

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2015/15363
Karar No.	2017/17435
Tarihi:	06.11.2017

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/41

- **FAZLA ÇALIŞMA**
- **İŞÇİNİN BİR GÜNDE FİİLEN EN FAZLA 14 SAAT ÇALIŞABİLECEĞİ**
- **İŞÇİNİN 24 SAAT ÇALIŞ 24 SAAT DİNLENME VEYA 24 SAAT ÇALIŞIP 48 SAAT DİNLENME USULÜ İLE ÇALIŞTIĞI İŞYERLERİNDE ÇALIŞTIĞI GÜNLERDE 11 SAATİ AŞAN 3 SAATLİK FAZLA ÇALIŞMASI BULUNDUĞU**

• **ÖZETİ** Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda bir hafta 3 gün diğer hafta ise 4 gün çalışma yapılacağından, yukarıda bahsedilen 63'üncü madde hükmü gereğince, haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılması nedeniyle, bu çalışma sisteminde işçi ilk bir hafta (3x3=) 9 saat takip eden hafta ise (4x3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır. Çalışma şeklinin 24 saat mesai 48 saat dinlenme şeklinde olduğu durumlarda ise, işçi birinci hafta 3 gün ikinci ve üçüncü haftalar 2 gün dördüncü hafta yine 3 gün çalışacağından, ilk hafta (3x3=) 9 saat, ikinci ve üçüncü haftalarda (2x3=) 6 saat, dördüncü hafta ise yine (3x3=) 9 saat fazla çalışmış sayılacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlasıdır. İşçiye fazla çalışma yaptığı saatler için normal çalışma ücreti ödenmişse, sadece kalan yüzde elli kısmı

ödenir.

Kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralı nispi emredici niteliktedir. Tarafların sözleşmeyle bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de, daha yüksek bir oran tespiti olanaklıdır.

DAVA : Davacı, fazla mesai ücreti alacağının ödenilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel 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:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı ...'nda itfaiye işçisi olarak çalıştığını, davalı ... ile müvekkilinin üyesi olduğu Belediye-İş Sendikası arasında bağitlanmış ...'in 47/A-a bendi uyarınca her ay için 21 saatlik fazla mesai ücreti ödenmiş ise de 21 saati aşan fazla mesai alacağının ödenmediğini, ... 47/A-a bendinde "işçilerin daha fazla mesaiye hak kazandıkları iddiası ile mahkemeye başvurmaları halinde sabit mesai ücretinin ödenmeyeceği, mahkeme kararına göre işlem yapılacağı" belirtilmiş olması nedeniyle gerek müvekkilinin ve gerekse üyesi olduğu sendika yetkililerinin ödenmeyen fazla mesai alacaklarının ödenmesi konusunda işverenle yaptıkları görüşmelerde bir sonuç alınamadığını, müvekkili ile aynı dönemde aynı koşullarda çalışan işçiler tarafından ödenmeyen fazla mesai alacaklarının tahsili amacı ile ... İş Mahkemeleri'nde dava açtıklarını, açılan davalarda ödenmeyen fazla mesai alacaklarının tahsiline ilişkin olarak verilen kararların Yargıtay'ca onanarak kesinleştiğini, bu kararların emsal teşkil ettiğini belirterek fazlaya ilişkin talep ve dava hakkı sakla kalmak kaydıyla ödenmeyen fazla mesai ücretinin davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, 4857 sayılı Yasa'nın 32. maddesine göre ücret alacaklarında zamanaşımı süresi 5 yıl olmakla davaya zaman aşımı definde bulunduklarını, davacı taleplerinin İş Kanunu'nun 68/c ve ... 47/A-a maddesi hükmüne ve Yargıtay kararlarına aykırı olduğunu, davacının ödendiği kabul edilen aylık 21 saati aşan fazla mesai alacağının bulunmadığını, davacının tabi olduğu ... 47/A-a maddesindeki "itfaiye işçisinin 24 saat çalışıp 48 saat tatil yapacağı ve çalıştığı günlerde 6 saatte bir ara dinlenmesi verileceği" şeklindeki düzenlemeye uygun olarak verilen ara dinlenmeleri dikkate alındığında davacının bir fazla mesai alacağı bulunmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar vekilleri yasal süresi içerisinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- Fazla çalışma ücretlerinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinde çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile bu normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir. Yasanın 41 inci maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olup, 63'üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda bir hafta 3 gün diğer hafta ise 4 gün çalışma yapılacağından, yukarıda bahsedilen 63'üncü madde hükmü gereğince, haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılması nedeniyle, bu çalışma sisteminde işçi ilk bir hafta (3x3=) 9 saat takip eden hafta ise (4x3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır.

Çalışma şeklinin 24 saat mesai 48 saat dinlenme şeklinde olduğu durumlarda ise, işçi birinci hafta 3 gün ikinci ve üçüncü haftalar 2 gün dördüncü hafta yine 3 gün çalışacağından, ilk hafta (3x3=) 9 saat, ikinci ve üçüncü haftalarda (2x3=) 6 saat, dördüncü hafta ise yine (3x3=) 9 saat fazla çalışmış sayılacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlasıdır. İşçiye fazla çalışma yaptığı saatler için normal çalışma ücreti ödenmişse, sadece kalan yüzde elli kısmı ödenir. Kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralı nispi emredici niteliktedir. Tarafların sözleşmeyle bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de, daha yüksek bir oran tespiti olanaklıdır.

Fazla çalışma ücretinin son ücrete göre hesaplanması doğru olmayıp, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanması gerekir. Yargıtay kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 16.2.2006 gün 2006/20318 E, 2006/3820 K.). Bu durumda fazla çalışma ücretlerinin hesabı için işçinin son ücretinin bilinmesi yeterli olmaz. İstek konusu dönemler açısından da ücret miktarlarının tespit edilmesi gerekir. İşçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde, bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak buna göre tespiti gerekir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanılması gibi durumlarda, meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler için ücret araştırması yapılmalı ve dosyadaki diğer delillerle birlikte değerlendirmeye tabi tutularak bir karar verilmelidir.

İşçinin normal çalışma ücretinin sözleşmelerle haftalık kırbeş saatin altında belirlenmesi halinde, işçinin bu süreden fazla, ancak kırkbeş saate kadar olan çalışmaları "fazla sürelerle çalışma" olarak adlandırılır (İş Kanunu, Md. 41/3). Bu şekilde fazla saatlerde çalışma halinde ücret, normal çalışma saat ücretinin yüzde yirmibeş fazlasıdır.

4857 sayılı Yasanın 41 inci maddesinin dördüncü fıkrası, işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı bir saat otuz dakika, fazla süreli çalışmada ise bir saat onbeş dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin de sözleşmelerle atırılması mümkündür.

Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda takdiri indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 11.2.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K; Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan fazla çalışma miktarına göre takdir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirimle gidilmemelidir. (Yargıtay 9.HD. 21.03.2012 gün, 2009/48913 E, 2012/9400 K).

Dairemizin önceki kararlarında; fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K.). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceğinden, Dairemizce maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe 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, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanunu'nun 161/son, 325/son, 43 ve 44'üncü maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta; davacı işçinin çalışma düzeninin 24 saat çalışma 48 saat dinlenme şeklinde olduğu, lehine her ay 21 saat fazla mesai karşılığı alacak tahakkuk ettirildiği konularında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı işveren, savunmasında belirttiği ara dinlenmelerin davacıya kullandırıldığını da usulünce ispat edememiştir. Bahsedilen çalışma düzenine göre davacının aylık fazla mesaisi toplamda 30 saat olmaktadır. 21 saat fazla mesainin ödendiği kabul edildiğinden bakiye 9 saat fazla mesai karşılığı alacağın hüküm altına alınması gerekirken emsal kararlar olduğu gerekçesi ile aylık 7 saat fazla mesai karşılığı alacağına hükmedilmesi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 06/11/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.