

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2014/32299
Karar No.	2016/4215
Tarihi:	29.02.2016

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İşK/18-21

- **DENKLEŞTİRME KONUSU YAPILMAYACAK FAZLA ÇALIŞMALAR**

- **ÖZETİ** a) Günlük çalışma süresinin onbir saatten fazla olamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğinden, tespit edilen fazla sürelerin denkleştirmeye tabi tutulmaması, onbir saati aşan çalışmalar için zamlı ücret ödenmesini gerektirmesidir.

b) İş Kanununun 63 üncü maddesinin son fıkrası uyarınca sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerde, bu süreyi aşan çalışmalar fazla mesai ücreti ödenmesini gerektirir.

c) Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında, günlük çalışma esası vardır.

d) En önemlisi ise gece çalışmalarında getirilen sınırlamadır. Kanunun 69/3 maddesi uyarınca "işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez". Kanunda belirtilen bu süre günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa dahi, günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftada 5 gün günde 12 saat süre ile çalıştığı buna göre haftalık 7,5 saat fazla çalışması olduğu kabul edilmiştir. Ancak davacının gündüz çalışması yanında gece çalışması da yaptığı tanık anlatımları ile sabittir. Davacının gece çalışması mevcut olup gece çalışmasında 7,5 saati aşan kısmın ayrıca fazla çalışma olarak

değerlendirilmemesi

hatalıdır.

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti ve genel tatil ücreti alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı 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, davalılara ait işyerinde aşçı olarak çalışırken iş sözleşmesinin emeklilik nedeni ile sona erdiğini ancak haklarının ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ile fazla çalışma, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının tahsilini, istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı... vekili, diğer davalı şirket ile bir bağlarının olmadığını, işyerini 01/01/2008 tarihinde devr aldıklarını, davacının ödenmemiş işçilik alacağı bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı ... ise davaya cevap vermemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının, önce ... Şti'nde çalışmaya başladığı, işyerinin daha sonra diğer davalı şirkete devredildiği, şirket adreslerinin aynı olduğu, davacı alacaklarından iki davalının birlikte sorumlu olduğu, iş sözleşmesinin emeklilik nedeni ile davacı tarafından sona erdirildiği, bu durumda kıdem tazminatına hak kazandığı, işveren tarafından kıdem tazminatına karşılık bir miktar ödeme yapıldığı, bakiye ödenmeyen kıdem tazminatı ile fazla çalışma ve yıllık izin ücreti alacağı da olduğu ancak genel tatil ücreti alacağı ispat edilmediğinden bu talebin reddi gerektiği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne, karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı taraf temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- 4857 sayılı İş Kanunu'nun da kural olarak haftalık çalışma esası benimsenmiştir. Kanunun 41. Maddesine göre "Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır. 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz". 63. maddeye göre ise "Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir" şeklinde kurala yer verilmiştir.

Ancak 4857 sayılı İş Kanunu ve kanuna ilişkin fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yönetmelik, haftalık çalışma esasının istisnalarına da yer vermiştir.

a) Günlük çalışma süresinin onbir saatten fazla olamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğinden, tespit edilen fazla sürelerin denkleştirmeye tabi tutulmaması, onbir

saati aşan çalışmalar için zamlı ücret ödenmesini gerektirmesidir.

b) İş Kanununun 63 üncü maddesinin son fıkrası uyarınca sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerde, bu süreyi aşan çalışmalar fazla mesai ücreti ödenmesini gerektirir.

c) Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında, günlük çalışma esası vardır.

d) En önemlisi ise gece çalışmalarında getirilen sınırlamadır. Kanunun 69/3 maddesi uyarınca "işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez". Kanunda belirtilen bu süre günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa dahi, günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftada 5 gün günde 12 saat süre ile çalıştığı buna göre haftalık 7,5 saat fazla çalışması olduğu kabul edilmiştir. Ancak davacının gündüz çalışması yanında gece çalışması da yaptığı tanık anlatımları ile sabittir. Davacının gece çalışması mevcut olup gece çalışmasında 7,5 saati aşan kısmın ayrıca fazla çalışma olarak değerlendirilmemesi hatalıdır.

3-Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır. Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Kısmi davada ise zamanaşımı yalnızca dava edilen kısım kesilir. Henüz açılmayan (saklı tutulan) ve daha sonra ıslahla arttırılan bölüm için zamanaşımı işlemeye devam eder. Ancak kısmi davadaki miktar, kısmi davanın açıldığı dava tarihine göre geriye doğru belirlenen zamanaşımı süresini kapsar. Bakiye alacak talep edildiği tarihe göre, geriye doğru zamanaşımı süresi içinde kalıyor ise zamanaşımına uğramadığı kabul edilmelidir. Kısaca kısmi davadaki alacak miktarı belirlendiği tarihten itibaren öncelikle ileriye doğru gerçekleşen alacak için mahsup edilmeli, bakiye alacak ise ondan sonraki süreyi kapsamalıdır. İlk kısmi davada belirlenen alacak mahsup edildikten sonra bakiyenin talep edildiği tarihten geriye doğru zamanaşımı süresi içinde kalan alacak, alacaklı lehine hüküm altına alınmalıdır.

Dosya içeriğine göre davanın ıslahına karşı davalı tarafça öne sürülen zamanaşımı savunmasından sonra alınan ek raporda fazla çalışma alacağı için zamanaşımı hesabı yapılırken dava dilekçesinde istenmekle zamanaşımından etkilenmeyen ve mahsup edilmesi gereken 1700,00 TL nin dikkate alınmaması isabetsizdir.

4- Karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 12. maddesi hükmüne göre kabul edilen miktar dikkate alınarak davacı yararına 1500,00 TL maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken nisbi vekalet ücreti belirlenmesi de ayrı bir bozma nedenidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 29/02/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.