

Sayı: 372 • Mart 2011

TEKSTİL İŞVEREN

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI

Hukuk
57





EHLİYETSİZLİK NEDENİYLE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Karar İncelemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/33799

Karar No: 2009/26113

Tarihi: 06/10/2009

Karar Özeti:

2822 Sayılı Kanun'un İkinci Maddesi'ne göre, toplu iş sözleşmesi işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılabilir. Dolayısıyla örgütlenmemiş işçi toplulukları, toplu iş sözleşmesine taraf olamazlar. Aksine bir düzenleme 1982 Anayasası'nın 53. Maddesi'ne aykırılık oluşturur. Taraf olma hakkı olmayan kişi ve kuruluşlarca yapılan toplu iş sözleşmesi hükümsüzdür. Hükümsüzlük taraflar ya da üçüncü kişilerce her zaman ileri sürülebilir. Yargıç tarafından kendiliğinden gözönünde tutulabilir.

Ancak unutulmamalıdır ki dava konusu sözleşme ile verilen haklar işverenin onayı ile oluştuğu için iş şartı haline gelmiştir, geri alınmaz.

İlgili Mevzuat: 2822 Sayılı T.S.G.L.K. Md. 2

Yargıtay Kararı

Davacı, hizmet akdi iş sözleşmesinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

Davacı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Ova Kargo Taşımacılık Dağıtım ve Depo Hizmetleri Ticaret Ltd. Şti ile Tümtis Sendikası arasında 2822 Sayılı Kanun'un 16. Maddesi'ne aykırı olarak düzenlenen "Hizmet Akdi İş Sözleşmesi'nin" iptalini talep etmiştir.

Davalılar usulüne uygun tebligata rağmen davaya girmemişlerdir. Yazılı bir savunmaları da bulunmamaktadır.

Mahkemece, taraflar arasında yapılan sözleşmenin toplu iş sözleşmesi niteliğinde bulunmadığından söz edilerek dava reddolunmuştur.

Karar davacı tarafça temyiz olunmuştur.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun İkinci Maddesi'ne göre, toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri ihtiva eder.

Sözü edilen kanun, toplu iş sözleşmesi yapılmasını prosedürel olarak düzenlemiştir. Disiplin hükümleri ihtiva eder. Ağırıklı olarak da kamu düzenindedir.

Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, toplu iş sözleşmesine taraf olacak kişi ve kurumları belirtir. 2822 Sayılı Kanun'un İkinci Maddesi'ne göre, toplu iş sözleşmesi işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılabilir. Dolayısıyla örgütlenmemiş işçi toplulukları toplu iş sözleşmesine taraf olamazlar. Aksi bir düzenleme 1982 Anayasası'nın 53. Maddesi'ne aykırılık oluşturur. Taraf olma hakkı olmayan kişi ve kuruluşlarca yapılan toplu iş sözleşmesi hükümsüzdür. Hükümsüzlük taraflar ya da üçüncü kişilerce her zaman ileri sürülebilir. Yargıç tarafından kendiliğinden gözönünde tutulabilir.

Toplu iş sözleşmesinin yasal ölçütleri taşımayan taraflarca yapılması, elde edilecek haklar açısından işçilere yeterli koruyuculuk sağlamaz. Sosyal ve ekonomik denge beklenen düzeyde gerçekleşmez. Toplu iş sözleşmesi düzeni bozulur. Örgütlülük zayıflar. Yasanın beklediği amaçtan uzaklaşılır.

Somut olayda, bir grup işçi ile işveren yetkilileri arasında "Hizmet Akdi İş Sözleşmesi" yapılmıştır. Sözleşmede sendika (TÜMTİS) yetkilileri de müdahil gösterilmiştir.

Sözleşmenin İkinci Maddesi'nde, üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesine atıfta bulunulmuştur.

Dördüncü Maddesi'nde müdahil sendikaya işyeri temsilcisi atama hakkı verilmiştir.

Yedinci Madde'de üyelik aidatları düzenlenmiştir.

Sözleşme bu niteliği ile toplu iş sözleşmesi öğelerini taşımaktadır. Bu tür sözleşmelere değer verilmesi 2822 Sayılı Kanun ve Anayasa ile getirilen hakları zayıflatacak niteliktedirler. Kamu düzenine aykırıdır, iptali gerekir. Ancak un-

tulmamalıdır ki dava konusu sözleşme ile verilen haklar işverenin onayı ile olduğu için iş şartı haline gelmiştir, geri alınamaz.

Öte yandan mahkemece yargıçlık mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgi ile çözebileceği bir konuda bilirkişiye gidilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. Maddesi'ne aykırıdır.

Mahkemece yukarıda sayılan gerekçe ile davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 06/10/2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi

1) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin inceleme konumuz bu kararı, karar metninden de anlaşıldığı gibi işyerinde çalışan fiili işçi topluluğunun sendika yetkililerini de müdahil olarak gösterdikleri ve "Hizmet Akdi İş Sözleşmesi" adını verdikleri hukuki işlemin, 2822 Sayılı Kanun'un 16'ncı Maddesi'ne aykırı olarak yapılmış bir toplu iş sözleşmesi olduğu iddiasıyla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın açtığı söz konusu sözleşmenin iptaline ilişkin bir dava sonucu verilmiş bir karardır. Yüksek Mahkeme bu kararında öncelikle toplu iş sözleşmesine taraf olabilme ehliyeti konusunda isabetli ve öğretide de yer alan görüşler doğrultusunda bir değerlendirme yapmakta, daha sonra da davaya konu hukuki işlemin bir toplu iş sözleşmesi niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle iptali talebini reddeden yerel mahkeme kararını sözleşme metninde yer alan bazı hükümlerin nitelik itibarıyla bir toplu iş sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı gerekçesiyle bozarak sözleşmenin iptali gerektiği sonucuna varmaktadır.

2) Gerçekten de bir toplu iş sözleşmesinin işçi tarafı bakımından, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sadece işçi sendikaları sahiptirler. Her ne kadar Anayasa'da (Md. 51) toplu iş sözleşmesi yapma hakkı çalışanlar ve işverenler için tanınmış ise de konuyu düzenleyen 2822 Sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesinin işçi tarafı açısından bu hakkın münhasıran işçi sendikaları yoluyla kullanılacağını öngörmüştür. Benzer düzenlemenin yer aldığı 1961 Anayasası ve 275 kanun döneminde de bu şekilde olan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu öne sürülmüş ise de Anayasa Mahkemesi bu düzenlemede bir anayasaya aykırılık görmemişti (Bakınız, 19-20 Ekim 1967 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı R.G. No: 13188).

Yukarıda da belirtildiği gibi bir toplu iş sözleşmesinin geçerli olarak yapılabilmesi için temel ve ön şart işçi tarafının sözleşmeye konu işyerinin girdiği iş kolunda kurulu bir işçi sendikası olmasıdır. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti bulunmayan kuruluşların ya da incelediğimiz kararda olduğu gibi fiili işçi topluluklarının yaptıkları sözleşme; taraflar bu sözleşmeyi ne şekilde tavsif ederlerse etsinler, bu sözleşme top-

lu iş sözleşmesi sayılamaz ve böyle bir sözleşmenin 2822 Sayılı Kanun anlamında bir hukuki yansıması olamaz. Böyle bir sözleşme iptal edilebilirlik yaptırımına değil; hükümsüzlük yaptırımına tabidir.

2822 Sayılı Kanun'da ehliyetsizliğe bağlı hükümsüzlük yaptırımı konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Kuşkusuz bu durumda uygulanacak hükümsüzlük yaptırımı Borçlar Hukuku'nun genel hükümlerinden kaynaklanan bir sonuçtur. Buna karşılık 2822 Sayılı Kanun, ehliyetli ve yetkili olup da yetki belgesi alınmadan yapılan toplu iş sözleşmesini geçerli saymakta; ancak taraflardan birinin ya da her ikisinin yetkili olmamasına rağmen yetki belgesi almadan yaptıkları toplu iş sözleşmesinin kanunen belirtilen sürede dava yoluyla iptal ettirilebilme yolunu açık tutmaktadır (Toplu G.L.K. Md. 16/II). Oysa ehliyetsizlik durumunda kesin hükümsüzlük şeklinde bir yaptırım söz konusu olmakta ve konuda açılacak dava, hükümsüzlüğün tespitine ilişkin olup davanın açılması herhangi bir süreye tabi değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 275 Sayılı Kanun döneminde verdiği bazı kararlarında bu husus açıkça vurgulamıştır (Y9HD 29/3/1976-7322/10422-Y9HD, 28/2/1977-861/3856 Narmanlıoğlu İş Hukuku II. İzmir 2001 sh.332-333. Dipnot: 138). Öte yandan ehliyetsizliğin yol açtığı hükümsüzlük bir davada taraflar ileri sürmese bile hâkim tarafından resen gözönünde bulundurulabilecektir. Sadece sözleşmenin taraflarınca veya kamu makamlarınca değil; dava açmakta menfaati bulunan herkes tarafından, hükümsüzlüğün tespiti davası açılabilir. İnceleme konumuz kararda da Yüksek Mahkeme ehliyetsizliğe bağlı hükümsüzlük yaptırımını yukarıda belirttiğimiz görüşler paralelinde isabetli bir şekilde ortaya koymaktadır. Ne var ki kararda bu gerekçelere yer veren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, hükümsüzlüğün tespitine ilişkin karar verilmesi gerektiğine ilişkin bir sonuca varması gerekirken, sözleşmenin iptalinden söz etmesi isabetli olmamıştır. Yüksek Mahkeme'yi, bu sonuca götüren belki de davacının talebi olmuştur. Zira karara konu olan olayda davacı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın davayı isabetsiz bir şekilde 2822 Sayılı Kanun'un 16/II. Maddesi'ne dayanarak sözleşmenin iptali talebiyle açmış olduğu görülmektedir.

3) Yargıtay kararına konu olan olayda çözülmesi gereken bir başka sorun, iptali istenen sözleşmenin bir toplu iş sözleşmesi sayılabiliş sayılamayacağıdır. Yerel Mahkeme taraflar arasındaki sözleşmenin bir toplu iş sözleşmesi niteliğinde bulunmadığından söz ederek, iptale ilişkin davacı bakanlığın talebini reddetmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise sözleşmenin içeriğinde yer alan bazı hükümlere dayanarak, davaya konu sözleşmenin bir toplu iş sözleşmesinin öğelerini taşıdığı, bu tür sözleşmelere değer verilmesinin 2822 Sayılı Kanun ve Ana-

yasa ile getirilen hakları zayıflatacak nitelikte olduğu, kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle davaya konu sözleşmenin iptali gerektiği sonucuna varmış ve yerel mahkeme kararını bozmuştur. Gerçekten de davaya konu sözleşme bir grup işçi ile işveren yetkilileri arasında "Hizmet Akdi İş Sözleşmesi" adıyla yapılmış bir sözleşmedir, bu sözleşmeye hem hizmet akdi hem de iş sözleşmesi adının verilmesi, tarafların bir toplu iş sözleşmesi yapma niyetini çağırılmaktadır. Kaldı ki söz konusu sözleşme salt bir grup işçi ile işveren arasında yapılmış bir sözleşme olmayıp, sözleşmede kararda adı geçen sendika da müdahil olarak gösterilmiştir. Ayrıca sözleşmenin bazı konularda üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesi'ne yollama yapılmış, sendikaya temsilci atama hakkı verilmiş ve ayrıca sendika üyelik aidatları da düzenlenmiştir. Bu haliyle, geçerli bir toplu iş sözleşmesi yapamayan tarafların ve özellikle de işçi sendikasının kanuna karşı hile yoluyla işyerinde yürürlükte olacak bir toplu iş sözleşmesi koşullarını oluşturmak amacıyla böyle bir sözleşme oluşturduğu söylenebilecektir. Kararda da ifade edildiği gibi bu yolun açılmış olması 2822 Sayılı Kanun'un ve Anayasa'nın öngördüğü toplu sözleşme düzeniyle bağdaşmamakta, tam aksine bu hakları zayıflatacak bir sonucun doğmasına sebep olabilecektir. Bu nedenle Yargıtay'ın, söz konusu sözleşmeyi kararda çok açık bir şekilde ifade edilmemiş olmakla birlikte Toplu Sözleşme olarak değerlendirmesi ve iptal etmesi (Doğrusu hükümsüzlüğünü tespit etmesi olmalıydı) isabetli bir sonuçtur.

4) Kararda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da Yüksek Mahkeme'nin, yukarıda belirtilen nedenlerle davaya konu sözleşmenin iptali gerektiği sonucuna varduktan sonra kararda yer alan "... Ancak unutulmamalıdır ki dava konusu sözleşme ile verilen haklar işverenin onayı ile oluşturduğu için iş şartı haline gelmiştir, geri alınamaz..." şeklindeki görüşüdür. Öncelikle belirtelim ki olayda ehliyetsiz kişiler tarafından ya-

pılmış ve içeriği itibariyle toplu iş sözleşmesi olarak nitelenen bu sözleşmenin iptali (ya da hükümsüzlüğü) ile işyerinin toplu iş sözleşmesiz, bir işyeri haline geldiği, sözleşmedeki işverenin sendika aidatı kesme, sendikanın temsilci atama gibi, sözleşmenin borç doğurucu hükümlerinin sona erdiğinde kuşku yoktur. Ne var ki işverenin kendi rızasıyla imzaladığı bu sözleşmenin bireysel iş hukuku anlamındaki sonuçları üzerinde de durmak gerekir. İptal edilen bir toplu iş sözleşmesinin hükümsüz hale geleceği normatif bir etkisinin kalmadığı kuşkusuz ise de bu hükümsüzlüğün sonuçları konusunda iptalin geçmişe etkili olup olmayacağı, iptal edilmiş sözleşmenin Toplu G.K. Md.6 uyarınca ard etkisinin bulunup bulunmayacağı konusunda öğretide değişik görüşler ileri sürülmüştür (bu konuda tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bakınız Narmanlıoğlu II, 466-468). Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bildiğimiz kadarıyla ilk kez ortaya koyduğu iptal edilen sözleşme hükümlerinin işverenin onayı ile oluşturduğu gerekçesiyle "İş şartı" haline geldiğine ilişkin görüşü pratik bir çözüm gibi görünmekle beraber, bu çözümün geçerliliği kanımca, iptale konu sözleşmenin işverenin serbest iradesiyle kabul edilmiş olmasına bağlıdır. Örneğin bu durumda toplu iş bırakma gibi yasadışı grev sayılabilecek bir tehdit altında imzalanan sözleşmenin, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin iş şartı haline geldiğini söylemek mümkün değildir. Kararda yer alan "verilen hakların işverenin onayı" ile oluşturduğu için iş şartı haline geldiği"ne ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüşü bu kayıtle kabul edilebilir. Nitekim somut olayda davacının sözleşmeye taraf işveren değil; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olmasının Yüksek Mahkeme'yi böyle bir sonuca götürdüğü düşünülebilir.

SONUÇ: Yüksek Mahkeme'nin inceleme konumuz bu kararı somut olayın özellikleri dikkate alındığında kanımca da isabetlidir.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2008/14699

Karar No: 2010/1530

Tarihi: 28/01/2010

Karar Özeti:

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanun'da emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının

söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saat geçemez (M. 69/3). Bu hal de günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7.5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 69

Yargıtay Kararı

Davacı, karşı davalı ihbar tazminatın ödetilmesine, davalı karşı davacı ise kıdem-ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, fazla çalışma bayram ve genel tatil günleri çalışma alacağına ödemesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davayı resmen hüküm altına almış, karşı davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı ve karşı davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi C. Çelik tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacı-karşı davalının aşığıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işveren davalının izinsiz olarak işe gelmediğini, bunun üzerine tutanak düzenlenerek iş sözleşmesinin İş Kanunu 25/II-g Maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiğini belirterek ihbar tazminatı talebinde bulunmuştur.

Davalı karşı davacı işçi davacı-davalı işveren tarafından yurtdışına işçi olarak götürüldüğünü, bu süre zarfında sigortasının yatmadığını, davacı-karşı davalıdan sigortasını tam olarak yatırmasını talep ettiğini, bunun üzerine işverenin kendisine iş vermediğini ve iş sözleşmesini feshettiğini belirterek kıdem, ihbar, fazla çalışma, genel tatil ve izin alacağı talebinde bulunmuştur.

Mahkemece davalı-karşı davacı işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği kabul edilerek kıdem, fazla çalışma ve izin alacağına kabulüne, davacı-karşı davalının ihbar teminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda 32. Madde'nin ilk Fıkrası'nda, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine; dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32. Maddesi'nde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. Maddesi'nin 2. Fıkrası'na göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin ka-

rarlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8. Maddesi'nde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı yasanın 37. Maddesi'nde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmektedir, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir (Yargıtay 9. HD.23/09/2008 gün 2007/27217 E, 2008/24515 K.).

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü artıran bir durumdur.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8. ve 37. Madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 8. ve 37. Maddeleri'nin işverene bu konuda bazı yükümlülükler getirdiği de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümüne yardımcı nitelikte olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmamasının da gözetilmesi gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi öden-

mesi amacıyla zaman zaman iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdem, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut olayda davalı-karşı davacı işçi günlük 29 TL aylık ise 870 TL net ücret aldığını beyan etmiştir. Davacı-karşı davalı işveren ise işçinin imzalı bordrolardaki ücret ile çalıştığını belirtmiştir. Davacı-karşı davacı tanıkları asgari ücretin biraz üzerinde ücret aldığını beyan etmiştir. Davalı-karşı tanıkları ise ücret konusunda beyanda bulunmamıştır. Mahkemece meslek kuruluşlarından ücret araştırması yapılmamıştır. Davalı-karşı davacı işçinin granit ustası olarak 3 yılın üzerinde kıdem vardır. Davalı-karşı davacı işçinin alabileceği ücretin ilgili meslek kuruluşlarından araştırılarak bunun sonucuna göre davalı-karşı davacının kıdem, izin ve fazla çalışma alacağı tespit edilmelidir.

3. Davalı-karşı 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, işçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye 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 taşıması 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.

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 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.

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 hal de günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7.5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir (Yargıtay 9.HD.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 toplamı 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 9.HD.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 mik-

tarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 18/07/2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K, Yargıtay 9.HD.28/04/2005 gün 2004/24398 E, 2005/14779 K ve Yargıtay 9.HD.09/12/2004 gün 2004/11620 E, 2004/27020 K). Fazla çalışma ücretinden indirim 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, taktiri 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 taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda davalı-karşı davacı işçinin haftada 3 saat fazla çalışma yaptığı sabittir. Ancak davacı-karşı davalı işveren tarafından ibraz edilen imzalı 2004/Temmuz-Ağustos-Eylül ve 2005/Mayıs ayına ilişkin bordrolarda fazla çalışma alacağı tahakkuk ettirilmiştir. Bordrolar üzerinde herhangi bir ihtirazı kayıt bulunmamaktadır. Bu aylara ilişkin fazla çalışma alacağına hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BÖZÜLMASINA, peşin alınan harcın istek halinde ilgilie iadesine, 28/01/2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2009/41740

Karar No: 2010/5295

Tarihi: 01/03/2010

Karar Özeti:

Güvenlik hizmetinin alt işveren uygulaması ile dışarıdan satın alınması nedeni ile bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı açıktır. Bu kararın uygulandığı da sabittir. Bu durumda istihdam fazlası davalının davalı işverenin diğer bölümlerinde veya başka bir işyerinde değerlendirme olanağı olup olmadığının araştırılması gerekir.

Diğer taraftan, 26/06/2004 tarihinde yürürlüğe giren 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile silahlı olarak görev yapacak güvenlik görevlilerinin en az lise mezunu olmalarını öngörmüş, geçici madde ile de 2495 Sayılı Kanun'a göre kurulmuş olan özel güvenlik teş-

kilatlarına özel güvenlik izni, özel güvenlik görevlilerine de beş yıl süreyle çalışma izni verilmiş sayılacağı belirtilmiştir, ilkokul/ortaokul mezunu olan davalının 2945 Sayılı Yasa döneminde güvenlik görevlisi olduğu, silah taşıdığı, yasa hükmü gereği 26/06/2009 tarihinde artık güvenlik görevlisi olarak istihdam olanağının ortadan kalktığı da anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak güvenlik hizmetinin alt işveren uygulaması ile dışarıdan temin edilmesi ve ayrıca eğitim durumu nedeni ile de artık güvenlik elemanı olarak çalışmayacak olan, bu nedenle de istihdam fazlası olan davalının iş sözleşmesinin feshinin, feshin son çare olması ilkesi açısından somut olarak araştırılması ve davalının işverenin başka bölümlerinde değerlendirme olanağının bulunduğu saptandığı takdirde feshin geçersizliğine, aksi halde ise davanın reddine karar verilmelidir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 2, 18 - 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 davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik Hâkimi B. K. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davalıya ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışan ve iş sözleşmesi güvenlik hizmetinin dışarıdan hizmet alımı yolu ile feshedilen davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalının iş sözleşmesinin güvenlik hizmetinin alt işverene verilmesi nedeni ile feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerine dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işveren tarafından, şirketin Şanlıurfa'daki tesisinde üretimin durduğu ve bu nedenle davacı ile beraber toplam üç güvenlik görevlisinin işine son verildiği, davacı ile beraber bu üç güvenlik görevlisinin ilkokul mezunu olması dolayısıyla eğitim durumunun uygun olmaması ve ekonomik nedenlerle işlerine son verildiği belirtilmiş ise de, davacı ile beraber iş akti sona erdirilen üç güvenlik görevlisi yerine özel bir şirketle anlaşarak güvenlik işinin verildiği ve bu üç güvenlik görevlisi yerine özel güvenlik şirketinin beş elemanına aynı işin yaptırıldığı, tüm bunlar ışığında hizmet aktinin sona erdirilmesinde İş Kanunu'nun çerçevesinde haklı bir sebebin bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesih, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20/2 Maddesi'nde açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü 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.

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 fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi - feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (06/10/2008 gün ve 2008/30274 Esas, 2008/25209 Karar, 11/09/2008 gün ve 2008/25324 Esas, 2008/23401 Karar Sayılı ilamlarımız).

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin fesih gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın 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 fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı

ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı somut olarak araştırılmalı, kısaca feshin son çare olması ilkesi incelenmelidir, işletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağının somut olarak araştırılması gerekir. İşçinin başka bölümde veya işyerinde değerlendirme olanağı var ise, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır.

Güvenlik hizmetinin alt işveren uygulaması ile dışarıdan temin edilmesi kararı, kurucu bir işveren kararıdır. Kurucu işveren kararı yasal temelini sözleşme ve işverenin girişim özgürlüğünde bulur. Kurucu işveren kararında istihdam fazlalığı meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, işverenin fesihle keyfi davranışla davranmadığı ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı somut olarak açıklığa kavuşturulmalıdır.

Güvenlik hizmetinin alt işverene uygulaması ile dışarıdan satın alması nedeni ile bu bölümde çalışan işçilerin istihdam fazlası olacağı açıktır. Bu kararın uygulandığı da sabittir. Bu durumda istihdam fazlası davacının, davalı işverenin diğer bölümlerinde veya başka bir işyerinde değerlendirme olanağı olup olmadığının araştırılması gerekir.

Diğer taraftan, 26/06/2004 tarihinde yürürlüğe giren 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile silahlı olarak görev yapacak güvenlik görevlilerinin en az lise mezunu olmalarını öngörmüş, geçici madde ile de 2495 Sayılı Kanun'a göre kurulmuş olan özel güvenlik teşkilatlarına özel güvenlik izni, özel güvenlik görevlilerine de beş yıl süreyle çalışma izni verilmiş sayılacağı belirtilmiştir, ilkokul/ortaokul mezunu olan davacının 2945 Sayılı Yasa döneminde güvenlik görevlisi olduğu, silah taşıdığı, yasa hükmü gereği 26/06/2009 tarihinde artık güvenlik görevlisi olarak istihdam olanağının ortadan kalktığı da anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak güvenlik hizmetinin alt işveren uygulaması ile dışarıdan temin edilmesi ve ayrıca eğitim durumu nedeni ile de artık güvenlik elemanı olarak çalışmayacak olan, bu nedenle de istihdam fazlası olan davacının iş sözleşmesinin feshinin, feshin son çare olması ilkesi açısından somut olarak araştırılması ve davacının işverenin başka bölümlerinde değerlendirme olanağının bulunduğu saptandığı takdirde feshin geçersizliğine, aksi halde ise davanın reddine karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulü hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01/03/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.