

Sayı: 375 • Haziran 2011

TEKSTİL İŞVEREN

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI

Hukuk
60





İŞVERENCE ÖDENECEK SENDİKA AİDATININ GECİKME FAİZİNİN BAŞLANGICI

Karar İncelemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2010/24515

Karar No: 2010/26221

Tarihi: 28/09/2010

Karar Özeti:

Borçlar Kanunu'nun "Borçlunun temerrüdü" başlıklı 101. Maddesi'nin Birinci Fıkrası'nda "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur", İkinci Fıkrası'nda ise "Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise mücerret bu günün hitamı ile borçlu mütemerrit olur" hükümleri yer almaktadır.

Toplu İş Sözleşmeleri'nde kesilen aidatın ne zaman sendikaya yatırılacağı hususu düzenlenmiş ise ayrıca ihtarla gerek kalmadan bu tarihlerden itibaren faize karar verilmeli, düzenlenmemiş ise taraf sendikanın işvereni temerrüde düşürmesi gerekir. Dava tarihinden önce sendika tarafından işverenin temerrüde düşürülmesi söz konusu değil ise dava ve ıslah tarihi temerrüt tarihini oluşturmaktadır.

İlgili Mevzuat: 2821 Sayılı Sen. K. Md. 61

Yargıtay Kararı

Davacı, sendika aidat alacağıının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

Davacı vekili, dava dilekçesinde Belediye'nin sendika adını işçilerden kestiği aidatları 2821 Sayılı Yasa'nın 61. Maddesi'nde öngörülen süre içinde ödemediği gibi, sendika tarafından gönderilen 21/03/2001 tarihli ihtarnameye rağmen de ödeme yapılmadığını belirterek, aidat alacağıının ait oldukları (kesildikleri) aylardan bir ay sonra başlayacak en yük-

sek işletme kredisi faizleri ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, sendikanın gerek asıl alacak ve gerekse işlemiş faiz alacaklarının zamanaşımına uğradığını, ihtarnamenin bu dava ile bir ilgisinin bulunmadığını, ayrıca her toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra TİS tarafı olan işçi sendikasının üyelerinin liste ve banka hesap numaralarını yazılı olarak işverene bildirmesi gerekirken bildirmedeğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı Belediye Başkanlığı'nca işçilerden kesilen ve davacı sendikaya ödenmeyen aidat miktarlarının yıl ve ay itibarıyla bildirildiği, 2821 Sayılı Kanun'un 61. Maddesi'ne göre işveren tarafından kesilen aidatlar bir ay içinde davacı sendikaya gönderilmediğinden davalı belediyenin bu tarihten itibaren temerrüde düştüğü, 2001 yılından itibaren işçi sendika ve dayanışma aidatlarının ödenmediği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından, zamanaşımı nedeniyle de davacı taleplerinin reddedilmesi gerektiği, davacı sendikanın Sendikalar Kanunu'nun 61. Maddesi uyarınca üyelerinin listesinin ve banka hesap numarasının belediyeye bildirildiğine ilişkin bir belgeye rastlanmadığı, davaya konu taleplerin haksız ve mesnetsiz olduğu gerekçesiyle temyiz edilmiştir.

Dava, 2821 Sendikalar Kanunu'nun 61. Maddesi uyarınca açılmış bulunan sendika üyelik aidat alacağıının tahsili istemine ilişkindir.

Sendikalar Kanunu'nun 61. Maddesi'nin Birinci Fıkrası'nda: "İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının, toplu iş sözleşmesi yapılmamışsa veya sona ermişse yetki alan işçi sendikasının yazılı talebi ve aidatı kesilecek sendika üyesi işçilerin listesini vermesi üzerine, işveren sendika tüzüğü uyarınca üyelerin sendikaya ödeme-yi kabul ettikleri üyelik aidatını ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu gereğince sendikaya ödenmesi gerekli dayanışma aidatını, işçilere yapacağı ücret ödemesinden kesmeye ve kestiği aidatın nevini belirterek tutarını ilgili sen-

dikaya göndermeye mecburdur", aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "Yukarıdaki fıkra gereğince, sendika tüzüğüne uygun olarak kesilmesi istenen aidatı kesmeyen işveren ilgili sendikaya karşı kesmediği veya kesmesine rağmen bir ay içinde ilgili kuruluşa göndermediği miktar tutarınca genel hükümlere göre sorumlu olduktan başka aidatı sendikaya verinceye kadar bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faizi ödemek zorundadır" denilmektedir.

O halde; 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 61/1. Maddesi'ne göre bir işyerinde veya işletmede toplu iş sözleşmesi yapmak için 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 16. Maddesi uyarınca yetki belgesi alan işçi sendikası, yetki belgesine konu işyeri veya işletmede çalışan üyesi işçilerin listesini, sendika tüzüğüne göre üyelerin sendikaya ödemeyi kabul ettikleri üyelik aidatını ve sendikanın banka hesap numarasını işverene bildirmesi ve bu listeye göre üyelik aidatının kesilmesini ve sendikanın banka hesabına yatırtmasını istemesi gerekir.

Borçlar Kanunu'nun "Borçlunun temerrüdü" başlıklı 101. Maddesi'nin Birinci Fıkrası'nda, "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur", ikinci fıkrasında ise "Borcun ifa edileceği gün müteffikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise, mücerret bu günün hitamı ile borçlu mütemerrit olur" hükümleri yer almaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinde kesilen aidatın ne zaman sendikaya yatırılacağı hususu düzenlenmiş ise ayrıca ihtara gerek kalmadan bu tarihlerden itibaren faize karar verilmeli, düzenlenmemiş ise taraf sendikanın işvereni temerrüde düşürmesi gerekir. Dava tarihinden önce sendika tarafından işverenin temerrüde düşürülmesi söz konusu değil ise dava ve ıslah tarihi temerrüt tarihini oluşturmaktadır.

Davacı sendika ile davalı işveren arasında imzalanan toplu iş sözleşmelerinde sendika aidatlarının ne şekilde ve hangi sürede davacı sendika adına yatırılacağı ayrıntılı ve açık şekilde düzenlenmiştir.

Ancak dosya kapsamından; davacı sendikanın her toplu iş sözleşmesi döneminde yasa ve toplu iş sözleşmeleri uyarınca üyesi olan işçilerin listesi ve banka hesap numarasını davalı işverene gönderip göndermediği anlaşılamamaktadır, bu husus araştırılarak, sonucuna göre yukarıdaki açıklamalar uyarınca yapılacak değerlendirme ile karar verilmesi gerekir iken eksik inceleme ile verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BÖZÜLMESİNE, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28/09/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi

İnceleme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı, işçi sendikası üyelik aidatının işverence, işçi ücretlerinden kesilerek, sendikaya gönderilmesinde bir gecikme söz konusu ise yürütülecek faizin başlangıç tarihine ilişkindir. Kararda yer alan temel konu bu olmakla birlikte öncelikle sendika aidatı konusunda işverenin yükümlülüğünün sınırları açısından yasal düzenlemenin üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

Sendika üyeliğinden doğan borçlardan en önemlisi sendikaya aidat ödeme borcudur. Aidatın "tespit şekli ve usulü" nün sendikanın tüzüğünde gösterilmesi zorunludur (Sen. K. Md. 7/Bent 11, Sen. K. Md. 23/1). Öte yandan Yasa, 23. Maddesi'nde, "Faaliyeti durdurulmayan sendika ve konfederasyonlara ödenecek aidat" konusunu düzenlemiştir. Buna karşılık sendikanın faaliyeti durdurulmuşsa bu sendikaya, faaliyeti durdurulduğu süre için üyenin bir aidat ödeme yükümü söz konusu olmayacaktır. Nitekim TİSGLK Md. 9/V'te de konu dayanışma aidatı açısından paralel bir şekilde düzenlenmiş ve faaliyeti durdurulan sendikalara dayanışma aidatı ödenmeyeceği hükme bağlanmıştır. Esasen üyelik aidatının söz konusu olmadığı bir durumda, dayanışma aidatının söz konusu olması zaten düşünülemezdi.

Yasa, 23. Maddesi'nde ödenecek aidat miktarının tüzükte belirtileceğini hükme bağlamış olmakla beraber, sendika aidatlarına bir tavan getirmiştir. Ancak hemen ifade edelim ki, söz konusu tavan sendika üyelik aidatları ile ilgilidir. Buna karşılık konfederasyonun üye aidatları konusunda Yasa'da sınırlayıcı bir düzenleme yer almamıştır. Bu nedenle de, konfederasyona ödenecek üye aidatlarının miktarı konfederasyon tüzüğünde serbestçe düzenlenebilecektir. Öte yandan tavan içerisinde kalmak koşuluyla sendika; üyelik aidatının miktarını serbestçe saptayabilir ve bu genellikle tüm üyeler için eşittir. Ancak tüzüğün, üyelerin aldıkları ücretlere göre değişen farklı miktarlarda aidatlar tespit etmesinde de yasaya aykırı bir yön yoktur. Esasen 2821 Sayılı Kanun'un aidat miktarına tavan getiren düzenlemesi de böyle bir yoruma elverişlidir.

Yasaya göre, "işçi sendikasına işçinin ödeyeceği aylık üyelik aidatı tutarı bir günlük çıplak ücretini geçemez" (Md. 23/II). Aynı şekilde "işveren sendikasına işverenin ödeyeceği aylık üyelik aidatı tutarı, işyerinde işçilere ödediği bir günlük çıplak ücretlerin toplamını geçemez" (Md. 23/III). Görüldüğü gibi Yasa, sendikaların üye aidatlarının miktarını serbestçe tespit edebilme imkânlarını ortadan kaldırmıştır. Öte yandan aidat miktarının tavanının belirlenmesinde işçinin "çıplak ücreti" esas alınacaktır. Bunun anlamı; işçiye sağlanan prim, ikramiye, sosyal yardımlar gibi ek öde-

melerin, aidat miktarının tavanının tespitinde dikkate alınmayacağıdır.

Sen. K. Md. 23/IV'te "sendika tüzüklerinde, üyelik aidatı dışında üyelere başka bir aidat alınacağına ilişkin hükümler konamaz" kuralı yer almaktadır. Maddede her ne kadar "aidat" sözcüğü yer alıyorsa da, yasaklanmak istenenin, üyelere her ne ad altında olursa olsun yapılacak her türlü kesinti olduğunda kuşku edilmemelidir. Dolayısıyla; ilk ay toplu sözleşme zam farkı, grev ve dayanışma fonu, spor kulübü kesintisi vs. gibi adlar altında üyeyi munzam ödemeler yapmak zorunda bırakacak düzenlemelere tüzükte yer verilmeyecektir. Hatta bu tür ödeme ve kesintilerin toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılması da mümkün olmayıp bu tür Toplu İş Sözleşmesi hükümleri geçersizdir (Y9HD 8/6/2006-13262/16588 Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri sh. 223).

Sendikalar Kanunu, işçi sendikasına ödenecek aidatın işverence kesilmesi sistemini (Check-Off) kabul etmiştir. 2821 Sayılı Yasa'nın 61. Maddesi'nde, işverenden, işçilerin sendika aidatının kesilmesini isteyebilme hakkı ancak "işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası, toplu iş sözleşmesi yapılmamışsa veya sona ermiş ise yetki belgesi alan işçi sendikası"na aittir. Bu durumda olmayan sendikalara karşı işverenin üyelik aidatı kesme yükümlülüğü yoktur. Yasaya göre, sendikanın yazılı talebi ve aidatı kesilecek sendika üyesi işçilerin listesini vermesi üzerine, işveren sendika tüzüğü uyarınca üyelerin sendikaya ödemeyi kabul ettikleri üyelik aidatını ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu gereğince sendikaya ödenmesi gerekli dayanışma aidatını, işçilere yapacağı ücret ödemesinden kesmeye ve kestiği aidatın nev'ini belirterek tutarını ilgili sendikaya göndermeye mecburdur. Maddede ayrıca toplu iş sözleşmeleri ile bu aidatlar (üyelik ve dayanışma aidatı) dışında sendikaya ödenmek üzere bir kesintinin yapılmasının kararlaştırılmayacağı da hükme bağlanmıştır. Böylelikle, örneğin üst kuruluş olan konfederasyona bir kesinti yapılması mümkün değildir. Öte yandan Yargıtay'a göre; işveren, kesintileri ancak sendikaya ödemek zorunda olup temlik nedeniyle de olsa başka bir kimseye ödeyemez (Y9HD 20/4/1989-751/3711, Yasa D. Eylül 1989 sh.1034). Yargıtay'ın bu kararı, Sen. K. Md. 61'in aidat alacağına ilişkin sendikaya temlikini engellemediği gerekçesiyle eleştirilmiştir (P. Soyer, Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, sh.116; Oğuzman, Aynı Seminer, Genel Görüşme, sh.129).

Sen. K. Md. 61/II'ye göre; sendika tüzüğüne uygun olarak kesilmesi istenilen aidatı kesmeyen işveren, ilgili sendikaya karşı kesmediği veya kesmesine rağmen bir ay içerisinde ilgili kuruluşa göndermediği miktar tutarınca genel hükümler-

re göre sorumlu olduktan başka aidatı sendikaya verinceye kadar bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faizi ödemek zorundadır. Ayrıca belirtelim ki; söz konusu faiz işveren sendikalarının üyelerinden talep ettiği aidat alacaklarına uygulanamaz. Söz konusu durumda faiz oranı genel hükümlere göre belirlenmelidir (Y9HD 31/1/2011-17244/1977 Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, sh.180).

İnceleme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı'na göre; taraflar arasında akdedilen toplu iş sözleşmesinde sendika üyelik ve dayanışma aidatlarının yatırılacağı tarih belirlenmiş, ancak aidatlar bu tarihte yatırılmamışsa bu tarih faiz başlangıcı olarak kabul edilmeli, böyle bir belirleme yoksa ihtar veya dava veya ıslahtan itibaren faiz yürütülmelidir. Yüksek Mahkeme'nin inceleme konumuz kararında yer alan görüşü, bu konuda daha önceki yıllarda verdiği kararlarıyla da uyumlu olup, Yüksek Mahkeme'nin görüşünün yerleşik bir içtihat oluşturduğunu söylemek mümkündür (Y9HD 25/4/2002-2001/20821-202/6575 Kamu İş Bilgi Bülteni Temmuz 2002, 11, Y9HD 28/10/2004 7532/24474 N. Çelik'in İncelemesi, Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2005/2 sh.51-56 - Y9HD 28/3/2008/-2007/14425 - 2008/6670 Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, sh.237). Karar metninden de anlaşıldığı gibi, Yargıtay söz konusu görüşünü B.K. 101'e dayandırmaktadır. Öğreti de Yargıtay'ın bu kararda da yer alan görüşünü eleştirmekte, yasal düzenlemede ödeme bakımından işverene tanınan bir aylık sürenin geçmesiyle işverenin temerrüde düşmüş sayılacağı, ayrıca işvereni temerrüde düşürme gibi bir işleme gerek olmadığı savunulmaktadır. Hatta süreye ilişkin böyle bir düzenleme bulunmasaydı bile, aidatın geç ödenmesi halinde işverenin faiz ödemesini kesin ve emredici olarak öngören bir hükmün, işvereni temerrüde düşürmeye gerek bırakmadığı ileri sürülmektedir (N. Çelik, Adı Geçen İnceleme).

Bilindiği gibi para borçlarında borçlu temerrüdünün şartlarına ilişkin Borçlar Kanunu Md. 101/f.1, muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla mütemerit olacağını hükme bağlamıştır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi ve alacaklının ihtarı şarttır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan biri bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise, mücerret bu günün hitamı ile borçlunun mütemerit olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla; borçlu temerrüdünün söz konusu olabilmesi için kural olarak alacaklının ihtarı aranmakla birlikte, maddenin ikinci fıkrasının-

da bu kuralın dışında kalan ve ihtara gerek bulunmayan durumlar belirtilmiştir.

Bu durumlardan ilki "borcun ifa edileceği günün tarafların anlaşması ile tayin edilmesi" halidir. Doktrinde, madde metninde açıkça taraflarca kararlaştırılan vadeden bahsedildiği için kanunen tayin edilmiş vade bakımından ihtarın şart olduğu ifade edilmektedir (K. Oğuzman - T. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası - İstanbul 2006, sh.300; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21 Bası 2010, sh.257; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, 7. Bası 1993, sh.916).

Sendikalar Kanunu'ndaki konuya ilişkin düzenleme, son tahlilde bir para borcunun ifasını kesin ve emredici şekilde düzenlemekle birlikte Borçlar Kanunu'nun 101'inci

Maddesi'ndeki hükmün uygulanmasını ortadan kaldırıcı nitelikte değildir. Sendikalar Kanunu Md. 61'deki düzenleme, faiz miktarını ve ödeme süresini düzenlerken işverenin sendikaya göndereceği aidat borcunun muaccel olacağı tarihi düzenlemektedir. Oysa muaccel (vadesi gelmiş) bir borç için gecikme faizinin başlaması B.K. Md. 101'e göre kural olarak bir ihtarı gerektirir. Bunun istisnası, ödeme gününün taraflarca birlikte kararlaştırılmış olmasıdır. Sen. K. Md. 61'de faiz ödenmesinin hüküm altına alınmış olması, faizin de aynı tarihte başlayacağı anlamına gelmez (Aynı Görüş, Ö. Eyrenci, 2008 Kararları Değerlendirme Semineri sh.237).

SONUÇ: Yüksek Mahkeme'nin inceleme konumuz kararı önceki kararlarıyla uyumlu ve isabetli bir karardır.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2008/22509

Karar No: 2010/4902

Tarihi: 25/02/2010

Karar Özeti:

Fazla çalışma ücretinden indirimini öngören bir yasal düzenleme olmasa da bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 12, 41

Yargıtay Kararı

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin, ücret, fazla çalışma alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik Hakimi U. Ocak tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2. Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşıyamaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir, işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın

ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapılması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir, işyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapılması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanun'da emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (M. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da gün-

de 7.5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir (Yargıtay 9HD, 23/06/2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu'nun 41. Maddesi'nde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamının, bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak; bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9HD, 18/11/2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K).

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dâhilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 68. Maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9HD, 18/7/2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K, Yargıtay 9HD, 28/4/2005 gün 2004/24398 E, 2005/14779 K ve Yargıtay 9HD, 9/12/2004 gün 2004/11620 E, 2004/27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerinde sürekli olarak fazla çalışma yapılması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, takdiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda fazla çalışma, işveren kayıtlarına dayanmaktadır. Bilirkişi ek raporunda 2004 yılı alacakları hesaplanmış ve Mahkemece de bu miktar hüküm altına alınmıştır. Dosya arasında bulunan mesai çizelgeleri doğrultusunda 2002 ve 2003 yılları açısından da değerlendirme yapılarak, bu yıllara ilişkin alacağın da hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BÖZÜLMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25/02/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/32112

Karar No: 2010/11984

Tarihi: 03/05/2010

Karar Özeti:

Dosya içeriğine göre davalı sendika şube birleşmelerinde, mali zorluklar nedeni ile Genel Merkez yeniden yapılanma kararı aldığını ve bu kapsamda işçi çıkardığını savunmuş ve buna ilişkin yönetim kurulu kararı, mali kayıtlar ve diğer kayıtlar sunmuştur. Mahkemece 3 kişilik bilirkişi heyetinden keşif yapılmadan dosya üzerinden rapor alınarak sonuca gidilmiştir. Her şeyden önce ekonomik nedenlerle yeniden yapılanma sonucu bazı bölümlerde işçi çıkarılması bir işletmesel karardır. Bu karar sonrası kadro azaltılması nedeni ile istihdam fazlası meydana geleceği açıktır. Bu nedenle bundan sonra bu işletmesel kararın yukarıda belirtildiği gibi tutarlılık, keyfilik ve feshin kaçınılmazlığı yönünden feshin son çare olması ilkesi kapsamında denetime tabi tutulması gerekir. Bilirkişi raporu bu yönde yeterli olmadığı gibi davalı sendikayı işten çıkaracakları belirlemede bağlayan bir kriter olduğu saptanmadan, yazılı şekilde davalının davacıya ait hizmet ilişkisini sona erdirirken hangi objektif kriterlere göre hareket ettiğini, aynı vasıfta birden çok çalışan bulunmasına rağmen niçin davacının hizmet ilişkisinin sona erdirilip diğerinin sona erdirilmediği konusunda davalı objektif ve kabul edilebilir kriterler ortaya koymadığı gerekçesi ile davanın kabulü hatalı bulunmuştur. Zira işvereni bağlayan bir kural veya kriter yok ise işveren istihdam fazlası personeli yönetim hakkı kapsamında keyfi olmadığı sürece belirleyebilir. Burada bulunmadığı takdirde bir kriter sunmaması veya uygulamaması feshi başlı başına geçersiz kalmaz.

Açıklanan nedenle gerekirse bilirkişi marifeti ile işyerinde keşif yapılarak, işverenin sunduğu kayıtlar ile davalının işçi alımı ve çıkarmalarını gösteren SSK bildirgeleri üzerinde inceleme sonucu, yeniden yapılanma kararının tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı, davalı sendikanın işten çıkarmada keyfi davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı ve işten çıkaracakları belirlemede işvereni bağlayan bir kural olup olmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 21

Yargıtay Kararı

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Hüküm

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

Davalı sendikaya ait Genel Merkez işyerinde çalışan davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sendika vekili, sendikal süreçte taşeronlaşma sonucu sendika üye sayısının azaldığını, sendikanın mali güçlükler içine girdiğini, bölge ve şube sayısının kapatılma ve birleşme sonrası 61'den 47'ye düştüğünü, sendikanın prim borcu ve vergi borcu bulunduğunu, bu nedenle Genel Merkez işyerinde yeniden yapılanmaya gidildiğini ve işçi azaltılması kararı alındığını, davacının iş sözleşmesinin de bu nedenle feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece dosya üzerinden alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, davalının davacıya ait hizmet ilişkisini sona erdirirken hangi objektif kriterlere göre hareket ettiğini, aynı vasıfta birden çok çalışan bulunmasına rağmen niçin davacının hizmet ilişkisinin sona erdirilip diğerinin sona erdirilmediği konusunda davalı objektif ve kabul edilebilir kriterler ortaya koymadığı, fesih dışında ne tür tedbirler aldığı ortaya koymadığı feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının davacının 5 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından işe başlatmama tazminatının 8 ay yerine 5 ay belirlenmesi yönünden, davalı vekili tarafından ise cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20/2 Maddesi'nde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü fesih tarihindeki olgulara göre davalı işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Bu kapsamda, işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararının amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam faz-

laliği meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 19. Maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. Maddeleri uyarınca, yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter tabi tutulması yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bireysel veya toplu ya da sözleşmedeki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği geleneği veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi uyarınca, Mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, feshin sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. Maddesi'ndeki sendikal nedenle yapılan feshilerdir. Bu maddelerde sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (08/04/2008 gün ve 2007/27773 Esas, 2008/7819 Karar sayılı ilamımız). Dairemiz yıllık ücretli iznle ilgili 53. Madde'deki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için

6 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatının belirlenmesini öngörmekte, feshin sebebine göre bu miktarlarda azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır. İşletme gerekleri ile fesihte emeklilik nedeninin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir.

Dosya içeriğine göre davalı sendika şube birleşmelerinde, mali zorluklar nedeni ile Genel Merkez işyerinde yeniden yapılanma kararı aldığını ve bu kapsamda işçi çıkardığını savunmuş ve buna ilişkin yönetim kurulu kararı, mali kayıtlar ve diğer kayıtları sunmuştur. Mahkemece 3 kişilik bilirkişi heyetinden keşif yapılmadan dosya üzerinde rapor alınarak sonuçta gidilmiştir. Her şeyden önce ekonomik nedenlerle yeniden yapılanma sonucu bazı bölümlerde işçi çıkarılması bir işletmesel karardır. Bu karar sonrası kadro azaltılması nedeni ile istihdam fazlası meydana geleceği açıktır. Bu nedenle bundan sonra bu işletmesel kararı yukarıda belirtildiği gibi tutarlılık, keyfilik ve feshin kaçınılmazlığı yönünden feshin son çare olması ilkesi kapsamında denetime tabi tutulması gerekir. Bilirkişi raporu bu yönde yeterli olmadığı gibi davalı sendikayı işten çıkaracakları belirlemede bağlayan bir kriter olduğu saptanmadan, yazılı şekilde davalının davacıya ait hizmet ilişkisini sona erdirirken hangi objektif kriterlere göre hareket ettiğini, aynı vasıfta birden çok çalışan bulunmasına rağmen niçin davacının hizmet ilişkisinin sona erdirilip diğerinin sona erdirilmediği konusunda davalı objektif ve kabul edilebilir kriterler ortaya koymadığı gerekçesi ile davanın kabulü hatalı bulunmuştur. Zira; işvereni bağlayan bir kural veya kriter yok ise işveren istihdam fazlası personeli yönetim hakkı kapsamında keyfi olmadığı sürece belirleyebilir. Burada bulunmadığı takdirde bir kriter sunmaması veya uygulamaması feshi başlı başına geçersiz kılmaz.

Açıklanan nedenle gerekirse bilirkişi marifeti ile işyerinde keşif yapılarak, işverenin sunduğu kayıtlar ile davalının işçi alımı ve çıkarmalarını gösteren SSK bildirgeleri üzerinde inceleme sonucu, yeniden yapılanma kararının tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığı, davalı sendikanın işten çıkarmada keyfi davranıp davranmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı ve işten çıkaracakları belirlemede işvereni bağlayan bir kural olup olmadığı belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

Diğer taraftan kabule göre de davacının kıdemine göre işe başlatmama tazminatının yukarıda açıklanan ilkelere göre 6 ay yerine 5 ay belirlenmesi başka bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 03/05/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.