

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/25544
Karar No. 2009/20096
Tarihi: 07.07.2009

İlgili Kanun / Madde
4857 İşK/5,21
1475 S.İşK/14

- **EŞİT DAVRANMA İLKESİ**
- **MUVAZAALI ALTİŞVEREN İLİŞKİSİ**
- **İŞÇİNİN ÜCRETİNİN ASIL İŞVERENİN İŞÇİSİNE GÖRE BELİRLENMESİNİN GEREKMESİ**
- **MUVAZAALI ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ OLSADA İŞÇİNİN SENDİKA ÜYESİ OLMADAN YADA DAYANIŞMA AİDATI ÖDEMEDEN TİS DEN YARARLANAMAYACAĞI**
- **ÜCRETİN SENDİKA ÜYESİ OLMAYAN EMSAL ASIL İŞVEREN İŞÇİSİNİN ÜCRETİNE GÖRE YOKSA EMSALİ İŞÇİNİN SENDİKA ÜYESİ OLMADAN ÖNCEKİ ÜCRETİNE GÖRE BELİRLENMESİNİN GEREKMESİ**
- **İBRANAMEYLE SAVUNMANIN ÇELİŞMESİ**
- **İBRANAMENİN GEÇERSİZ OLMASI**
-

ÖZETİ: 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. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini

düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak " esaslı nedenler olmadıkça" ve " biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının davalı işverenin işçisi olduğu, alt işverenle olan ilişkinin muvazaaya dayandığı işe iade davasında kesinleşmiş durumdadır. Bu durumda davacının yaptığı işi ve unvanına göre davalı işverenin diğer işçileri ile aynı ücreti alması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine dayanılarak ücret konusunda işçiler arasında ayırım yapılması doğru olmaz. Mahkemece bu yönde gerekli araştırmaya gidilmiş değildir. Davacı işçinin fiilen hangi işte çalıştırıldığı belirlenmeli, aynı tarihlerde davalı işverenin diğer işçilerine ödediği ücret ve ekleri belirlenerek davacı işçiye aynı haklar sağlanmalıdır. İşverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği bir durumda işçinin ödenen ücrete itiraz etmemiş olması işveren lehine sonuçlar doğurmaz

Davacı işçi sendika üyesi olmadığı gibi, dayanışma aidatı ile yararlanma yönünde talepte bulunmamıştır. Böyle olunca işe başlatmama anında toplu iş sözleşmesi uygulanmaya başlamış olsa dahi davacı işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan bulunmamaktadır. İşe başlatmama tarihinde davacının sendika üyesi olmayan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan bir emsali mevcut ise buna göre ücret ve ücretin ekleri belirlenmelidir. Aksi halde toplu iş sözleşmesinden önce davacının emsali olan işçiye ödenen ücret ve ücret ekleri üzerinden ve asgari ücretteki artış oranına göre fesih tarihinde alması gereken ücret ve diğer hakları tespit olunmalı ve buna göre hesaplama yapılmalıdır.

Davacı işçi bayram genel tatil ücreti isteklerinde bulunmuş, mahkemece ibraname sebebiyle anılan isteklerin reddine karar verilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davalı işveren cevap dilekçesinde bayram ve genel tatil alacaklarının doğmadığını ileri sürdüğüne göre ibraname ile anılan alacak bakımından borcun sona erdiği savunması çelişkili bir durumdur. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre çelişkili ibranameye değer verilmesi mümkün değildir

DAVA

:Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı, izin, fazla çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, ücret farkı, 4 aylık boşa geçen süre ücreti,

yakacak yardımını, bayram harçlığı ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

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

2- Davacı işçi işe iade sonrasında işe yasal başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmamış ve açmış olduğu bu davada, işe başlatmama tarihine göre ödenmesi gereken ücret üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti isteklerinde bulunmuştur.

Mahkemece, geçersiz sayılan fesih sırasında sözü edilen alacakların ödendiği ve ibraname verildiği gerekçesiyle 4 aylık boşta geçen süre sebebiyle hak kazanılan fark istekler yönünden karar verilmiştir.

Hükmü davacı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1 fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir.

Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemlerle açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihte belirlenmelidir, işe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

Somut olayda iş sözleşmesinin fesih tarihi işçinin işe başvurusu üzerine işverence işe başlatılması gereken bir aylık sürenin sonudur. O halde davacının tüm hizmet süresine göre ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücreti işe başlatmama anındaki ücrete göre hesaplanmalı ve daha önce ödenen tutarların mahsubu yoluna gidilmelidir. Davacının hizmet süresinin hatalı hesaplandığı yönündeki itirazları bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve yine yemek yardımı ile taşıt yardımı uygulamasının varlığı ve tazminata esas ücrete eklenmesi yönünde bilirkişi raporuna karşı ileri sürülen itirazlar üzerinde durulmalıdır. Mahkemece, geçersiz sayılan fesih sırasında yapılan ödemelere ve alınan ibranameye değer verilerek sadece 4 aylık boşta geçen süre için fark tazminat ve izin ücreti hesabı ile sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

3- Davacının aylık ücreti ile ücretin ekleri konularında taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Davacı işçi işe iade davasında, davacının alt işveren işçisi olmadığı ve davalının gerçek işçisi olduğunun kesinleştiği ve aynı davada üretime dönük işlerde çalıştırıldığı belirlendiğini ileri sürerek, davalının diğer işçilerine sağladığı haklardan davacı işçinin de yararlanması gerektiğini ileri sürmüş ve ücret farkı, yakacak yardımı, ikramiye ve bayram harçlığı gibi isteklerde bulunmuştur.

Mahkemece, davacının asgari ücretle alt işveren işçisi olarak çalıştığı ve ücrete itiraz etmediği, ücret konusunda taraflar arasında bir anlaşma olmadığı ve fesihden soma ücret talep edemeyeceği gerekçesiyle ücret farkı ve diğer isteklerinin reddine karar verilmiştir.

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. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder.

Eşitlik İlkesi ise en temel anlamda Anayasanın 10.ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak " esaslı nedenler olmadıkça" ve " biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır(Yargıtay 9.H.D. 25.7.2008 gün 2008/27310 E, 2008/ 22095 K).

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır, işverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanununun 5. ve 18/111. Maddede sayılan hallerin sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımını yine 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Öte yandan, İş Kanununun 5. maddesi, Borçlar Kanununun 20. maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğu için, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacının davalı işverenin işçisi olduğu, alt işverenle olan ilişkinin muvazaaya dayandığı işe iade davasında kesinleşmiş durumdadır. Bu durumda davacının yaptığı işi ve unvanına göre davalı işverenin diğer işçileri ile aynı ücreti alması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine dayanılarak ücret konusunda işçiler arasında ayırım yapılması doğru olmaz. Mahkemece bu yönde gerekli araştırmaya gidilmiş değildir. Davacı işçinin fiilen hangi işte çalıştırıldığı belirlenmeli, aynı tarihlerde davalı işverenin diğer işçilerine ödediği ücret ve ekleri belirlenerek davacı işçiye aynı haklar sağlanmalıdır. İşverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği bir durumda işçinin ödenen ücrete itiraz etmemiş olması işveren lehine sonuçlar doğurmaz.

Bununla birlikte dosya içeriğine göre davacı işçinin fiilen çalıştığı dönemde işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalanmamış olsa da, davacı vekili tarafından işe başlatılmama anında bir toplu iş sözleşmesinin varlığından söz edilmiş ve bu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden de yararlanma isteğinde bulunulmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 9. maddesinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kurala bağlanmıştır. Aynı hükme göre, imza tarihinde üye olanlar toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten, imza tarihinden sona üye olanlar ise üyeliklerin taraf sendikası tarafından bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar. Yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödenmesi koşuluyla yararlanma da, yasada ifadesini bulmuştur. Dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanma talep tarihinden itibaren geçerlidir.

Davacı işçi sendika üyesi olmadığı gibi, dayanışma aidatı ile yararlanma yönünde talepte bulunmamıştır. Böyle olunca işe başlatılmama anında toplu iş sözleşmesi uygulanmaya başlamış olsa dahi davacı işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan bulunmamaktadır. İşe başlatılmama tarihinde davacının sendika üyesi olmayan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan bir emsali mevcut ise buna göre ücret ve ücretin ekleri belirlenmelidir. Aksi halde toplu iş sözleşmesinden önce davacının emsali olan işçiye ödenen ücret ve ücret ekleri üzerinden ve asgari ücretteki artış oranına göre fesih tarihinde alması gereken ücret ve diğer hakları tespit olunmalı ve buna göre hesaplama yapılmalıdır.

4- Davacı işçi bayram genel tatil ücreti isteklerinde bulunmuş, mahkemece ibraname sebebiyle anılan isteklerin reddine karar verilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davalı işveren cevap dilekçesinde bayram ve genel tatil alacaklarının doğmadığını ileri sürdüğüne göre ibraname ile anılan alacak bakımından borcun sona erdiği savunması çelişkili bir durumdur. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre çelişkili ibranameye değer verilmesi mümkün değildir (Yargıtay 9. HD., 27.06.2008 gün, 2007/23861 E., 2008/17735 K).

Ulusal bayram ve/genel tatil çalışmaları yönünden davacı delilleri bir değerlendirmeye tabi tutulmalı gerekirse ek rapor alınarak bir karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.