

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2015/342
Karar No.	2016/8812
Tarihi:	11.04.2016

<u>İlgili Kanun / Madde</u>
4857 S. İşK/11,41

- *kısmi süreli çalışma*
- ***KISMİ SÜRELİ ÇALIŞAN İŞÇİNİN KIDEMİNİN İŞE GİRDİĞİ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİĞİ TARİH ARALIĞINA GÖRE HESAPLANACAĞI***
- ***KISMİ SÜRELİ ÇALIŞAN İŞÇİNİN HAFTA TATİLİ HAK EDEMEYECEĞİ***
- ***KISMİ SÜRELİ ÇALIŞAN İŞÇİNİN YILLIK İZİN AÇISINDAN TAM SÜRELİ İŞÇİLERE GÖRE FARKLI BİR İŞLEME TABİ TUTULAMAYACAĞI***
-

ÖZETİ Kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir. Kısmî süreli hizmet akdiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinde bu yönde yapılacak bir ayırım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayırımın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi söz konusu olur. Kısmî çalışma Kanunda yer almasına rağmen kıdem nasıl belirleneceği, ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanılacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, yargı kararlarıyla çözüme

kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmî çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 12.2.2008 gün 2007/31462 E, 2008/108 K.). Hesaplama esas alınacak ücret ise işçinin kısmî çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır. Kısmî süreli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

4857 sayılı Yasanın uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından, kısmî süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz (Yargıtay 9.HD. 8.12.2009 gün, 2009/44744 E, 2009/33940 K)

Yıllık Ücretli izin Yönetmeliğinin 13 üncü maddesinde, kısmî süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmî süreli çalışan işçinin izin hakkı vardır.

Kısmî süreli çalışan işçiler sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler. Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar bu Kanunun 18 inci ve 29 uncu maddelerinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile ücret alacağı, yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

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

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin, eşinin emekli olmasıyla davalı işyerinde kapıcılık hizmetlerini vermeye başladığını, ... bildirimlerinin yapılmaması üzerine davacının SGK'ya

başvurduğunu, yasal engeller nedeniyle en fazla 1 yıl öncesine kadar tespitle bulunulduğunu, bundan sonra da işverenlikçe primlerinin 8 gün üzerinden bildirildiğini, davacının bu konudaki taleplerini yinelemesi üzerine iş akdinin 2010 yılı Ağustos ayında haklı bir neden olmaksızın kötü niyetle feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret alacağı ve yıllık izin ücreti alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının eşi ...'ın emekli olduğunu, kapıcılık görevini fasilalı olarak devam ettirdiğini, davacının işe alınmasının söz konusu olmadığını, 1999 yılında apartmanın ısıtma sisteminin, merkezi ısıtmalı kömürlü kalorifer sistemi olduğunu, davacının bu işi yapabilmesi için ateşçi belgesi gerektiğini, davacının fiilen de böyle bir işi yapmasının söz konusu olmadığını, davacının eşinin emekli olması üzerine apartmanın temizlik işlerinin dışarıdan hizmet alımı yoluyla alındığını, 2004 yılına kadar davacının eşinin kalorifer yakımı işini sürdürdüğünü, 2004 yılı Mart ayında genel kurul kararı ile merkezi ısıtma sisteminden doğalgaza geçiş yapıldığını, davacının ve eşinin ekonomik koşulları elvermediğinden ve davacının eşinin sağlık sorunları nedeniyle kapıcı dairesinde kalmalarına izin verildiğini, davacının müvekkili işyerinde merdiven temizliği üzerine iş akdi ilişkisinin 01.05.2009 tarihinde başladığını, Kuruma da 01.05.2009 tarihinin bildirildiğini, bildirimde davacının da imzasının bulunduğu, 21.06.2009 tarihinde imzalanan sözleşmeye göre, davacının haftada 2 gün, ayda 8 gün çalışma karşılığı hizmet vermesi karşılığı SGK primlerinin cari asgari ücretin 8 günlük karşılığı olarak belirlendiğini, davacının kendi mülküne taşınmak amacıyla kendi isteğiyle ayrıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, her ne kadar davacının, eşinin emekli olması ile 1999-Ağustos 2010 tarihleri arasında çalıştığını iddia etmişse de dosya kapsamında tek davacı ... olarak beyanda bulunan tanığın davacı iddiasını desteklemediği, 21.06.2009 tarihli davalı ile davacı arasında imzalanan, davacının haftada 2 gün ayda 8 gün temizlik yapması için 01.07.2009 tarihinde başlayacağı, binaya ait kapıcı dairesinin aylık su ve elektrik paralarının yönetim tarafından ödeneceği, iki yıl sonra çalışma şartlarının belirleneceği konularının yer aldığı belge ve tüm dosya kapsamı bir arada değerlendirildiğinde, davacının, davalı işyerinde kapıcı olarak asgari ücret karşılığı 02.01.2008 - 15.08.2010 tarihleri arasında, ayda 8 gün çalıştığı kabul edilerek, toplam çalışma süresinin 2 yıl 7 ay 13 gün müddetle çalıştığı, davalı vekilince davacının 15.08.2010 tarihinde işe gelmediğine ilişkin devamsızlık yazısı sunulmuş ise de iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini ispat külfetinin işverene ait olup dosya kapsamı ile davalının, iş sözleşmesinin tazminat ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona erdiğini kanıtlamadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilerek davacının istemleri hüküm altına alınmıştır.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin kısmî süreli iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 13 üncü maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi "kısmî süreli iş sözleşmesi" olarak tanımlanmıştır. Çalışma süresi aynı yasanın 63 üncü maddesinde haftada en çok 45 saat olarak açıklanmıştır. Yukarıda değinilen 13 üncü maddede emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmî süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanunun 63 üncü maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamîdir. Buna göre o işkolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi haftalık 45 saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılıp, azaltılmadığına bakılmalıdır.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinde, " İşyerinde tam

sürelî iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmî sürelî çalışmadır". Gerekçede "üçte ikisinden az" olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki oranına kadar yapılan çalışmalar kısmî çalışma sayılmıştır. Bu durumda emsal işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmî sürelî iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Kısmî sürelî iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri tam sürelî emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir.

Kısmî sürelî hizmet akdiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam sürelî emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinde bu yönde yapılacak bir ayırım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayırımın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi söz konusu olur. Kısmî çalışma Kanunda yer almasına rağmen kıdemini nasıl belirleneceği, ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanılacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmî çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir (Yargıtay 9. HD. 12.2.2008 gün 2007/31462 E, 2008/108 K.).

Hesaplama esas alınacak ücret ise işçinin kısmî çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır. Kısmî sürelî iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi yönünden ihbar önelinin de iş ilişkisinin kurulduğu tarih ile feshedilmek istendiği tarih arasında geçen süre toplamına göre belirlenmesi gerekir.

1475 sayılı Yasanın 41 inci maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki altı günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanunda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olması kaydıyla, yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz yirmidört saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok kırkbeş saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Yasanın uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından, kısmî sürelî iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz (Yargıtay 9.HD. 8.12.2009 gün, 2009/ 44744 E, 2009/ 33940 K.).

Yıllık Ücretli izin Yönetmeliğinin 13 üncü maddesinde, kısmî sürelî ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam sürelî işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmî sürelî çalışan işçinin izin hakkı vardır.

Kısmî sürelî çalışan işçiler sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler.

Kısmî sürelî iş sözleşmesi ile çalışanlar bu Kanunun 18 inci ve 29 uncu maddelerinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler. Somut uyuşmazlıkta, davacının ayda 8 gün karşılığı ücretle kısmî sürelî olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Yerel Mahkeme de gerekçesinde davacının ayda 8 gün çalıştığını kabul etmesine rağmen, ücret alacağının asgari ücretin ayda 8 güne isabet eden miktarına göre değil de 1/2'sine göre yapılan hesaba göre hükmedilmesi hatalıdır.

3- Taraflar arasında "yemin" hususunda da uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davalı vekilinin cevap dilekçesinde yemin teklif edilmesi gerektiğinin belirtilmesine, 06.12.2013 tarihli dilekçeyle hesaplama yapılan alacaklar hakkında yemin teklif ettiklerinin belirtilmesine ve yerel Mahkemece yemin teklifinin ek rapordan sonra değerlendirileceğine dair ara kararı da bulunmasına karşın, davacıya yemin teklifinde bulunulmaksızın hüküm tesisi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan

temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.