

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2011/10510

Karar No. 2011/1206

Tarihi: 24.05.2011

İlgili Kanun / Madde

4857.S.İŞK/17

-
- **FESİH BİLDİRİMİNİN NİTELİĞİ**
- **FESİH BİLDİRİMİNDEN TEK TARAFLI OLARAK DÖNÜLEMEYECEĞİ**
- **İHBAR ÖNELİ**
- **ÖNEL SÜRESİ İÇERİSİNDE İŞ ARAMA İZİNİN VERİLMEMEİ OLMASININ ÖNEL VERİLMEDİĞİ ANLAMINA GELMEYECEĞİ**
-
-

ÖZETİ Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır

Fesih bildirimini bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir.

Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez

İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365’ e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir

Dairemizin 4857 sayılı İş Kanunu dönemindeki istikrarlı uygulamasına göre usulüne uygun biçimde ihbar öneli verilmesi halinde iş arama izninin kullandırılmamasının ihbar önelini geçersiz kılmayacağı yönündedir. (9.HD 01.12.2009 tarih ve 2008/11880 E.,2009/32502 K.). Davacının iş arama izni verilmediği yönündeki iddiasını ayrı bir dava konusu yapması mümkündür. O halde mahkemece davacının ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

DAVA :Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, dini ve milli bayram resmi tatil çalışma ücreti, hafta tatili ile izin ücreti alacağına ödeneğine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

Davacı vekili dava dilekçesinde davalı belediyenin temizlik, park ve bahçeler, yol işlerini taşeron şirketlere verdiğini, taşeron şirketlerle yapılan sözleşmelerin baştan itibaren muvazaalı olduğunu, ihale bitimiyle yeni ihale arasında on günle bir ay arasında boşluklar bulunmasına rağmen bu aralıklarda ihale olmadığı halde davacı ve diğer işçilerin ara vermeden davalı Seyhan Belediyesinin işçisi olarak çalıştığını, davacının davalı işyerinde çalıştığını, iş akdinin haksız olarak feshedildiğini alacaklarının ödenmediği iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı ile bazı işçilik alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Belediye vekili cevap dilekçesinde Belediyeye ait cadde ve sokakların temizliği ile park ve bahçelerin temizliği işlerinin 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale olduğunu, davacının ihale alan firmaların işçisi olduğunu, bu davanın ihale alan firmalara ve kişilere yöneltilmesi gerekirken Belediye aleyhine açılmış olmasının husumet yönünden davanın reddini gerektirdiğini, dava konusu alacaklar yönünden zamanaşımı definde bulduklarını, davacının işe başladığı tarihten itibaren genel tatil günlerinde, resmi ve dini bayramlarda ve yıllık izinlerini kullanmaksızın sürekli çalıştığı iddiasının hayatın olağan akışına ve insan tabiatına aykırı olduğunu, davacıya taşeron şirket tarafından kıdem tazminatı ödendiğini, yine alt işveren tarafından 27.05.2009 tarihinde tebliğ edilen fesih ihbarı ile akdin feshedileceğinin bildirilmesi nedeni ile ihbar tazminatı talep edemeyeceğini beyanla davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu benimsenerek davacının davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm davalı belediye vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının yerinde olmaması nedeni ile reddine,

2- İhbar önelleri ve ihbar tazminatı yönlerinden taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş sözleşmesi taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasına ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.

Maddede düzenlenen bildirimli fesih belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez.

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle tam süreli kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine hatta takım sözleşmesiyle çalışması arasında, bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

Fesih bildirimini bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir.

Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir.

Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizeli yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.4.2006 gün 2006/4823 E, 2006/10605 K.).

Fesih bildirimının yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanununun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez. Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması yönüyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanununun sistematiğine uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılı ve sonrasında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD.26.6.2008 gün 2007/ 24004 E, 2008/ 17671 K.).

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hâkimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 21.3.2006 gün 2006/109 E. 200 6/ 7052 K.). Üst sınırın en çok ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.7.2008 gün 2007/ 24490 E, 2008/ 20203 K.).

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanununun 24 ve 25. madde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanununun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı ödenmelidir. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar.

İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

İhbar tazminatının miktarı “ bildirim süresine ait ücret ” olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak

nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İşçiye bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin kullandırılmamış olması, tanınan ihbar önelinin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz(Yargıtay 9.HD. 1.12.2009 gün 2008/11880 E, 2009/ 32502 K).

İhbar tazminatının hesabında Kanununun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365' e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda davacıya davalı belediyeden ihale ile iş alan alt işverenin iş sözleşmesinin feshedileceğini usulüne uygun biçimde ihbar ettiği ve ihbar öneli tanıdığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Mahkemece Dairemizin 01.07.2004 tarih ve 2004/4314 Esas-2004/16301 Karar sayılı içtihadı emsal gösterilerek ihbar öneli verilmesine rağmen iş arama izninin kullandırılmaması nedeni ile usulüne uygun verilmiş ihbar önelinden söz edilemeyeceği gerekçesi ile ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Ancak dairemizin sözü edilen içtihadı 4857 sayılı Yasada ihbar tazminatı ile iş arama izninin ayrı ayrı yasa maddelerinde düzenlenmiş olması nedeni ile değiştirilmiş olup Dairemizin 4857 sayılı İş Kanunu dönemindeki istikrarlı uygulamasına göre usulüne uygun biçimde ihbar öneli verilmesi halinde iş arama izninin kullandırılmamasının ihbar önelini geçersiz kılmayacağı yönündedir. (9.HD 01.12.2009 tarih ve 2008/11880 E.,2009/32502 K.). Davacının iş arama izni verilmediği yönündeki iddiasını ayrı bir dava konusu yapması mümkündür. O halde mahkemece davacının ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.