yargıtay içtihatlarının da değişebildiği ve birbirinden farklılaşabildiği ve miktar itibarıyla birçok dosyanın kesinleştiği istinaf aşamasında bölge adliye mahkemelerinden farklı kararlarla sıklıkla karşılaşıldığı dikkate alındığında hukuki öngörülebilirlik açısından hem de yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçilmesi açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent;** Fazla Çalışma Alacakları ve 5953 sayılı Yasadan Doğan Alacağa İlişkin Hakkaniyet İndirimi, Çimento İşveren Dergisi, Cilt:28, Sayı:1, Ocak 2014, s.50-62 (Fazla Çalışma Alacakları)
- Akın, Levent;** İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2013, Cilt:27, Sayı:2, s.38-50 (Esaslı Değişiklik).
- Akın, Levent;** İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2018, C.32, S.1, s.8-13.
- Akın, Levent;** İşçilik Alacakları ve Belirsiz Alacak Davası, Çimento İşveren Dergisi, Sayı: 6, Cilt:26, Kasım 2012, s.22-30. (Belirsiz Alacak)
- Akın, Levent;** Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren Dergisi, Cilt:34, Sayı:3, Mayıs 2020, s.16-71 (Covid-19).
- Akkurt, Sinan Sami;** Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:2, 2008, s.13-64.
- Akyiğit, Ercan;** İş Hukuku, Seçkin Yayınları, 12. Basım, Ankara, 2018.
- Akyiğit, Ercan;** İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m.25/IV Üzerine Bir Deneme), Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sayı:16, s.53-62.
- Albayrak, Hakan;** Yaklaşık İspat, Doktora Tezi, 2012.
- Alp, Mustafa;** İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Yıl:1, Sayı:3, s.37-53.
- Alpagut, Gülsevil;** İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, Cilt:18, Sayı: 5, s.52-62.

- Astarlı**, Muhittin; 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, Sayı:38, s.40-53.
- Atıcı**, Cansu; Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Doktora Tezi, İzmir 2020.
- Aydın**, Ufuk, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2011, Sayı:23, s.22-36.
- Aykaç**, Hande Bahar; İş Hukukunda Alt İşveren, Doktora Tezi, 2010.
- Bakırcı**, Kadriye; İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötü Niyet Veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, s. 114-121.
- Baskan**, Ş. Esra; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2013, Sayı:12, s.315-341.
- Başözen**, Ahmet; Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde Yaklaşık İspat ve İhtimal Kavramı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, s. 653-694.
- Başterzi**, Süleyman; Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010, Sayı: 17, s. 175-198.
- Baycık**, Gaye; İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Cilt:55, Sayı:1, s.115-134.
- Baycık**, Gaye; İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın 2016 İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 7-355.

- Baysal**, Ulaş; Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, Sayı: 35, s.83-97.
- Bedük**, Mehmet Nusret; İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:27, Sayı:2, 2019, s.679-726.
- Bozkurt**, Argun; İş Yargılaması Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Canbolat**, Talat; Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Kamu-İş, 2013, s.250-320. (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/yargitaykarsemineri2011.pdf>)
- Çelik**, Nuri/ **Caniklioğlu**, Nurşen/ **Canbolat**, Talat; İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 29.Baskı, İstanbul, 2016.
- Çelik**, Nuri; İş Güvencesi-Kötü Niyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:10, 2006, s.1-6.
- Çiftçi Türkel, Pınar**; Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları, Doktora Tezi, 2016.
- Çil**, Şahin; 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 2, s.87-102.
- Çil**, Şahin; İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Ankara, 2020. (Yargıtay Uygulamaları).
- Çil**, Şahin; İş Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İMK Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (Arabuluculuk ve İMK).
- Çil**, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, s.57-79 (Fazla Çalışma).

- Çil, Şahin;** 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011, Sayı:21, s.66-85 (İbra Sözleşmeleri).
- Çoban, Nazlı;** Türk İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Demir, Ömer Faruk;** İşe İade Davasında Yargılama, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Cilt:22, Sayı:37, s.285-312.
- Demir Yüce, Özlem;** Vekalet Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut/Kaplan, Hasan Ali;** İş Hukuku, Beta Yayınları, 20.Baskı, İstanbul 2019.
- Doğan Yenisey, Kübra;** İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s.63-81.
- Doğan Yenisey, Kübra;** Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, s.93-116 (Çalışma Koşullarında Değişiklik).
- Doğan Yenisey, Kübra;** Şüphe Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008, Sayı:11, s.65-72 (Şüphe Feshi).
- Doğan, Gülmelahat;** Ayrımcılık Tazminat-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları), Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s.361-390.
- Doğan, Sevil;** İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Doktora Tezi, 2006.
- Ekin, Ali;** İş Hukuk Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, 2016, s.337-370.

- Ergin**, Murat; Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2003, Cilt:61, Sayı:1-2, s.313-326.
- Ergin**, Hediye; İşyerinde Çalışan Bir İşçinin Hepatit-B Hastalığına Yakalanması Nedeniyle Diğer İşçilerin İş Sözleşmelerini Derhal Fesih Hakkı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2015, Sayı:33, s.56-64.
- Ergin**, Hediye; İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, Sayı:38, s. 54-64 (İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı).
- Ergin**, Hediye; İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2015, Sayı:34, s.71-87 (Sataşma).
- Erkanlı**, Betül; Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Ertan**, Emre; İşçinin İşe Geç Gelmesinin Hukuki Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S:35, s.99-112.
- Eyrenci**, Öner/ **Taşkent**, Savaş/ **Ulucan**, Devrim; Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınları, 9.Baskı, İstanbul, 2019.
- Gerek**, Nüvit; İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih, Karatahta İş Yazıları Dergisi, 2015, Sayı:2, s.1-17.
- Gerek**, Hasan Nüvit; İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011, sayı:31, s.43-57. (İkale)
- Günay**, Cevdet İlhan; İşçinin Davranışlarından Kaynaklı Geçerli Fesih, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, s.60-76.
- Günay**, Cevdet İlhan; Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 20, Aralık 2010, s.28-50. (Yıllık Ücretli İzin Hakkı)

- Kar**, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Kar**, Bektaş; İş Yargılaması Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. (İş Yargılaması)
- Kayırgan**, Hasan; Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, Doktora Tezi, 2019.
- Keser**, Hakan; 4857 Sayılı İK. Ve 2821 Sayılı SK'nun 31 ini Maddesi Kapsamında İş Uyuşmazlıklarında Tarafların İspat Yükümlülükleri, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 2005, Sayı: 50, s.661-734.
- Kılıçoğlu**, Mustafa; İş Yargılamaları Usulü, Legal Kitapevi, İstanbul, 2011.
- Köseoğlu**, Ali Cengiz/ **Kabul**, Sibel; 4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2014, Cilt 72, Sayı 2, s.233-268.
- Kurşat**, Zekeriya; Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:67, Sayı:1-2, s.143-166.
- Kuru**, Baki; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Limoncuoğlu**, Alp; İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, 2013, s.547-571.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, Lykeion Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2019.
- Mülayim**, Baki Oğuz; Fazla Çalışmanın İspatlanması, İş ve Hayat Dergisi, 2019, Cilt 5, Sayı 9, s.130-161.
- Narmanlıoğlu**, Ünal; İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 17, 2010, s.27-44.

Narmanlioğlu, Ünal; İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler), Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, Sayı: 38, s.9-21 (Feshin Geçersizliği).

Narmanlioğlu, Ünal; İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3.Baskı, İstanbul, 2016 (Toplu İş İlişkileri).

Narmanlioğlu, Ünal; İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, Yıl:1, Sayı:3, s.9-19 (Çalışma Koşullarında Değişiklik).

Ocak, Uğur; Fazla Çalışma, Okyanus Kitap, Gaziantep, 2018.

Odaman, Serkan/Karaçöp, Eda; İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, Sayı:39, s.44-61.

Odaman, Serkan; Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009, s.77-83 (Ayrımcılık Tazminatı)

Odaman, Serkan; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.129-231. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/yargitaykarsemineri2011.pdf> (Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi).

Odaman, Serkan; İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları, web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/iscininisvereniyaniltmasi.doc (Erişim Tarihi: 10.01.2020) (İşçinin İşvereni Yanıltması).

Odaman, Serkan; İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında Birleştirilmenin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, s.108-114 (Altı Aylık Süre).

- Odaman**, Serkan; 4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin; Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, s.81-93.
- Okur**, Zeki; İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Prof.Dr.Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, s.587-600.
- Öktem Songu**, Sezgi; Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, Sayı:39, s.113-145.
- Özcan**, Durmuş; İş Güvencesi Tazminatı İle Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, s.116-124.
- Özdemir**, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yüğü ve Araçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- Özekes**, Muhammet; 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, Sayı:39, s.62-77.
- Öztekin**, Selçuk/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema/ **Kale**, Serdar; Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:149, s.77-152.
- Öztürk**, Mehmet Onat; İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, s. 217-242.
- Pekcanitez**, Hakan; Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:15, Özel S., 2013, s.933-968.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 2016.

- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Daire 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 2020, Sayı: 150, s.247-299. (7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme)
- Rüzgar**, Orhan/**Taş**, Yunus; İş Mahkemelerinin Görevi Ve Yargılama Usulü, Dora Yayınları, Bursa 2018.
- Simil**, Cemil; Belirsiz Alacak Davası, Doktora Tezi, 2012.
- Subaşı**, İbrahim; İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı İle Sendikal Tazminat İlişkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, s.183-200.
- Sur**, Melda; İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, sayı:37, s.33-51.
- Sümer**, Haluk Hadi; İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Sümer**, Haluk Hadi; İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, Sayı:8, s.66-73.
- Süzek**, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 12.Baskı, İstanbul, 2016.
- Süzek**, Sarper; İş İade Davalarında Yargı Kararı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2018, Sayı:40, s.11-20 (İşe İade).
- Süzek**, Sarper; İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2006, Sayı:12, s.24-38 (Eşit Davranma Borcu).
- Süzek**, Sarper; Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006, Cilt:1, Sayı:1, s.6-32 (Değişiklik Feshi).
- Şahlanan**, Fevzi; 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, Sayı:39, s.110-142.
- Tanrıver**, Süha; Belirsiz Alacak Davası ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2015, Sayı: 2, s.3-38.

- Taşkın**, Ahmet; Mobbing Davalarında İspat Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı:2, 2016, s.391-437.
- Tınaz**, Pınar; İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s.13-28.
- Tuncay**, Can; İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2011, s.5-127, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/yargitaykarsemineri2011.pdf> (erişim tarihi: 04.02.2020) (Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)
- Tuncay**, Can; Toplu İş Hukuku, Beta Yayınları, 3.Baskı, İstanbul, 2014 (Toplu İş Hukuku).
- Yavaş**, Murat; İşçi Alacaklar Yönünden Belirsiz Alacak Davasının Uygulanabilirliği, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s.365-376.
- Yavaş**, Murat; Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yüğü Kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, 2015, s. 741-761. (İspat Yüğü)
- Yılmaz**, Ejder; İşe İade Davalarında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s.45-52.
- Yuvalı**, Ertuğrul; Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:2, 2015, s.723-738.

ÖZET

İş davalarında yargılama süreci ve ispat kuralları, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan ayrılan hükümleri ve işçi lehine yorum ilkesi gibi iş hukukuna özgü kurumların etkisiyle genel hukuk yargılamasından farklılıklar barındırmaktadır. Bunun yanında, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile arabuluculuk yolu işçi-işveren alacak ve tazminatları ile işe iade talepli davalarda dava şartı haline getirilmiş ve Kanun ile iş yargılaması usulünde bir kısım değişiklikler öngörülmüştür. Getirilen değişiklikler uyarınca iş uyuşmazlıklarında yargılama sürecine başlanmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulacak; arabuluculuk görüşmelerinden sonuç alınamaması halinde dava açılabilir. Yargılama süreci başladığında ise gündeme gelecek ilk husus dava şartlarından olan görev ve yetki kurallarıdır. Sonrasında, genel ispat kurallarından farklı olarak, işçi alacağı ve tazminat ile işe iade talepli davalarda Yargıtay içtihatları ile belirlenen ispat kurallarına dikkat edilmesi gerekmektedir. İşte, bu tez kapsamında arabuluculuk yolundan başlamak üzere iş yargılamasında yargılama süreci ile bu sürece hakim olan ispat kurallarının bir bütün olarak ele alınması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargılama süreci, ispat kuralları, iş hukuku, arabuluculuk

ABSTRACT

Proceeding process and proof rules in labour cases contain differences from civil procedure with the effect of The Law no 7036 Labour Courts' provisions that different from The Law no.6100 Code Of Civil Procedure and principles that specific to labour law like principle of interpretation in favor of the employee. Besides this, on the Code of Labour Courts, mediation has become mandatory condition in re-employment, labour claims and compensation cases, some changes were made in labour proceeding procedure with this code. In accordance with these changes, mediation should be applied before the proceeding process in employee-employer disputes, if parties can not agree on mediation process they can sue after disagreement. Task and authorization rules will be examined firstly when proceeding process begins. Afterwards, different from proof rules of civil proceeding, proof rules must be remarked that determined from supreme court decisions on labour claims and compensation cases and specific to labour law. Finally, proceeding process of labour law with mediation and proof rules have been discussed as a whole, in this thesis.

Key Words: Proceeding Process, Proof Rules, Labour Law, Mediation