

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK/32

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2021/6690
Karar No. 2021/11313
Tarihi: 01.07.2021

- ASGARİ ÜCRETE İLAVETEN İŞÇİYE ÖDENEN HARCIRAHLARIN GERÇEK ÜCRETİN PARÇASI OLDUĞU
- İŞE İADE DAVASI SONRASI BAŞLATMAMA TARİHİNDEKİ ÜCRETİN EMSAL İŞÇİYE GÖRE BELİRLENECEĞİ
- EMSAL İŞÇİ
- EMSAL İŞÇİ BULUNMAMASI HALİNDE İŞÇİNİN İŞE BAŞLATMAMA TARİHİNDEKİ ÜCRET ARTIŞINI KANITLAYAMAMIŞ OLACAĞI
- ASGARİ ÜCRETE ORANTILANDIRILARAK İŞE BAŞLATMAMA TARİHİNDEKİ ÜCRETİN BELİRLENEMEYECEĞİ

ÖZETİ İlk Derece Mahkemesince davacıya asgari ücrete ilaveten harcırah olarak ödenen miktarların davacının asıl ücretinin bir parçası olarak kabulü yerinde ise de, hükme esas alınan bilirkişi raporunda bir günlük harcırah miktarının 30 ile çarpıldıktan sonra asgari ücrete ilave edildiği ve buna göre aylık ücretin belirlendiği tespit edilmektedir. Dosya kapsamındaki bir kısım bordrolarda ise ‘harcırah’ adı altındaki ödemeler çalışılan gün sayısına göre tahakkuk ettirilerek ödenmiştir. Davacının ayda 20 gün çalıştığı ve çalışılan günler için işverence harcırah adı altında ödemeler yapıldığı dosya kapsamı ile sabittir. Hal böyle olunca, davacının gerçek ücretinin belirlenmesinde, davacıya fiilen ödenen harcırah miktarları dikkate alınarak sonuca gidilmesi yerinde olacaktır.

Ücret miktarının ispat yükü davacıda olduğuna göre, başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretin ispat yükü de davacıya aittir. İşçinin başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin belirlenmesinde, davacı ile aynı işyerinde çalışmakta olan “emsal işçi” ücreti dikkate alınır. İspat yükünün dağılımına göre, davacının kendisine emsal olabilecek işçiyi veya işçileri bildirmesi gerekir. Emsal işçinin belirlenmesinde ilk şart, bu işçinin hem geçersiz sayılan (ilk) fesih tarihinde hem de başlatmama suretiyle fesih tarihinde aynı işyerinde çalışmakta olmasıdır. Bu özelliği taşıyan işçinin varlığı halinde ise, emsal işçinin davacı ile eşdeğer görevde çalışıp çalışmadığı, kıdeminin davacının kıdemi ile aynı veya yakın olup olmadığı gibi kriterler yönünden araştırma yapılmalı, bu araştırmanın sonucuna göre o işçinin “emsal işçi” olarak kabul edilip edilemeyeceği belirlenmelidir. Emsal işçi ücretinin belirlenmemesi yahut emsal işçinin bulunmaması, bir diğer ifade ile işçinin ispat yükünü yerine getirmemesi durumunda ise, işçinin başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin, geçersiz fesih tarihindeki ücretten daha fazla olduğu yönündeki iddiasını ispat edemediği kabul edilmelidir. Somut olayda mahkemece bu tür bir araştırma yapılmadığı gibi, geçersiz fesih tarihindeki ücretin o dönemde geçerli asgari ücrete oranının alındığı, bu oranın başlatmama suretiyle fesih tarihinde geçerli asgari ücret ile çarpılması suretiyle son ücretin hesaplandığı anlaşılmaktadır. İşverenin, her halukarda işçinin geçersiz fesih tarihindeki ücretine (asgari ücret oranında) zam yapma zorunluluğu olduğu şeklindeki bir kabul ile sonuca gidilmesi yerinde değildir. Mahkemece başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretin bu yöntemle belirlenmesi hatalı olup, öncelikle açıklanan ilke ve esaslara göre bir değerlendirme yapılmalı, oluşacak sonuca göre usuli kazanılmış haklar da gözetilerek davacının başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin belirlenmesi yoluna gidilmelidir (Dairemizin 2020/1028 E., 2020/4163 E. sayılı kararları da bu doğrultudadır).

DAVA: Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı işveren bünyesinde değişen işverenler nezdinde sigortalı olarak gösterildiğini, davalı ile diğer işverenler arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayalı olduğunu mahkeme kararı ile tespit edildiğini, iş sözleşmesinin haksız feshi üzerine davacının davalı şirketteki işe iadesine karar verildiğini, davacının süresinde işe başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmadığını, davacının ücretinin kayıtlarda asgari ücret olarak gösterilmesine rağmen, saha primi, yolluk, harcırah gibi çeşitli adlar altında ödenen miktarların ücretin bir parçası olduğunu, işyerinde çalışmanın 7 gün 24 saat esasına dayalı olduğunu, davacının 30 günün 20 gününü ikili vardiya sistemine göre çalışarak geçirdiğini, 10 gün ise dinlendiğini, serviste geçen sürelerin de çalışma süresine dahil edilmesi gerektiğini ileri sürerek asıl davada fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile hafta tatili ücreti alacağını, birleşen davada ise eksik ödenen işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süre ücreti, ücret alacağı ile diğer bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davalı şirketin ihale makamı konumunda olduğunu, davacının davalı şirketin çalışanı olmadığını, bu sebeple şirkete husumet yöneltilmeyeceğini, davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararı bulunmadığını, davacıya fazladan bir çalışma yaptırılmayıp sunulan sözleşmeler ve eki niteliğindeki şartnamelerde belirlenen çalışma şartlarına uyulduğunu, bordrolarda belirtilen ücret miktarının gerçek ücret olduğunu, davacının işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacağını ödendiğini belirterek davanın ve birleşen davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın ise kabulüne dair hüküm kurulmuştur.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı, davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, istinaf dilekçesinde bildirilen sebeplerle sınırlı olarak yapılan inceleme sonucunda, davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın kabulüne dair İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve esas yönünden yerinde olduğu gerekçesiyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar yasal süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasında davacının geçersiz fesih tarihindeki ücretinin, işe başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin ve geniş anlamda ücretinin belirlenmesi noktasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32 nci maddesinin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

İş sözleşmesinin tarafları, asgarî ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 401 inci maddesinde de, işverenin işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise asgarî ücretten az olmamak kaydıyla emsal ücreti ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını, temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunluluğu; 37 nci maddesinde, ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı Kanunun 8 inci ve 37 nci maddelerinin, bu konuda işveren açısından bazı yükümlülükler getirdiği de göz ardı edilmemelidir. Ücretin ispatı noktasında delillerin değerlendirilmesi sırasında, işverence bu konuda belge düzenlenmiş olup olmamasının da araştırılması gerekir.

Kıdem tazminatı hesabında esas alınacak ücret ise, işçinin son ücretidir. Bu ücret iş sözleşmesinin feshedildiği anda geçerli olan ücrettir. İş güvencesi kapsamındaki işçinin kesinleşen işe iade kararı üzerine yasal süre içinde işverene başvurması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. İşçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi feshe bağlı alacakları ile işe başlatmama tazminatının hesabında dikkate alınması gereken ücret, bu fesih tarihindeki ücrettir.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate

alınır. İşçiyi sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası prim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup, tazminata esas ücrete eklenmelidir.

Ücretin sabit olmadığı hallerde (parça başı, akort, götürü, yüzde usulü gibi) son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin, o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ücret kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmalıdır (Mülga 1475 Sayılı İş Kanunu m. 14/9).

Bu açıklamalara göre somut olay değerlendirilecek olursa, davalıya ait işyerinde sondaj işçisi olarak çalışan davacı, ücretinin kayıtlarda asgari ücret olarak gösterildiğini, ancak asıl ücretinin asgari ücretten ibaret olmadığını, asgari ücrete ilaveten harcırah, saha primi, yolluk adı altındaki ödemelerin de asıl ücretin bir kısmı olduğunu ileri sürerek buna göre gerçek ücretinin belirlenmesini talep etmiş, mahkemece, davacının beyanı doğrultusunda sonuca gidilmiştir. Dairemizin aynı yöndeki emsal kararları (2021/5177 E, 2020/6297-6309 E., 2020/5012-5015 E.) da dikkate alındığında, İlk Derece Mahkemesince davacıya asgari ücrete ilaveten harcırah olarak ödenen miktarların davacının asıl ücretinin bir parçası olarak kabulü yerinde ise de, hükme esas alınan bilirkişi raporunda bir günlük harcırah miktarının 30 ile çarpıldıktan sonra asgari ücrete ilave edildiği ve buna göre aylık ücretin belirlendiği tespit edilmektedir. Dosya kapsamındaki bir kısım bordrolarda ise ‘harcırah’ adı altındaki ödemeler çalışılan gün sayısına göre tahakkuk ettirilerek ödenmiştir. Davacının ayda 20 gün çalıştığı ve çalışılan günler için işverence harcırah adı altında ödemeler yapıldığı dosya kapsamı ile sabittir. Hal böyle olunca, davacının gerçek ücretinin belirlenmesinde, davacıya fiilen ödenen harcırah miktarları dikkate alınarak sonuca gidilmesi yerinde olacaktır. Fiilen ödenen harcırah tutarının belirlenmemesi halinde ise, bir günlük harcırah tutarı, fiilen çalışılan gün sayısı (20 gün) ile çarpıldıktan sonra asgari ücrete ilave edilmeli, bu ikisinin toplamının davacının gerçek ücretini yansıttığı kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki ikinci uyuşmazlık başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücret ile bu tarihteki geniş anlamda ücretin belirlenmesi noktasındadır. Ücret miktarının ispat yükü davacıda olduğuna göre, başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretin ispat yükü de davacıya aittir. İşçinin başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin belirlenmesinde, davacı ile aynı işyerinde çalışmakta olan “emsal işçi” ücreti dikkate alınır. İspat yükünün dağılımına göre, davacının kendisine emsal olabilecek işçiyi veya işçileri bildirmesi gerekir. Emsal işçinin belirlenmesinde ilk şart, bu işçinin hem geçersiz sayılan (ilk) fesih tarihinde hem de başlatmama suretiyle fesih tarihinde aynı işyerinde çalışmakta olmasıdır. Bu özelliği taşıyan işçinin varlığı halinde ise, emsal işçinin davacı ile eşdeğer görevde çalışıp çalışmadığı, kıdeminin davacının kıdemi ile aynı veya yakın olup olmadığı gibi kriterler yönünden araştırma yapılmalı, bu araştırmanın sonucuna göre o işçinin “emsal işçi” olarak kabul edilip edilemeyeceği belirlenmelidir. Emsal işçi ücretinin

belirlenememesi yahut emsal işçinin bulunmaması, bir diğer ifade ile işçinin ispat yükünü yerine getirmemesi durumunda ise, işçinin başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin, geçersiz fesih tarihindeki ücretten daha fazla olduğu yönündeki iddiasını ispat edemediği kabul edilmelidir. Somut olayda mahkemece bu tür bir araştırma yapılmadığı gibi, geçersiz fesih tarihindeki ücretin o dönemde geçerli asgari ücrete oranının alındığı, bu oranın başlatmama suretiyle fesih tarihinde geçerli asgari ücret ile çarpılması suretiyle son ücretin hesaplandığı anlaşılmaktadır. İşverenin, her halukarda işçinin geçersiz fesih tarihindeki ücretine (asgari ücret oranında) zam yapma zorunluluğu olduğu şeklindeki bir kabul ile sonuca gidilmesi yerinde değildir. Mahkemece başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretin bu yöntemle belirlenmesi hatalı olup, öncelikle açıklanan ilke ve esaslara göre bir değerlendirme yapılmalı, oluşacak sonuca göre usuli kazanılmış haklar da gözetilerek davacının başlatmama suretiyle fesih tarihindeki ücretinin belirlenmesi yoluna gidilmelidir (Dairemizin 2020/1028 E., 2020/4163 E. sayılı kararları da bu doğrultudadır).

Aynı hatalı hesaplama yöntemi başlatmama suretiyle fesih tarihindeki geniş anlamda ücretin belirlenmesinde de söz konusu olup, başlatmama suretiyle fesih tarihindeki yol, yemek ve barınma yardımının belirlenmesinde asgari ücret ile orantı kurularak sonuca gidilmesi isabetsizdir. Davacının başlatmama suretiyle fesih tarihinde bu yardımlardan yararlanabileceği sonucuna varıldığı takdirde, o tarihteki yol, yemek ve barınma gibi yardımların parasal karşılığı ilgili kurum ve kuruluşlardan araştırılmalı, yapılacak araştırmanın sonucuna göre davacının geniş anlamda ücreti belirlenmelidir.

İlk Derece Mahkemesinde açıklanan ilke ve esaslar nazara alınmadan hüküm kurulması, Bölge Adliye Mahkemesince de davalı tarafın bu yöndeki istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, karardan bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.07.2021 gününde oybirliği ile karar verildi.