

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2010/26763

Karar No. 2011/6748

Tarihi: 14.03.2011

İlgili Kanun / Madde

4857 S.İşK/8, 13

- **KİSMİ SÜRELİ ÇALIŞMA**
- **ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMA**
- **EŞİT İŞLEM BORCU**

ÖZETİ Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Hu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir.

Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır.

", işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımını maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır. 4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hâkim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır

Kanununun 13. Maddesine göre "işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme

tabi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir".

Yine 14. Maddeye göre "Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir

DAVA :Davacı vekili davacının tam süreli çalıştığının tespiti ile eşitliğe aykırılık tazminatı ile hafta, ulusal bayram tatilleri çalışmaları karşılığı ücret, ikramiye, yakacak, vasıta yardımı, gece çalışma ücreti alacağı, yıllık ücretli izin. izin harçlığı, bayram harçlığı ve yemek yardımı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına alınmıştır.

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 davalıya ait otel işyerinde çalıştığını, davacı ile davalı işveren arasında çağrı üzerine çalışma adı altında iş sözleşmesi kurulmuş ise de davalı işverenin sözleşmenin amacını aşarak ekstra personel tanımlamasıyla fakat tam süreli iş sözleşmesi kapsamında davacıyı çalıştırdığını, çalışma çizelgeleri ile maaş bordroları incelendiğinde davacının çoğunlukla haftada 50-60 saat çalıştırıldığını, ortalama alındığında haftalık 45 saatin üzerinde çalıştırıldığını. İş Kanununa göre haftalık çalışma süresinin 45 saat olarak belirlendiğini, bunun 2/3 'si olan 30 saatten daha az çalışmaların kısmi süreli çalışma sayılabileceğini, sürekli şekilde haftalık 30 saatin üzerindeki çalışmaların tam süreli çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğini, davalı işveren ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinin 34/ II. Maddesi ile kısmi çalışanlara çalışma saatleri ile orantı kurulmayıp eşitsizlik yaratıldığını belirterek, davacının tam süreli çalıştığının tespiti ile eşitliğe aykırılık tazminatı ile hafta, ulusal bayram tatilleri çalışmaları karşılığı ücret, ikramiye, yakacak, vasıta yardım, gece çalışma ücreti alacağı, yıllık ücretli izin, izin harçlığı, bayram harçlığı ve yemek yardımı alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davacının belirsiz süreli çağrı üzerine çalışma içeren iş sözleşmesi ile çalıştığını, çalışmalarının karşılığını aldığını, tespit ve eda davalarının bir arada yürütülemeyeceğini, alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının çalıştığı süre içinde ödemeleri ihtirazi kayıt olmadan aldığını, davacının imzaladığı iş sözleşmesi ile birlikte ücretini de kabul ettiğini ve sözleşme hükümlerine göre kendisine hak kazandığı ücretlerin ödendiğini, işverenin işin durumuna göre objektif kriterleri ve subjektif nitelikleri gözeterek farklı statüde eleman çalıştırmasında yasaya aykırı bir durum olmadığını, çağrı üzerine çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesine göre çalıştıkları süre ne olursa olsun aylık 80 saat esasına göre orantılı olarak hak ve alacaklardan yararlandıklarını, işçi ücretlerinin belirlenmesinde mutlak anlamda eşit davranma borcundan bahsedilmeyeceğini, davacının gece çalışma alacağı ile izin alacağı olmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece alınan bilirkişi hesap raporuna değer verilerek, davacı ile davalı işveren arasında çağrı üzerine çalışmalı iş sözleşmesi düzenlenmiş ise de davacının davalı işyerinde 30 saati aşan çalışmaları olduğu ve fiili çalışmasının tam süreli çalışma olduğu, tam süreli fiili çalışmaya rağmen davacıya kısmi çalışmaya dayalı ücret ve diğer haklarının ödenmesi sebebi ile işverenin İş Kanununun 5.maddesine aykırı davrandığı, hafta tatili, ulusal tatillerde çalışma yapması nedeni ile hafta tatili ve ulusal tatil alacağı olduğu, toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre ikramiye alacağı ile yakacak alacağı ve vasıta alacağı bulunduğu, gece çalışma süresi ispatlanamadığı. gece çalışma alacağı olmadığı, iş akdinin sona ermemesi nedeni ile izin alacağı ile yıllık izin harçlığı talep edilemeyeceği, bordrolarda yemek yardımı ile bayram harçlıklarının ödendiği, yemek yardımı alacağı ile bayram harçlığı alacağı olmadığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile eşitliğe aykırılık tazminatı ile hafta, ulusal bayram tatilleri çalışmaları karşılığı ücret, ikramiye, yakacak, vasıta yardım alacaklarının kabulüne, diğer işçilik alacaklarının reddine karar verilmiştir.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu

yüklemektedir. Hu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir, işverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almış ve kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre "işveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz", işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır. 4 ay üst sınır olduğundan tazminatın 1 ile 4 ay arasında hâkim tarafından ihlalin ağırlığına, işçinin kıdemine göre belirlenmesi isabetli olacaktır.

Kanununun 13. Maddesine göre "işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir".

Yine 14. Maddeye göre "Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır".

İş Kanunu'nun uygulanmasına yönelik Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6. Maddesi uyarınca, "işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır".

1. Dosya içeriğine ve toplanan delillere göre davacının otel işyerinde çağrı usulü sözleşme ile çalıştırıldığı. Toplu İş Sözleşmesinde bu çalışma usulü nedeni ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırıldığı kabul edilerek işçilik alacaklarının ödendiği, ancak davacının yazılı olarak kısmi süreli olarak çalıştırıldığı gösterilmesine rağmen fiilen işyerinde her hafta 30 saatin üzerinde çalıştırıldığı anlaşıldığından mahkemece, davacının tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının tespit edilerek, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için kabul edilen TİS hükümlerine göre hesaplanan fark işçilik alacaklarının hüküm altına alınması isabetlidir. Davalı vekilinin işçilik alacakları yönünden temyizi yerinde değildir.

2. Davalı vekilinin eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı hüküm altına alınan tazminata yönelik temyizine gelince;

Somut uyuşmazlıkta davalı işveren çağrı usulü sözleşme ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması gereken davacı işçiyi yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak tam süreli çalıştırmış, ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmış gibi işçilik alacaklarını ödemiştir. Nesnel olarak 5 ve 13 maddeler de açıklandığı gibi davalı işveren kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı bir işlem yapmamıştır. Kısaca davalı işveren tam süreli işçiye göre kısmi süreli işçide bir farklılık yapmamış, kısmi süreli işçiyi tam süreli olarak çalıştırmıştır. Davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılması nedeni ile fark işçilik alacaklarına bu hükümlerle kavuşmuştur. Ancak açıklandığı gibi eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının koşulları oluşmadığından anılan tazminatın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

Kabul göre de anılan tazminatın gerekçesiz olarak üst sınır olan 4 aylık ücret tutarında belirlenmesi de bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14 03/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.