

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK/21

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2023/2271
Karar No. 2023/5012
Tarihi: 05.04.2023

- İŞE İADE DAVASI SONRASI İŞVERENİN İŞÇİYİ İŞE DAVET ETMESİ
- İŞE DAVET EDİLEN İŞÇİYE İŞ VERİLMEMESİ ÜCRETSİZ İZNE ÇIKARTILMASI
- İŞVERENİN İŞE DAVETTE SAMİMİ OLMAMASI
- İLK FESİHTE İHBAR TAZMİNATI PEŞİN ÖDENDİĞİNDEN İŞE BAŞLATMAMA SONRASI İHBAR TAZMİNATINA HÜKMEDİLEMEYECEĞİ
- İŞE İADE TAZMİNATININ ÖDENMESİNİN GEREKTİĞİ

ÖZETİ: Dosya kapsamındaki delillere göre davalı işverenin davacıyı işe davet etmesine rağmen davacıya fiilen iş vermediği, diğer işçileri ücretsiz izne çıkarmadığı hâlde davacıyı ücretsiz izne çıkartarak ücret ödemesi yapmadığı açıktır. Davacıya Covid 19 sebebiyle ücretsiz izin kullandırıldığı iddia edilmiş ise de 4857 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde işverene tanınan ücretsiz izne çıkarma yetkisinin amacına uygun kullanılmadığı dosya kapsamındaki deliller ile sabittir. Davacının işe iade başvurusu kabul edilmesine rağmen aynı tarihte Kanun'un amacına aykırı şekilde ücretsiz izne çıkartılması, işe davetin ciddi olmadığı anlamına gelir. Böyle bir durumda gerçek anlamda bir işe başlatma kabul edilemez. Mahkemece dosya kapsamındaki delillerin değerlendirmesinde hata yapılarak davalı işverenin işçiyi usulüne uygun olarak işe başlattığının kabulü

isabetsizdir.

Açıklanan nedenlerle somut olayda davacı işçinin süresinde başvuru yaptığı hâlde işverenin davacıyı işe başlatma ve işyerinde çalıştırma konusunda ciddi olmadığı kabul edilmeli ve işe başlatmama hâline bağlanan hukuki sonuçların doğduğu kabul edilmelidir. Buna göre davacının ihbar tazminatının geçersiz fesih tarihinde peşin ödendiği anlaşıldığından ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi isabetli ise de davacının hak kazandığı boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı ve fark kıdem tazminatı alacağına hüküm altına alınmaması hatalıdır.

Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararın taraf vekillerince istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince başvuruların esaslan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı taraf vekillerince temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildi.

Davacı vekilince temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmiş ise de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 369 uncu (6100 sayılı Kanun) maddesinin ikinci fıkrası gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin dosya üzerinden yapılmasına karar verildikten ve Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı yanında satış pazarlama koordinatörü olarak çalışırken iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini, Serik İş Mahkemesinin 2019/1090 Esas, 2019/511 Karar sayılı ilâmı ile davacının işe iadesine karar verildiğini ve kararın kesinleştiğini, Antalya 11. Noterliğinin 03.06.2020 tarih ve 13553 yevmiye nolu ihtarnamesiyle işe davet edildiğini, davacının 03.07.2020 tarihinde işe başlatıldığını, davacıya ödenmesi gereken 154.859,56 TL boşta geçen süre ücretinden daha önce ödenmiş olan 66.505,14 TL ihbar ve kıdem tazminatı mahsup edilerek davacıya 88.353,45 TL ödendiğini, davacının 04.07.2020 tarihinde pandemi gerekçe gösterilerek 17.08.2020 tarihine kadar ücretsiz izne çıkarıldığını, Serik 2. Noterliğinin 24.07.2020 tarih ve 9184 yevmiye nolu ihtarnamesiyle davacının iş sözleşmesinin davalı tarafından feshedildiğini, davalı tarafın davacıya samimi davranmadığını, davacının günde 3

saat fazla çalışma yaptığını, yıllık izin kullanmadığını, tüm ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını, kötüniyet tazminat koşullarının oluştuğunu belirterek boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile kötüniyet tazminatı alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı vekili cevap dilekçesinde; işe iade kararı sonrasında davacının işe başlatıldığını, davacıya daha önceden ödenen kıdem ve ihbar tazminatı mahsup edilmek suretiyle 88.353,45 TL'nin davacıya ödendiğini, davacının işe iadesinden kısa bir süre sonra sosyal medya hesaplarından yapmış olduğu paylaşımlardan davalı Şirkete karşı sorumlu olduğu özen ve sadakat yükümlülüğünü ihlâl ettiğini, davacının davalı Şirket ile rekabet hâlinde bulunan başka bir otelin instagram hesabından paylaşımını yaptığını, davacının satış pazarlama direktörü olarak işveren temsilcisi konumunda olduğunu ve fazla çalışma ücreti alacağını olamayacağını, davacının ulusal bayram ve genel tatil ücreti ücreti ve yıllık izin ücreti alacağını olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararıyla davacı asılın hizmet döküm cetvelinde dava dışı Zafer Taahhüt İnşaat ve Ticaret Şirketinde 17.02.2020 tarihinde işe girişinin yapıldığı, anılan dava dışı Şirkete yazılan müzekkere cevabında Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (SGK) işe giriş bildirgesinin gönderildiği, işten çıkış bildirgesinin olmadığı, satış müdürü/yöneticisi olarak bildirildiği, davacı asılın 24.03.2021 tarihli ön inceleme duruşmasında davalı tarafça dosyaya sunulan sosyal medya paylaşımlarının tarafına ait olduğu, davalı tarafça sunulan ekran görüntülerinin kendi hesabına ait olduğunu, paylaşımları kendinin yaptığını kabul ettiği dinlenen davacı tanıklarının feshe ilişkin bilgilerinin olmadığı, çalışma tarihlerinin davacının iş sözleşmesinin feshinden önce olduğu davalı tanığı İ.S. ise davacının işe iade edilmesinden sonra anılan paylaşımları yaptığını, bunun üzerine paylaşımların yapıldığı dava dışı işyerinde çalışmasının olduğunu öğrendiklerini beyan ettiği, anılan paylaşımlarda SGK kaydında yer alan Zafer Taah. İnş. ve Tic. AŞ Concorde De Luxe Resort Hotel'e ilişkin paylaşımların yer aldığı, davacının linkedin sayfasında da çalıştığı işyerinin anılan davalı şirket olarak gösterildiği, davacının iş sözleşmesinin işverence fesih bildirimdeki nedenlerle feshedildiği, davacının dava dilekçesindeki beyanları bir arada değerlendirildiğinde pandemi döneminde ücretsiz izne çıkarılması yönünden işverenin samimiyeti hususunun ayrıca irdelenmediği zira davacı tarafça işe iade edilmesinden sonra özen ve sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle davacının iş sözleşmesinin feshedildiği, işe başlatılması nedeniyle işe başlatma tazminatına hak kazanmadığı, davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı olarak feshedildiği bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığı

anlaşarak boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiş, yıllık izin alacağı yönünden boşta geçen süre ilavesiyle davacının yıllık izin hakkının bulunduğu, davacının üst düzey yönetici olması nedeniyle fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil ücretine, davacının iş güvencesi kapsamında olması nedeniyle kötüniyet tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesiyle yıllık izin dışındaki tüm taleplerin reddine karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri istinaf başvurusunda bulunmuşlardır.

B. İstinaf Sebepleri

1. Davalı vekili istinaf dilekçesinde; davacının 16 gün izin kullandığını, kullanılmayan 12 gün iznin bulunduğunu, fazla hesaplama yapıldığını beyanla İlk Derece Mahkemesince verilen kararın kaldırılmasını ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

2. Davacı vekili istinaf dilekçesinde; davalının işe başlatmada samimi olmadığını, sürenin son günü işe davet ettiğini, başlayış yaptırıldıktan sonra Covid-19 süreci bahane edilerek ücretsiz izne çıkartıldığını, kendisine oda, araç, telefon, bilgisayar vb verilmediğini, davacının önceki işyerinden ayrılış bildirgesi verilmemesi nedeniyle ayrıca Kıbrıslı olması nedeniyle instagram sayfasında Kıbrıs ile ilgili paylaşımı kabul ettiği ve sayfada kendi geçmiş paylaşımlarının olması kadar doğal bir durum olmadığı hâlde sadakat borcuna aykırı hareket ettiği varsayımıyla ret kararı verilmesinin hatalı olduğunu, aslında işverenin işe başlatmada samimi olmadığını ve kötüniyetli olduğunun davalı tanık beyanında davacıdan başkasına ücretsiz izin uygulaması yapılmadığına yönelik beyanıyla ispat edilmiş olduğunu, reddedilen alacaklar yönünden hükmün bozularak davanın kabulüne karar verilmesini istemiştir.

C. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararıyla; davacının sosyal medyada yaptığı paylaşımlar ve ön inceleme duruşmasındaki beyanı dikkate alındığında, işe başlama başvurusunun samimi olmadığı hatta işe başlama olgusunun da iyiniyetli olmadığı sonucuna varılmakla davalı tarafından yapılan feshin yerinde olduğu, davacının üst düzey yönetici olması ve tanık beyanlarından zamanının büyük bölümünde iş için yurt içi ve yurt dışı seyahatlerde bulunması dikkate alındığında, kendi çalışma düzenini belirlediği anlaşılan davacının fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği, davacının iş güvencesi kapsamında bulunduğu tartışmasız olmakla kötüniyet tazminatına da hak kazanamayacağı, sunulan kayıtlar itibarıyla yıllık izin ücretine yönelik hükmün yerinde olduğu, tarafların işyerindeki çalışma şekli ile ilgili yazılı delil sunmadıkları görülmekle

davacıya ilişkin maddi vakıa niteliğinde olan genel tatil çalışmalarının tanık beyanları ile ispatlandığı, davacı çalışma şeklini kendisi belirlese de bu durum (dinlenme hakkı kapsamında olan günler için) dinlenme hakkını kullanmasına engel teşkil edemeyeceğinden genel tatil ücreti talebinin kabulü ile hükmün bu yönden düzeltilmesi gerektiği, bu husus dışında ise ispat külfeti olan tarafların istinaf sebeplerini ispat edemedikleri gerekçe gösterilerek davalının istinaf başvurusunun esastan reddine davacının istinaf başvurusunun ulusal bayram genel tatil alacağı yönünden kabulü ile İlk Derece Mahkemesi kararı kaldırılmak suretiyle yeniden hüküm kurulmasına karar verilmiştir.

V. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri temyiz isteminde bulunmuşlardır.

B. Temyiz Sebepleri

1. Davalı vekili temyiz başvuru dilekçesinde; davacının 16 gün izin kullandığını, kullanılmayan 12 gün iznin bulunduğunu, fazla hesaplama yapıldığını, ulusal bayram ve genel tatil ücretine hak kazanamayacağını ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

2. Davacı vekili temyiz dilekçesinde; istinaf dilekçesinde ileri sürülen gerekçeleri tekrar ederek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasını istemiştir.

C. Gerekçe

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık; davacı işçinin işe başlama isteğinin, işverenin işe davetinin ciddi olup olmadığı ve buna bağlı olarak dava konusu işe başlatmama tazminatı, boşa geçen süre ücreti, fark kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanıp kazanmadığı ile fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin alacağı, kötüniyet tazminatının ispatı ve hesabına ilişkindir.

2. İlgili Hukuk

1.6100 sayılı Kanun'un 369 uncu maddesinin birinci fıkrası ile 371 inci maddesi.

2. 4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun) "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" kenar başlıklı 21 nci maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

...

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu

süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

..."

3. 10.04.2020 tarihli ve 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9 uncu maddesi ile 4857 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10 uncu maddenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“...

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez.

“...

Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri altı aya kadar uzatmaya yetkilidir.”

4. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.01.2023 tarihli, 2022/15482 Esas, 2023/99 Karar sayılı; 15.06.2022 tarihli, 2022/4478 Esas, 2022/7882 Karar sayılı kararları.

3. Değerlendirme

1. Tarafların iddia, savunma ve dayandıkları belgelere, uyumsuzluğun hukuki nitelendirilmesi ile uygulanması gereken hukuk kurallarına, dava şartlarına, yargılamaya hâkim olan ilkelere, ispat kurallarına ve temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere göre davalı vekilinin tüm, davacı vekilinin ise aşağıdaki paragrafların kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Dairemizin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi işçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı hâlde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması hâlinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı Kanun'un 21 nci maddesinin beşinci fıkrasına 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 feshin bağli olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

3. İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı hâlde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

4. İşçinin yöntemince işe başlatıldığından söz edilebilmesi için işverenin işçiyi fesihden önceki durumuna iade etmesi gerekir. Başka bir anlatımla gerçek anlamda işe başlatma, işçinin geçersiz sayılan fesih tarihindeki işinde veya ona benzer (eşdeğer) bir işte çalıştırılmasıyla sağlanabilir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.06.2018 tarihli ve 2016/22-2952 Esas, 2018/1276 Karar sayılı kararı).

5. İşe iade davası sonunda işçinin sözleşmenin feshedildiği şartlarla eski işine dönmesi asıl işe de işe başlatma anına kadar işçi ücretlerine gelen artışlar ilave edilerek işe başlatılması ve yöntemine ve mevzuata uygun olarak gerçekleşen ücret değişiklik ve indirimlerinin de işe başlatma anında dikkate alınması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15.07.2009 tarihli ve 2009/9-345 Esas, 2009/392 Karar sayılı kararı).

6. Somut uyuşmazlıkta davacının davalı tarafça işe davet edilerek 04.07.2020 tarihinde işe başlatıldığı ve aynı tarihte 30.06.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 2707 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'na istinaden ücretsiz izne çıkartıldığı uyuşmazlık konusu değildir. İşverenin işe başlatma işlemi üzerine davacının Şirket yazışmalarından haberdar olmak için satış ve pazarlama ortak dosyalarına erişim ve şifre talep ettiği, fesihden önce kullandığı bilgisayar, telefon hattı ve telefonun tedarik edilmesini istediği ve tüm yazışmaların kendisi ile paylaşılmasını talep ettiği görülmekte ise de bu talep, işverenin 06.07.2020 tarihli e-postasında, tüm yetkilerin Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı N.Ö.'ye ait olduğu, departman yöneticilerinin karar ve onay alma mekanizmalarını işletme yetkisinin bulunmadığı, davacının e-postasında talep ettiği işlere ilişkin iş görme ediminin başlayacağı dönem de dâhil olmak üzere N.Ö.'nün onayı ve bilgisi dâhilinde işlem yapılacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Her ne kadar davalı işveren, davacıyı pandemi sebebiyle ücretsiz izne çıkardığını savunmuş ise de davalı tanığı İ.S., o tarihlerde koordinatörler arasında ücretsiz izne gönderilen kişi olmadığını, normalde davacıya araba, telefon, bilgisayar ve oda tahsis edilmesi gerektiğini, davacının işe iade öncesinde hem Antalya merkez ofiste hem de otellerden birinde odası olduğu yönünde beyanda bulunmuştur.

7. Dosya kapsamındaki delillere göre davalı işverenin davacıyı işe davet etmesine rağmen davacıya fiilen iş vermediği, diğer işçileri ücretsiz izne çıkarmadığı hâlde davacıyı ücretsiz izne çıkartarak ücret ödemesi yapmadığı açıktır. Davacıya Covid 19 sebebiyle ücretsiz izin kullandırıldığı iddia edilmiş ise de 4857 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde işverene tanınan ücretsiz izne çıkarma yetkisinin amacına uygun kullanılmadığı dosya kapsamındaki deliller ile sabittir. Davacının işe iade başvurusu kabul edilmesine rağmen aynı tarihte Kanun'un amacına aykırı şekilde ücretsiz izne çıkartılması, işe davetin ciddi olmadığı anlamına gelir. Böyle bir durumda gerçek anlamda bir işe başlatma kabul edilemez. Mahkemece dosya kapsamındaki delillerin değerlendirmesinde hata yapılarak davalı işverenin işçiyi usulüne uygun olarak işe başlattığının kabulü isabetsizdir.

8. Diğer taraftan işveren davacının instagram hesabında rakip firmanın reklamını yaptığını iddia ederek iş sözleşmesini feshetmiş ise de somut olayda davacının usulüne uygun şekilde işe başlatılmadığı açıktır. Bu hâlde iş sözleşmesi işe başlatmama suretiyle feshedilmiş sayılacağından, işverenin sonraki tarihteki haklı fesih iddiasının somut olayda tartışılması mümkün değildir.

9. Açıklanan nedenlerle somut olayda davacı işçinin süresinde başvuru yaptığı hâlde işverenin davacıyı işe başlatma ve işyerinde çalıştırma konusunda ciddi olmadığı kabul edilmeli ve işe başlatmama hâline bağlanan hukuki sonuçların doğduğu kabul edilmelidir. Buna göre davacının ihbar tazminatının geçersiz fesih tarihinde peşin ödendiği anlaşıldığından ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi isabetli ise de davacının hak kazandığı boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı ve fark kıdem tazminatı alacağına hüküm altına alınmaması hatalıdır. Belirtilen alacaklar hesaplanarak davalı işverence davacıya yapılan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ve hatalı hukuki değerlendirme ile karar verilmesi hükmün bozulmasını gerektirmiştir.

VI. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Temyiz olunan, Bölge Adliye Mahkemesi kararının **BOZULMASINA**,

Peşin alınan temyiz karar harcının istek hâlinde ilgililere iadesine,

Dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

05.04.2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.