

Yargıtay Kararları

**T.C.
YARGITAY
9.HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2011/565
KARAR NO: 2012/8730
TARİHİ : 19.03.2012**

KARAR ÖZETİ: İŞYERİNİN DEVRİ – DEVİR SÖZLEŞMESİ

İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün değildir. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkanı da vermez. İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez.

İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir.

DAVA : Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen ücret, asgari geçim indirimini, yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil ücret alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, kıdem ve ihbar tazminatının reddine, diğer işçilik alacaklarından ücret ve asgari geçim indirimini alacaklarının kabulüne, yıllık ücretli izin, fazla mesai ve resmi tatil ücret alacaklarının ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm duruşmalı olarak davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK.nun 435.maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi. gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı şirkete Otel'de işçi olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin iş yeri devri olmaksızın kira sözleşmesi ile başka bir şirkete kiraya verilerek davacının 24/09/2008 tarihinde nedensiz olarak feshedildiğini, davacının yıllık izin, fazla mesai, resmi bayram ve tatil ücretlerinin, Eylül ayına ait 24 günlük ücret alacağı ve Eylül ayı asgari geçim indiriminin davacıya ödenmediğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen ücret, asgari geçim indirimini, yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil ücret alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının çalıştığı otel işletmesinin 09/09/2008 tarihinde Turizm Ltd.Şti.'ne kiralandığını, 17/09/2008 tarihinde davacıya işyerinin devredildiğinin bildirildiğini, davacının imzalamaktan imtina ettiğini, 18/09/2008 tarihinde işyerinin devredildiğini bildiren protokolün sunulduğunu, 19/09/2008 tarihinde tekrar işe giriş bildirgesi sunulduğunu, davacının yine imzalamadığını, 25/09/2008 tarihinde noter kanalıyla izin ücretlerinin ödenmek istendiğini, davacının ödemeyi almadığını, 09/10/2008 tarihinde yeni işverenin işe giriş bildirgesi sunduğunu, davacının tekrar imzalamak istemediğini noter huzurunda beyan ettiğini, davalının davacıyı işten çıkarmadığını, işyerinin devredildiğini, davacının yeni işveren yanında fiilen 10/09/2008 tarihinden itibaren çalışmasının devam ettiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan hesap raporuna itibar edilerek, işyeri ve yapılan iş değişmeksizin, davalının işyerini 3.kişiye kiralamasının işyerinin devri anlamına geldiği, işverenin değişmesinin işyeri ve işin değişmemesi karşısında işçiye iş sözleşmesinin feshi hakkını vermediği, somut uyuşmazlık yönünden konunun incelenmesinden, davalının işyerini 5 yıl süreyle 3.kişiye kiraya vermesinin, davacının iş sözleşmesini feshetmesi için haklı bir neden oluşturmadığı gibi, işyerinin kiraya verilmesinin davacının herhangi bir hakkını da ortadan kaldıran bir hukuki işlem olmadığı, noter tespitinden, davacının sigorta kaydının yapılabilmesi için işe giriş bildirgesinin imzalanması için devralan işverence çaba harcadığı ancak davacının gerekli evrakları imzalamaktan imtina ettiğinin anlaşıldığı, işyerini devralan işverenden davacıyı kayıt dışı çalıştırmasının beklenemeyeceği, davalının işyerini devrettiği, devrin davacı için haklı fesih sebebi oluşturulmasına rağmen davacının işe giriş kaydının yapılabilmesi çağrısına karşılık vermediği, dolayısıyla hizmet arzından kaçındığı, dolayısıyla davalı tarafça iş sözleşmesinin yapmakla yükümlü olduğu işi hatırlatıldığı halde ısrarla yapmamaktan dolayı iş sözleşmesini feshetmesinin haklı neden oluşturduğu, davalı tarafın haklı feshi karşısında davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatının reddine, diğer hesaplanan işçilik alacaklarının ise davalı işverenden tahsiline karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından kıdem ve ihbar tazminatının reddi yönünden temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe

bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkânı vermez. İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir. Ancak işverenin bu devir hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı, işyerinde gerçekten işçinin de devir kapsamında devredilip edilmediği de araştırılmalıdır.

Dosya içeriğine göre davacının çalıştığı otel işletmesi davalı işveren tarafından 01.09.2008 tarihinden itibaren 5 yıllık kira sözleşmesi ile dava dışı TUR. OTEL İŞLETMECİLİĞİ A.Şirketine devri öngörülmüştür. Davalının sunduğu devir sözleşmesinin Madde VI.r fıkrasında “ekli listeye göre 15 kişiden ibaret personel ile birlikte devraldığı” belirtilmiş, davacının sunduğu devir sözleşmesinin aynı fıkrasında ise “ekli listeye göre 5 kişiden ibaret personel ile birlikte devraldığı”, “her işçi ile ayrı ayrı rızaya dayalı devir sözleşmesi imzalanacağı” belirtilmiş, ayrıca davacı ile hiçbir biçimde çalışılmayacağı da yazılmıştır.

Mahkemece iki sözleşme arasındaki çelişki giderilmediği gibi sözleşmenin eki olan personel listesi getirilip, davacının devir edilecek personel içinde olup olmadığı araştırılmamıştır.

Somut bu maddi olgulara göre öncelikle devir sözleşmesinin 01.09.2008 tarihini kapsamaması, iş sözleşmelerinin 24.09.2008 tarihinde feshedilmesi üzerinde durularak devrin gerçekleşip gerçekleşmediği, devir sözleşmesinde davalının bu hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı üzerinde durulmalı, dosyada devir sözleşmeleri arasında personel devri ile ilgili çelişki giderilmeli, devre ilişkin personel listesi getirilmeli, davacının devir kapsamında olup olmadığı ve davacı ile gerçekten devir sonrası hiçbir şekilde çalışılmayacağı yönünde sözleşmede kayıt olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre kıdem ve ihbar tazminatı hakkında karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde kıdem ve ihbar tazminatının reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
YARGITAY
9.HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2012/10514
KARAR NO: 2012/8813
TARİHİ : 19.03.2012

KARAR ÖZETİ: İŞE İADE - İŞE DAVET - İŞ ŞARTLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK

Feshin geçersizliğine karar verilerek işe iadesine karar verilen ve işe başlamak için süresinde işverene başvuran işçi kural olarak fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işde işe başlatılmalıdır. Ancak bu mümkün olmadığında işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik yaratmadan iş teklifi yapmalı ya da iş şartlarında esaslı değişiklik var ise 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca hareket etmelidir.

DAVA : Davacı vekili, davacı işçinin işe iade kararı sonrası işe başlatılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

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

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davalı işyerinde çalışan ve iş sözleşmesi feshedildiği için feshin geçersizliği ve işe iade kararı alan davacının işe başlatılması için başvurduktan sonra daha önceki bölümünde görevlendirilmediğini, bu nedenle davacının gerçek anlamda işe başlatılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının kesinleşen işe iade kararına dayanarak şirket nezdinde işe başlamak amacıyla başvuruda bulunduğunu şirketin yapılan bu başvuruyu kabul ederek mahkeme kararını yerine getirdiğini ve davacıyı işe başlattığını, davacının 19/03/2010 tarihinde işbaşı yaptığını, ilk gün çalıştıktan sonra çeşitli bahaneler ileri sürerek kendisine verilen işi yapmadığını, bu durumu tespit ettirdiklerini, davacının kendisine başka bir iş verildiği yönündeki iddiaların yersiz olduğunu, davacının şirketin bütün iyiniyetli

yaklaşımlarını reddederek işi bıraktığını, 3 gün üst üste işe gelmediğini, bunun üzerine iş akdinin şirket tarafından İş Kanunu'nun 25/II maddesi hükümleri gereğince devamsızlık nedeniyle haklı olarak feshedildiğini, davacının tazminat alabilmek için kötüniyetli olarak işbu davayı açtığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacı tanık anlatımlarına itibar edilerek, kesinleşmiş işe iade kararı üzerine davacı işçinin yasal süresi içinde davalı işveren nezdinde işe başlamak amacıyla başvuruda bulunduğu, davalı işverenin yapılan başvuruyu kabul ederek davacıyı işe başlattığı, ancak davalı işverenin davacı işçiyi aynı koşullarla eski işine başlatmak zorunda olduğu halde davacıyı daha ağır çalışma koşulları içeren başka bir işe verdiği, davalı işverenin işe davetinin samimi ve ciddi olmadığı, işe davetin yasanın aradığı koşullarda yapılmadığı, davalı işverenin süresinde yapılan işe iade başvurusunu geçersiz kılmak için bu yola başvurduğu, bu nedenle davacının talep edilen tazminatlara hak kazandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Kural olarak işçi, feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası işe başlatılmak için başvurduğunda işveren tarafından geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işte işe başlatılmalıdır. Kural bu olmakla birlikte, karardan sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik yaratıyor ise, bu durumda işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmelidir.

Diğer taraftan davalı aleyhine dava açanlar tanık olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerekir. Bu beyanların diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Dosya içeriğine göre davacının feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası işe başlatılması için işverene başvurduğunda davalı işveren tarafından önceki bölümünde işe başlatılmadığı, davacının bir gün bu bölümde çalıştıktan sonra ertesi gün verilen işin ağır olduğu gerekçesi ile önceki bölümde çalışacağını belirttiği ve davalı işveren tarafından bunun kabul edilmediği, davacının birkaç gün işe gelip, bekleme odasında beklediği, davalının görevlendirilen yerde çalışmasında ısrar ettiği, davacının daha sonra işe gelmediği ve iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece aynı türden davası olan işçiler davacı tanığı olarak dinlenmiş ve tanık beyanlarına göre sonuca ulaşılmıştır.

Yukarda belirtildiği gibi davalı aleyhine davası bulunan tanıkların beyanı diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Davacının işe başlatılması için başvurduktan sonra daha önceki bölüm dışında görevlendirildiği bölümdeki çalışmasının iş şartlarında esaslı değişiklik olup olmadığı, işyerinde uzman bilirkişi ile keşif yapılarak rapor alınması sonucu ortaya çıkacak bir olgudur. Mahkemece bu yönde araştırılma yapılmadan, üstelik tanıklıklarına kural olarak itibar edilemeyecek tanık beyanları ile yetinilerek eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
YARGITAY
9.HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2011/35264
KARAR NO: 2012/6759
TARİHİ : 05.03.2012

KARAR ÖZETİ: İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Fesih, sürekli bir sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olarak yenilik doğurucu bir irade beyanı ve tek taraflı varması gerekli bir hukuki tasarruf işlemidir. Fesih beyanı karşı tarafa ulaştığında sonuçlarını doğurur ve bundan sonra fesih iradesini açıklayan tarafın tek taraflı hukuki işlemlerinin sonuca etkisi yoktur.

DAVA :Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini, işçilik alacaklarının ödenmediğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ücret, yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret ve asgari geçim indirimi alacaklarının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

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

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde çalıştığını, 02.11.2009 tarihinde eşinin ameliyat olması nedeni ile refakatçi kalması nedeni ile işe gidemediğini, devamsızlığının mazerete dayandığını, 05.11.2009 tarihinde işe gidip mazeretini de bildirmesine rağmen iş sözleşmesinin feshedildiğinin bildirildiğini, feshin haksız olduğunu, kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi gerektiğini, ödenmeyen işçilik alacakları bulunduğunu, 06.11.2009 tarihli ihtarname ile haklarını istediğini belirterek,

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının fazla çalışmasının olmadığını, yıllık ücretli izin hakkını kullandığını, tüm işçilik alacaklarının ödendiğini, 05.11.2009 tarihinde işe gelen davacıdan devamsızlığı konusunda savunması istenmesine rağmen işyerini terk ettiğini, 05.11.2009 tarihinden sonra davacının devamsızlık yapması sebebiyle hizmet akdinin sonlandırıldığını, bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmasının söz konusu olmadığını, fazla mesai ücreti alacağı bulunmadığını, aylık ücretlerinin tam olarak ödendiğini, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri tatillerini ve yıllık izin haklarını tam ve eksiksiz olarak kullandığını, bu ücretlerini eksiksiz olarak da aldığını, alacağının bulunmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının 05 Kasım 2009 tarihinde iş başı yaptığı ve eşinin geçirdiği ameliyat nedeniyle 02 Kasım-03 Kasım- 04 Kasım 2009 tarihlerinde işe gelemediğini davalı işverene şifahen bildirdiği, davalı işverence davacının mazeretini belgeleyen yazılı bir belge ibraz edilmediği cihetle şifahi beyanına itibar edilmeyerek davacının iş akdinin sonlandırıldığı, 05 Kasım 2009 tarihinden sonra ertesi gün davacı işçinin davalı işverene alacaklarının ödenmesi için ihtarname çektiği, ihtarname içeriğinden davacının mazeretini belgeleyen hastaneden sadır olmuş raporu da ihtarnamenin keşide edildiği gün PTT marifeti ile davalı işverene faksladığı, ihtarnamenin davalı yana 12 Kasım 2009 tarihinde tebliğ edildiği, davalı işverenin bu defa belgelenen mazerete binaen davacı işçinin 02 Kasım 2009 ve 05 Kasım 2009 tarihlerindeki devamsızlığının eşinin geçirdiği ameliyat sebebiyle onun başında refakatçi olarak kalması nedeni ile haklı bir mazerete dayandığı kabul edilerek 13 Kasım 2009 tarihinde davacıya iş başı yapması için çağrı yaptığı ve fakat davacı işçinin iş başı yapmadığı, davacının iş akdinin 02 Kasım 2009 ve 05 Kasım 2009 tarihlerindeki devamsızlığı sebebiyle değil; 13 Kasım 2009 tarihinde davacıya ihtarname ile iş başı yapması için çağrı yapılmasına rağmen bu tarihten sonraki devamsızlık olgusu nedeni ile feshedildiği, feshin haklı nedene dayandığı, kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddedilmesi gerektiği, ücret alacağının ödendiği, kullanmadığı yıllık izinler bulunduğu, fazla mesai yaptığı, genel tatillerde çalıştığı, bu çalışmalarını karşılığı ücret alacaklarının ödenmediği gerekçesi ile bilirkişi tarafından hesaplanan yıllık ücretli izin, fazla mesai ve genel tatil ücret alacağının kabulüne, kıdem ve ihbar tazminatı ile ücret alacağı ve diğer işçilik alacaklarının reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından kıdem ve ihbar tazminatı ile ücret alacağına reddi, davalı vekili tarafından ise kabul edilen alacaklar yönünden temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- Fesih, süreli bir sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olarak yenilik doğurucu bir irade beyanı ve tek taraflı varması gerekli bir hukuki tasarruf işlemidir. Feshin beyan edilmesiyle, iş ilişkisi, feshedenin iradesine uygun olarak geleceğe etkili olarak ya hemen ya da verilen önel süresinin geçmesiyle doğrudan doğruya sona erdirilir. Fesih, ancak karşı tarafın hukuki egemenlik alanına ulaşmasıyla hüküm ve sonuç doğuracağından ve geçerlilik şartları da bu âna göre değerlendirileceğinden geçmişe etkili fesih mümkün değildir. Fesih beyanı ile karşı tarafa ulaştığından sonuçlarını doğurur ve bundan sonra fesih iradesini açıklayan tarafın tek taraflı hukuki işlemlerinin sonuca etkisi yoktur.

Dosya içeriğine ve tanık anlatımlarına göre davacı işçinin eşinin 02.11.2009 tarihinde eşinin ameliyat olması nedeni ile refakatçi olarak kaldığı ve bu nedenle işe gidemediği, durumu şifahi olarak bildirdiği, işverenin bundan haberdar olduğu, davacının bu mazeretinin sona erdiği tarihte işe geldiği, mazeretine ait belgesini sunmak istediği, ancak 05.11.2009 tarihinde işten çıkarıldığına sözlü olarak bildirildiği, davacının bu nedenle 06.11.2009 tarihinde ihtarname çekerek tazminat ve işçilik alacaklarının ödenmesini istediği, davalı işverenin yazılı ihtarnameyi aldıktan sonra davacıyı tekrar işe davet ettiği ve bu tarihten sonra gelmediği gerekçesi ile devamsızlık tutanakları tutarak iş sözleşmesini 23.11.2009 tarihli ihtarname ile devamsızlık gerekçesi ile feshettiği anlaşılmaktadır.

Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının iş sözleşmesi 05.11.2009 tarihinde davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Fesih beyanı sözlü olarak davacıya iletilmiş ve sonuçlarını doğurmuştur. Bu tarihte gerçekleştirilen fesih beyanı geçerlidir. İşverenin bundan sonra işçiyi işe davet etmesi, devamsızlık tutanakları tutması ve devamsızlık nedeni ile iş sözleşmesini yazılı bildirim ile feshetmesi sonuca etkili değildir. 05.11.2009 tarihinde gerçekleşen fesih haklı nedene dayanmadığından davacının kıdem ve ihbar tazminatının kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 05.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
YARGITAY
9.HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2012/11921
KARAR NO: 2012/10850
TARİHİ : 02.04.2012

KARAR ÖZETİ: İŞGÖRME BORCUNU YERİNE GETİRMEKTEN KAÇINMA-FESİH

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesi uyarınca, ücreti ödeme gününden itibaren 20 işgünü içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu kaçınma davranışı fesih iradesi olarak kabul edilmemektedir.

İş görme ediminden kaçınma hakkını kullanan davacı işçi fesih iradesini ortaya koymadığı için fesih riski işveren üzerinde kalmıştır.

DAVA : Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini belirterek, ihbar tazminatı ile ödenmeyen ücret, fazla mesai ve hafta tatili ücret alacaklarının davalı adi ortaklığı oluşturulan işverenlerden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı ve davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı şirketlerin oluşturduğu adi ortaklıkta demirci ustası olarak 23.06.2008 tarihinden 06.09.2008 tarihine kadar saati 4,00 Euro üzerinden Bulgaristan'da işçi olarak çalışmakta iken hiçbir gerekçe gösterilmeksizin işine son verildiğini, hafta tatili kullanmadığını, fazla çalışma yaptığını, ücretlerinin ödenmediğini belirterek, ihbar tazminatı ile ödenmeyen ücret, fazla mesai ve hafta tatil ücret alacaklarının davalı adi ortaklığı oluşturan işverenlerden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili, davacının 20/06/2008-05/09/2008 tarihleri arası çalıştığını, sözleşmenin davacı tarafından feshedildiğini, 3 gün üst üste işe gelmediğini, buna rağmen

fesih yoluna gidilmediğini, verilen avanslar düşüldükten sonra bütün ücretlerin ödendiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan hesap raporuna itibar edilerek, davacıların maaşlarının ödenmemesi nedeniyle kendilerinin işten ayrıldığı, bu nedenle ihbar tazminatına hak kazanamayacağı, her ay 150,00 Euro ödendiği, fazla mesai yapıldığı, hafta tatillerinin tamamının kullandırılmadığı, ücretlerin ya süresinde ödenmediği, ya da hiç ödenmediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından özellikle ihbar tazminatı yönünden, davalı vekili tarafından ise cevap nedenleri ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

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

2-İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34/1 maddesi uyarınca ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmese, işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Maddenin son fıkrası uyarınca işçinin bu davranışı nedeni ile iş sözleşmesini görevleri hatırlatıldığı halde yapmamaktan ısrar ettiği veya işe devamsızlık yaptığı gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. Maddesindeki nedenlerle feshedilemez. Ücretleri ödeme gününden itibaren mücbir bir neden dışında 20 gün içinde ödenmeyen işçinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uyarınca iki seçimli hakkı bulunmaktadır. Bunlarda bir 34. Madde uyarınca iş görme ediminden kaçınma hakkı, diğer ise 24/II.e maddesi uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshetme hakkıdır.

Somut uyuşmazlıkta ücretleri ödenmeyen ve bu nedenle ücretlerini isteyen davacı ve arkadaşlarına davalı işveren temsilcisi "bildiğiniz yere gidin başvurup hakkınızı arayın" demiştir. Davacıların bunun üzerine çalışmaması ve işi bırakmaları mahkemece işveren feshi olarak nitelendirilmemiştir. Oysa davacı ücreti ödenmiş olsa iş görme edimini yerine getirmeye hazırdır. Davacı işçinin ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile bu ücretlerini talep etmesi halinde işveren temsilcisinin "bildiğiniz yere gidin, başvurup hakkınızı arayın" şeklindeki beyanı fesih niteliğindedir. Ücretleri ödenmediği için iş görme ediminden kaçınan davacının bu davranışı fesih niteliğinde değildir. İş görme ediminden kaçınma hakkının kullanan davacı işçi fesih iradesini ortaya koymadığı için, fesih riski işveren üzerinde kalmıştır. Davacının ihbar tazminatı isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır.

3-Davacı saat ücretinin 4,00 olduğunu belirtmiş, davalı buna itiraz etmemiştir. Ancak bu saat ücretinin, kısaca tazminat ve alacaklara esas ücretin brüt mü? net mi? olduğu taraflar arasında tartışmalıdır.

Hükme esas bilirkişi raporunda bu ücretin üzerinde çıplak ücret kabul edilmiştir. Ancak aynı vekil tarafından aynı nedenle açılan ve Dairemizce incelenen seri dosyalarda bu ücretin brüt olduğu ve davacının aylık 900,00 brüt ücretle çalıştığı kabul edilmiştir. Bu ücret davacı tarafından temyiz edilmemiştir. Aynı işi yapan ve aynı işte çalışan işçilerle ücretin farklı olmaması gerekir. Bu nedenle tazminat ve ücretlere esas ücretin 900,00 brüt ücret kabul edilerek hesaplanması gerekir.

4-Mahkemece hükme esas bilirkişi raporunda hafta tatili ücret alacağı tanık beyanları esas alınarak davacının yada 3 Pazar günü çalıştığı kabul edilerek belirlenmiştir. Ancak dinlenen tanıklar davacı ile birlikte aynı konumda dava açan işçiler olup, davalı işveren aleyhine dava açan kişilerdir. Kısaca davacılar birbirlerine tanıklık yapmışlardır. Davalı aleyhine dava açan işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerekir. Ancak davalı tanıkları ayda 2 Pazar çalışıldığını beyan ettiklerinden ve emsal davacı tarafından temyiz edilmeyen kararda bu şekilde hafta tatil çalışması belirlendiğinden, davacının hafta tatili ücreti ayda 2 Pazar çalışmasına göre hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
YARGITAY
9.HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2011/8750
KARAR NO: 2012/10869
TARİHİ : 02.04.2012

KARAR ÖZETİ: ÜCRET VE ZAMLARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Ücret ve zamlarına ilişkin bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin mutlak, kesin ve uygulanabilir olması gerekir. Bu hükümlerin belirtilen unsurları taşımaması, örneğin belirli olguların gerçekleşmesi ve işverenin yönetim hakkına bırakılması halinde uygulama olanağı yoktur.

DAVA : Davacı vekili, davacı işçinin fark ücret alacağının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

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

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı ile imzaladığı 1. Tip İş Sözleşmesi uyarınca davalı işyerinde teknik uzman olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin 7/son fıkrasında yıllık ücret artışının enflasyon oranı ve şirketin performansı dikkate alınarak davalı şirket icra kurulunca her yılın ocak ayında belirleneceği düzenlendiği halde işveren tarafından 27.04.2007 tarih ve 95 sayılı genelge ile kamu personeline 2007 yılı birinci altı ay için yapılan artış oranı esas alınarak, 1. Tip İş Sözleşmesi imzalayanların aylık ücretleri 1.1.2007 tarihinden geçerli olmak üzere %5,57 oranında zam uygulandığını ve yürütülmekte olan iş değerlendirme projesinin tamamlanmasından sonra 1. Tip İş Sözleşmesi imzalayanların ücretlerinin piyasa şartlarına göre yeniden değerlendirileceğinin bildirildiğini, ancak %5,57 oranlık artış dışında ne 2007 yılında ne de 2008 yılında ücretlerinde herhangi bir artış yapılmadığını, davalının böylelikle aralarındaki iş sözleşmesine aykırı davrandığını belirterek davacı işçinin fark ücret alacağına davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacı ile imzalanan 1. Tip İş Sözleşmesinin 7. maddesinde ücret artışlarını düzenleyen hükmün kendileri için emredici nitelikte olmadığını, şirket icra kurulunun ücret artışı yapılmasının uygun görmesi gerektiğini ve icra kurulunun uygun gördüğü oranda artış yapıldığını, söz konusu sözleşme ile çalışan kapsam dışı işçilerin ücretlerinin yüksek olması nedeniyle 2007 yılında kamu personeline 2007 yılı 1. altı ay için yapılan artış oranı esas alınarak %5,57 oranında zam yapıldığını, davacının da iş akdi fesih edilinceye kadar bu zam oranı konusunda her hangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmediğini, kaldı ki mahkemenin iş bu dava yolu ile zam oranını belirleme yetkisinin bulunmadığını, davacının iş bu sözleşmeyi imzalamakla şirketin uygulamalarını kabul ettiğini, şirketin de ücret artış oranı konusunda bir taahhüdünün bulunmadığını, 2007 yılı artışından sonra 2008 yılı için işyerinde personel ücretlerinin Group İş Değerlendirme Sistemi ve İş Ailesi Kurulu Projesi kapsamında değerlendirildiğini ve her hangi bir artışın gerekli görülmediğini, hatta bu iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin ücretlerinin yüksek olduğunun ortaya çıktığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda alınan hesap raporuna itibar edilerek, taraflar arasından imzalanan 14.6.2006 tarihli 1. Tip İş Sözleşmesinde ücret ve ödeme şeklini düzenleyen 7.maddenin son fıkrasında "Ücretlerde yapılacak artış oranı, enflasyon oranı ve Şirketin performansı dikkate alınarak İcra Kurulunca her yılın Ocak ayı başında kararlaştırılır." şeklinde düzenleme olduğu, buna göre davacının ücretinde artış yapılması gerektiği, diğer bir deyişle işverenin her yılın ocak ayında enflasyon artış oranı ve şirketin performansını dikkate alarak davacının ücretini artırması gerekir iken belirtilen şekilde ücret artışı yapılmadığı, bunun yerine davacının ücretinin 1.1.2007 tarihinden geçerli olmak üzere kamu personeline 2007 yılı birinci altı ay için yapılan artış oranı esas alınarak %5,57 oranında artırıldığı, 1. Tip İş Sözleşmesi ile kapsam dışı personel olarak çalışan davacının ücretine sözleşmeye göre işverenin ücret artışı yapması gerektiği halde böyle bir artışın yapılmadığı, davacının ücretinin artış oranının tespitinde şirketin performansı ile ilgili olarak dosyada bir bilgi ve belge

bulunmadığından herhangi bir tespit yada değerlendirme yapılamadığını, sadece asgari enflasyon oranından davalı işveren tarafından davacının ücretine 1.1.2007 tarihinden geçerli olmak üzere yapılan %5,57 oranındaki artışın asgari enflasyon oranından düşülerek fark ücret alacağına hesaplandığı, rapordaki hesaplama yöntemine taraflarca itiraz edilmediği, davalı işverenin davacı ile imzaladığı 14.6.2006 tarihli 1. Tıp İş Sözleşmesi ile bağlı olması gerektiği, sözleşme hükümlerine uyma da iyiniyetli davranmak zorunda olduğu, sözleşmeye aykırı davranmasının ve bu davranışından kendisine yarar sağlamasının hukukça korunamayacağı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından cevap nedenleri yanında emsal karar gerekçesi ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Ücret ve zamlarına ilişkin bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin zorunluluk taşıması, mutlak, kesin ve uygulanır olması gerekir. Bu hükümlerin belirtilen unsurları taşıması, örneğin belirli olguların gerçekleşmesi ve işverenin yönetim hakkına bırakılması halinde uygulanması olanağı yoktur.

Davalının Group adlı uluslararası bir firmaya iş değerlendirilmesi projesi yaptırdığı, 27.11.2007 günlü yönetim kurulu kararı ile bu projenin sonuçlarını nazara almak kaydı ile ücret skalasını nihai hale getirmek için Genel Müdüre yetki verildiği, 17.3.2008 tarihli karar ile 2008 yılı kapsam dışı ücret skalasının kabul edildiği görülmektedir. Tıp 1 sözleşme imzalayanlara bu değerlendirme ve piyasa şartları nedeni ile bir zam öngörülmediği davalı yazılarından anlaşılmaktadır.

İş sözleşmesinin 7/3 maddesi ve davalı genelgesi ücretlere zam yapılmasının zorunlu olduğuna ilişkin emredici bir hüküm taşımamaktadır. Davalının 1. Tıp sözleşme imzalayanların bir kısmına zam yapıp, bir kısmına zam yapmadığı da iddia ve ispat edilmediğinden eşit işlem borcuna aykırılık ta söz konusu değildir.

TİS kapsamındaki işçilere zam yapılması davacı için emsal olamaz, davacı ancak kendi iş sözleşmesi ve tabi bulunduğu yönetmelik ya da skalada öngörülen zamları talep edebilir. Davacının talebi ise sadece hizmet akti ve genelgeye göre, enflasyon ve şirketin karlılık oranına dayanan zam isteğine ilişkin olduğu gibi mahkemenin kabulü de aynı doğrultudadır. Ancak sözleşmedeki ve genelgedeki hüküm zorunluluk taşımadığı gibi emredici, mutlak, kesin ve uygulanır nitelikte değildir. Nitekim Dairemizin 18.10.2010 gün ve 2010/39659 Esas, 2010/29321 Karar sayılı kararı bu yöndedir. Bu nedenlerle davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.04.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
YARGITAY
9.HUKUK DAİRESİ
ESAS NO: 2011/36448
KARAR NO: 2012/7871
TARİHİ : 12.03.2012**

KARAR ÖZETİ: GECE ÇALIŞMASI VE ÜCRETİ

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 69/3.maddesinde "İşçilerin gece çalışmaları günde 7,5 saati geçemez" hükmü bulunmaktadır. Bu durum hem günlük çalışmanın hem de 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.

DAVA: Davacı vekili, davacı işçinin davalı işyerinde gece çalışmaları karşılığı fazla mesai ücretinin ödenmediğini belirterek, bu alacağın davalı işverenden tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde çalıştığını, davalı işyerinde işçilerin ayda 2 hafta gece vardiyasında çalıştıklarını, 4857 sayılı yasanın 69/1. maddesinde "gece" kavramının tanımlandığını, 69/3 maddesinde ise; işçilerin gece çalışmasının 7,5 saati geçemez şeklinde düzenleme olduğunu, ayrıca gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günlük 7,5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir denildiğini, davalı işverene birçok kez bu konuda başvurulduğu, ancak herhangi bir ödeme yapılmadığını belirterek, gece çalışmaları karşılığı fazla mesai ücretinin davalı işverenden tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, 4857 sayılı yasada haftalık iş süresinin 45 saat olduğunu, fazla çalışma olup olmadığının belirlenmesinde günlük iş süresi sınırının aşılp aşılmamasının bir öneminin bulunmadığını, gece sayılan dönemde çalışma süresinin 7,5 saatle sınırlanmasının sağlık nedeni ile yapıldığını, amacın 7,5 saati aşan çalışmaların fazla

sayılması olmadığını, fazla çalışma ücreti talep hakkı bulunmadığını, alacağın 5 yıllık zamanaşımına uğradığını, müvekkili şirkette haftada 5 gün ve günde 9 saat çalışma yapıldığını, haftalık çalışma süresinin aşılmadığını, davacının bu çalışma şekline bir itirazı olmadığını, fazla çalışma ücreti talep etmediğini, 2009 yılı itibariyle haftada 6 gün günde 7,5 saatlik çalışma esasına geçildiğini, davacıya işveren tarafından sadece hakkettiği miktar olan % 10'luk gece çalışması primi ödendiğini, bu miktarın davanın aleyhe sonuçlanması halinde mahsubu gerektiğini, gece çalışmalarında yemek molasının 45 dakika, çay molasının ise ikişer defa olmak üzere 15 dakikadan toplam 30 dakika olduğunu, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda işyerinde gece vardiyası çalışmasının işe giriş ve çıkış kayıtlarına saat 22.00-08.00 arası olup davacının da kayıtlara göre bu vardiyada çalışmasının olduğu, davalı işverenin işçilere gece vardiyasında ödediği %10 luk vardiya priminde ara dinlenmesini 1 saat olarak kabul ettiği, dolayısıyla saat 22:00-08:00 saatleri arasında yapılan 10 saatlik çalışmadan 1 saat ara dinlenmesi düşüldüğünde her gece 1,5 saat fazla çalışma yapıldığı, davalı işverenin işçilere gece vardiyasında 7 saate denk gelen çalışma için %10 luk gece vardiyası primi ödediği, ücret bordrosu ile ödenen bu vardiya priminin, hesaplanan fazla çalışma alacağından mahsup edilip edilmeyeceğinin de taraflar arasında ayrı bir ihtilaf konusu olduğu, davalı işveren tarafından sözkonusu vardiya priminin işçilere 7 saate denk gelen çalışması karşılığında ödendiğinin anlaşıldığı, davacının gece vardiyalarında, günde yedi buçuk saati aşan çalışmalarını aşan sürenin fazla çalışma olması nedeni ile ücretinin ödenmesi ve davalı işveren tarafından yedi saat için ödenen %10 luk vardiya priminin 7.5 saati aşan çalışma yönünden hesaplanan fazla çalışma alacağından mahsup edilmemesi gerektiği gerekçesi ile bu esaslara göre hesap yapan ve zamanaşımı itirazını dikkate alan bilirkişi raporuna itibar edilerek belirlenen fazla mesai alacağının kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından cevap nedenleri ve emsal kararlar gerekçe gösterilerek temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1.Dosya içeriğine göre davacının gece çalışmalarının 7,5 saati aşan kısmının ara dinlenme çıkarıldıktan sonra fazla kısmının fazla mesai olarak değerlendirilmesi ve gece vardiyası için öngörülen ve ödenen gece vardiya priminin mahsup edilmemesi, zamanaşımı definin dikkate alınması yerindedir. Davalı tarafın bu yöndeki temyiz itirazları yerinde değildir.

2.Davalı vekilinin fazla çalışma ücret alacağının fazla hesaplandığı yönündeki temyizine gelince;

4857 sayılı İş Kanununun 69/3 maddesi uyarınca “İşçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez”. 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. 23.6.2009 gün 2007/ 40862 E, 2009/ 17766 K). Ancak haftalık 45 saati aşmadığı takdirde, gece çalışmasında 7,5 saati aşan fazla çalışmanın karşılığı ücretten kendisi ödendiği için sadece zamlı kısmı hesaplanıp ödenmelidir.

Somut uyuşmazlıkta puantaj kayıtlarına göre davalı işyerinde ayda 2 hafta 22-08 saatleri arasında gece çalışması yapıldığı ve haftalık çalışmanın 45 saati aşmadığı gece olan günlük çalışmada ara dinlenme çıkarıldığında davacının 1,5 saat fazla çalışma yaptığı sabittir. Davalı işveren bu fazla çalışmanın normal kısmını aylık ücret içinde ödemiştir. Bu durumda bu fazla çalışmanın %50 zamlı kısmı kalmıştır. Bu nedenle gerektiği takdirde bilirkişiden ek rapor alınarak bu fazla çalışmanın %50 zamlı kısmı belirlenmeli ve hüküm altına alınmalıdır.

Mahkemece bu durum gözetilmeksizin fazla çalışma karşılığı ücret alacağına karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.