

## YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2011/41226

Karar No. 2013/12675

Tarihi: 29.04.2013

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/14

- **ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMA**
- **KIDEM SÜRESİNİN HESABINDA ÇALIŞILMAYAN GÜNLERİN DİKKATE ALINMAYACAĞI**

**ÖZETİ** Dosya içeriğine göre davacı işçinin ücretlerinin zamanında ödenmediği, bu nedenle davacı işçi tarafından gerçekleştirilen feshin 4857 sayılı İş Kanununun 24/II.e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Ödenmeyen ücret alacağının da tahsili gerekir. Ancak davacının kıdeme esas süresi ile ücrete esas çalışma süresi uyumsuzluk konusudur.

Somut uyuşmazlıkta SSK kayıtlarına, tanık anlatımlarına ve özellikle tarafların kabulünde olduğu üzere, davacı işçi yıllardan beri işyeri uygulaması ile iş olduğunda işe çağırılmakta ve çağırıldığı günler için ücret ödenmekte ve SSK primi de çalışılan süreye göre yatırılmaktadır. Davacı işçi iş verilmediği günlerde zamanını işyerinde geçirmemektedir. Davacı işçi İş Kanunu'nda tam olarak karşılamasa da çağrı usulü bir çalışma şekline göre çalışmaktadır. Davacının aralıklı çalıştığı kabul edilmelidir. Bu tür çalışmada çalışılmayan günlerin kıdemden sayılması olanağı olmadığı gibi fiilen çalışılmayan günler için ücret alacağına da hak kazanılamaz. Bu esasları dikkate almayan hesap raporuna itibar edilerek kıdem tazminatına ve ücret alacağına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

DAVA : Davacı vekili, davacı işçinin ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini haklı olarak feshettiğini belirterek, kıdem tazminatı ve 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 B.Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

#### A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde çalıştığını, ücretlerinin işverence ödenmemesi üzerine iş akdi iş kanununun 24/II-e maddesi gereğince feshedildiğini ve durumun işverene noter kanalı ile bildirildiğini, ihtarname çekilmesine rağmen çalıştığı aylara ait ücretin halen ödenmemiş

olduğunu belirterek, kıdem tazminatı ve ücret alacağının davalı işverenden tahsiline karar verilmiştir.

**B) Davalı Cevabının Özeti:**

Davalı vekili, davacının amirinden izin almaksızın ve bilgi vermeksizin işe gelmediğini, davet yazısına rağmen işe gelmediğini ve mazerette bildirmediğini, haksız ve dayanaktan yoksun açılan davanın reddini savunmuştur.

**C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:**

Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacının işe girdiği tarihten iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından feshedildiği tarihe kadar tüm süre üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı ve buna göre ödenmeyen aylara ait tüm tam aylık ücret alacağının hesaplayan hesap raporuna itibar edilerek, taraflar arasındaki hizmet akdinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olup, davacının işverenin iradesine göre işyerinde daimi ya da geçici olarak çalıştırıldığı, ancak başlangıçta yapılan hizmet akdine göre sigortalı işçinin 30 gün süre ile çalıştırılmak üzere istihdam edildiği, ücretlerin asgari ücret üzerinden ve aylık olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı, daha sonra işçinin işveren çağırıldıkça işe gitmesinin kendi iradesi dışında işverenin takdirine göre değerlendirilmesi gerektiği, ancak işçinin bu süre içerisinde davalı işverenin sigortalı işçisi olarak işine devam ettiği, 30 gün süre ile işverene bağlı çalıştığı, işçinin işe çağrılıp çağrılmamasının işverenin inisiyatifine kaldığı bu durumun işçiyi geçici süreli çalışan işçi statüsüne sokmayacağı, ücretlerin zamanında ödenmemesinin sigortalı işçi için haklı fesih sebebi oluşturacağı gibi işe devam etmemesini de haklı göstereceği, ücret alacakları ile kıdem tazminatına davacının hak kazandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

**D) Temyiz:**

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

**E) Gerekçe:**

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

2. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II.e maddesi uyarınca ücretleri sözleşme ve kanuna göre hesaplanıp ödenmez ise işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçi bu halde bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanır.

Kıdem tazminatının süre olarak hesaplanmasında, çalışılan ve İş Kanununa göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamı esas alınmalıdır. Çalışılmayan veya kanun gereği çalışılmış sayılmayan süreler, örneğin işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Bu anlamda çağrıldığında çalışan, bunun dışındaki günlerde fiilen çalışmayan ve sözleşmesi askıda olan, kısaca aralıklı çalışan işçinin çağrılmadığı sürelerin kıdem süresinden sayılma olanağı yoktur. Keza ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz. 2822 Sayılı Yasa'nın 42. maddesinin 5. fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez. Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz. Zira kanunda bu durumlar çalışılmış sayılan günler içinde yer almamıştır. Dairemizin kararlılık kazanan bu yöndeki gerekçesi Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2012 gün ve 2012/9-271 Esas, 2012/297 Karar sayılı kararı ile kabul edilmiştir.

Diğer taraftan ücret, çalışma karşılığı ödenir. Çalışma olmaksızın veya çalışılmış sayılan günlerden olmadığı sürece ücrete hak kazanılamaz. Kısaca ücret, fiilen çalışma karşılığıdır. Çağrı usulü ile veya kısmi süreli çalışmada, çağrılmayan veya kısmi süre bittikten sonra aksine düzenleme yoksa tüm süre üzerinden ücret ödenmesi olanağı yoktur. Bu anlamda işçi işyerine gelip iş görme edimini yerine getirmeye hazır şekilde bulunur, ancak işveren tarafından bekletilir veya iş verilmez ise bu durumda işçi işverence çalıştırılmadığı için ücrete hak kazanır. Ancak işyeri uygulaması ile işin niteliği gereği iş olduğunda işyerine çağrılıyor ve işe çağrılmadığı zaman işyeri dışında zamanın geçiriyorsa, bu çalışılmayan süre karşılığı ücrete hak kazanılamaz.

Dosya içeriğine göre davacı işçinin ücretlerinin zamanında ödenmediği, bu nedenle davacı işçi tarafından gerçekleştirilen feshin 4857 sayılı İş Kanununun 24/II.e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Ödenmeyen ücret alacağının da tahsili gerekir. Ancak davacının kıdeme esas süresi ile ücrete esas çalışma süresi uyumsuzluk konusudur.

Somut uyuşmazlıkta SSK kayıtlarına, tanık anlatımlarına ve özellikle tarafların kabulünde olduğu üzere, davacı işçi yıllardan beri işyeri uygulaması ile iş olduğunda işe çağırılmakta ve

çağrıldığı günler için ücret ödenmekte ve SSK primi de çalışılan süreye göre yatırılmaktadır. Davacı işçi iş verilmediği günlerde zamanını işyerinde geçirmemektedir. Davacı işçi İş Kanunu'nda tam olarak karşılamasa da çağrı usulü bir çalışma şekline göre çalışmaktadır. Davacının aralıklı çalıştığı kabul edilmelidir. Bu tür çalışmada çalışılmayan günlerin kıdemden sayılması olanağı olmadığı gibi fiilen çalışılmayan günler için ücret alacağına da hak kazanılamaz. Bu esasları dikkate almayan hesap raporuna itibar edilerek kıdem tazminatına ve ücret alacağına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.04.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.