

# İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ile Kıdem Tazminatına İlişkin 2018 Yılı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

*Prof. Dr. Tankut CENTEL*

## A. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

### I. İş Sözleşmesinin Karşılıklı Anlaşma Yoluyla Sona Ermesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan uyuşmazlıkta davacı işçi, iş sözleşmesinin herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin ve savunması alınmaksızın feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmesini talep etmiş; ancak, davalı, davacıya ait bir dilekçeyi yargılama sırasında mahkemeye sunmuştur. Söz konusu dilekçe içeriğinde, davacı işçinin iş sözleşmesinin sonlandırılmasını istediği görülmektedir. Bunun üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi:

*".. dosyaya sunulan dilekçe davacıya gösterilerek beyanı alınarak, bu kapsamda iş sözleşmesini sonlandırma talebinin davacıdan geldiği anlaşılıyorsa ikale ile sonlandırıldığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmelidir .."<sup>1</sup>.*

anlatımına yer vermek suretiyle, ikale önerisinin işçiden geldiği durumlarda, artık feshin geçersizliğinin tespitine karar verilemeyeceğini isabetle kabul etmiş bulunmaktadır.

<sup>1</sup> Yarg. 9. HD., 28.3.2018-2607/6905-İSGHD XV, 58 (2018), 588.

## II. İş Sözleşmesinin Feshi

### 1. İş sözleşmesinin feshi ihbar suretiyle feshi

#### a. İhbar tazminatı

##### aa. İhbar tazminatı kavramı

İş sözleşmesinin feshi ihbar suretiyle feshinde ihbar öneline uymayan taraf, işçinin kıdemine göre hesaplanacak 2, 4, 6, 8 haftalık sürelerle ilişkin ücret tutarını karşı tarafa ödemek durumundadır. Hukuken gerçek anlamda bir tazminat olarak nitelendirilemeyecek olan bu tür ödemeler, herkesçe bilindiği üzere, uygulamada “ihbar tazminatı” olarak adlandırılmaktadır.

İhbar tazminatı olarak adlandırılan ödemeler, ancak ihbar öneline uyulmadığı takdirde söz konusudur. Buna göre, ihbar tazminatının ödenmesi, ancak haklı bir neden bulunmaksızın ve de ihbar öneline uyulmaksızın işverence feshin gerçekleştirildiği durumlar için gereklidir. Nitekim, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi; ihbar öneline uyulmak suretiyle gerçekleştirilen bir feshe ilişkin uyuşmazlıkta, ihbar tazminatına hükmeden alt mahkeme kararının bozulmasına isabetle karar vermiştir<sup>2</sup>.

Bu bağlamda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de; işverenin işyeri çalışanlarına geçmiş yıllardaki fazla çalışmalarına yönelik ibraname nitelikli bir belgenin imzalatılmak istendiği ve bu belgeyi imzalamaları istenirken işçilere “bu kağıdı imzalayan imzalasın imzalamayan bıraksın gitsin” şeklinde söylendiği bir ortamda, işçinin işyerinden çıkmasının iradi olmayıp, ortada işverence gerçekleştirilmiş bir feshin söz konusu olduğunu kabul etmiş ve işverenin haksız ve bildirim öneline uymaksızın iş sözleşmesini feshi nedeniyle ihbar tazminatına hükmedilmesini isabetle öngörmüştür<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Yarg. 22. HD., 1.10.2018-2017-14765/20433-İSGHD XV, 60 (2018), 1646

<sup>3</sup> Yarg. 9. HD., 20.12.2018-2015-27736/23813-İSGHD XVI, 61 (2019), 254-255. Aynı anlamda: Yarg. 9. HD., 10.7.2018-2016-6335/15026-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 711-712. Ayrıca bkz. aşağıda A II 2 a dd aaa

Buna karşılık, iş sözleşmesini haklı nedenle dahi olsa sona erdiren tarafın, ihbar tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan uyuşmazlıkta, "sigorta ve ücret artışı taleplerinin işveren tarafından reddi" haklı neden olarak değerlendirilirken, alt mahkemenin bu durumda ihbar tazminatına hükmetmiş olması hukuken hatalı bulunmuştur<sup>4</sup>.

#### **bb. İhbar tazminatının hesabı**

İşçinin hak kazandığı ihbar tazminatının net tutarı belirlenirken, alaktan sosyal sigorta ve işsizlik sigortası primi kesintisi yapılmamalıdır<sup>5</sup>.

#### **b. İstifa suretiyle işyerinden ayrılma**

##### **aa. İstifadan sonra işyerinde çalışmaya devam etme**

Somut bir uyuşmazlıkta, davacının işyerinde 26.10.2005-20.11.2006 ile 23.7.2007-1.9.2008 tarihleri arasında iki dönem halinde çalıştığı, ikinci dönem çalışmasına ilişkin istifa dilekçesinin bulunduğu, 23.7.2008 tarihli istifa dilekçesinin davacı adına el yazılı ve imzalı olduğu, davacının düğün yapacağından dolayı 31.7.2008 tarihinden itibaren çıkışının yapılmasını talep ettiği, ancak çalışmasının 1.9.2008 tarihine kadar devam ettiği, işveren tarafından ikinci dönem çalışmaya yönelik sunulan tarihsiz ibranamede davacının ihbar tazminatını eksiksiz olarak aldığı ibaresinin bulunduğu görülmektedir.

Bu durumda, davacı işçinin istifa dilekçesi sunduktan sonra da çalışmasına devam ettiği ve işverence sunulan ibraname içeriğinin iş sözleşmesinin işçinin istifasıyla sona erdiği savunmasıyla çeliştiği anlaşıldığından, ikinci çalışma dönemi yönünden iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekecektir<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Yarg. 9. HD., 19.2.2018-2015-24276/3224-İSGHD XV, 58 (2018), 596. Aynı anlamda: Yarg. 9. HD., 23.1.2018-2015-22354/1051-İSGHD XV, 58 (2018), 625-626

<sup>5</sup> Yarg. 9. HD., 27.9.2018-7605/16797-İSGHD XV, 60 (2018), 1536

<sup>6</sup> Yarg. 9. HD., 27.9.2018-2015-33073/16779-İSGHD XV, 60 (2018), 1538

### bb. İstifanın ibranameyle birlikte düzenlenmesi

Somut uyuşmazlıkta, davacı, ağır çalışma koşullarının olduğunu, bu çalışmasının karşılığını alamadığını, işçilik alacaklarının artırılması talebi üzerine de haksız olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini, içerideki 15 günlük alacağını alabilmek için önüne konulan evrakı imzalamak zorunda kaldığını iddia ederken; davalı işveren davacı işçinin kendi isteğiyle istifa ederek işten ayrıldığını savunmuştur. Bu konuda, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi; aynen:

*“.. dosya içeriğindeki istifanın .. matbu olarak hazırlanıp aynı zamanda ibra beyanını içerdiği ve ücret alacağına ilişkin miktar dışında diğer kalemlere ilişkin bir miktar içermediği (satır altı tarafımdan çizilmiştir) görülmüştür. İddia ve savunma, taraf tanık beyanları ile davacının iddiası ile örtüşen istifa ve ibraya ilişkin belgenin tanzim şekline göre; davacı iddiasına üstünlük tanınarak feshin işverence haksız olarak gerçekleştirildiğinin kabulü dosya içeriğine uygun olacaktır ..”*

anlatımına yer vermek suretiyle, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini kabul etmiştir. Uygulama (insan kaynakları yönetimi) açısından, söz konusu anlatımdan:

- İstifa beyanı ile ibra sözleşmesinin aynı belge içinde düzenlenmesi,
  - İbramenin tüm alacak kalemlerini göstermesi,
  - Matbu şekilde işverence hazırlanacak ibra belgelerine ihtiyatla yaklaşılacağı,
- sonuçları çıkmaktadır.

### cc. İstifa dilekçesini işçinin kendi rızasıyla imzalamaması

İstifa dilekçesini kendi rızasıyla imzalayan birinin hemen ertesi gün savcılığa suç duyurusu başvurusunda bulunmayacağı esastan hareket edilerek, istifa ederek işyerinden ayrılacak işçinin istifa dilekçesini kendi

<sup>7</sup> Yarg. 9. HD., 18.9.2018-2015-21282/16042-İSGHD XV, 60 (2018), 1548

rızasıyla imzalaması noktası üzerinde durulmaktadır. Nitekim, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, bir kararında aynen:

*“.. davacı .. dosyada bulunan 27/01/2014 tarihli istifa ve ibraname başlıklı yazıyı işveren ve oğullarının zorla, baskı ve tehdit ile özgür iradesi olmadan imzalattıklarını iddia etmiş ve hemen akabinde Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği şikayet dilekçesinde ayrıntılı biçimde belirttiği hususları anlatmıştır. Hal böyle olunca, davacının söz konusu iddialarında samimi olduğu ve istifa dilekçesini kendi rızasıyla imzalayan birinin hemen ertesi gün suç duyurusunda bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, dolayısıyla istifa dilekçesini kendi rızası olmadan imzaladığı anlaşılmıştır ..”<sup>8</sup>*

anlatımına yer vermek suretiyle, iş sözleşmesi haklı neden olmaksızın feshedilen işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi gerektiği esasını isabetle belirtmiştir.

#### **dd. İşverenin baskısı altında istifaya zorlanma**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, gerçek anlamda istifa halinin, isabetle, işçinin ancak baskı altında kalmaksızın feshi gerçekleştirdiği durumlarda ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Nitekim, somut bir uyuşmazlıkta, aşçı olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, işyerinde alyans çalındığı belirtilerek hırsızlık ithamı altında feshedilmiş ve daha sonra da işveren şirketin yetkilileri işçinin evine gelerek arama yapmak istemişlerdir. Bunun üzerine, işçi, bu şartlar altında işyerinde çalışamayacağını ve yasal haklarının ödenmesini talep eden bir dilekçeyi işyerine vermiştir.

Söz konusu dilekçe, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından isabetle, “istifa” olarak değerlendirilmemiştir. Çünkü, gerçek anlamda istifa durumunda işçinin, işverenin baskısı altında feshe zorlanması söz konusu olmayacaktır<sup>9</sup>.

Öte yandan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararına konu olan uyuşmazlıkla ilgili karar metninde ise, aynen:

<sup>8</sup> Yarg. 22. HD., 10.10.2018-2017-14521/21752-İSGHD XV, 60 (2018), 1611

<sup>9</sup> Yarg. 9. HD., 18.6.2018-2015-24545/13176-İSGHD XV, 59 (2018), 986-987

“.. Her ne kadar davalı, savunmasında iş sözleşmesini haklı olarak feshettiğini ve istifa dilekçesinin baskı ile alındığını savunmuş ise de irade fesadına yönelik baskı iddiası usulünce kanıtlanamadığı gibi istifa dilekçesinde haklı bir neden de belirtilmemiştir. Öte yandan davalı işçinin eğitim düzeyi ve yaptığı iş dikkate alındığında istifanın sonuçlarını bilemeyeceği de söylenemez..”

anlatımına yer verilmek suretiyle, istifa dilekçesine değer verilmiştir<sup>10</sup>.

Buna göre, üç hususun ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan ilki, *istifa dilekçesinin haklı bir nedeni içermesi*; ikincisi, *baskı altında istifa dilekçesinin verildiği iddia olunuyorsa, bunun kanıtlanması* ve nihayet, üçüncüsü de, *işçinin eğitim düzeyi ve yaptığı iş dikkate alınarak, istifanın sonuçlarını bilebilecek durumda olması zorunluluklarıdır*.

Yine, işyerinde kaybolan bir parçanın işçide bulunduğu gerekçesiyle işverenin işçiden baskı sonucu istifa dilekçesini aldığı bir diğer somut uyuşmazlıkta da, feshin işverence gerçekleştirildiği, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nce kabul edilmiş; ancak, çalma olgusunun somut delillerle kanıtlanmayışı dikkate alınarak, feshin haklı neden yerine geçerli nedene dayanması esas benimsenmiştir<sup>11</sup>. Bu anlamda, iş ilişkisinin devam edebilmesi için gerekli olan güven ortamının yıkıldığı “*şüphe feshi*” ortamlarında, artık işverenden iş ilişkisini sürdürmesi beklenmemelidir.

#### **ee. İşin yapılmasını imkânsızlaştırmak suretiyle istifaya zorlama**

Uyuşmazlığa konu olan bir başka olayda davalı işveren, saha müdürü olarak çalışan davacı işçinin işini yaparken kullanması zorunlu olan ekipmanlarını elinden almak suretiyle onun çalışmasını imkânsız hale getirmiştir. Ancak, davalı işveren, devamsızlık tutanakları düzenlemiş ve Sosyal Güvenlik Kurumu’na işten ayrılış kodunu “*işveren tarafından işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle fesih*” olarak

<sup>10</sup> Yarg. 9. HD., 12.3.2018-2015-11505/4979-İSGHD XV, 58 (2018), 591

<sup>11</sup> Yarg. 9. HD., 3.5.2018-2015-16084/9793-İSGHD XV, 59 (2018), 1009-1010

bildirmiş; açılan davada da, davacı işçinin istifa ederek kendi isteğiyle işyerinden ayrıldığını ileri sürmüştür. Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, davalı işverenin belirtilen çelişkili davranışı nedeniyle davacı işçinin istifa ederek işyerinden ayrıldığını ispat edemediğini belirtmiş ve davacı işçinin çalışmasını imkânsız hale getirmek suretiyle iş sözleşmesini, davacı işçi yerine, davalı işverenin feshetmiş bulunduğunu isabetle kabul etmiştir<sup>12</sup>.

### c. İş güvencesinin esasları

#### aa. Akdi iş güvencesinin sınırı

Yasal iş güvencesi hükümlerinin sosyal kamu düzenine yönelik olduğu kabul edilip, sözleşme hükümleri yoluyla yasal iş güvencesinden yararlanamayacak olanlara da söz konusu güvencenin tanınması, Yargıtay kararlarıyla şimdiye dek kabul edilmiş bir esastır. Ancak, anılan güvencenin Yargıtay kararlarıyla çok geniş bir biçimde tanınmayıp, yasal iş güvencesi hükümleriyle sınırlı tutulmak istendiği görülmektedir. Bu anlamda, yargıcın sözleşmeye müdahale edebilmesi esası, bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, yasal iş güvencesinden yararlanamayacak olanlara ödenecek iş güvencesi tazminatı miktarının toplu iş sözleşmesiyle sekiz aylık ücret tutarına çıkarılmasına ilişkin hüküm, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından yerinde görülmemiş ve yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak olan işçilere getirilecek güvencenin, yasal iş güvencesi hükümlerinin içerdiği miktarlarla sınırlı olması esası kabul edilmiştir. Buna göre, somut bir olayda yasal iş güvencesi hükümlerine göre beş aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı alabilecek olan davacı işçi, toplu iş sözleşmesiyle getirilen sekiz aylık ücret miktarından yararlanamayacak ve alacağı iş güvencesi miktarı, beş aylık ücret tutarıyla sınırlı tutulacaktır<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Yarg. HGK., 19.9.2018-2015-22-3097/1339-İSGHD XVI, 61 (2019), 226-227

<sup>13</sup> Yarg. 22. HD., 26.2.2018-2017-11184/4781-İSGHD XV, 58 (2018), 669

Bu anlamda, yasal iş güvencesi hükümlerinin aksinin işçi lehine olmak üzere sözleşmeyle kararlaştırılmasına olanak tanımanın amacının, yasal iş güvencesinden yararlanamayanları bundan yararlananlardan daha üstün kılmak yerine, daha çok sayıda işçinin yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına kapıyı aralamak olduğu göz önünde bulundurulacak olduğunda; bağlanmış toplu iş sözleşmelerine Yargıtay tarafından yapılan bu tür bir müdahalenin, isabetli bulunması gerekecektir.

Ancak, burada da Yargıtay tarafından girilen güvence genişletmesinin, çok da geniş olmadığı ve yasal iş güvencesiyle sınırlanmak istendiği görülmektedir. Buna göre, işçiye tanınacak akdi iş güvencesi koruması, sonsuza dek uzanacak bir güvence olmayıp, yasal iş güvencesi hükümleriyle sınırlıdır. Kaldı ki, söz konusu sınırlama, eşitlik yaratılmak istenirken, eşitsizliğe yol açılmasını önleme bakımından da, yerinde görünmektedir.

## **bb. Yasal iş güvencesinden yararlanma**

### **aaa. Altı aylık kıdem koşulu**

Somut bir uyuşmazlıkta Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işçinin yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyerinde en az altı aylık bir kıdem süresine sahip olması yolundaki yasa hükmünü (İş K. m. 18/I) göz önünde bulundurarak, iş sözleşmesi altı aylık sürenin dolmasına bir gün kala (5 ay 29 gün) feshedilen işçinin yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına karar vermiştir<sup>14</sup>.

Bu konuda hukuken üzerinde durulması gereken nokta, salt iş sözleşmesinin altı aylık sürenin dolmasına çok kısa bir süre kaldığında feshedilmesinin, işverenin fesih sırasında kötü niyetli olduğunu göstermeye yeterli olmadığı ve kötü niyet iddiasının, davacı işçi tarafından ileri sürmekle yetinilmeyip kanıtlanması gerektiğidir.

Yine, bir başka uyuşmazlıkta Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, çok sınır-daki bir olayda altı aylık kıdem süresinin dolmadığına ve davacı işçinin

<sup>14</sup> Yarg. 22. HD., 10.4.2018-76/8482-İSGHD XV, 59 (2018), 1146-1147



iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına karar vermiştir<sup>15</sup>. Nitekim, söz konusu uyuşmazlıkta davacı işçinin iş sözleşmesinin fesholunduğu, 25.10.2016 tarihinde saat 16.05'de tutulan tutanakla tespit edilmiş; davacı başhemşire ise, aynı gün saat 18.29'da rapor almıştır. Bu durumda, Özel Daire, saat olarak önde olan tutanağa itibar ederek, fesihden davacı işçinin haberinin olmadığına ilişkin iddiayı yerinde bulmamıştır.

Bunun gibi, tek tek gün olarak sayılan davacı işçinin kıdeminin 181 gün tutmasına karşın, Özel Daire HMK m. 92/2'deki yasal düzenlemeyi esas alarak, davacının altı aylık kıdeminin 180 inci günde değil, sürenin başladığı tarihe denk gelen günde dolacağını kabul etmiştir. Buna göre, davacı işçi işe 28.4.2016 tarihinde başladığına göre, altı aylık kıdem süresi 28.10.2016 tarihinde dolmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesi ise, bundan önce 25.10.2016 tarihinde fesholunmuştur.

Söz konusu kararda düşündürücü olan husus, ilgili karar metnindeki “.. dosya kapsamında davalı işverenin davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla kötü niyetle hareket ettiğini gösterir başkaca somut bir olgu yer almamaktadır ..” anlatımıdır. Bundan çıkarılacak sonuç, altı ayın dolmasına çok kısa bir süre önce iş sözleşmesinin feshedilmiş olmasının, Yargıtay Özel Daire açısından, kötü niyetin varlığını kabul için tek başına yeterli olamayacağıdır.

Diğer bir ilginç olan husus da, altı aylık kıdemi ilgilendiren düzenlemenin, biryandan sosyal kamu düzenine ilişkin olduğu Yargıtay tarafından kabul edilirken; diğer yandan, altı aylık sürenin dolması hesaplanırken, son derece katı hareket edilmesidir.

### **bbb.30 işçi koşulu**

İşçinin yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanması için gerekli koşullar içerisinde, çalışılan işyerinde en az 30 işçinin çalışması koşulu da yer almaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, isabetle, söz konusu koşulun

<sup>15</sup> Yarg. 22. HD., 15.1.2018-2017-45062/985-İSGHD XV, 58 (2018), 700

yerine gelip gelmediğinin alt mahkemece araştırılıp buna göre karar verilmesini öngörmektedir<sup>16</sup>.

Diğer yandan, kötü niyet tazminatının ödenmesi, 30 işçi koşulunun yerine gelmediği işyerlerinde çalışan işçiler bakımından söz konusudur (İş K. m. 17/VI c. 2). Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; işçinin bölge çalışma müdürlüğüne fazla çalışma ücretinin ödenmediği yolunda yaptığı şikayet üzerine iş sözleşmesinin işverence feshedildiği bir uyuşmazlıkta, kötü niyetin varlığını tespit etmekle birlikte, alt mahkemenin somut uyuşmazlıkta işyerinin yasal iş güvencesine 30 işçi koşulu yönünden tabi olup olmadığının araştırılmasını ve bunun sonucuna göre kötü niyet tazminatı konusunda karar verilmesi gerektiğini isabetle kabul etmiştir<sup>17</sup>.

### cc. İşçinin savunmasının alınması

#### aaa. Salt savunma alınmayışı yüzünden feshin geçersizliği

Somut bir uyuşmazlıkta; davacı işçinin iş sözleşmesi, sosyal medya üzerinde yaptığı paylaşımların/beğenilerin davalı işveren kamu bankasının saygınlığını ve imajını zedelediği, itibar kaybına neden olduğu, bu fiilin insan kaynakları yönetmeliğinin iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uymak, banka değerlerine uygun hareket etmek ve etik ilkeler sözleşmesinin giriş bölümünde ifade edilen çalışanların tüm iş ilişkilerinde haysiyetli, şerefli, dürüst davranması gerektiği şeklindeki maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle feshedilmiştir.

İşçinin söz konusu fiili, “işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli neden” kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işverence savunma alınmadan gerçekleştirilen feshin *salt* bu nedenle geçersiz olacağını kabul ederek, istinaf mahkemesinin söz konusu fiili geçerli neden olarak gören kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Yarg. 22. HD., 5.3.2018-1480/5708-İSGHD XV, 58 (2018), 666

<sup>17</sup> Yarg. 9. HD., 3.12.2018-2015-27110/22088-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1519

<sup>18</sup> Yarg. 9. HD., 18.4.2018-2017-24063/8966-İSGHD XV, 59 (2018), 1031

Bununla birlikte, fesih sırasında savunma alınmış olduğu takdirde dahi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu fiili geçerli neden olarak sayıp saymayacağını belirleme olanağı bulunmamaktadır.

### **bbb.Kusuru olmaksızın hastalanmış işçiden savunma alınmaması**

İş K. m. 19/II, hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, o işçinin davranışı veya verimiyle ilgili nedenlerle feshedilememesini öngörmekte ve ancak, işverenin İş K. m. 25/bent II hükmü uyarınca kullanacağı fesih hakkını saklı tutmaktadır. İş K. m. 25/son hükmü ise, işçinin feshin haklı nedene dayanmadığı iddiasıyla 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurmasına olanak tanımaktadır. Dikkat edilecek olunursa; İş K. m. 25/son hükmünün, savunma alma yükümünü öngören 19 uncu maddeyi anmadığı görülmektedir.

Bu bağlamda, Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla, işçinin sağlık nedenleriyle bekleme süresini aşan işe devamsızlığının bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşması nedeniyle yapılacak fesihlerde savunma alınmasının gerekmemesi esası kabul edilmiştir<sup>19</sup>.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesi'nin daha önceki içtihatları arasında ortaya çıkan çelişkiyi gidermek amacıyla alınmıştır. Anılan kararın oyçokluğuyla vardığı sonuç, daha önce Türk iş hukuku öğretisine hakim olan görüşe uygun düşmektedir.

Oldukça ayrıntılı biçimde kaleme alınmış bulunan söz konusu kararın gerekçeleri, çok kabaca aşağıdaki şekilde özetlenebilmektedir:

- İş K. m. 19, esas olarak, iş güvencesine tabi iş sözleşmelerinin feshi ihbar suretiyle sona erdirilmesini düzenleyen bir madde olup, haklı nedenle feshi ilgilendirmemektedir.

<sup>19</sup> Yarg. İBK., 19.10.2018-2017-9/10-RG. 9.5.2019, No. 30769. Söz konusu karar sonrası için bkz. Yarg. 22. HD., 8.11.2018-8363/23924-Çimento İşveren XXXIII, 2 (Mart 2019), 55

- İş K. m. 19'da sadece İş K. m. 25/bent II hükmünün saklı tutulmasının nedeni, söz konusu fesih nedenlerinin işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler olması olup; sağlık nedeni yüzünden iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ise, işçinin davranışlarına bağlı bulunmamaktadır. Bu nedenle, sağlık nedenleri, savunma almayı zorunlu kılan işçinin davranışı ya da verimiyle ilgili nedenler kapsamında değerlendirilememektedir.

- İş K. m. 25/son hükmünün metninde, İş K. m. 19 sayılmış değildir.

Burada sorun, İş K. m. 19/II'de sadece İş K. m. 25/bent II hükmüne yer verilmiş bulunmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin daha önceki kararları da, bu hususa dayanmaktadır. Oysa, sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık yüzünden haklı nedenle fesihle değil, zorlayıcı nedenler ile gözetli ve tutukluluk yüzünden haklı nedenle fesih hallerinde de savunma alma söz konusu değildir. Bu bakımdan, şimdilik anılan içtihadı birleştirme kararı yasa hükmünde sayılmakla mevcut hukuki sorunu çözmüş bulunmakla birlikte, *de lege ferenda* olarak İş K. m. 19/II hükmünün metninden "(II) numaralı bendi" ibaresinin çıkarılmasında yarar görülmektedir.

#### dd. Geçerli neden kavramı

##### aaa. İşçinin yetersizliği

Performans düşüklüğü, işçinin yetersizliğinden (İş K. m. 18/I'in anlamıyla, "işçinin yeterliliğinden") kaynaklanan geçerli nedenler içerisinde, uygulamada önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu oluşturulan somut olayda davacı işçiden değişik zamanlarda performans düşüklüğü gerekçesiyle savunması istenmiş; davacı işçi, savunmalarında benzer biçimde, çağrıdan sonra diğer çağrı alınana kadar geçen mola sürelerinin yüksek oluşunun "sağlık ve ailevi problemlerinden ötürü olduğunu, sağlık durumunda kalıtsal bir rahatsızlığı olmamasına rağmen sürekli bedensel farklı rahatsızlıkların söz konusu olduğunu, psikolojik olarak işyerinde de işe adapte olamamasının bedenine yansıdığını, konuyla ilgili takım liderinden buna yönelik koçlukta aldığını, bu işle ilgili ne kendisine ve ne de şirkete zarar vermek istemediğini, sağlık sorunları

nedeniyle bu işi tam anlamıyla yerine getiremediğini" bildirmiştir. İşverence gerçekleştirilen fesih üzerine davacı işçi, sağlık sorunlarını dile getirdiği halde dinlenmediğini ve feshin hiçbir haklı gerekçesinin bulunmadığını belirterek feshin geçersizliğinin tespiti isteğiyle dava yoluna başvurmuştur.

Konuyla ilgili olarak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, belirtilen ortamda işveren açısından geçerli fesih nedeninin oluştuğunu kabul etmiş ve isabetle, alt mahkeme ile istinaf mahkemesi kararlarının bozulup, açılan davanın reddine karar vermiştir<sup>20</sup>.

### bbb. İşçinin davranışları

#### aaaa. Astıyla özel ilişki kurma

Evli olup kendisine bağlı mağazada çalışan bir kadın işçiyle özel ilişki kuran işçinin iş sözleşmesinin feshi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından, "geçerli nedene dayanan fesih" olarak nitelendirilmiştir. Buna göre:

".. evli olan davacı ile astı konumundaki dava dışı şahsın özel ilişki yaşadıkları sabit olup davacı ile dava dışı şahsın mesajlaşmalarının davalı şirketin mail programına geldiği, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verdiği, iş ilişkisinin sürdürülmesinin davalı işveren yönünden beklenemeyeceği, bu itibarla işveren açısından fesih tarihi itibari ile geçerli nedenlerin bulunduğu anlaşılacakla feshin geçerli sebebe dayandığı .."

kabul edilmek gerekir<sup>21</sup>.

Bu konuda, söz konusu ilişkinin, işyerinde olumsuzluklara yol açacağı açık olmakla birlikte, fesih tarihinden birkaç ay önce sona ermiş bulunması feshin geçerli nedene dayanmadığını göstermeye yeterli olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Çünkü, olaydaki bozulan istinaf mahkemesinin kararının gerekçesi, buna dayanmaktadır. Kanımca, bunun yanıtı, gönül ilişkisinin ve mesajlaşmanın işverence ne zaman tespit

<sup>20</sup> Yarg. 22. HD., 11.9.2018-9175/18263-Çimento İşveren XXXIII, 1 (Ocak 2019), 50

<sup>21</sup> Yarg. 22. HD., 7.3.2018-768/5989-İSGHD XV, 59 (2018), 1157

edildiğinde yatmakta; Yargıtay kararının metninden bunu çıkarmak ise, mümkün görünmemektedir.

#### **bbbb. Sık rapor alma**

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararında isabetle, kabin memuru ve hostes olarak çalışan işçinin "sık sık rapor alma" şeklindeki davranışı iş sözleşmesinin feshi için "geçerli neden" olarak kabul edilmiştir<sup>22</sup>. Nitekim, söz konusu karara dayanak oluşturan olayda işçinin, farklı tarihlerde aldığı raporlarla hastalık mazeretiyle toplam 15 gün işe gelmemek suretiyle iş akışını bozduğu ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, yapılan işin özelliği ve yaklaşık yedi ay içinde toplam 15 gün raporlu olma durumları göz önünde bulundurulduğunda, bu denli devamsızlığın iş akışını ve havacılık operasyonlarını etkileyeceği ve de işverenden iş ilişkisini sürdürmesini beklenilmez hale getireceği açıktır.

Bu bağlamda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de; somut bir uyuşmazlıkta yükleme işçisi olarak çalışan davacı işçinin sık sık rapor alma şeklindeki davranışının iş akışını bozacağını kabul etmiş; ancak, bu durumun haklı neden niteliğinde olmayıp, geçerli neden oluşturacağını belirtmiştir<sup>23</sup>.

#### **cccc. Huzurevi kat görevlisinin genel işleyişe aykırı davranması**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan somut olayda, "davacı işçinin huzurevi genel işleyişine aykırı davrandığı, davacının kat görevlisi ile birtakım işlerin yapılması hususunda tartışma yaşandığı, davacının yaşlıların dinlendiği odaya giderek televizyon seyretmeye başladığı ve kuruluş müdürü tarafından işinin başına dönmesi istenmiş bunun üzerine müdür odasına gelerek yüksek sesle 'sadece beni mi görüyorsunuz, benden başka oturanlar da var, kurumu iyi yönetin' dediği, davalı tanıklarının ve davacıyı kolundan tutarak uzaklaştırdıkları" sabittir. Bu olayda davacı işçinin iş sözleşmesi, başlangıçta disiplin kurulu alınmaksızın haklı nedenle feshe-dilmiş; ancak, daha sonra, gerekli disiplin kurulu kararı ikmal edilmiştir.

<sup>22</sup> Yarg. 22. HD., 18.12.2018-4511/23546-Toprak İşveren, 121 (Mart 2019), 49

<sup>23</sup> Yarg. 9. HD., 8.11.2018-1756/19995-Çimento İşveren XXXIII, 2(Mart 2019), 42

Bunun üzerine, açılan davada istinaf mahkemesi, feshin disiplin kurulu kararı alınmaksızın gerçekleştirildiği noktası üzerinde durmuş; istinaf mahkemesi kararının bozulmasına karar veren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, disiplin kurulunun kararı baştan alınmaksızın feshe kalkışılmasını haksız fesih kapsamında olduğunu, ancak davacı işçinin davranışlarının geçerli nedenle fesih kapsamında mütalaa edilip işe iade talebinin reddine karar vermiştir<sup>24</sup>.

#### **dddd. İşyerinde sigara içme**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararına konu oluşturan somut olayda da, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde işçinin işyerinde sigara içmesi halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi öngörülmüş ve davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı işverene ait işyerindeki depo alanında yasak olduğunu bilmesine rağmen sigara içmesi nedeniyle feshedilmiştir. Ancak, fesih sırasında ilgili disiplin yönetmeliğindeki usule uyulmamış ve fesih işlemi de, altı iş günlük hak düşürücü süre içerisinde gerçekleştirilmemiştir.

Bu durumda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüşüne göre:

*".. Davacının iş sözleşmesinin feshinde Disiplin Yönetmeliğindeki prosedüre uyulmaması veya davacının davranışından sonra 6 günlük süre içerisinde fesih gerçekleştirilmemesi haklı nedeni etkilese de davacının davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve sürece göre makul süre içinde fesih hakkı kullanıldığından, fesih geçerli nedene dayanmaktadır .."*<sup>25</sup>.

#### **eeee. İşyerinde uyku**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararına konu olan hukuki uyumsuzlukta:

*".. davalı işyerinde işçilerin gece vardiyasında uyuduğu şeklinde söylentiler çıkınca, 05.08.2016 tarihinde 00.00-08.00 vardiyasında sevkiyat yöneti-*

<sup>24</sup> Yarg. 9. HD., 19.12.2018-4340/23633-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1420

<sup>25</sup> Yarg. 9. HD., 22.1.2018-2016-34306/762-MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası (yay.), Yargıtay Kararları, 2 (2018), 3

cisi olan Alper Atay'ın yanına aynı bölümde işçi olan Gökhan Aygün'ü alarak sistemden yükleme işlemlerini kontrol ettiği, yemek molasından sonra hareket gözlenmeyince iş sahasına giderek kontrol yaptığı, sevkiyat bölümünde davacının ve diğer iki işçinin daha uyuduğunu gördüğünü, davacının uyurken fotoğrafını çektiği ve bundan sonra davacı ve diğer iki işçinin savunmalarının alınarak iş akitlerinin disiplin kurulunca haklı nedenle feshedildiği .." anlaşılmaktadır.

Dosyaya sunulan davacının uyuduğunun görüldüğü fotoğrafta davacının iddia ettiği gibi gözlerini dinlendirmede, kendine yer yaparak, elini başının altına koyarak ve üzerini örterek uyuduğu, davacının savunmasında "benim o gece başım ağrıyordu, işlerimi bitirince biraz dinlendim. Sadece gözümü kapattım. Bende migren var. 1 aydır mal çekmede çalışıyorum, daha önce palet aktarım bölümündeydim. O yüzden eski çalıştığım yerde biraz dinlenmek istedim" diyerek, kendisine yöneltilen iddiaları kısmen kabul ettiği görülmektedir.

Davacı işçinin belirtilen davranışı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından, "haklı neden" ağırlığında görülmeyip, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsıldığı gerekçesiyle "işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli neden" kapsamında değerlendirilmiştir<sup>26</sup>. Fotoğrafla durumu kanıtlamak isteyen davalı işvereni bu karar tatmin etmeyecek olsa da, "dinlenme" ile "işbaşında uyuma" arasında ayırım gözetilen söz konusu kararın adil olduğu söylenebilir.

#### **ffff. Fazla çalışma taahhüdünde bulunup tatil gününde işe gelmeme**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararına konu olan uyuşmazlıkta, işçi daha önce fazla çalışma taahhüdünde bulunduğu halde, Ramazan Bayramı'nın ikinci ve üçüncü günlerinde işe gelmemiş ve iş sözleşmesi, işverence devamsızlığı gerekçe gösterilip haklı nedenle feshedilmiştir. İlk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi, işverence gerçekleştirilen feshin 6 iş günlük hak düşürücü süre içinde yapılmadığını göz önünde bulundurarak, feshin geçersiz olduğunu kabul etmiştir.

<sup>26</sup> Yarg. 9. HD., 10.12.2018-3767/22771-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2),1483-1484



Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işyerinin özelliği gereği sevkıyatların yoğunlaştığı bayram dönemini göz önünde bulundurarak, söz konusu feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmektedir. Çünkü, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bakımından, feshin hak düşürücü süre içinde gerçekleştirilmemesi feshin haklılığını ortadan kaldırsa bile, geçerliliğini etkilemeyecektir<sup>27</sup>.

### **gggg. Müşteriyle tartışma**

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshe örnek bir diğer somut olayda davacı işçi, davalı işyerinde karşılama görevlisi olarak çalışırken, VIP salonun girişindeki merdivenlerde oturarak sıra bekleyen yabancı bir müşteriyi bulunduğu yerin uygun olmadığı ve restoranın dışına çıkması için uyarılmış; müşteri, buna itiraz ederek kendisine küfür etmiş ve tartışma başlamıştır. Tartışma sonrasında müşteri, restoranı terk etmiş; ancak, kısa bir süre sonra yanında bir kadınla yeniden restorana gelmiştir. Bunun üzerine, davacı işçi, kendisine küfür ettiğini ve tartıştığını gerekçe göstererek, işverene bilgi vermeden kişisel inisiyatif kullanıp, erkek müşteriyi içeri almak istemediğini bildirmiş ve yeniden tartışma yaşanmıştır. Prestijli ve tanınan bir restoran olan davalı işyerinde müşteriyle yaşanan tartışma, sosyal medyaya yansımış; davacı işçi, kadın misafirin ayrılırken kendisine küfür etmesi üzerine, sınırlarına hakim olamayıp aynı şekilde karşılık vermiştir. Söz konusu olayın ardından davalı işveren, davacı işçinin iş sözleşmesini “müşteriye karşı uygunsuz söz ve eylemleri” nedeniyle feshetmiştir.

Bu konuda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; davacının iş sözleşmesinin feshinin, müşterinin küfür etmesi nedeniyle, haklı neden ağırlığında olmayıp, geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir<sup>28</sup>. Bunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, davacı işçinin kavgaya dönüşmeden çözebileceği basit bir anlaşmazlığı kısmen de kişiselleştirmek suretiyle tartışmayı büyütmesini ve tartışma eyleminin işyerinde ister istemez olumsuzluklara yol açmasını dikkate aldığını söyleyebiliriz.

<sup>27</sup> Yarg. 9. HD., 10.12.2018-3958/22732-Çalışma ve Toplum, 61(2019/2), 1489

<sup>28</sup> Yarg. 9. HD., 8.10.2018-61/17736-Çimento İşveren XXXIII, 2(Mart 2019), 46

### hhhh. İşyerinin işçisiyle kavga

Haklı neden ağırlığında olmayıp geçerli neden sayılmaya ilişkin bir başka somut olay, iki işçinin kavga ve birbirini yaralama hadisesinde ikisinin de iş sözleşmelerinin işverence haklı nedenle feshine ilişkindir. Bu bağlamda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kavganın diğer işçinin saldırısı yüzünden çıkmasını göz önünde bulundurarak, fiili saldırıya uğrayan işçinin iş sözleşmesinin feshini, haklı nedenle fesih yerine, geçerli nedenle fesih kapsamında değerlendirmiştir<sup>29</sup>.

### ccc. İş, işyeri ve işletmenin gerekleri

#### aaaa. İşletmesel karar

İşletmesel kararın yargısal denetiminde dikkate alınacak unsurlar, işyerinin küçültülmek istenmesine ilişkin bir olayla ilgili olarak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından ayrıntılı biçimde belirtilmektedir. Nitekim, işletmesel kararlar ilgili yeterli araştırma yapılmaksızın verilmiş bir ilk derece mahkemesi kararı ve istinaf başvurusunu bunu dikkate almaksızın esastan reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararı, temyiz incelemesinde bozulmuştur. Buna göre:

*“.. davalı işyerinde alınan işletmesel kararın kapsamı ve davacının çalıştığı birimin kapatılmasına yönelik değişikliğinin kapsamının ne olduğu, davacının çalıştığı pozisyonun görev itibarıyla bu durumdan nasıl etkilendiği, davacının pozisyonuna ihtiyaç olup olmadığı, işgücü fazlalığı oluşup oluşmadığı, davalı tarafça alınan bu kararın tutarlı olarak uygulanıp uygulanmadığı, işyerinde ve davalı bünyesindeki işyerlerinde fesih öncesi ve sonrası 6 ay süre ile davacı ile aynı görevde işten çıkarılan ve işe alınan personel olup olmadığı..”*

araştırılmak ve uzman bilirkişi aracılığıyla somut olayda bir geçerli nedenin bulunup bulunmadığının tespiti gerekir<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Yarg. 9. HD., 18.4.2018-2017-23999/8963-Çimento İşveren XXXII, 6 (Kasım 2018), 51

<sup>30</sup> Yarg. 22. HD., 11.9.2018-9332/18182-İSGHD XV, 60 (2018), 1666

#### bbbb. Son çare ilkesi

Asıl işverenin iş eksiltmesine ilişkin taşeronlara yönelik kararı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararında da, işletmesel karar niteliğinde değerlendirilmiş ve bunun yerindelik denetimine tabi olmayacağı isabetle açıklanmıştır. Bu durumda, alt işverenin, *son çare ilkesi* uyarınca, işçiyi bir başka işyerinde çalıştırıp çalıştıramayacağına bakmak gerektiği vurgulanmakta; bu mümkün bulunmadığı takdirde, geçerli fesih nedeninin oluşacağını kabul etmek gerekeceği isabetle belirtilmektedir<sup>31</sup>.

Yine, bir başka olayda bu kez Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacı işçinin çalıştığı televizyon kanalının kapatılmasını işletmesel karar niteliğinde görmüş ve bunun tutarlı uygulanıp uygulanmadığına dikkat etmiştir. Bu anlamda, davacı işçinin çalıştığı televizyon kanalı kapatıldıktan sonra davacı işçiye grup bünyesinde yönetmen pozisyonu ve ayrıca yedi ayrı iş teklif edilmiş olmasını, feshin son çare olması ilkesine uygun bir davranış olarak nitelendirilmiş; fesih öncesi veya sonrasında davacı işçinin çalıştığı pozisyona veya benzerine başka bir işçinin alınmasının söz konusu da olmadığı bir ortamda, davacı işçinin tüm bu önerileri kabul etmeyişi, hukuken uygun görülmemiş ve işe iade talebine yönelik davanın reddine karar verilmiştir<sup>32</sup>.

#### ee. Boşta kalınan süreye ilişkin ücretin hesaplanması

Feshin geçersizliğinin tespiti davasında boşta kalınan süreye ilişkin en çok dört aylık ücretin hesabında, bu süre zarfında gerçekleşen "*diğer haklar*" kavramı (İş K. m. 21/III); ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi parayla ölçülebilen hakları içermektedir. Bu bağlamda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, yemek ücretini dahil etmeksizin çıplak ücret üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporuna dayanan iş mahkemesi kararının bozulmasına isabetle karar vermiştir<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Yarg. 22. HD., 17.4.2018-2630/8727-İSGHD XV, 59 (2018), 1144; aynı anlamda: Yarg. 22. HD., 8.2.2018-33/2381-İSGHD XV, 58 (2018), 691; Yarg. 22. HD., 1.3.2018-2017-46184/5467-İSGHD XV, 59 (2018), 1165

<sup>32</sup> Yarg. 9. HD., 30.5.2018-2017-26565/12115-Çimento İşveren XXXIII, 1 (Ocak 2019), 47

<sup>33</sup> Yarg. 22. HD., 19.3.2018-2015-27893/7062-İSGHD XV, 59 (2018), 1149

## ff. İş güvencesi tazminatının miktarı

Somut bir olayda, işçi emeklilik dilekçesini işyerine verdiği ve bunun üzerine alınan karar doğrultusunda, iş sözleşmesinin işverence feshedildiği belirtilmiştir. Bu durumda, işçi, iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti amacıyla işe iade davası açmıştır<sup>34</sup>. Oysa, burada emeklilik dilekçesinin verilmesi, emeklilik amacıyla iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi anlamını taşımakta olup, ayrıca bunun üzerine işverenin iş sözleşmesini feshetmesi söz konusu değildir. Bu durumda, iş sözleşmesinin feshi, ancak emeklilik nedeniyle yapılacak fesihlerde ihbar önelinin varlığı kabul edildiği takdirde söz konusudur ve bu durumda, “öne geçen (takaddüm eden) fesih” ortaya çıkmış olur. Bunun gibi, emekli olacak işçinin, feshin geçersizliğinin tespiti amacıyla işe iade davası açabilmesine de, hukuken anlam vermek güçtür. Ancak, dava dosyasının içeriğini tam olarak bilinmediği ve ilgili Yargıtay kararından bunu tespit etmek de mümkün bulunmadığı için, emeklilik dilekçesini somut olayda değerlendirmek mümkün görünmemektedir.

Ancak, somut olayda ne istinaf mahkemesi ve ne de Yargıtay, feshin geçersizliği üzerinde durmamakta; sadece, işe başlatılmama halinde ödenecek olan iş güvencesi tazminatının miktarı üzerinde, yargı organlarının hemfikir olmadıkları saptanmaktadır. Buna göre, bozulan istinaf mahkemesi kararında, davacı işçinin emekliliğe hak kazandığı gerekçesiyle dört aylık ücret; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararında ise, bu gerekçenin başta eşitlik ilkesine uymadığından bahisle, altı aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi söz konusudur. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 15 yıldan fazla kıdemi olan davacı işçi için vardığı bu sonuç, Özel Daire'nin daha önceki uygulamasıyla (yıllık ücretli izin süresine ilişkin skaladan esinlenilerek, 6 ay-5 yıl > 4 aylık, 5-15 yıl > 5 aylık, 15 yıldan fazla kıdem > 6 aylık ücret skalası) uyum içerisindedir.

<sup>34</sup> Bkz. Yarg. 22. HD., 18.4.2018-2017-41321/8924-İSGHD XV, 59 (2018), 1136-1138

### gg. İşe davet yazısının bir aylık sürenin son günü notere verilmesi

Feshin geçersizliğini tespit eden mahkeme kararının kesinleşmesi üzerine işyerine yasal süresi içerisinde başvuran işçinin işveren tarafından bir aylık süre içinde işe başlatılması zorunludur (İş K. m. 21/I). Söz konusu bir aylık sürenin, işverenin işe başlatma konusunda gerekli hazırlıkları yapması için tanınmış bir süre olduğu açıktır. Bu durumda, işverenin işe davet ihtarnamesini bir aylık yasal sürenin son günü mesai saatinin bitimine doğru notere vermesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından isabetle, “dürüstlük kuralına uymayacak davranış” olarak nitelendirilmiştir<sup>35</sup>. Çünkü, işveren, söz konusu tebligatın ancak süre dolduktan sonra işçiye tebliğ edilebileceğini bilebilecek durumdadır. Buna göre, belirtilen halde işverenin işe başlatma konusunda samimi olmadığı kabul edilmekte ve işçinin davet edilmesine rağmen işe başlamadığı yolundaki işveren iddiasına geçerlik tanınmamaktadır.

### hh. Farklı bir adresteki işyerine davet

Feshin geçersizliğini tespit eden mahkeme kararının kesinleşmesi ve işçinin yasal süresi içerisinde işverene işe başlamak için başvurması üzerine, işverenin işçiyi yasal süresi içinde işe başlatması gerekir. Ancak, işverenin işçiyi farklı bir adresteki işyerinde çalışmak üzere davet etmesi, kesinleşen mahkeme kararının yerine getirildiği anlamını taşımayacaktır. Bunu isabetle kabul eden Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu durumda işe başlatmama tazminatının tahsiline dair karar verilmesini öngörmüştür<sup>36</sup>.

### ii. İşe başlatılmayan işçi için fesih tarihi

Kıdem tazminatı faizinin, davacının işe başlatılmadığı tarih yerine, ilk fesih tarihine göre belirlenmesi hatalıdır<sup>37</sup>. Çünkü, yapılan feshin kesinleşen işe iade kararı geçersiz hale gelmesi durumunda, ilk fesih ortadan kalkar. İşçinin usulüne uygun işe başlatılma talebinde bulunması

<sup>35</sup> Yarg. 9. HD., 5.12.2018-2015-25243/22436-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1505

<sup>36</sup> Yarg. 9. HD., 10.12.2018-205-28635/22801-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1468

<sup>37</sup> Yarg. 9. HD., 1.10.2018-2017-23338/17041-İSGHD XV, 60 (2018), 1535

ve fakat işe başlatılmaması halinde fesih tarihi, işçinin işe başlatılmadığı tarih olur. Bu durumda, ihbar tazminatı bakımından faiz başlangıcı da işçinin işe alınmayacağına açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonu olacağından, kıdem tazminatı faizinin ilk fesih tarihi yerine davacının işe başlatılmadığı tarihe göre belirlenmesi gerekir.

## **jj. Feshe bağlı hakların işe iade davasından ayrı talep edilmesi**

Kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacakları feshe bağlı haklar içinde yer alırlar. Bunların işe iade davasıyla birlikte talep edilmesi, hukuken mümkün değildir. Çünkü, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüşüne göre, işe iade davasının açılması durumunda, fesih işlemi askı durumundadır ve bu anlamda, söz konusu feshe bağlı hakların talep edilmesi bakımından, erken açılmış bir dava söz konusu olup, anılan taleplerin usulden reddi gerekmektedir<sup>38</sup>.

Yargıtay Özel Daire'nin belirtilen görüşü, işe iade davasının salt fesih geçersizliğine karar verilecek bir dava sürecini içermeyişi ve de işe iade davasının tespit hükmüne yönelik bulunmayışı nedeniyle, hukuken isabetlidir.

## **2. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshi**

### **a. İş sözleşmesinin feshinde haklı neden**

#### **aa. Zorlayıcı nedenle fesih**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, işyerinin bulunduğu ülkede iç savaşın çıkması durumu, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için "zorlayıcı neden" olarak kabul edilmektedir. Nitekim, söz konusu karara dayanak oluşturan olayda, davalı işverene ait Libya'daki işyerinde çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından o ülkedeki iç savaş yüzünden feshedilmiştir. Bu durumda, alt mahkemenin anılan

<sup>38</sup> Yarg. 9. HD., 17.5.2018-2015-18295/11018-Çalışma ve Toplum, 59 (2018/4), 2296

feshi haksız fesih olarak değerlendirmesi, Yargıtay Özel Daire tarafından uygun bulunmayıp, iş savaşının varlığı isabetle zorlayıcı neden olarak kabul edilmiştir<sup>39</sup>.

## bb. İşçi yönünden haklı neden

### aaa. Ağır eleştiri niteliğindeki söz ve davranışlar

İşveren vekili davalının yönetim kurulu toplantısı sırasında davacı işçiye karşı söylediği ağır eleştiri niteliğindeki sözlerin ve davranışlar, davacı işçinin mesleği (avukatlık), sıfatı ve kıdemi göz önüne alındığında, işçi açısından iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturur. Ancak, somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin davacı işçiye söylediği “saçmalama” sözünün hakaret suçunu oluşturmayıp, davacı işçinin yaptığı işle ilgili yakınma ve eleştirdiği oluşturduğu gerekçesiyle verilen ve Yargıtay onamından geçen beraat kararı karşısında, manevi tazminat talebinin reddi gerekir. Çünkü, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'ne göre:

“.. Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen Ceza Mahkemesi kararı manevi tazminat talebi bakımından bağlayıcı olup, söylenen sözlerin feshe haklılık kazandırmakla birlikte suç teşkil etmediği ve hakaret sayılmadığı anlaşıldığından davacının manevi tazminat talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır ..”<sup>40</sup>.

Burada önemli olan ilk husus, gerek alt mahkemenin ve gerekse Yargıtay Özel Daire'nin, davacıya ait “mobbing” iddiasını kabul etmeyişidir. Bunun temelinde, psikolojik tacizin oluşması için sistematik baskının varlığının aranması gerektiğine ilişkin görüş yatmaktadır. Buna karşılık, şirket yönetim kurulu başkanının davacı işçiye avaz avaz bağırdığı, çocuk gibi azarladığı ve “adam gibi mütalaa ver”, “gelsene sen bakayım buraya”, “oturma ayakta bekle”, “saçmalama” gibi aşağılayıcı sözleri kullandığı, önüne gelen dosya ve belgeleri davacı işçiye fırlattığı, asistana yaptıracağı işi ve çektireceği faksı alaycı ve aşağılayıcı tavırla davacı işçiye çektirttiği

<sup>39</sup> Yarg. 9. HD., 23.1.2018-2015-22354/1051-İSGHD XV, 58 (2018), 625-626

<sup>40</sup> Yarg. 9. HD., 13.9.2018-6416/15791- İSGHD XV, 60 (2018), 1558

iddiaları, anılan kapsam ve içerikte görülmemiş; kararda ağırlıklı olarak, davalının "saçmalama" sözü üzerinde durulmuştur.

Dosya içeriğine göre, delillerin takdiri ve iddiaların kanıtlanmış sayılıp sayılmayacağı, doğallıkla mahkemenin takdirinde olmakla birlikte, anılan karar metninde davalının davacıya karşı söylediği ağır eleştiri niteliğindeki sözlerden ve davranışlardan söz edildiğine göre, söz konusu olguların varlığı kanıtlanmış kabul edilmektedir. Bu durumda, sadece "saçmalama" sözcüğünün hakaret oluşturmadığının dikkate alınması yerine, bunların da göz önünde bulundurulmaları gerekirdi.

İkinci husus, iş mahkemesini ceza mahkemesinden verilecek kararın ne ölçüde bağlayacağıdır. Bu konuda, TBK m. 74/I, aynen:

*"Hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir"*

hükmünü taşımaktadır. Bunun gibi, ceza yargıcının kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk yargıcını bağlamayacaktır (TBK m. 74/II).

Buna göre, iş mahkemesinin kesinleşen ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı bulunmayıp, söz konusu söz ve davranışların manevi tazminatı gerektirip gerektirmediğini değerlendirmesi gerekecektir.

### **bbb.Sağlık ve güvenlikten yoksun çalışma ortamı**

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, bir kararında alt mahkemenin kararının, davacı işçinin "işyerinde çalışma şartları nedeniyle rahatsızlandığı" iddiasının araştırılmadığı gerekçesiyle bozulmasını kabul etmiştir. Buna göre, işyerinde keşif yapılarak, işçinin rahatsızlığının işyerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, işyerindeki çalışma şartlarının işitme kaybına neden olup olmayacağı ve davacının işe devam etmesi durumunda geri dönüşülemeyecek bir zararın oluşup oluşmayacağı hususlarının araştırılması gerekecek; bunun sonucuna göre de, işçi tarafından gerçekleştirilen feshin



haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktası, açıklığa kavuşturulabilecektir<sup>41</sup>.

Diğer bir somut uyuşmazlıkta da, davacı işçi, işyerinde çinko alaşımı içeren ham maddenin eritilmesiyle ortaya çıkan yoğun dumanın emilmesi için gerekli havalandırma tertibatının bulunmaması yüzünden iş sağlığı ve güvenliğine uygun olmayan koşullarda çalıştırıldığını iddia etmiştir. Bu konuda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, hükme dayanak yapılan bilirkişi raporundaki tespiti yeterli bulmamış; yeterli bir inceleme yapılması için, isabetle, davacı işçinin olumsuz koşullar yüzünden sağlık sorununun doğduğunu belirten bir doktor raporunun bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir rapor olmadığında iş güvenliği uzmanı ve konuyla ilgili ihtisas sahibi doktor eşliğinde keşif yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>42</sup>.

### ccc. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi

İşçinin satışa bağlı prim alması, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından, fazla çalışma ücretine hak kazanmasına engel oluşturmayacak bir durum olarak kabul edilmektedir. Buna göre, primli sistemde çalışan işçi, fazla çalışma ücretine hak kazanma koşullarını yerine getirdiği takdirde, fazla çalışma ücreti talep edebilecek; işveren tarafından bu isteği kabul edilmediği takdirde de, fazla çalışma ücreti ödenmediği gerekçesiyle İş K. m. 24/II e hükmü uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir<sup>43</sup>.

### ddd. Çalışma şartlarının uygulanmaması

İşçiden otelde idari müdür olarak çalıştığı sırada kolejde memur olarak çalışmasının istenmesi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından isabetle, "çalışma şartlarında esaslı değişiklik" olarak değerlendirilmiş ve

<sup>41</sup> Yarg. 22. HD., 2.5.2018-2017-12779/10382-İSGHD XV, 59 (2018), 1117

<sup>42</sup> Yarg. 9. HD., 17.12.2018-2015-29195/23354-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1423

<sup>43</sup> Yarg. 9. HD., 3.12.2018-2015-28185/22159-Çalışma ve Toplum, 61(2019/2), 1514

bu durumda buna razı olmayacak işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip kıdem tazminatını talep edebileceğini kabul etmiştir<sup>44</sup>.

Diğer yandan, “*çalışma şartlarında esaslı değişiklik*” gerekçesiyle yapılacak bir fesih için, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin görüşüne göre, söz konusu değişiklik önerisinin işçiyi bağlayıcı nitelikte olması aranır. Bunun için de, istenen değişikliğin, işçiye bildirilmiş olması gerekir. Bu bağlamda, sözelimi yönetmelik değişikliğinin personele duyurulmak üzere işyerine asılarak ilan edilmesi, hukuken geçerli bir tebliğ yöntemi değildir. Bunun gibi, söz konusu değişikliğe, sözelimi görev yeri değişikliğine onay vermiş ve görev yeri değişikliğinin aleyhe durum yarattığını kanıtlayamamış işçinin feshe kalkışması da, haklı nedenle fesih sayılmayacaktır<sup>45</sup>.

### cc. İşveren yönünden haklı neden

#### aaa. Asıl işverenin işçisinin taşeronun işçisine sataşması

İşçinin alt işverenin işçisiyle kavga edip, onu boynundan tutması sonucunda boynunda iz oluşması, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisini (İş K. m. 25/bent II f. d) kazandırır<sup>46</sup>. Buna göre, asıl işverenin işçisinin alt işverenin işçisine sataşması, Yargıtay tarafından “*davalı işverenin emri altında bulunan diğer işçiye sataşma niteliğinde*” olarak değerlendirilmektedir. Oysa, İş K. m. 25/bent II f. d hükmü, açık bir biçimde, “*işçinin .. işverenin başka işçisine sataşması*”ndan söz etmektedir.

Burada kastedilen, asıl işverenin otoritesi altında bulunan asıl işverenin işçileridir. Bunun karşıt anlamından, asıl işverenin otoritesi altında bulunmayan alt işveren (taşeron) işçisi hakkında söz konusu hükmün uygulama alanı bulamayacağıdır. Aksine yorum, haklı nedenle fesih yetkisini düzenleyen İş K. m. 24 ve 25 hükümlerinin sınırlı olarak ele alınması esasıyla bağdaşır görünmemektedir.

<sup>44</sup> Yarg. 22. HD., 10.12.2018-2016-8518/26556-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1638

<sup>45</sup> Yarg. 22. HD., 13.9.2018-7165/18797-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 844

<sup>46</sup> Yarg. 9. HD., 10.9.2018-2015-23543/15361-İSGHD XV, 60 (2018), 1578

Anılan kararın sonucunda, dolaylı olarak, somut uyuşmazlıkta gerçek anlamda bir alt işveren ilişkisinin bulunmadığı ve muvazaaa olduğu kabul edilmektedir. Ancak, anılan karar metninde muvazaadan söz edilmediği gibi, aksine davacı işçinin “alt işverenin işçisi olduğu” açıkça belirtilmektedir. Belirtilen durum karşısında, anılan Yargıtay kararına katılmak, hukuken güç görünmektedir.

### **bbb. İşverenin işçisini sözlü taciz**

İşçinin, işyerinde çalışan kadın işçinin temizlik yaptığı yere giderek arkadaşlık teklif etmesi ve evli, üç çocuğu olan kadın işçinin bu durumdan rahatsız olup işverene şikayette bulunması, istinaf mahkemesi tarafından “haklı fesih boyutunda” kabul edilmemiş ve feshin geçerli nedene dayandığı belirtilmiş; bu kararın bozulmasına karar veren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, işyeri kayıtlarına göre davacı işçinin kadın işçinin evli olduğunu bilebilecek durumda olduğunu karara dayanak yapmak suretiyle, isabetle feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir<sup>47</sup>.

### **ccc. İşyerinde kavga**

Somut bir uyuşmazlıkta işveren vekili durumundaki davacı işçi, aynı işyerinde çalışmakta olan diğer bir işçiyle kavga olayı içinde olmuştur. Bu konuda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, davacı işçinin işveren vekili olmasını ve kavgayı ilk başlatan kişi olmamasını göz önünde bulundurmak suretiyle, kavga içinde yer alan davacı işçi bakımından olayın işveren bakımından haklı neden yerine geçerli neden oluşturduğunu dikkate almış ve işverenin fesih işleminin haksız nitelikte olduğunu oyçokluğuyla kabul etmiştir. Karşı oy yazısı ise, kavgayı başlatanın davacı işçi olduğunu benimsemek suretiyle, davacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedene dayandığını ileri sürmekte; kavgadaki diğer işçinin davacıya kavgada sataşmadığını belirterek, bu işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı olmadığını açıklamaktadır<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Yarg. 9. HD., 17.12.2018-3313/23250-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1436

<sup>48</sup> Yarg. HGK., 18.12.2018-2015-22-2677/1954-Çalışma ve Toplum, 62 (2019/3), 2090-

Mevcut dosya içeriği tam olarak bilinemediği için, kavgayı ilk başlatanın kim olduğunu kestirme olanağı yoktur. Ancak, kavga olayının işyerinin düzenini olumsuz şekilde etkilemesi karşısında, kavga olayını ilk başlatmayan açısından geçerli nedenin oluştuğunu kabul etmek mümkün görünmektedir. Buna karşılık, işverenin kavga eden iki işçiden her ikisini de mutlaka işten çıkarması gerektiğini kabul etmek, güç görünmektedir. Çünkü, bu alanda eşit işlem borcu, mutlak bir nitelik taşımamaktadır. Bununla birlikte, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunun, nasıl olup da eşit işlem borcuna uygunluğu davacı işçinin işveren vekili olmasına dayandığı, karar metninden anlaşılamamaktadır.

#### **ddd. Doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış**

Davalı işverene ait kaynak makinesinin davacı işçi tarafından izinsiz akrabasının dükkanına götürüldükten yaklaşık dört yıl sonra makinenin işyerinde bulunmadığının tespit edilmesine üzerine geri getirilmesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından isabetle, "*doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış*" olarak değerlendirilmiştir<sup>49</sup>.

Bunun gibi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; bir başka olaya ilişkin kararında da, kaçak boru hattı çekilen fabrikada çalışan davacı işçinin yaklaşık üç yıl boyunca fabrika müdürünün emriyle gerçekleştirilen kaçak boru hattındaki çalışmasının durumun yetkililere bildirilmeksizin ve kart basma uygulamasına uyulmaksızın yapılması nedeniyle iyi niyetten söz edilemeyeceğini ve bu durumun işverenin güvenini kötüye kullanmak olarak nitelendirilerek iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesini kabul etmiştir<sup>50</sup>.

Yine, somut bir uyuşmazlıkta davacı işçi; sözleşmesinin devam ettiği bir tarihte davalı işverenle benzer faaliyet alanındaki diğer bir şirketle irtibat halinde bulunmuş, bu şirket yararına çalışma yapmış ve yüklü bir miktarda ödeme kabul etmiştir. Söz konusu tutum ve davranışlar, Yargıtay

2101

<sup>49</sup> Yarg. 9. HD., 8.11.2018-2015-23402/19972-Çimento İşveren XXXIII, 2 (Mart 2019), 50

<sup>50</sup> Yarg. 9. HD., 6.12.2018-3741/22518-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1502

22. Hukuk Dairesi tarafından isabetle, İş K. m. 25/bent II f. e anlamında “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış” olarak değerlendirilmiştir<sup>51</sup>.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin belirtilen değerlendirmesi yerinde olmasına karşılık; anılan karardaki “her ne kadar haksız rekabetin boyutu ve hangi ticari bilginin dava dışı firmayla paylaşıldığı gibi hususlar netleşmemiş ise de” anlatımına katılma olanağı bulunmamaktadır. Gerçekten, hukuki dayanak yapılan İş K. m. 25/bent II f. e hükmü, “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunma”nın işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisini kazandıracakını öngörmekte ve örnek olarak, “işverenin meslek sırlarını ortaya atmak” eylemini göstermektedir. Bu bağlamda, söz konusu hükmün tek uygulanma koşulu, herhangi bir davranışın doğruluk ve bağlılığa uymayacak olmasıdır. Buna göre, bizatihi haksız rekabetin varlığı ya da rakip şirkete ticari bilginin aktarılmış olması, anılan hükmün uygulanması için yeterli olup, artık ayrıca söz konusu rekabetin “boyutu” ya da aktarılan ticari bilginin ne olduğu önem taşımamaktadır. Ayrıca, haksız rekabet içine girilmeksizin ya da ticari bilgi sızdırmaksızın da, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak mümkündür. Bu itibarla, belirtilen yan cümleye anılan karar metninde yer verilmemesi, varılan sonucun gerekçesini daha haklı kılacaktır.

### eee. 667 sayılı KHK kapsamında fesih

667 sayılı KHK'yla, olağanüstü hal kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması zorunlu önlemler ile bunlara ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Buna göre, söz konusu KHK, terör örgütlerine veya MGK tarafından Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla bağlantısı olduğu değerlendirilen kurum ve kuruluşlar, yargı mensupları ve kamu görevlilerine ilişkin alınacak önlemler açıklanmıştır.

Bu bağlamda, somut bir uyuşmazlıkta, iş sözleşmesi OHAL bürolarının yazılarına dayanılarak feshedilmiştir. Bunun üzerine açılan dava, ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi kararlarıyla reddedilmiştir.

<sup>51</sup> Yarg. 22. HD., 9.10.2018-6666/21479-İSGHD XV, 60 (2018), 1617

Dava dosyası temyizden Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin önüne geldiğinde, gerçekleştirilen feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekmiştir. Ancak, Özel Daire, daha önce yapılan araştırmaların bu konuda hüküm kurmaya yeterli olmadığına karar vermiş ve istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. Buna göre, feshin haklı bir neden oluşturup oluşturmadığı konusunda:

“.. mahkemece davacının iş akdinin feshine dayanak objektif değerlendirmelerin neler olduğu, hangi bilgi ve belgelerin feshe gerekçe yapıldığı davalı kurumdan araştırılmalı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın Terörle Mücadele, Kaçakçılık, Organize Suçlar ve İstihbarat ile ilgili birimlerinden ve Bilgi Teknolojileri Kurumu'ndan varsa davacı ile ilgili bilgi ve belgeler olup olmadığı sorulmalı, davacı hakkında adli bir soruşturma bulunup bulunmadığı, ceza davası açılıp açılmadığı, davacının devletin milli güvenliği aleyhine faaliyette bulunduğu belirlenen dernek, vakıf ve gazetelere üyeliği bulunup bulunmadığı ilgili yerlerden sorularak açıklığa kavuşturulmalı, davacı hakkında .. terör örgütü ile irtibat ve/veya iltisakı olduğunun tespitine yönelik başka bir bilgi olup olmadığı araştırılarak, tüm bilgi ve belgeler ile tarafların delilleri değerlendirilmek suretiyle geçerli veya haklı bir fesih nedeninin olup olmadığı ..”

araştırılmalıdır<sup>52</sup>.

Yargıtay, görüldüğü üzere, OHAL bürolarınca göreve son verilmesinin işverenden istenmesini fesih için tek başına bir haklı neden olarak görmemekte ve gerekli istihbarata ilişkin bilgilerin toplanıp araştırma yapılmasını istemektedir. Ancak, kendisine OHAL bürosunun böyle bir yazısı gelecek işveren, bunları bilebilecek ya da araştırabilecek konumda değildir. Nitekim, işveren, tıpkı geçmişteki sıkıyönetim dönemlerinde olduğu üzere, OHAL yönetimlerinin bu yoldaki isteğini derhal yerine getirmek zorunda kalacaktır. Bu bakımdan, işverenin OHAL yönetiminin söz konusu isteğini gerçekleştirmek zorunda kalışı, geçmişte sıkıyönetim dönemlerine ilişkin Yargıtay kararlarında olduğu üzere, yine Yargıtay tarafından İş K. m. 25/bent III anlamında bir “zorlayıcı neden” olarak

<sup>52</sup> Yarg. 22. HD., 1.10.2018-10425/20441-İSGHD XV, 60 (2018), 1644

değerlendirilmesi, kanımca, daha yerinde ve adil bir çözüm yolu olarak görünmektedir.

#### **dd. Haklı nedenin yokluğu**

##### **aaa. İşverenin 'önerimi kabul etmeyen işyerinden gitmelidir' açıklaması**

Somut bir uyuşmazlıkta; işveren, çalışan tüm personeliyle toplantı yaparak, birikmiş kıdem tazminatını ödeme önerisinde bulunmuş, "bu öneriyi kabul etmeyenlerin işyerinden gitmesi gerektiği" biçiminde açıklama yapmış ve işçi de, bunun üzerine işyerinden ayrılmıştır. Bu bağlamda, işçiden kaynaklanan herhangi bir neden yokken işverenin kıdem tazminatı ödeme önerisinde bulunması, Yargıtay tarafından fesih iradesinin işverenden geldiği biçiminde yorumlanmış ve haklı nedene dayanılmaksızın işverence iş sözleşmesinin feshedilmiş bulunduğu kabul edilmiştir<sup>53</sup>.

Uyuşmazlığa konu olan olayın akışına bakılacak olduğunda, burada işçinin işyerini terki yerine, fesih iradesinin işverence açıklandığını kabul etmek, kanımca da, daha isabetli görünmektedir. Aksi takdirde, istifa (işçinin kendi isteğiyle işyerinden ayrılması) halinde kıdem tazminatı ödenmeyeceğinden, işverenin kıdem tazminatı ödeme önerisine doğru bir anlam verme olanağı ortadan kalkar.

##### **bbb. Tacize uğramış işçinin iş sözleşmesinin feshi**

İşyerinde ustabaşı tarafından tacize uğrayan kadın işçinin iş sözleşmesi feshi, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından isabetle, haklı nedenle fesih kapsamında değerlendirilmemiştir. Çünkü:

*".. davacının, yazışmalarının son üç gün yoğunlaştığını ve bunun kendisini taciz ettiğini iddia ettiği Ayhan K'dan kaynaklandığını beyan ettiği, davacının ibraz ettiği yazışma dökümlerinin davacıyı doğruladığı, davacının ayrıca mesajlar dışında ustabaşı tarafından sözlü tacize uğradığını iddia*

<sup>53</sup> Yarg. 9. HD., 10.7.2018-2016-6335/15026-İSGHD XV, 60 (2018), 1587. Ayrıca bkz. yukarıda A II 1 a aa

ettiği, bu durumda ustabaşı Ayhan K için 4857 sayılı Kanun'un 24. maddesi anlamında başka işçiyi taciz etmek eylemi nedeniyle işlem yapmak yerine, mağduriyetini dile getiren davacının işten çıkarılmasının hakkaniyet kurallarına uygun olmadığı .."

anlaşılmaktadır<sup>54</sup>.

Buna karşılık, ustabaşı hakkında Cumhuriyet savcılığınca zincirleme biçimde cinsel taciz ve hakaret suçundan ceza talep edilmiş olmasının aynı kararda gerekçe yapılması, hukuken yerinde olmamıştır. Çünkü, iş yargıcı, ceza yargıcı tarafından verilen beraat kararıyla dahi bağlı tutulmadığı gibi; hukuken masumiyet karinesi de, bu tür gerekçelendirmelere engel oluşturmaktadır.

### ccc. Başka işte çalışmama taahhüdü

Ürün danışmanı olarak çalışan davacı işçinin, iş sözleşmesinde başka bir işte çalışmayacağını taahhüt edip, daha sonra hobi olarak başlayıp fotoğrafçılığı zamanla bunu ticari kazanç getirecek şekle dönüştürdüğü ve işverenin müşteriye ziyarete gittiği sırada müşterinin masasında davacı işçinin tanıtım broşürünün bulunduğu gerekçeleriyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine kalkışılması, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından geçerli neden olarak değerlendirilmiş ve haklı nedenin yokluğuna isabetle hükmedilmiştir<sup>55</sup>.

### ddd. Hediye kabul yasağı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan uyuşmazlıkta, konsolosluğa gelin aracının giriş ve çıkışında 'kapı açılmıyor, bir şeyler yapmak lazım' şeklindeki sözlerle dolaylı olarak bahşiş talep edilmesi üzerine verilen bahşişi kabul eden işçinin iş sözleşmesinin "hediye kabul yasağı" gerekçesiyle feshi, haksız olarak değerlendirilmiştir. Bu anlamda, Yargıtay Özel Daire görüşüne göre:

<sup>54</sup> Ankara BAM 6. HD., 10.7.2018-690/1756-İSGHD XV, 60 (2018), 1683

<sup>55</sup> Yarg. 22. HD., 12.2.2018-146/2939-İSGHD XV, 58 (2018), 683-684



“.. Davacının düğün sahibinden aldığı feshi konu edilen paranın Türk örf ve adetlerine göre alındığı, bunun düğün sahibinin de kabulünde olduğu, davacının davranışlarının işverence imzalatılan hediye kabul yasağı bildirisine aykırı olmadığı ve işverenin güvenini kötüye kullanma niteliği taşımadığı, davacının doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış içerisinde bulunduğu kanıtlanmadığı, somut olayın özellikleri birlikte değerlendirildiğinde davalı tarafından yapılan feshin ölçülü de olmadığı ..”

anlaşılmakta olup, işverenin feshi haksızdır<sup>56</sup>.

### **eee. Savunma sanayii işyeri çalışanın bylock programını kullandığı iddiası**

Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bylock programını kullandığını tespiti üzerine hakkında adli kontrol kararı verilen bir savunma sanayii işyerinin işçisi olan davacının iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiştir. Ancak, davacı hakkında derdest bulunan ceza yargılamasında, davacının kullandığı telefona ait GSM hattının kendisinin iradesi dışında bylock IP'lerine yönlendirildiği bilirkişi raporuyla tespit edilmiş ve bunun üzerine davacı işçi hakkında beraat kararı verilmiştir.

Bu konuda, ilk derece mahkemesi, feshin şüphe feshi olduğu ve geçerli nedene dayandığını gerekçe göstermek suretiyle, işe iade talebinin reddine karar vermiş; istinaf başvurusu da, aynı gerekçeyle esastan reddedilmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, söz konusu bilirkişi raporunu dikkate alan beraat kararının varlığını ve davacının terör örgütüyle bağlantısını gösterir başkaca somut bir delilin bulunmadığını göz önünde bulundurmak suretiyle, davacı işçinin işe iadesine isabetle karar vermiştir<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Yarg. 9. HD., 8.2.2018-2015-6840/2056-İSGHD XV, 58 (2018), 610

<sup>57</sup> Yarg. 22. HD., 24.4.2018-3002/9593-Çalışma ve Toplum, 59 (2018/4), 2492

### b. İş sözleşmesinin feshinde manevi tazminat

Davacı işçinin çalıştığı işyerinde işveren temsilcisinin ağır hakaret içeren sözlerine maruz kalması ve aynı kişi tarafından gönderilen telefon mesajlarında hakaretin sürdürülmesi, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nce son derece isabetle, manevi tazminata hak kazandıracak bir durum olarak kabul edilmiş; ancak, alt mahkemece hükmedilen manevi tazminat tutarı, düşük bulunmuştur<sup>58</sup>. Karar metninde herhangi bir tutar belirtilmediği için, hükmedilen tazminat miktarının gerçekten düşük olup olmadığı konusunda, herhangi bir görüş belirtme olanağı bulunmamaktadır. Ancak, Türkiye uygulamasında genellikle düşük miktarlara hükmedilmesi ve bunun da Türk kamuoyunca zaman zaman eleştirilmesi karşısında, Yargıtay tarafından miktar incelemesine girilmiş olması sevindirici görünmektedir.

### c. Haklı nedenle fesih süresi

İş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı, İş K. m. 26/I hükmü uyarınca, altı iş günlük ve bir yıllık hak düşürücü sürelerle uyulmak suretiyle kullanılmak zorundadır. Bunu dikkate alan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işçinin tam kusurlu olarak trafik kazasına yol açtığı kaza nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedene dayandırılmak suretiyle feshinin istendiği somut uyuşmazlıkta, kaza tarihinin üzerinden altı iş günlük süre geçtikten sonra artık iş sözleşmesinin haklı nedene dayanmak suretiyle feshedilemeyeceğini isabetle kabul etmiş bulunmaktadır<sup>59</sup>.

## 3. Feshe bağlı haklardan doğan sorumluluk

İş sözleşmesinin feshiyle birlikte ortaya çıkan kullanılmayan yıllık izin ücreti ile kıdem ve ihbar tazminatları gibi haklar, Yargıtay uygulamasında, "feshe bağlı haklar" olarak adlandırılmaktadır. Bunlardan doğacak sorumluluk konusunda ise, asıl işveren/alt işveren ilişkisinin sorun yarattığı görülmektedir.

<sup>58</sup> Yarg. 9. HD., 11.9.2018-2015-21326/15529-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 692

<sup>59</sup> Yarg. 22. HD., 5.12.2018-2016-349/26275-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1656

Gerçekten, feshe bağlı hakların kullanılması, kural olarak, işverenin sorumluluğunu gerektirmektedir. Bunun gibi, hukuken geçerli bir asıl işveren/alt işveren ilişkisinin kurulduğu durumlarda da, açık yasa hükmü (İş K. m. 2/VII) uyarınca, bunların birlikte (müşterek) sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık, gerçek anlamda bir asıl işveren/alt işveren ilişkisinin bulunmadığı, yani muvazaanın söz konusu olduğu durumlarda bunların birlikte sorumlu tutulacaklarına ilişkin herhangi bir yasa hükmü yoktur. Nitekim, muvazaa halinde yasanın buna bağladığı hukuki sonuç, alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görmelerinden ibarettir.

Bu bağlamda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında ise, aynen:

*".. aleyhine açılan dava husumetten reddedilen davalı şirketler muvazaa işlemin tarafıdır. Adı geçen davalı şirketler kendi muvazaasından yararlanamaz, HGK'nun 03.12.2008 T. 2008/9-704 E, 2008/730 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle maddi sorumluluk açısından davalıların müştereken sorumluluğuna karar verilmesi gerekir.."*<sup>60</sup>

denilmek suretiyle, muvazaaya dahil olan sözde alt işveren şirketlerin asıl işverenle birlikte sorumlu tutulmaları öngörülmüştür. Birlikte sorumluluğun ancak yasa veya sözleşmeyle öngörülebilmesi ve de sözde alt işverenlerin birlikte sorumlu tutulmaları gerektiğine ilişkin herhangi bir yasa hükmünün bulunmayışı nedeniyle, gerek belirtilen Yargıtay Özel Daire kararına ve gerekse bu kararın yollamada bulunduğu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına hukuken katılmak güç görünmektedir.

## **B. Kıdem Tazminatı**

### **I. Kıdem Tazminatına Hak Kazanma**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan uyuşmazlıkta, işçi dilekçeyle iş sözleşmesini şahsi nedenlerle belli bir tarihte sonlandır-

<sup>60</sup> Yarg. 9. HD., 9.10.2018-2017-8961/17883-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 582

mak istediğini işverene bildirmiş; ancak, daha sonra yaş hariç emeklilik koşullarını taşıdığına dair sosyal güvenlik il müdürlüğü yazısını işverene sunup, emeklilik nedeniyle kıdem tazminatı talep etmiştir. Söz konusu olayda, işçi, ihbar öneli süresi içerisinde emekliliği fesih nedeni yapmamış ve iş sözleşmesi sona erdikten kısa bir süre sonra da, başka bir işyerinde çalışmaya başlamıştır. Bu durumda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, iş sözleşmesinin emeklilik nedeniyle son bulmadığını dikkate almak suretiyle, kıdem tazminatına hak kazanılmadığını kabul etmiştir<sup>61</sup>.

Yine, kıdem tazminatına hak kazanma, bilindiği üzere, yaş koşuluna bağlı bulunmaksızın emeklilik, yani yaşlılık sigortasından aylık bağlanması için gerekli koşulların (15 yıl sigortalılık süresi + 3.600 prim gün sayısı) yerine getirilmesi halinde mümkündür (1475 sayılı İş K. m. 14/I bent 5). Ancak, söz konusu koşulların yerine gelmesi, Yargıtay uygulamasına göre, kendiliğinden kıdem tazminatına hak kazandırmamakta ve ayrıca, her somut olayın özellikleri çerçevesinde, iş sözleşmesini fesheden işçinin emekli olmak niyetiyle hareket edip etmediği de dikkate alınmaktadır. Bu anlamda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, söz konusu olayda, işçinin iş sözleşmesini “şahsi nedenlerle” sona erdirmeyi içeren dilekçesini hukukten göz önünde bulundurmamaktadır. Bunun gibi, işyerinden ayrılan söz konusu işçinin, ihbar öneline uymakla birlikte kısa bir süre sonra tekrardan başka bir işyerinde çalışmaya başlaması da, emeklilik niyetinin taşınmadığını göstermek bakımından, yeterli görülmektedir.

Bunun gibi, işçinin devlet memurluğuna geçiş nedeniyle feshi de, haklı nedenle fesih niteliğini taşımadığı için, kıdem tazminatına hak kazandırmamaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, aynen:

*“.. davacı işçi, iş akdini devlet memuriyetine geçiş gerekçesiyle kendisi sonlandırmıştır. Açıklandığı üzere feshin haklı nedene dayanmadığı gözetilerek, davacı işverenin cezai şart talebinin uygun oranda bir takdiri indirime gidilerek kabulü yerine davalının fesihle haklı olduğu şeklindeki yerinde olmayan gerekçeyle reddi hatalıdır ..”<sup>62</sup>*

<sup>61</sup> Yarg. 9. HD., 19.6.2018-2015-20561/13260-İSGHD XV, 59 (2018), 984-985

<sup>62</sup> Yarg. 9. HD., 1.10.2018-2015-21481/17060-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 630

anlatımına yer verilmek suretiyle, devlet memuriyetine geçmek üzere işyerinden ayrılmanın kıdem tazminatına hak kazandırmayacağı, isabetle belirtilmektedir.

## II. Kıdem Tazminatının Hesabında Dikkate Alınacak Ücret

### 1. Ücretin hesabı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kıdem tazminatının hesabına esas olacak son brüt ücret hesaplanırken, *asgari geçim indiriminin* dahil edilmemesini öngörmektedir<sup>63</sup>. Bunun nedeni, söz konusu kararda açıklanmamakla birlikte, kıdem tazminatına esas olacak ücretin brüt ücret üzerinden hesaplanması esası olsa gerektir. Nitekim, asgari geçim indirimi, her işçinin elde ettiği gelirin bir miktarının vergiden muaf tutulması olup, net ücret miktarını etkileyecek bir husustur.

### 2. Tavan ücret

Kıdem tazminatının hesabında, fesih tarihindeki tavan ücretin dikkate alınması gerekir. Buna göre, mahkemece hangi tarihteki tavan ücretinin esas alındığı anlaşılamayan ve denetime elverişli bulunmayan bilirkişi raporunun hükme esas alınması hatalıdır<sup>64</sup>.

Bunun gibi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; bir başka uyuşmazlıkta da isabetle, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki tavanı aşarak hesaplama yapan bilirkişi raporunu dayanak alan iş mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Yarg. 9. HD., 24.1.2018-2015-8131/1163-İSGHD XV, 58 (2018), 623

<sup>64</sup> Yarg. 9. HD., 24.9.2018-7243/16457-İSGHD XV, 60 (2018), 1543; Yarg. 9. HD., 20.9.2018-2015-21253/16258-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 648

<sup>65</sup> Yarg. 9. HD., 15.2.2018-2015-7819/2801-İSGHD XV, 58 (2018), 601

### III. Kıdem Tazminatının Hesabında Dikkate Alınacak Süreler

#### 1. Askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshi

Davacının ilk dönem çalışması, 15.4.1998-31.8.1998 tarihleri arasında olup, davacı ilk dönem çalışmasının askerlik nedeniyle sona erdiğini ve askere gideceğinden bahisle 31.8.1998 tarihinde işinden ayrıldığını iddia etmektedir. Ancak, davacı terhis belgesine göre 31.8.1998 tarihinden yaklaşık 1 yıl 9 ay sonra 21.5.2000 tarihinde askere gitmiş ve askerlik dönüşünde de yaklaşık 6 ay sonra işe başlamıştır. Buna göre, ilk döneme ait iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde davacı tarafından askerlik nedeniyle feshedildiği, kabul edilemez ve davacının kıdem tazminatına esas hizmet süresi hesaplanırken, ilk dönem çalışmasının hesaba katılmaması gerekir<sup>66</sup>.

#### 2. İlk çalışma döneminin üzerinden 10 yıldan çok bir sürenin geçmesi

Aynı işyerinde ilk çalışma döneminin sona ermesi ile ikinci çalışma döneminin başlaması arasında 10 yıldan fazla bir süre geçmiş olduğu takdirde, kıdem tazminatının hesabına esas olacak kıdem süresinin hesaplanmasında ilk çalışma dönemi dikkate alınmayacak ve kıdem tazminatı, sadece ikinci çalışma dönemi üzerinden hesaplanacaktır<sup>67</sup>. İlk çalışma dönemi için zamanaşımı süresinin dolduğunu dikkate alan Yargıtay'ın bu yoldaki saptaması, hukuken yerinde ve doğru olarak görülmek gerekir. Çünkü, aksi takdirde, kıdem tazminatı için zamanaşımı süresinin öngörülmesi hukuken bir anlam ifade etmeyecek ve zamanaşımı süresi içerisinde kıdem tazminatını talep etmemiş olan bir işçi, aynı işyerinde tekrardan çalışmaya başlamak koşuluyla bunu talep edebilecek duruma gelecektir ki, hukuken bunu kabul etme olanağı bulunmamaktadır.

<sup>66</sup> Yarg. 9. HD., 13.9.2018-2015-21153/15767-İSGHD XV, 60 (2018), 1568

<sup>67</sup> Yarg. 22. HD., 2.10.2018-12493/20829-İSGHD XV, 60 (2018), 1634-1635

### 3. İlk çalışma döneminin kıdem tazminatına hak kazandırmayarak sona ermesi

Aynı işverene ait işyerlerinde değişik zamanlarda geçecek çalışmalar, kıdem tazminatının hesabına esas olan kıdem süresinin hesaplanmasında birleştirilir. Ancak, aynı işyerinde yeniden çalışmaya başlamış bulunan işçinin kıdem tazminatına esas olacak kıdem süresinin hesabında, daha önceki çalışma döneminin kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş bulunması aranır. Buna göre, kıdem tazminatına hak kazandırmayacak şekilde sona eren hizmet dönemi, daha sonraki kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacaktır. Bu bakımdan, belirtilen esas dikkate alınarak hesaplama yapan bilirkişi raporunu hükme esas alan alt mahkeme kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından isabetle bozulmuştur<sup>68</sup>.

### 4. Aynı işyerinde değişik taşeronlar nezdinde çalışma

Somut bir hukuki uyuşmazlıkta davacı işçi, bir devlet hastanesinin bilgisayar işlerini ihale yoluyla alan değişik taşeronlar yanında faaliyet göstermektedir. Bu bağlamda, asıl işverenden alınan iş kapsamında, değişen alt işverenler nezdinde aynı işyerinde ara vermeden çalışmada, Yargıtay kabulüne göre, işyerinin devri söz konusudur. Buna göre, davacı işçinin iş sözleşmesi değişen alt işverenle devam ettiğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi feshe bağlı hak talebinde bulunamayacaktır<sup>69</sup>.

### 5. Kıdem tazminatı avans ödemeleri

Aynı işverene bağlı işyeri veya işyerlerinde, işçiye daha önce "kıdem tazminatı" adı altında değişik ödemeler yapılmış olabilir. İş sözleşmesinin feshedilmemiş olmasına rağmen yapılmış bu tür ödemeler, Yargıtay tarafından "avans" niteliğinde sayılmaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu konuya ilişkin bir kararında, aynen:

<sup>68</sup> Yarg. 9. HD., 3.5.2018-2015-14010/9788-İSGHD XV, 59 (2018), 1015

<sup>69</sup> Yarg. 9. HD., 13.9.2018-2017-8517/15715-İSGHD XV, 60 (2018), 1572. Aynı anlamda: Yarg. 9. HD., 9.4.2018-2015-32118/8112-Çalışma ve Toplum, 59 (2018/4), 2358; Yarg. 9. HD., 2.10.2018-2015-21941/17254-Çalışma ve Toplum, 60 (2019//1), 624

“.. İşçinin iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatına hak kazanılması durumunda, işyeri ya da işyerlerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre kıdem tazminatı hesaplanmalı, daha önce avans olarak ödenen miktar yasal faiziyle birlikte mahsup edilmelidir ..”<sup>70</sup>

anlatımına yer vermek suretiyle, hizmet sürelerinin toplamı üzerinden ama yasal faiziyle birlikte hesaplanan daha önceki miktarların bundan düşülmesi esasını kabul etmiştir. Söz konusu esas sonucu itibariyle doğru bulunmakla birlikte, varılan bu sonucun para değerindeki önemli kayıpları göz ardı ettiği de yaşanan bir gerçektir.

#### IV. İşyerinin Devri Halinde Kıdem Tazminatından Doğan Sorumluluk

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6 ncı maddesi, işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olmalarını öngörmekte; ancak, devreden işverenin sorumluluğunu devir tarihinden itibaren geçecek iki yıla sınırlı tutmaktadır (f. 3). Söz konusu sınırlamanın kıdem tazminatı bakımından geçerli olmayacağı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararında isabetle kabul edilmektedir. Buna göre:

“.. kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir ..”<sup>71</sup>.

Kıdem tazminatından doğan sorumluluğun iki yıllık süreyle (İş K. m. 6/III) sınırlanmaması esas, Yargıtay tarafından isabetle kabul edilmekte<sup>72</sup> ve son alt işveren ile asıl işverenin kıdem tazminatının tamamından, devreden önceki alt işverenlerin ise kendi çalıştırdıkları süre ve

<sup>70</sup> Yarg. 9. HD., 4.10.2018-2015-21647/17569-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 610

<sup>71</sup> Yarg. 22. HD., 26.4.2018-4089/9860-İSGHD XV, 59 (2018), 1122. Aynı anlamda: Yarg. 9. HD., 18.1.2018-2015-8485/593-İSGHD XV, 58 (2018), 629-630. Ayrıca bkz. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 9. baskı, İstanbul 2018, 67

<sup>72</sup> Yarg. 22. HD., 8.10.2018-11390/21209-Çalışma ve Toplum, 60 (2019/1), 764-765



devir tarihindeki son ücret düzeyi üzerinden sorumlu tutulmaları öngörülmektedir<sup>73</sup>.

Bunun gibi, ihbar tazminatından da, asıl işverenle birlikte sadece son alt işverenin sorumlu tutulması söz konusudur<sup>74</sup>.

Diğer yandan, İş K. m. 112 hükmüne 6552 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesiyle eklenen fıkralar, kıdem tazminatından sorumluluğu son işveren kamu kurumuyla sınırlamış değildir. Buna göre, asıl işveren durumundaki son kamu kurumu, Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre iş alan alt işverenlere rücu edebilecektir. Bunun gibi, aynı alt işverence değişik kamu kurumlarında çalıştırılmış bulunan işçi, seçimlik hakkını kullanmak suretiyle alt işverenle birlikte asıl işveren durumundaki kamu kurumunu da dava edebilecektir<sup>75</sup>.

## V. Kıdem Tazminatı Davasının Belirsiz Alacak Davası Niteliğini Taşımaması

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, açılacak kıdem tazminatı talebini içerir davanın "belirsiz alacak davası" niteliğini taşıdığını kabul etmektedir<sup>76</sup>. Burada kıdem tazminatı alacağının belirlenebilmesi çalışma süresinin belirlenebilmesine, hesap raporunun alınmasına, işverende bulunan belgelerin verilmesine bağlı bulunduğundan, bir belirsiz alacak davasının söz konusu olduğunu kabul etmek, hukuken yerinde görünmektedir. Bu bakımdan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul edilen söz konusu esasın isabetli bulunması gerekmektedir.

## VI. Değerlendirme ve Sonsöz

Yargıtay Özel Daireleri tarafından 2018 yılında verilmiş olan ve iş sözleşmesinin sona ermesi ile kıdem tazminatına ilişkin kararların, genel olarak, daha önceki kararlarda kabul edilmiş esasları sürdürdükleri gö-

<sup>73</sup> Yarg. 22. HD., 10.12.2018-15478/26574-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1633

<sup>74</sup> Yarg. 9. HD., 10.12.2018-2017-14673/22790-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1474

<sup>75</sup> Yarg. 22. HD., 3.12.2018-2017-18729/26037-Çalışma ve Toplum, 61 (2019/2), 1662

<sup>76</sup> Yarg. HGK., 18.12.2018-2015-22-3114/1945-Çalışma ve Toplum, 62 (2019/3)2114

rılmaktadır. Buna göre, içtihatlarda istikrarın önemli ölçüde sağlanmış bulunduğu söylenmelidir. Bu durum, ülkede hukuk devleti ve hukuk güvenliği esaslarının sağlanması açısından, son derece yerindedir. Böylece, söz konusu kararların bazılarının tartışmaya yol açacak nitelikte oldukları görülmekle birlikte, genelde bunların çok büyük ve açık isabetsizlikleri içermediği söylenmelidir.