

İlgili Kanun / Madde  
4857 S. İşK/18-21  
1475 S. İşK/14

T.C  
YARGITAY  
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2017/23338  
Karar No. 2018/17041  
Tarihi: 01.10.2018

- **BAHŞIŞ/YÜZDE/ PARÇABAŞI USULÜ İLE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN FAZLA ÇALIŞMALARININ HESABINDA SADECE %50 ZAMLI KISMIN ESAS ALINACAĞI**
- **İŞE İADE SONRASI İŞE BAŞLATMAMA FESİH TARİHİ OLDUĞUNDAN KIDEM TAZMİNATI FAİZİNİN İŞE BAŞLATMAMA TARİHİNDEN BAŞLAYACAGI**

**ÖZETİ:** Davacının ücretinin bahşişler dahil hesaplandığı anlaşılmaktadır.

Bahşiş/yüzde/parçabaşı ücret ile çalışılma halinde fazla çalışılma ücretinin sadece zamlı kısmının verileceği, Dairemizin yerleşik uygulamasıdır. Mahkemece bahşiş usulü ile çalıştığı kabul edilen davacının, fazla ... ücretinin sadece % 50 zamlı kısmının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken, % 150 zamlı hesaplama yapılan bilirkişi raporuna itibarla alacağın hüküm altına alınması hatalıdır.

Yapılan feshin kesinleşen işe iade kararı geçersiz hale gelmesi durumunda ilk fesih ortadan kalkar. İşçinin usulüne uygun işe başlatılma talebinde bulunması ve fakat işe başlatılmaması halinde fesih tarihi işçinin işe başlatılmadığı tarih olacaktır.

Bu durumda ihbar tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı

**tarikh ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonu olacağından kıdem tazminatı faizinin davacının işe başlatılmadığı tarih yerine ilk fesih tarihi olarak belirlenmesi de hatalıdır.**

**DAVA:** Davacı, işçilik alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin kabul kararına karşı davalı avukatı istinaf başvurusunda bulunmuştur.

... Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi davalı avukatının istinaf başvurusunu süreden reddetmiştir.

... Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi'nin kararı süresi içinde davalı avukatı tarafından 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 işyerinde kasiyer ve servis görevlisi (garson) olarak 01/01/1998 tarihinden işten çıkartıldığı tarihe kadar aylık net 2.300 TL ücretle çalıştığını, haksız olarak işten çıkartılması nedeniyle ... 12 iş mahkemesine açmış olduğu işe iade davası neticesinde açılan davanın kabulüne ilişkin verilen kararın Yargıtay tarafından onandığını, müvekkilinin noter kanalıyla işe iade talebinde bulunduğunu, ihtarnamenin davalıya tebliğ edildiğini, ancak davalı tarafından cevaplamamak suretiyle zımni olarak kabul edilmediğini, davacıya kıdem, ihbar tazminatı ve 8 aylık maaş adı altında ödeme yapıldığını, ödenmeyen işçilik alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

**B) Davalı Cevabının Özeti:**

Davalı vekili; zamaşaşımı itirazında bulunduğunu, davacının 17/04/2003-08/11/2013 tarihleri arasında brüt 1370,80 TL ücret ile çalıştığını, ücretin bankaya yatırıldığını, davacının iddialarının gerçeği yansıtmadığını bu nedenle davacının davasının reddine karar verilmesini talep etmiştir.

**C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:**

İlk Derece Mahkemesi'nce; "davacının davalı iş yerinde 20/05/1998-31/07/2001 ve 17/04/2003-08/11/2013 Tarihleri arasında 13 yıl, 8 ay, 22 gün süresinin bulunduğu, davacının işe iade davasından kaynaklı 4 ay sürenin de eklenmesi ile birlikte davacının 14 yıl, 22 gün hizmet süresinin bulunduğu, davacının aylık brüt ücretinin 4156,66 TL olduğu, kıdem tazminatı tavan ücretinin 3541,37 TL olması nedeniyle hesaplamaların bu miktar üzerinden yapılacağı, iş akdinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona erdiğini ispat yükünün davalı işverene ait olduğu, davalı işverenin bunu ispatlayamadığı, bu

nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı, ayrıca işe iade davalarında işçinin bir ay içinde eski işine ya da bu mümkün değilse unvan ve diğer özelliklerine uygun benzer bir işe verilmesi gerektiği, işçinin eski işinden farklı ve durumunu ağırlaştırıcı başka bir işe başlatılmak istenmesi halinde işçi bu işe başlamak zorunda değildir. Bu durumda işveren kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmediğinden işçinin işe başlamama hakkı vardır. İşçi bu koşullarda işyerinde çalışmak istemezse işveren geçersiz feshin sonuçlarına katlanacaktır. Davacı tarafından işe başlama ihtarnamesi gönderilmesine rağmen davalı tarafından cevap verilmediği, bu durumda davacının işe iade kararından kaynaklanan boşta geçen ücreti ve işe başlatılmama tazminatına hak kazandığı, ancak yapılan ödemelerin mahsup edilmesi gerektiği davacının fazla mesai yaptığını ispatladığı, ancak fazla mesai ücretinin ödendiğini ispat yükünün davalı işverene ait olduğu, davalı işverenin bunu ispatlayamadığı, bu nedenle davacının fazla mesai ücretine hak kazandığı, ancak bir işçinin tüm hizmet süresi boyunca her gün fazla mesai yapması hayatın olağan akışına uygun olmadığından davacının fazla mesai ücreti alacağından hakkaniyet indiriminin yapılmasının gerektiği, davacının asgari geçim indirimi alacaklarını ödendiğinin ispat yükünün davalı işverene ait olduğu, davalı işverenin bunu ispatlayamadığı, bu nedenle davacının asgari geçim indirimi alacağına hak kazandığı, tanık beyanlarında dikkate alındığında davacının ulusal bayram ve genel tatillerde çalıştığı anlaşılınca ulusal bayram ve genel tatil ücretine hak kazandığı, bu miktar üzerinden hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği" gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) İstinaf:

Karara karşı davalı istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

E) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti

Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesince, "İstinaf başvurusu kısa kararın tefhiminden sonra süre tutum dilekçesiyle yapılmıştır. Gerekçeli karar, davalı tarafa tebliğ edilmiştir. Yapılan incelemede, 11/11/2016 tarihinde süre tutum talebini içerir dilekçenin ibraz edildiği, davalı vekiline 08/12/2016 tarihinde gerekçeli kararın tebliğ edildiği, gerekçeli kanun yoluna başvurma nedenlerini gösterir dilekçenin 8 günlük yasal sürenin ikmalinden sonra 06/02/2017 tarihinde ibraz edildiği, yasal süre içerisinde sunulmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenlerle, istinaf kanun yolu sebepleri ve gerekçeleri yasal süresi içerisinde gösterilmediğinden, ve Mahkeme kararında, kamu düzenine bir aykırılık da tespit edilmediği" gerekçesi ile davalı vekilinin istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir.

F) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

G) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına

göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Davacı işçi fazla ... yaptığını ve genel tatillerde çalıştığını ileri sürerek alacak taleplerinde bulunmuş, İlk derece mahkemesince de fazla mesai ve genel tatil ücreti alacakları hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu alacak kalemleri fiili çalışmaya bağlı olduğundan, davacının yıllık izinde olduğu sürelerde bu alacak kalemlerinde hesaplama yapılması mümkün değildir.

Bu husus gözetilmeksizin karar verilmesi hatalıdır. Dosya içerisinde yer alan yıllık izin belgeleri dikkate alınarak, davacının izinde olduğu sürelerde denk gelen genel tatillerde çalışmadığı ve fazla ... da yapmadığı gözetilerek alacak kalemleri yeniden hesaplanmalıdır.

3- Davacının ücretinin bahşişler dahil hesaplandığı anlaşılmaktadır. Bahşiş/yüzde/parçabaşı ücret ile çalışılma halinde fazla çalışılma ücretinin sadece zamlı kısmının verileceği, Dairemizin yerleşik uygulamasıdır. Mahkemece bahşiş usulü ile çalıştığı kabul edilen davacının, fazla ... ücretinin sadece % 50 zamlı kısmının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken, % 150 zamlı hesaplama yapılan bilirkişi raporuna itibarla alacağın hüküm altına alınması hatalıdır.

4-Yapılan feshin kesinleşen işe iade kararı geçersiz hale gelmesi durumunda ilk fesih ortadan kalkar. İşçinin usulüne uygun işe başlatılma talebinde bulunması ve fakat işe başlatılmaması halinde fesih tarihi işçinin işe başlatılmadığı tarih olacaktır.

Bu durumda ihbar tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonu olacağından kıdem tazminatı faizinin davacının işe başlatılmadığı tarih yerine ilk fesih tarihi olarak belirlenmesi de hatalıdır.

H) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373/1 uyarınca ... Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi'nin yukarıda esas ve karar numarası yazılı kararının ortadan kaldırılıp dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, karardan bir örneğinin ise ... Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine 01.10.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.