

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/8483

Karar No. 2011/14092

Tarihi: 10.05.2011

İlgili Kanun / Madde
4857.S.İşK/61

-
- **ARA DİNLENMESİ**
- **DOKUZ SAATLİK ÇALIŞMADA ARA DİNLENMESİNİN 1 SAAT OLMASI**
-

ÖZETİ Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı lehine tanık beyanlarına istinaden 03.00-12.00 saatleri arasında çalıştığı kabul edilerek yarım saat ara dinlenmesi tenzili sureti ile fazla mesai ücreti hesap edilmiştir. 9 saatlik çalışma süresi için tenzili gereken ara dinlenme 1 saat olmalıdır. Bu hali ile 1 saat az ara dinlenme tenzili sureti ile fazla mesai ücreti hesabı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir

DAVA :Taraflar arasındaki, kıdem, ihbar tazminatı, fazla mesai, ulusal bayram, genel tatil, hafta tatili ile izin ve ücret alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 10.05.2011 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat Mevlüt Evren geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi N.Doğan Ceylan tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı dava dilekçesinde 26.10.2005-13.11.2007 tarihleri arasında çalıştığını, iş akdinin işveren tarafından haksız ve bildirimsiz feshedildiğini, alacaklarının ödenmediğini beyanla kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı taraf duruşmaya katılmamış ve davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı taraf temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının yerinde olmaması nedeni ile reddine,

2-İhbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konudur.

İş sözleşmesi, taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasına ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı, iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırılabilmek yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.

Maddede düzenlenen bildirimli fesih belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez.

İşçinin, belirli süreli iş sözleşmesiyle tam süreli kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine hatta takım sözleşmesiyle çalışması arasında, bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

Fesih bildirimi, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimi geçerli değildir.

Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizeli yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.4.2006 gün 2006/4823 E, 2006/10605 K.).

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanununun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez. Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması yönüyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunun sistematığına uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD.26.6.2008 gün 2007/ 24004 E, 2008/ 17671 K.).

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hâkimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 21.3.2006 gün 2006/109 E. 200 6/ 7052 K.). Üst sınırın en çok ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.7.2008 gün 2007/ 24490 E, 2008/ 20203 K.).

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25. madde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanunun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır. Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

İhbar tazminatının miktarı “ bildirim süresine ait ücret ” olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadaki doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365’ e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda dosya kapsamına, mevcut bilgi ve belgelere, tanık anlatımlarına göre davacının ek iş verilerek iş şartlarının ağırlaştırılması sözkonusudur. Davacı iş şartlarındaki aleyhe değişiklik nedeni ile işyerini terk sureti ile iş sözleşmesini haklı nedenle sonaerdmıştır. Bu hali ile iş sözleşmesini haklı olarak feshetse de davacı işçi lehine ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalıdır.

3-Davacının fazla mesai süresinin hesabı ihtilaflıdır.

İşçiye işyerinde çalıştığı sırada ara dinlenmesi verilip verilmediği ve süresi konularında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenmesi 4857 sayılı İş Kanununun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedibuçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedibuçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesi hükmüne göre günlük çalışma süresi 11 saati aşamayacağından, 68. maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok 11 saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde 11 saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saat ve daha fazla çalışmalarda ise en az birbuçuk saat olarak verilmelidir.

İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi halinde bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmının oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir.

Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullanılır. Ara dinlenmesinin kullanılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dâhilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullanılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun kullanılması gerekir (Yargıtay 9.HD. 17.11.2008 gün 2007/ 35281 E, 2008/ 30985 K.).

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 3. maddesinin 2. fıkrasında, ara dinlenmelerinin ilkim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliğine göre yirmidört saat içinde kesintisiz oniki saat dinlenme süresi dikkate alınarak verileceği hükme bağlanmıştır. Adı geçen yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasında da ara dinlenme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıklanmıştır.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 12.11.2009 gün, 2009/ 15176 E, 2009/ 31514 K.; Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/ 25857 E, 2008/ 20636 K.). Ancak, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir.

Dairemiz kararlarında fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla davalı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği ifade edilmişse de (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/ 17722 E, 2010/ 3192 K.) işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusu arttırdığı aşamada mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı bilenememektedir. Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş ve her türlü indirimden kaynaklanan red sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda fazla çalışma asıl alacaktan indirim sebebiyle red vekâlet ücretine hükmedilmekte ancak Borçlar Kanunu'nun 161/son, 325/son maddeleri ile 43 ve 44. maddelerine göre ve yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada karışıklığa yol açmaktadır. Konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde bir kurala yer verilmediğinden Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirimler sebebiyle reddine karar verilen miktar bakımından kendisini vekille temsil ettirmiş olan davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı lehine tanık beyanlarına istinaden 03.00-12.00 saatleri arasında çalıştığı kabul edilerek yarım saat ara dinlenmesi tenzili sureti ile fazla mesai ücreti hesap edilmiştir. 9 saatlik çalışma süresi için tenzili gereken

ara dinlenme 1 saat olmalıdır. Bu hali ile 1 saat az ara dinlenme tenzili sureti ile fazla mesai ücreti hesabı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davalı yararına takdir edilen 825.00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.05.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.