

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/50037

Karar No. 2012/19513

Tarihi: 05.06.2012

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/41

- **FAZLA ÇALIŞMADANYAPILAN %10 HAKKANİYET İNDİRİMİNİN YETERSİZ OLMASI**
- **ÜCRETİN BİLİNDİĞİ DÖNEMLERİN ASGARI ÜCRETE ORANTILANDIRILARAK HESAPLANAMAYACAĞI**

ÖZETİ Hükme esas alınan bilirkişi raporunda zamanaşımı defiyile sınırlı olarak son beş yıl için haftada 18 saat fazla çalışma ücreti hesabı yapılmış, mahkemece %10 indirimle gidilerek 33.904,64 TL olarak isteğin kabulüne karar verilmiştir. Genel tatil ücretinden de aynı oranda indirim yapılmıştır. Hesaplamaya konu çalışma süreleri ve hesaplanan tutar dikkate alındığında yapılan indirim oranı düşüktür.

Yukarıdaki bent uyarınca fazla çalışma ücretleri belirlendikten sonra Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamalarına göre fazla çalışma ile genel tatil ücretlerinden % 30 oranında indirim yapılmalıdır.

Davacının son ücretinin asgari ücrete oranı dikkate alınarak geriye doğru aldığı ücretler belirlenmiş ve buna göre fazla çalışma ile genel tatil hesabı yapılmıştır. Dosya içeriğine göre hesaplamaya konu son beş yıllık dönem içinde davacının önce mağaza müdür yardımcısı sonra da terfi ettirilerek müdür vekili olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Dosyada önceki dönemlere ait ücret bordroları yer almamış olsa da atama durum değişikliği formlarında atama öncesi ve sonrası ücretleri de yazılı olup, davacının terfi suretiyle hak kazandığı son ücretinin, asgari ücrete oranlanmak suretiyle mağaza müdür yardımcısı olarak çalıştığı döneme de uygulanması doğru değildir. Dosya içeriğinden mağaza müdür yardımcısı olarak çalıştığı dönem ücretleri belirlenerek fazla çalışma ücreti ve anılan dönemle ilgili genel tatil ücreti müdür yardımcılığı ücreti üzerinden hesaplanmalıdır.

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işçi, 24.02.1990-26.11.2007 tarihleri arasında davalıya ait iş yerinde en son müdür vekili olarak çalıştığını, her gün 07-22.30 saatleri arasında görev yaptığını, fazla çalışma ile diğer çalışmalarının karşılığının ödenmediğini ileri sürerek, fazla mesai ücreti alacağı, genel tatil ücreti alacağı, hafta tatili ücreti alacağı, yıllık ücretli izin alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı işveren, alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının mağaza müdürü olduğunu, itirazı kayıt ileri sürmeden maaş bordrosunda belirtilen ücretini imzaladığını, hafta tatillerinde çalışmadığını, yıllık ücretli izinlerini kullandığını savunarak, açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının 24.02.21990-26.11.2007 tarihleri arasında davalı işverenin işyerinde mağaza müdürü olarak çalıştığı, en son brüt ücretinin 2.293,27 TL olduğu, dinlenen tanık anlatımlarına göre davacının haftanın 6 günü saat 07.00 – 19.30 veya 20.00 arasında çalıştığı, haftanın 6 gününde toplam 18 saat fazla mesai yaptığı, genel tatillerde çalıştığı, yıllık ücretli izin defteri veya eşdeğerde yazılı belge ile yıllık ücretli izinlerini kullandığının davalı tarafça ispatlanamadığı, davacının haftanın 6 günü çalışmış olması sebebiyle hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı, alması gereken yıllık ücretli izin miktarının 18.801,33 TL, fazla mesai ücreti alacağının 37.671,82 TL, genel tatil ücreti alacağının 3.427,85 TL olduğunun 6.3.2009 tarihli bilirkişi raporu ile belirlendiği, zamanaşımı def'i, işçinin raporlu ve izinli olduğu günler göz önünde bulundurularak Borçlar Kanunun 43. ve 44. maddesi gereğince davacının hesaplanan fazla mesai ücreti alacağı ve genel tatil ücreti alacağından takdiren % 10 hakkaniyet indirimi yapılarak, açılan hafta tatili ücreti alacağı davasının reddine, fazla mesai ücreti alacağı davasının kısmen kabulüne, yıllık ücretli izin alacağı ve genel tatil ücreti alacağı davalarının kabulüne dair hüküm tesis edilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- 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. İşçinin 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.

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. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden 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 kazanamaz. 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. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması

yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil 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 Kanunda 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 yedibuçuk 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. 23.6.2009 gün 2007/ 40862 E, 2009/ 17766 K).

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre hükümlerine göre günde 7.5 saat çalışmasını gerektiren işlerde çalışan işçinin 7.5 saati aşan çalışma süreleri ile 7.5 saatten az çalışması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5. maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık 45 saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur.

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu'nun 41. maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş 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 imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanununun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

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 indirime gidilmemektedir.

Somut olayda, davacı işçinin hesaplamaya konu dönem içinde müdür yardımcısı ve müdür vekili çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan raporda zamanaşımı defiiyle sınırlı olarak son beş yıl içinde müdür yardımcısı ve müdür vekili olarak çalışılan dönemler için fazla çalışma hesabı yapılmıştır.

Davacı işçinin, Zeytinburnu mağazasında müdür yardımcısı olarak çalışırken 01.04.2006 tarihinde tayin ve terfi işlemi uygulanarak ve aylık ücretinde de artış yapılarak Çorlu mağazasına müdür olarak atandığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Müdür vekili olarak görev yapılan dönemde de görev yapılan mağazada en üst düzey çalışanın davacı olduğu kabul edilmelidir. Davacının müdür vekili olarak çalıştığı 01.04.2006 sonrasında fazla çalışma ücreti hesabı ile bu yönde isteğin kabulü hatalı olmuştur.

3- Hükme esas alınan bilirkişi raporunda zamanaşımı defiiyle sınırlı olarak son beş yıl için haftada 18 saat fazla çalışma ücreti hesabı yapılmış, mahkemece %10 indirime gidilerek 33.904,64 TL olarak isteğin kabulüne karar verilmiştir. Genel tatil ücretinden de aynı oranda

indirim yapılmıştır. Hesaplamaya konu çalışma süreleri ve hesaplanan tutar dikkate alındığında yapılan indirim oranı düşüktür.

Yukarıdaki bent uyarınca fazla çalışma ücretleri belirlendikten sonra Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamalarına göre fazla çalışma ile genel tatil ücretlerinden % 30 oranında indirim yapılmalıdır.

4- Davacının son ücretinin asgari ücrete oranı dikkate alınarak geriye doğru aldığı ücretler belirlenmiş ve buna göre fazla çalışma ile genel tatil hesabı yapılmıştır. Dosya içeriğine göre hesaplamaya konu son beş yıllık dönem içinde davacının önce mağaza müdür yardımcısı sonra da terfi ettirilerek müdür vekili olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Dosyada önceki dönemlere ait ücret bordroları yer almamış olsa da atama durum değişikliği formlarında atama öncesi ve sonrası ücretleri de yazılı olup, davacının terfi suretiyle hak kazandığı son ücretinin, asgari ücrete oranlanmak suretiyle mağaza müdür yardımcısı olarak çalıştığı döneme de uygulanması doğru değildir. Dosya içeriğinden mağaza müdür yardımcısı olarak çalıştığı dönem ücretleri belirlenerek fazla çalışma ücreti ve anılan dönemle ilgili genel tatil ücreti müdür yardımcılığı ücreti üzerinden hesaplanmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davalı yararına takdir edilen 900.00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.06.2012 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

K A R Ş I O Y

Davacı, davalı işyerinde hafta ve genel tatil günleri dahil fazla çalışma yaptığını, ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek alacak talebinde bulunmuş, davalı işveren ise davacının hafta ve genel tatillerde çalışmadığını, davacıya ödenen ücret içinde fazla çalışmalar karşılığının da bulunduğunu savunarak talebin reddini istemiştir.

Yerel mahkemece görevlendirilen bilirkişi, tanıklarca beyan edilen çalışma saatlerine göre davacının fazla çalışma süresini belirlemiş, iş sözleşmesinde işçiye ödenen ücrete fazla çalışmalarında dahil olduğunun kararlaştırıldığını, buna göre yıllık 270 saat fazla çalışma süresinin bir haftaya isabet eden 5,2 saatlik bölümünün ücrete dahil olduğunu belirterek, haftalık saptanan fazla çalışma süresinden 5,2 saatin düşülmesi sonucu belirlenen süre üzerinden fazla çalışma ücretini hesaplamış ve mahkemece bu hesaba itibar edilerek fazla çalışma ücret alacağının tahsiline karar verilmiştir.

Çalışma süreleri ve fazla mesai ile ilgili sınırlamalar yasada belirli olup, 270 saatlik sınır – yıl bazında- getirilmiştir. Günlük azamî 11 saatlik sınırı aşmadığı ve diğer yasal esaslara uyulduğu müddetçe 270 saatin yılın herhangi bir evresinde tamamlanması mümkündür. Bir yılın 12 ay, yıllık fazla mesai sınırının da 270 saat olduğundan hareketle ayda $270/12 = 22,5$ saat yahut bir adım daha ileri gidip haftada $22,5 / 4 = 5,625$ saat şeklinde bir sınırlamanın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Yönetmelik 5. madde de farklı bir nitelemeye elverişli değildir. Esasen hükümler sarih ve dolayısıyla yoruma kapalı olmakla birlikte gerek İş Kanunu'nun 41. maddesi gerekse FÇY 5. maddenin lafzına bakıldığında "Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz" denilerek, bu sürenin pekala haftadan haftaya, aydan aya değişiklik gösterebileceği ve fakat bunların (yıllık) toplamının 270 saati aşamayacağı düzenlenmektedir. Yoksa yasakoyucu, -bunların toplamı- ibaresini kullanmak yerine fazla çalışmanın aylık sınırının 22,5 saat olduğunu yahut 270 saatin aylara eşit şekilde dağıtılacağını zikretmeyi, düzenlemeyi tercih etmemiştir. Esasen bu, iş sürelerinde esnekleşmeyi, yoğunlaştırılmış iş haftalarını ve denkleştirme süresini benimseyen kanun sistemi açısından da doğal bir sonuçtur.

Yıllık sınırın dağıtılması hakkında yorum metoduna başvurulacaksa dahi, bunun kanunun diğer hükümleri, ifade şekilleri de göz önünde tutularak yapılması gerekir. Öyle ki, örneğin İş Kanunu'nun 63. maddesinde görüldüğü haliyle, kanun koyucu haftalık 45 saatlik yasal normal çalışma süresinin iş günlerine eşit şekilde dağılımını "aksi kararlaştırılabilir" bir esas olarak getirmiştir ve prensibin eşit dağılım olduğunu belirtirken aksinin kararlaştırılmasına cevaz vermiştir. Oysa 270 saat bakımından tamamlayıcı/yedek bir kural olarak bile bunun aylara eşit şekilde dağılımını esas almamıştır.

Kanun hangi periyotta ne sürede sınırlama öngördüğünü açıkça düzenlemiştir. "...bir yılda 270 saatten fazla olamaz" (m. 41); "günde on bir saati aşmamak koşulu ile..." (m. 63) gibi. Kanunun

41. maddesi, fazla mesai süresinin toplamı “bir ayda 22,5 saatten ya da haftada 5 saatten fazla olamaz” yönünde hiçbir hüküm içermemektedir. Aylık ücrete fazla mesai ücretlerinin dahil olduğunun kararlaştırıldığı hallerde işçi yıl içinde ne zaman 270 saatlik fazla mesai süresini doldurursa, ardından yaptığı her fazla saatlerle çalışma için ücrete hak kazanacaktır. Bunun aksine yıl içinde henüz 30 saat dahi fazla çalışması bulunmayan işçi, bir aylık sürede örneğin 23 saat fazla çalışma yaptığı için fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. 270 saat, yıllık ölçüttür. Sözleşmelerle bunun yıl içinde dağıtımı başka şekilde kararlaştırılabileceği gibi işyerinin, işin gerekleri, somut olay özellikleri nedeniyle de fazla çalışma sürelerinin toplamı aydan ayda farklılık arz edebilecektir.

Benzer şekilde, işçinin fazla çalışmaya onayı yılda 270 saatlik sınıra kadar verilmiş kabul edildiğinden, yıl içinde bu sınırın daha üçte ikisine ulaşmamış bir örnekte ayda 22,5 saat fazla mesai yaptığı için artık ay sonuna kadar işçinin fazla mesai onayı bulunmadığı, izleyen ay yeniden onaylı dönemin başladığı gibi bir faraziyeden söz edilemeyecektir. Nitekim Dairemizin de işçi onaylarının ayda ancak 22,5 saat için verildiğine dair içtihadı bulunmamaktadır.

Üstelik, aylık ücrete fazla çalışma ücretlerinin dahil olduğuna dair kararlaştırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yapsın/yapmasın, ödendiğidir. Aksine bir hukuk kuralı ve akdî şart bulunmadığı halde ayda 22,5 saat ya da haftada 5 saat yönünde ayrı bir sınırlama da içtihat yoluyla ihdas edildiğinde henüz 270 saatin aşılmadığı süreç bakımından mükerrer ödeme ortaya çıkacaktır.

Tüm bu gerekçelerle, yerel mahkeme kararının fazla çalışma ücreti hesabı yönünden de bozulması gerektiğinden, bu hususu bozma dışı bırakan çoğunluk görüşüne ve ulaşılan sonuca katılmıyorum.