

Sayı: 388 • Ağustos-Eylül 2012

# TEKSTİL İŞVEREN

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI

Hukuk  
73





## İHBAR ÖNELİ VERİLEREK YAPILAN FESHİN GEÇERSİZLİĞİ SONRASI İŞE BAŞLATILMAYAN İŞÇİYE İHBAR TAZMİNATI ÖDENMEYECEĞİ

### *Karar İncelemesi*

**Yargıtay 22. Hukuk Dairesi**

**Esas No: 2011/10824**

**Karar No: 2011/6789**

**Tarihi: 06/12/2011**

**Karar Özeti:**

*İşçiye geçersiz sayılan fesih bildirimini ile bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir. Bir başka anlatımla, ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesi gerekmeyecektir. Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanunu'nun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeliği kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp, işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanınmasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.*

**İlgili Mevzuat:** 4857 Sayılı İş K. Md. 18 - 21

**Yargıtay Kararı**

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, TİS veya devlet ikramiyesi, TSi'den kaynaklanan kötü niyet tazminatı, izin ücreti, hafta tatili alacağı ile tazminat alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi T. Yavuz tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2. Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasının lehine sonuçlandığını, davalı işverene süresinde başvurduğu halde işe başlatılmadığını belirterek ihbar tazminatının davalıdan alınmasına karar verilmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin usulüne uygun önel verilerek feshedildiğini, işe başlatmama tazminatının ödendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece feshin geçersizliğine ilişkin verilen kararın kesinleşmesinden sonra davacının süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığını, davacıya daha önce ihbar öneli kullanılmış ise de, işe iade kararı ile yapılan feshin geçersiz sayılması nedeni ile ihbar önelinin hükümsüz kaldığı gerekçesi ile ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı işveren tarafından temyiz edilmiştir.

İhbar öneli verilerek iş sözleşmesi feshedilen ve fesih bildirimine itiraz davası lehine sonuçlandığı halde işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatının ödenmesinin gerekip gerekmediği uyuşmazlık konusudur.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz Feshin Sonuçları" başlığını taşıyan 21. Maddesi'nin Birinci ve İkinci Fıkraları'nda işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat belirtilmiş; Üçüncü Fıkrası'nda ise kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklar düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında işçinin işe başlatılması halinde varsa peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatının işçiye yapılması gereken ödemelerden mahsup edileceği belirtildikten sonra devamında "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre işçiye geçersiz sayılan fesih bildirimini ile bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir. Bir

başka anlatımla, ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesi gerekmeyecektir.

Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanunu'nun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeliliği kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp, işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanınmasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.

Somut olayda, davalı işverence daha önce davacıya usulüne uygun olarak ihbar öneli verilmiş olup, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe başlatılmayan davacıya İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nin Dördüncü Fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BÖZÜLMESİNE, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.12.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

#### **Kararın İncelenmesi:**

1. İnceleme konumuz Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bu kararı ile ortaya koyduğu görüş; daha önce, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararları ile ortaya konulan ve tarafımızdan da eleştirilen görüşten ayrılmakta ve isabetli bir çözüme ulaşmaktadır.

2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23/12/2009-2009-9-526-583 Sayılı Kararı'na da konu olan bu tür bir olaydaki görüşüne göre; yasal ihbar sürelerine uyarak işçinin iş akdini fesheden işveren, işe iade davasını kazanarak işe başlatılma başvurusunda bulunan işçiye işe başlatmaması halinde ihbar tazminatı da ödemekle yükümlü tutulacaktır. Tesbit edebildiğimiz kadıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de aynı konudaki görüşünü ilk kez 13/05/2008 tarihli bir kararıyla ortaya koymuş hem Hukuk Genel Kurulu'nun ve hem de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu kararlarında yer alan bu görüşü, tarafımızdan eleştirilmiş idi (Y9HD, 13/05/2008, Tekstil İşveren, Ağustos 2009, Hukuk Eki 38. YHGK 23/12/2009 Tekstil İşveren Nisan 2010). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konu hakkındaki yukarıda belirtilen görüşünü daha sonrada sürdürmüş ve aynı doğrultuda verilmiş Batman İş Mahkemesi'nin 11/03/2008 tarih 2007/554 Esas ve 2008/158 Sayılı Kararı'nı onaylamıştır (Y9HD 10/09/2008 -23491/22592- Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi 2008/10 Sh.305 vd. M. Ekonominin incelenmesiyle birlikte; Y9HD 13/03/2009 - 2007/41150-2009/6661 O. Öztürk'ün kararı isabetli bulunan incelemesi ile birlikte Çalışma ve Toplum 2009/64 sayı 23, sh.153).

3. Bilindiği gibi 4857 Sayılı Yasa'yla kabul edilen iş güvencesi sisteminde öğretide de isabetle belirtildiği üzere (S. Süzek İş Hukuku 4. Bası İstanbul 2008, N. Çelik İş Hukuku 20. Bası İstanbul 2007 sh.237) İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nde işverence yapılan feshin geçersizliğinden söz ediliyorsa da Mahkeme'nin feshin geçersizliğine ilişkin kararı mutlak anlamda genel hükümlere uygun ve Yargı'nın karar vermesiyle hemen sonuç doğuran bir geçersizlik değildir. İş K. Md. 21'de, mahkeme kararından sonra uyuşmazlığa taraf işçi ve işverenin davranışlarına göre sonuçları farklı olan yasa dışı özel olarak düzenlenmiş kendine özgü bir geçersizlik söz konusudur. Söz konusu geçersizlik genel hükümlere uygun mutlak bir geçersizlik olarak kabul edilse idi, işverence yapılan geçersiz fesih, iş ilişkisi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacak, geçersizlik kararının kesinleşmesi ile de iş ilişkisi aynen devam ettiğinden işveren işçiyi işe almak ve işçiye tazminat değil; boşta geçen süreye ilişkin tüm ücretini ödemek zorunda olacak idi. Oysa İş K. Md. 21'de her ne kadar feshin geçersizliğinden söz edilmiş ise de, söz konusu düzenlemede ayrıca mahkemece işe iadeye karar verildiğinde işçi on iş günü içerisinde işe başlatılmak üzere başvuru da bulunmazsa işverence yapılan feshin geçerli bir fesih sayılacağı kabul edilmektedir (Md. 21/V). İşçi başvuru da bulunursa işveren derhal değil, bir ay içinde işe başlatmak zorunda tutulmakla birlikte işe başlatıp başlatmama konusunda kendisine bir seçim hakkı tanınmakta, işe başlattığı takdirde feshin geçersizliği kabul edilmekte, buna karşılık işe başlatmaz ise 4 ila 8 aylık ücret tutarında bir tazminat borcu ile sorumlu tutulmakta ve işçinin tüm boşta geçen süreler için ücreti ve diğer hakları değil; boşta geçen sürenin en çok dört aylık bölümü işçiye ödenmektedir. Bu düzenlemenin genel hükümlere uygun bir geçersizlik yaptırımı ile örtüşmediği açıktır.

4. Yasal düzenlemede yer alan mahkemece verilen feshin geçersizliği ve işe iade kararının genel hükümlerle örtüşen bir geçersizlik olmadığı ve kendine özgü bir geçersizlik olduğu gerçeği karşısında mahkemenin feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin kararı ve bu karara bağlı olarak yukarıda belirtilen işçinin ve işverenin davranışları karşısında yapılacak yorumlar hem taraflar arasındaki menfaatler dengesine uygun olmalı hem de iş akdinin feshine ilişkin yasal düzenlemeye ters düşmemelidir. İş akdinin süreli feshine ilişkin yasal düzenlemede, sözleşmenin feshi, yasal ihbar sürelerine bağlanmış, tarafların bu süreler uyarak iş akdini feshedebilecekleri öngörülmüş (İş K. Md.17), bu süreye uymayan taraf (uygulamada çoğu kez işveren) bu sürelerin ücreti tutarında ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü altına sokulmuştur. Mevcut iş güven-

cesi sistemi bu düzenlemede bir değişiklik yapmadığı gibi, ihbar sürelerinin uygulanması ve zamanlaması açısından farklı bir düzenleme de getirmemiştir. Başka bir anlatımla mevcut yasal düzenleme ihbar sürelerini iş akdini fesheden taraf için öngörmüş, iş güvencesi sistemi işverenin feshini ihbar süresi verse de vermese de feshin geçerli nedene dayandırılması açısından işçinin talebiyle yargı denetimine tabi tutmuştur. İhbar süresini iş akdini feshederken tanıyan işveren, işe iade davası sonucunda yaptığı feshin geçersizliğine karar verildiğinde, kendisine işe başlatılmak üzere başvuran işçiye işe başlatmaz ise bu başlatmamaya bağlı olarak işçiye yeni bir feshin gereği olarak tekrar ihbar süresi vermek zorunda değildir. İnceleme konumuz 22. Hukuk Dairesi kararında da isabetle vurgulandığı gibi "Mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp işçiye işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanınmasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmaz." Oysa konu hakkında daha önce eleştirdiğimiz YHGK ve Y9HD'nin kararları ile ortaya konulan görüş kararda açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte işçiye işe başlatmayan işvereni, başlatmama olgusunu adeta yeni bir ihbar süresiyle birlikte işçiye bildirmek zorunda bırakacak bir sonuç doğurmaktadır ki bunun yasal sistemde yeri yoktur. Feshin geçerli bir nedene dayanmaması yahut 19. Madde'deki şekil kurallarına aykırılık içermesi, feshin 17. Madde uyarınca usule aykırılığı ile ilgili bir mesele değildir. Fesih geçerli nedenden yoksun olsa ve 20. Madde'deki dava neticesinde bu yön tespit edilse dahi hüküm, çözülen iş ilişkisinin fiilen yeniden sürmesini gerçekleştirmeye yeterli değildir. Belirleyici olan işçinin süresi içinde başvurusunun ardından işverenin "azamî" 1 ay içinde nasıl bir tutum sergileyeceğidir. İşverence bu yöndeki menfi iradenin açıklanmasının da yine 17. Madde'deki usule göre gerçekleştirileceği hakkında Yasa'da hiçbir hüküm bulunmamaktadır. 17. Madde'ye aykırılık bulunmadığına göre o maddenin yaptırımı olan ihbar tazminatı yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

5. İş K. 17. Maddesi, işçinin kıdemine göre artan ihbar önellerine uyulmasını, buna aykırılık halinde o süreye ilişkin ücret ve eklere ibaret "ihbar tazminatı" ödenmesini öngörmektedir. Bir diğer ifadeyle aslolan işçiye ihbar öneli tanınmasıdır. İşveren ihbar önellerine uyumuş, usulsüz bir fesih gerçekleştirmemişse zaten ihbar tazminatından da söz edilememektedir, İş Kanunu 21. Madde, geçerli nedene ya da şekil şartına aykırı feshin sonuçlarını; 17. Madde ise ihbar önellerine aykırılığın sonuçlarını düzenler. Her iki müessesenin ve yaptırımın dayandığı temeller, koruma alanları birbirinden farklıdır ve birbiriyle karıştırılıp iç içe geçemez. Nitekim 22. Hukuk Dai-

resi'nin bu kararında isabetle belirtildiği gibi İş K. Md. 21/IV ikinci cümlede yer alan "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücreti, peşin ödenmemişse bu süreler ait ücreti ayrıca ödenir" şeklindeki hüküm ile bu yükümlülüğün bildirim süresi vermeyen veya bu sürelerin ücretine ilişkin peşin ödeme yapmayan işveren için sözkonusu olduğu açıkça belirtilerek bu farkı ortaya koymuştur. 21. Madde'nin 4. Fıkrası, işe başlatılmayan işçinin durumunu düzenlerken onun 18. ve 19. Maddeler'e aykırı fesih esnasında aynı zamanda usulsüz, 17. Madde'ye aykırı bir feshe de maruz kalmış olabileceği ihtimalini gözeterek, böyle bir "usulsüz fesih yapılmışsa" bunun yaptırımı olan ihbar tazminatının ayrıca ödeneceğine işaret etmiş ve 17. Madde'yi tekrarlamıştır. Buna göre 4. Fıkra'nın son cümlesinde öngörülen iki hal mevcut değilse, işe başlatılmayan işçi tekrar ihbar tazminatı alacağına hak kazanmayacak, aksine bir sonuca varmak Yasa'nın 21. Maddesi'ne de açıkça aykırı olacaktır.

6. YHG Kurulu'nun ve Y9H Dairesi'nin kararları ile ortaya konulan görüş ihbar süresi vererek iş akdi fesheden işveren ile ihbar süresi vermeden iş akdini fesheden işveren arasında, işe iade davası sonucun feshin geçersizliğine bağlı olarak kendisine başvuran işçiye işe başlatmama sonucu ihbar tazminatı ödeme açısından bir fark bırakmamaktadır. Bu nedenle inceleme konumuz 22. Hukuk Dairesi Kararı, bu haksızlığı da gidermekte olup yasal sistemle uyumlu bir karardır.

Oysa YHGK ve Y9HD'nin konuya ilişkin yukarıda belirtilen kararları feshin geçersizliğine ilişkin hükme adeta mutlak bir geçersizlikmiş gibi sonuç bağlamakta, fesih geçersiz olduğuna göre verilen ihbar süresi de geçersiz olduğu gerekçesiyle sonuca gitmektedir. Halbuki yukarıda da belirtildiği gibi İş K. Md. 21'deki feshin geçersizliği kavramı mutlak bir geçersizlik değil, kendine özgü bir geçersizliktir. Yasal iş güvencesi sistemi, ihbar sürelerinin iş akdinin feshine bağlı bir düzenleme olması gerçeğini değiştirmedeği gibi işe başlatmamayı işverenin feshi olarak kabul eden yasal faraziyeye bir de işe başlatmamanın ihbar sürelerine bağlı olarak uygulanacağını eklememiştir.

Sonuç olarak; tüm bu nedenlerle inceleme konumuz Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Kararı, yukarıda belirttiğimiz, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Kararlarının aksine yasal iş güvencesi ve iş akdinin önelli feshine ilişkin yasal sisteme uygun ve yerinde bir karardır. Dileğimiz ortaya çıkan bu içtihat aykırılıklarının, 22. Hukuk Dairesi Kararı doğrultusunda bir içtihadı birleştirme kararı ile giderilmesidir.

## Yargıtay Kararları

**Yargıtay 9. Hukuk Dairesi**

**Esas No: 2009/13397**

**Karar No: 2011/19613**

**Tarihi: 30/06/2011**

**Karar Özeti:**

*Somut olayda davacı işçinin fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin olmadığı sonucuna ulaşılarak söz konusu istekler reddedilmiştir. Mahkemece çalışma koşullarının uygulanmadığı gerekçesi ile iş akdini davacı işçinin haklı olarak feshettiği kabul edilerek kıdem tazminatı isteği ise hüküm altına alınmıştır. Ancak davacının yaptığı fazla çalışmaların ücretlerinin ödenmediğinin sabit olması, bordrolarda belirtilenlerden daha fazla çalışma yapıldığının eşdeğer belgelerle ispat edilememesi ve fesih tarihinde ödenmeyen işçilik alacağının olduğunun ispat edilememesi karşısında davacı işçinin iş akdini haklı olarak feshettiğinin kabulü yerinde değildir. Bu durumda kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.*

**İlgili Mevzuat:** 1475 Sayılı İş K. Md. 14

**Yargıtay Kararı**

Davacı, kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi İ. Polat tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, davalı işyerinde çalışırken günlük çalışmanın sabah saat 07.00'de başladığını, akşam saat 20.00'de sona erdiğini, işyerinde saat esasına göre çalışıldığını, öğle yemeği verildiğini, işçinin çalışmasından her ay 30 saatinin kesildiğini, bu 30 saatin dışında işçinin 225 saat çalışmak zorunda olduğunu, ancak bu 225 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak nazara alındığını, yemek bedeli olarak gösterilmeyen ve nazara alınmayan 30 saat göz önüne alındığında davacının ay-

lık çalışma süresinin 255 saat olduğunu, bunun üzerindeki çalışmaların fazla çalışma olarak değerlendirildiğini, davacının yasa dışı olan ve süreklilik kazanan bu uygulama nedeniyle 26.09.2006 tarihinde işyerine gitmemek suretiyle iş akdini feshettiğini, işverenin bu uygulamasının yasaya aykırı olduğunu, haklı fesih nedeniyle davacının kıdem tazminatına hak kazandığını, davacının 2006 yılı Eylül ayından 25 günlük ücret alacağı olduğunu, davacının fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, hafta tatilinde de çalıştığını ileri sürerek kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, ücret alacağı, hafta tatili ücreti isteklerinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, iş akdinin davacı tarafından değil davalı işveren tarafından haklı nedenle feshedildiğini, davacının 27, 28, 29, 30/09/2006 ve 02, 03, 04, 05, 06/10/2006 tarihlerinde mazeretsiz olarak işyerine gelmediğini, bu nedenle iş akdinin 31.10.2006 tarihinde 4857 Sayılı Yasa'nın 25/II-g Maddesi'ne göre feshedildiğini, davacının çalışma saatleri ile ilgili iddialarının doğru olmadığını, yaptığı fazla mesai ücretlerini aldığını bildirerek hukuki dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, işverenin 4857 Sayılı Yasa'nın 63. Maddesi'ndeki "işin düzenlenmesi" ve "çalışma süresi" hükümlerini yani çalışma koşullarını uygulamadığı, iş akdini davacı işçi tarafından haklı olarak feshedildiği davalı işveren tarafından sunulan bordrolara göre tüm aylarda fazla mesai ücret tahakkuku yapılarak imza karşılığı davacıya ödendiği, davacı tarafından ihtirazi kayıt ileri sürülmediği, bu nedenle davacının fazla çalışma ücret alacağının olmadığı kanaati ile bilirkişi raporundaki miktarlara göre, kıdem tazminatı isteğinin kabulüne, diğer isteklerin reddine karar verilmiştir.

Kararı yasal süresi içinde/ taraflar temyiz etmiştir.

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davalının temyizine gelince:

İşçinin ödenmeyen işçilik hakları sebebiyle iş sözleşmesini haklı olarak feshedip feshetmediği, taraflar arasında uyumsuzluk konusudur.

İşçinin emeğinin karşılığı olan ücret işçi için en önemli hak, işveren için en temel borçtur. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32/4. Maddesi'nde ücretin en geç ayda bir ödeneceği kurala bağlanmıştır. Yine İş Kanunu'nda, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu'nun 14. Maddesi'nde öngörüldüğü gibi ücretin peşin ödeneceği öngörülmemiştir. Buna göre, aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece işçinin ücreti bir ay çalışıldıktan sonra ödenmelidir.

Ücreti ödenmeyen işçinin bu ücretini işverenden dava ya da icra takibi gibi yasal yollardan talep etmesi mümkündür.

1475 Sayılı İş Kanunu döneminde bunun dışında toplu olarak hareket etmemek ve kanun dışı grev kapsamında sayılmamak kaydıyla Borçlar Kanunu'nun 81. Maddesi uyarınca ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini ifa etmekten, yani çalışmaktan kaçınabileceği kabul edilmekteydi. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda ücret daha fazla güvence altına alınmış ve işçi ücretinin 20 gün içinde ödenmemesi durumunda işçinin iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabileceği açıkça düzenlenmiş ve bunun toplu bir nitelik kazanması durumunda dahi, kanun dışı grev sayılamayacağı kurala bağlanmıştır.

Ücreti ödenmeyen işçinin alacağı konusunda takibe geçmesi ya da ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, iş ilişkisinin devamında bazı sorunlara yol açabilir. Bu bakımdan, işverenle bir çekişme içine girmek istemeyen işçinin, haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı da tanınmıştır.

İşçinin ücretinin kanun veya sözleşme hükümlerine göre ödenmemesi işçiye bu imkânı verir. Ücretin hiç ya da bir kısmının ödenmemiş olması bu konuda önemsizdir.

Ücretin ödenmediğinden söz edebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödenme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanmış olması gerekir (Yargıtay 9.H.D.18.1.2010 gün, 2008/14546 E., 2010/193 K.).

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e Bendi'nde 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 imkânı verir (Yargıtay 9.H.D. 16/7.2008 gün 2007/22062 E., 2008/16398 K.).

İşçinin ücretinin işverenin içine düştüğü ödeme güclüğü nedeniyle ödenememiş olmasının sonuca bir etkisi yoktur. İşçinin ücretinin bir kısmını İş Kanunu'nun 33. Maddesi'nde ön-

görülen ücret garanti fonundan alabilecek olması da işçinin fesih hakkını ortadan kaldırmaz.

Bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yardımların yerine getirilmemesi de (erzak yardımı, kömür yardımı gibi) bu madde kapsamında değerlendirilmeli ve işçinin haklı fesih imkânı kabul edilmelidir.

İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 Sayılı Yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü 4857 Sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkânı vardır (Yargıtay 9.H.D. 18.1.2010 gün, 2009/24286 E., 2010/74 K.).

Somut olayda davacı işçinin fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin olmadığı sonucuna ulaşılarak söz konusu istekler reddedilmiştir. Mahkemece çalışma koşullarının uygulanmadığı gerekçesi ile iş akdini davacı işçinin haklı olarak feshettiği kabul edilerek kıdem tazminatı isteği ise hüküm altına alınmıştır. Ancak, davacının yaptığı fazla çalışmaların ücretlerinin ödendiğinin sabit olması, bordrolarda belirtilenlerden daha fazla çalışma yapıldığının eşdeğer belgelerle ispat edilememesi ve fesih tarihinde ödenmeyen işçilik alacağının olduğunun ispat edilememesi karşısında davacı işçinin iş akdini haklı olarak feshettiğinin kabulü yerinde değildir. Bu durumda kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BÖZÜLMESİNE, peşin alanın temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi**

**Esas No: 2011/23200**

**Karar No: 2011/15911**

**Tarihi: 30/05/2011**

**Karar Özeti:**

*İş yargılamasında çalışma olgusunu ve hizmet süresinin, kısaca kıdemini ispat yükü, genel ispat kuralı gereği iddia eden işçiye aittir. İşçi açılan işçilik davası sırasında hizmet süresinin tespiti ile ilgili olarak işçilik alacaklarından bağımsız olarak hizmet tespiti davası açmış*

*olabilir. Bu durumda hizmet süresine bağlı işçilik alacakları davasının sonuçlanması, hizmet tespiti davasının sonucuna bağlıdır. Bu nedenle hizmet tespit davasının bekletici mesele yapılması gerekir.*

**İlgili Mevzuat:** 4857 Sayılı İş K. Md. 25  
1475 Sayılı İş K. Md. 14

### **Yargıtay Kararı**

Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız feshedildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen yıllık ücretli izin ve fazla mesai ücret alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi B. Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davacının 2002 yılı Mart ayında davalı işyerinde çalışmaya başladığını, 2006 yılı Ocak ayı sonunda iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini, haftada 33 saat fazla mesai yaptığını, izin kullanmadığını, davacının işçi alacaklarının ödenmediğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen yıllık ücretli izin ve fazla mesai ücret alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının davalı işyerinde sürekli çalışması olmadığını, geçici çalışmalarında tüm alacaklarını aldığını, işyerinin nakledilmesi nedeniyle işten çıkartılmadığını, davacının nakil yapılan işyerinin oturduğu yere uzaklığı nedeniyle söz konusu yerde geçici olarak çalışmak istemediğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının davalıya ait işyerinde 14.04.2003-16.01.2006 tarihleri arası çalıştığı, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği, davalı tarafından iş akdinin tazminat gerektirmeyecek şekilde feshedildiğinin kanıtlanmadığı, davacının haftalık 13,5 saat fazla mesai yaptığının bildirildiği, kullanmadığı yıllık izinleri bulunduğu gerekçesi ile hesap raporuna itibar edilerek ve fazla mesai ücretinden % 30 oranında indirim yapılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 187/b.5 Maddesi uyarınca biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek

mahiyette olması halinde; birinci davanın her ne şekilde olursa olsun karara bağlanması sonucu, ikinci davanın konusu ortadan kalkacak ise o zaman, bu ikinci davanın birinci dava sonuçlanıncaya kadar ertelenmesi, yani birinci davanın neticelenmesinin, ikinci dava için bekletici mesele yapılması gerekir.

İş yargılamasında çalışma olgusunu ve hizmet süresinin, kısaca kıdemini ispat yükü, genel ispat kuralı gereği iddia eden işçiye aittir. İşçi açılan işçilik davası sırasında hizmet süresinin tespiti ile ilgili olarak işçilik alacaklarından bağımsız olarak hizmet tespiti davası açmış olabilir. Bu durumda hizmet süresine bağlı işçilik alacakları davasının sonuçlanması, hizmet tespiti davasının sonucuna bağlıdır. Bu nedenle hizmet tespit davasının bekletici mesele yapılması gerekir.

Somut olayda, davacı işçinin işyerindeki hizmet süresi uyumsuzluk konusudur. Mahkemece kabul edilen hizmet süresi ile ilgili sigorta kayıtları bulunmamaktadır. Davacı işçi bu davadan bağımsız olarak hizmet süresinin tespiti için Bakırköy 13. İş Mahkemesi'ne dava açmıştır. Bu dava anılan mahkemenin 2007/635 Esasi'nda derdest bulunmaktadır.

Açılan hizmet tespit davası davacının İş Kanunu'ndan doğan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin ve fazla mesai ücret alacaklarını doğrudan etkilediğinden ve bu istekler için ön sorun oluşturduğundan hizmet tespiti davası sonucunun beklenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile açılan hizmet tespit davası bekletici mesele yapılmadan karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

### **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi**

**Esas No: 2009/14725**

**Karar No: 2011/15050**

**Tarihi: 23/05/2011**

**Karar Özeti:**

*Taraflar arasında ikramiye ödenip ödenmediği hususu tartışmalı olup davacı-karşı davalı iş sözleşme-*

*sinin değiştirildiğini belirterek dava dışı Emel Nasırlıoğlu'na ait sözleşmeyi de emsal sözleşme olarak göstermiştir. Bu sözleşmede ise altı aydan fazla çalışan personele dini bayramlar ve yılbaşında olmak üzere yılda 3 kez yarım brüt maaş tutarında ikramiye ödeneceği belirtilmiş, davalı-karşı davacı buna karşılık davacı ile dava dışı kişinin emsal işçiler olmadığını, farklı nitelikte ve farklı pozisyonlarda işçiler olduklarını belirtmiştir.*

*Buna göre mahkemece yapılacak iş, sözleşmeler ve davacı ile dava dışı şahsın karşılaştırılarak unvan farklılığının olup olmadığı, yaptıkları işlerin niteliği ve pozisyonları belirlenip sonucuna göre emsal sözleşmeye değer verilir verilemeyeceği belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması hatalıdır.*

**İlgili Mevzuat:** 4857 Sayılı İş K. Md. 32

### **Yargıtay Kararı**

Davacı ve karşı davalı kıdem ve ihbar tazminatı, ikramiye alacağı, ücret alacağı, fazla mesai alacağı ve izin ücreti alacaklarının ödenmesine, davalı ve karşı davacı ihbar tazminatı ile maddi zararın ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme asıl davayı kısmen hüküm altına almış, karşı davayı reddetmiştir.

Hüküm duruşmalı olarak taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş ise de; HUMK'nun 435. Maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hâkimi F. Erdoğan tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 03.01.2005 tarihinden iş akdinin sona erdirildiği 19.07.2006 tarihine kadar müşteri temsilcisi olarak 700,00 TL net ücretle 08.30-23.00 saatleri arası çalıştığını, ödenmesi kararlaştırılan ikramiyenin ödenmediğini, ücretin 601,00 TL'lik kısmının banka kanalı ile kalan kısmının elden verildiğini, fazla mesai ücreti ile ikramiyelerinin ödenmemesi nedeni ile iş akdinin sona erdirildiği belirterek kıdem tazminatı, ikramiye, ücret alacağı, fazla mesai ücreti, izin ücreti alacağının reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın yersiz olduğunu, davacının işyerinde

03.01.2005 tarihinden itibaren çalıştığını, haklı nedenle yapıldığı iddia edilen feshin süresinde yapılmadığını, kendisinin işyerine haber vermeden gelmemesi nedeni ile iş akdinin sona erdirildiğini fazla mesai yapılmadığını, ikramiye uygulamasının söz konusu olmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiş ve karşı dava olarak ihbar tazminatı ve hahbersiz olarak işten ayrılması nedeni ile şirketin uğradığı maddi zararın yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Yerel mahkemece davanın kısmen kabulüne, karşı davanın da reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içerisinde davacı ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların sair temyiz itirazlarının reddi ile,

2. Taraflar arasında ikramiye ödenip ödenmediği hususu tartışmalı olup davacı - karşı davalı iş sözleşmesinin değiştirildiğini belirterek dava dışı Emel Nasırlıoğlu'na ait sözleşmeyi de emsal sözleşme olarak göstermiştir. Bu sözleşmede ise altı aydan fazla çalışan personele dini bayramlar ve yılbaşında olmak üzere yılda 3 kez yarım brüt maaş tutarında ikramiye ödeneceği belirtilmiş, davalı-karşı davacı buna karşılık davacı ile dava dışı kişinin emsal işçiler olmadığını, farklı nitelikte ve farklı pozisyonlarda işçiler olduklarını belirtmiştir.

Buna göre mahkemece yapılacak iş, sözleşmeler ve davacı ile dava dışı şahsın karşılaştırılarak unvan farklılığının olup olmadığı, yaptıkları işlerin niteliği ve pozisyonları belirlenip sonucuna göre emsal sözleşmeye değer verilir verilemeyeceği belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulması hatalıdır.

3. Yıllık izin ücreti, ücret ve fazla mesai ücreti alacağı için yasal faizi geçmeyecek şekilde reeskont faizine ve kıdem tazminatı içinde en yüksek banka mevduat faizini geçmeyecek şekilde reeskont faizine hükmedilmesi gerekirken en yüksek reeskont faizine hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.