

YARGITAY		
9. HUKUK DAİRESİ		
Esas No.	2013/16764	<u>İlgili Kanun / Madde</u>
Karar No.	2015/11083	1475 S. İŞK. /14
Tarihi:	18.03.2015	

- ***İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINDIĞI DÖNEM İÇİN KIDEM TAZMİNATI HESAPLANAMAYACAĞI***

•

ÖZETİ 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesine kıdem tazminatının işçilerin işyerinde geçen çalışma sürelerine göre hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. İş sözleşmesinin askıya alındığı ve işçinin fiili çalışmasının olmadığı dönem için kıdem tazminatı ödenmesi yasaya aykırıdır. Davalı işverence birkaç işçiye hatalı olarak askıda geçen süreler için kıdem tazminatı ödenmesi, aksine işyeri uygulamasının varlığını ortaya koymaz. İşverence birkaç işçiye fazladan kıdem tazminatı ödenmiş ancak daha sonra bu hatasından dönerek davacı ve diğer işçilere fiili çalışma sürelerine göre kıdem tazminatı ödemiştir. Hatalı ödeme durumu, çalışmış olan ve halen çalışmaya devam eden tüm işçiler bakımından hak bahşetmez.

DAVA :Davacı, kıdem tazminatı fark alacağını ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

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

Davacı işçi, iş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle sonlandığını ve kıdem tazminatının eksik ödendiğini, iş sözleşmesinin askıda geçtiği dönemler için de kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini beyanla fark kıdem tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı işveren, akdin sona ermesi sonucu kıdem tazminatının çalıştığı süreye göre ödendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak fark kıdem tazminatının kabulüne karar verilmiştir.

Kararı yasal süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin askıya alındığı süreler için kıdem tazminatı ödenip ödenmeyeceği uyuşmazlık konusudur. Davacı işçi 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi gereği iş sözleşmesinin devamı süresince fiili çalışma olsun ya da olmasın tüm süre için kıdem tazminatı hesaplanması gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer yandan dava dilekçesinde, işverence diğer işçilere askıda geçen süreler de dahil olmak üzere kıdem tazminatı ödendiği ileri sürülmüş ve emsal olarak bazı işçilerin isimlerine yer verilmiştir.

Mahkemece fiili çalışma süresi yanında çalışılmayan süre için de kıdem tazminatı ödemesi yapılmasının işyeri uygulamasına dönüştüğü kabul edilmiş ise de, 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesine kıdem tazminatının işçilerin işyerinde geçen çalışma sürelerine göre hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. İş sözleşmesinin askıya alındığı ve işçinin fiili çalışmasının olmadığı dönem için kıdem tazminatı ödenmesi yasaya aykırıdır. Davalı işverence birkaç işçiye hatalı olarak askıda geçen süreler için kıdem tazminatı ödenmesi, aksine işyeri uygulamasının varlığını ortaya koymaz. İşverence birkaç işçiye fazladan kıdem tazminatı ödenmiş ancak daha sonra bu hatasından dönerek davacı ve diğer işçilere fiili çalışma sürelerine göre kıdem tazminatı ödemiştir. Hatalı ödeme durumu, çalışmış olan ve halen çalışmaya devam eden tüm işçiler bakımından hak bahşetmez.

Başka bir işçinin açtığı ve feshin tartışmalı olduğu başka bir dosyada verilen karar ise davaya konu olay bakımından doğrudan emsal olarak alınmaz. Her dosya iddia ve savunma kapsamında ve kendi içindeki delil durumuna göre değerlendirilir.

Davacı işçiye çalıştığı süre için kıdem tazminatı ödenmiş olmakla davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kıdem tazminatı isteğinin kabulü hatalıdır.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18/03/2015 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Uyuşmazlık davalı üniversitede eğitim-öğretim yılında 9 ay çalışan, sonraki 3 ay iş sözleşmesi askıda olan ve bu üç ay çalışmayan, emekli olmak sureti ile işyerinde çalışan davacının askıda olan ve fiilen çalışılmayan 3 aylık sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınıp alınmayacağı, bu uygulamanın işyeri uygulaması niteliğini kazanıp kazanmayacağı, işverenin bu tutumunun eşit işlem borcuna aykırı olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davacı taraf, davalı işverenin işyerinde emekli olan işçilere askıda dahil tüm süreyi esas alarak ödeme yaptığını, davacıya ise fiilen çalışılan süre toplamı üzerinden ödeme yapıldığını, bunun eşit işlem borcuna aykırı olduğunu, belirterek fark kıdem tazminatı isteminde bulunmuştur.

Mahkemece, her ne kadar mevsimlik çalışmada yerleşik Yargıtay uygulaması gereği fiilen çalışılan sürenin dikkate alınması sureti ile kıdem tazminatı ödenmesi gerekse de aynı işyerinde emsal çalışanların tam süre üzerinden hesaplama yapılarak kıdem tazminatı ödendiği, bu durumun mahkeme kararı ve diğer dosyalarda sabit olduğu gerekçesi ile fark kıdem tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Kararın davalı vekili tarafından temyizi üzerine Yüksek Yargıtay 9. Hukuk Dairesi çoğunluk görüşü ile "1475 sayılı yasanın 14/2 maddesinde kıdem tazminatının işçilerin işyerinde geçen sürelerine göre hesaplanacağının hükme bağlandığı, iş sözleşmesinin askıya alındığı ve fiilen çalışmanın olmadığı dönem için kıdem tazminatı ödenmesinin yasaya aykırı olduğu, davalı işverenin

birkaç hatalı olarak askıda geçen süreler için kıdem tazminatı ödenmesinin işyeri uygulamasını ortaya koymayacağı, işverenin daha sonra bu hatadan dönerek fiilen çalışılan süreye göre kıdem tazminatı ödediği, hatalı ödemenin hak bahşetmeyeceğini, emsal dosyada kararın emsal olmayacağı, fark kıdem tazminatı isteğinin reddi gerektiği” gerekçesi ile mahkeme kararını bozmuştur.

Normatif düzenlemelere baktığımızda;

Öncelikle halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu’nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. Maddesinde “işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceği” belirtilmiştir. Madde düzenlemesi dikkate alındığında çoğunluk görüşünde belirtildiği gibi “işçilerin işyerinde geçen fiilen çalışılan sürenin” kıdem tazminatı hesabında nazara alınacağına dair bir hüküm yoktur. Gerçekten de maddede işçinin fiili çalışma veya çalışılmış sayılacak süresinden açıkça sözedilmemiş, hizmet aktinin devamı süresi ile takvim esası alınmıştır. Nitekim bu düzenleme nedeni ile Yargıtay’ın uygulaması eleştirilmiş ve askıya alınan sürelerinde kıdem tazminatı hesabında dahil edilmesi gerektiği, askı halinde de temel edimler yerine getirilmez ise de tarafların diğer borçlarının devam ettiği ve iş sözleşmesinin devam ettiği doktrinde ileri sürülmüştür(Süzek, S. İş Hukuku. Yenilenmiş 10. Bası. İstanbul. s: 754, Aynı eserden alınan ve aynı görüşte olan Esener, s: 240, Tunçomağ, 410, Çelik, 320-321, Ekonomi, 235, Süzek(Askı) 110 vd, Narmanlıoğlu 553-554, Eyrenci-Taşkent-Ulucan 237, Centel,210, Ergin 67-68, Akyiğit (kıdem tazminatı) 485-486, Çenberci 425, Gönen-Aydın, 250-251, Kar (Deniz İş) 153, Uzun,102. Aksi Görüş. Şahlanan Değerlendirme 1979-1983, 102 vd). Gerçekten bu görüş İş Kanunu’nun 14. Maddesini değiştiren 1927 sayılı kanunun gerekçesinde de belirtilmiştir. Gerekçeye göre “Kıdem tazminatına hak kazandıracak bir yıllık sürenin sadece işyerinde fiilen çalışma süreleri değil, işçinin istirahat.. izin ve diğerleri gibi hizmet aktinin askıda kaldığı bütün durumları da kapayacağı açıktır. Zira aslolan hizmet aktinin başlaması ve devamıdır. Yukarda anılan askıda kalma durumları ise zaten hizmet aktini sona erdiren hukuki durumlar değildir.”(Süzek, s:755). O halde çoğunluğun askı süresinin kıdem den sayılmayacağı yönündeki gerekçesi, yasanın düzenlemesine ve gerekçesine uygun değildir. Kaldı ki Yargıtay kısmi çalışma ile iş güvencesinde 6 aylık kıdem koşulunda askıda geçen süreleri dışlamamaktadır.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5/2 Maddesine göre “İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz”. 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.

Keza 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. Maddesi ile çalışma koşullarında esaslı değişiklik düzenleyen kuralda “işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği, bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiye bağlamayacağı” kurala bağlanmıştır. İşyeri Uygulaması, işyeri bünyesindeki mevzuat, toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelik ile belirtilmeyen ancak işverenin tek taraflı uygulaması ile veya uzun süre boyunca kendiliğinden genel olarak uyguladığı ve işçilere sosyal haklar tanıyan uygulamalardır.

Dosya içeriğine ve mahkemece emsal olarak Dairemizin 2008/37619 Esas, 2010/23653 Karar sayılı onama kararı ile kesinleşen karara göre davalının emsal işçilere tüm süre üzerinden hesaplama yaparak kıdem tazminatı ödediği saptanmıştır. Hesap bilirkişisi kararlar yanında ödeme yapılan işçileri de raporunda belirtmiştir. Kesinleşen karar ve ödeme yapılan işçilere göre davalının askı süresi dahil tüm süre üzerinden kıdem tazminatı ödemesi işyeri uygulaması haline gelmiştir. Kaldı ki bu uygulamanın yukarda açıklanan normatif düzenlemeye ve düzenlemenin gerekçesine de uygundur.

Kısaca davalı işverenin işyeri uygulaması haline getirdiği uygulaması aslında yasal bir uygulamadır. Bu işyeri uygulamasını kaldırdığına dair 22. Madde kapsamında bir yazılı bildirim de bulunduğunu da savunmamıştır. O halde işyeri uygulaması haline getirdiği askı süresi dahil tüm süre üzerinden kıdem tazminatı ödemesini, davacı açısından uygulamaması, 1475 sayılı yürürlükte olan 14, 4847 sayılı İş Kanunu'nun 5(eşit işlem borcuna aykırılık) ve 22(iş şartlarında esaslı değişiklik kuralına). Maddelerine aykırıdır. Bu nedenle sayın çoğunluğun görüşüne katılamadığımı, yerel mahkemenin kararının onanması gerektiği düşüncesindeyim.18.03.2015