

"İçtihat Metni"

MAHKEMESİ:İş Mahkemesi

1. Taraflar arasındaki "işçilik alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İzmir 5. İş Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü.

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili 19.10.2012 tarihli dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı işyerinde 19.04.1999 tarihinde işe başladığını, iş sözleşmesinin 06.12.2010 tarihinde feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davası sonucu mahkemece verilen işe iade kararının Yargıtay tarafından onanarak kesinleştiğini, kararın kesinleşmesi akabinde müvekkili tarafından 05.06.2012 tarihinde işe başlama bildirimini ile davalı işverene başvuruda bulunulmasına rağmen işe başlatılmadığını ve işe iade kararında belirtilen hakları ile ilgili olarak 29.06.2012 tarihinde bir miktar ödeme yapıldığını, bu ödemenin ne miktarda ve hangi alacağa ilişkin yapıldığının yazılı olarak bildirilmesi talep edilmesine rağmen davalı tarafından ödemelere ilişkin detaylı döküm verilmediğini, kararda belirtilen alacakların hesaplanmasında emsal işçilerin esas alınması gerektiğinden hesaplamanın tam yapılmasının mümkün olmadığını, fesihden sonra davalı işyerinde ödeme sisteminin değiştiğini ve daha önceleri diğer haklar adı altında ödenen çok sayıda ödeme kaleminin diğer haklar olarak ödenmek yerine ücrete eklenerek tamamı ücret içine dâhil edilerek ciddi ücret artışı sağlandığını, müvekkilinin iş sözleşmesinin geçersiz olarak feshedildiği tarihte müvekkili ile aynı ya da yakın ücret alan işçilerin isimleri belirtilerek bu kişilere ait 2010 yılı Kasım ve Aralık aylarına ait ücret bordroları ile bu kişilerin 2012 yılı Mayıs ve Haziran aylarına ait ücret bordroları getirildiğinde müvekkilinin iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılma tarihi olan 29.06.2012 tarihinde alması gereken ücreti de belirleneceğini, dolayısıyla kıdem ve ihbar tazminatları farkları, boşa geçen süre ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili 28.11.2012 tarihli cevap dilekçesinde; davacının işe başlatılma başvurusu neticesinde kendisine eksik ödeme yapıldığı ya da hatalı hesaplama yapıldığı konusundaki iddialarının kabulünün mümkün olmadığını, davacının tüm yasal haklarının tam ve eksiksiz olarak ödendiğini, davacının ve dava dilekçesinde emsal işçi olduğu belirtilen üç işçinin kapsam dışı personel olduğunu, kapsam dışı personele ilişkin periyodik bir zam uygulaması bulunmadığını, toplu iş sözleşmesi kapsamı dışındaki personele yapılacak zamların yönetimin inisiyatifinde olduğunu, bununla birlikte bahsi geçen üç personele de yıllar içerisinde yapılan zam oranlarının dahi farklılık arzettiğini, bu tür personele yapılacak zamma ilişkin net bir oran ya da dönem mevcut olmadığını, bu sebeple emsal teşkil edebilecek bir durumun bulunmadığını, davacı iddialarının haksız ve hukuki mesnetten yoksun olduğunu belirterek

davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararı:

6. İzmir 5. İş Mahkemesinin 31.10.2013 tarihli ve 2012/451 E., 2013/605 K. sayılı kararı ile; 09.07.2013 tarihli bilirkişi raporunun dikkate alındığı, davacının boшта geçen 4 aylık sürenin de eklenmesi suretiyle kıdeminin 11 yıl 11 ay 7 gün olduğu, kesinleşen işe iade kararına rağmen davacının işe başlatılmaması nedeniyle işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı, davacıya geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde tavan ücret esas alınarak kıdem tazminatının hesaplandığı, ihbar tazminatının ise giydirilmiş ücret esas alınarak hesaplandığı, davacının kıdem süresine 4 aylık boшта geçen sürenin eklenerek işe başlatılmadığı 2012 yılı Haziran ayı itibariyle geçerli tavan ücret üzerinden belirlenecek kıdem tazminatı alacağından yapılan ödemenin mahsubuyla fark kıdem tazminatı alacağı bulunduğu, ihbar tazminatı yönünden ise idari işler müdürü pozisyonunda görev yapan davacının geçersizliği tespit edilen fesih işlemi esnasındaki ücreti, dava dilekçesindeki 3 kişinin iddia olunan ücretinden yüksek olduğu, işçiye daha önce 138,50TL günlük ücrete göre ihbar tazminatı ödendiği, davacı tarafından iş sözleşmesinin feshedilmiş sayıldığı dönem itibariyle emsal olarak ileri sürülen en yüksek ücret dahi esas alınsa fark alacağın bulunmadığı, boшта geçen süre ve diğer alacaklar yönünden ise dosyaya sunulan 2010 yılı Aralık -2011 yılı Nisan aylarına ait ücret bordrolarından işçinin ücretinin hesaplamaya eksik alındığı, normal ücretin düşürüldüğünün saptandığı, tazminat tablosu ve 2010 yılı Aralık ayı bordrosuna göre davacının bu tarihteki günlük brüt normal ücretinin 83,63TL iken, işverence feshi izleyen süre ücreti hesabına günlük brüt 71,72TL alındığı, davacının toplu iş sözleşmesi kapsamında istihdam edilmediği, ücretin düşürülmesinin izahata muhtaç olduğu, ücret farkından ikramiyenin de etkilenmekte olup fark alacağın bulunduğu, işe başlatmama tazminatı yönünden de, bu tazminatın işe başlatmama tarihindeki çıplak ücret üzerinden hesaplanacağı, ancak davalının hesap tablosuna göre işe başlatmama tazminatı hesabında ücretin daha da düştüğü, ücretlere 1,5 yıllık sürede hiç artış uygulanmadığı düşünüldüğünde bile önceki ücret seviyesinin gözetilmesi gerektiği, davacının ücretinin değişmediği ya da hesap unsuru 2012 yılı Haziran ücretinin ispatlanamadığı değerlendirilirse 83,63TL brüt ücretine göre fark alacağının tespit edildiği, netice itibariyle kıdem tazminatı talebinin kabulüne, boшта geçen süre ücreti alacağı ile işe başlatmama tazminatı taleplerinin kısmen kabulüne, ihbar tazminatı talebinin ise reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. İzmir 5. İş Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 05.03.2015 tarihli ve 2015/3233 E., 2015/3318 K. sayılı kararı ile; "davalının tüm, davacının ise sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra, işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süre ücreti ve diğer hakları ile ilgili genel açıklamalarda bulunulduktan sonra somut olayda, işe başlatmama tazminatının ve fark ihbar tazminatının işe başlatılmadığı tarih olan 29.06.2012 tarihindeki emsal işçilerin almış olduğu ücrete göre hesaplanması gerekirken davacının 2010 yılı Aralık ayı bordrosunda yer alan ücreti esas alınarak hesaplanmasının hatalı olduğu; boшта geçen süre ücreti yönünden ise iş sözleşmesinin ilk olarak 06.12.2010 tarihinde sona erdirildiğinden boшта geçen fiili sürenin ilk ayı açısından 2010 yılı Aralık bordrosuna göre hesaplama yapılması doğru ise de geriye kalan 3 aylık boшта geçen süre için işyerinde çalışan emsal işçilere 01.01.2011 tarihinden sonra zam yapıp yapılmadığı, ücretlerinde değişiklik olup olmadığı araştırılarak 2011 yılı Ocak, Şubat ve Mart aylarındaki emsal işçilerin ücretleri tespit edilerek bu 3 aylık

ücretin belirlenmesi ve çıkacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesinin hatalı olduğu" gerekçesiyle hüküm bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İzmir 5. İş Mahkemesinin 26.10.2015 tarihli ve 2015/494 E., 2015/529 K. sayılı direnme kararı ile; önceki gerekçelere ilaveten 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 25, 26, 29, 30 ve 31. maddelerine değinildikten sonra somut olayda, davacı tarafın 2012 yılı Haziran ayındaki emsal ücretin belirlenmesi yönünden ispat yükümlülüğünü yerine getirmediği, herhangi bir delil sunmadığı gibi kurum, oda ve sendika gibi mercilerden emsal ücret araştırması yapılmasını da talep etmediği, delil listesinde isimlerini bildirdiği işçilerin ücret bordrolarının işverenden cebini talep etmiş ise de, bu beyanların işveren vekiline tebliğ edilmesine rağmen işveren vekilince emsal işçilere ait ücret bordrolarının da sunulmadığı, işveren tarafa ispat yükümlülüğü kendi üzerlerinde olmaması nedeniyle ve yasal düzenlemelere göre herhangi bir müeyyide uygulanması söz konusu olmadığından bu belgeleri sunmaya zorlanamayacağı, sonuç itibariyle taraflarca getirilme ilkesine göre ispat yükümlülüğü kendisinde olan davacının fesih tarihi olarak kabul edilen 2012 yılı Haziran ayı ücretini ispatlayamadığı, fiilen çalıştığı ve iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki bordrosunda belirlenen ücrete fesih tarihine kadar zam yapıldığı yönünden bilgi ve belge sunulmadığından bu ücret esas alınmış olup, ayrıca aynı gerekçeler ile boşta geçen süre ücretinin tespitinde de sonradan ücrete zam yapıldığı yönünde bilgi ve belge sunulmadığı ve ispatlama yükümlülüğü yerine getirilmediğinden son bordroya göre hesaplama yapılmasının usul ve yasaya uygun olduğu, aksi yöndeki Özel Daire bozma kararının yerinde olmadığı gerekçeleriyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kesinleşen işe iade davası sonrasında süresi içerisinde işe başlatılmak için davalı işverene başvuran ancak işe başlatılmadığı sabit olan davacı işçinin, talep konusu ettiği işe başlatmama tazminatı ile ihbar tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ile diğer haklarının hesaplanmasına esas olacak ücretin tespiti hususunda mahkemece yapılan araştırmanın yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

i. Davalı vekilinin temyizi yönünden;

12. Hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır.

13. Davalı vekilinin Mahkemece verilen ilk karara yönelik tüm temyiz itirazlarının Özel Dairece reddedildiği görülmekle, direnme kararına yönelik temyiz isteminde hukuki yararı bulunmamaktadır.

14. O hâlde davalı vekilinin direnme kararına yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmelidir.

ii. Davacı vekilinin temyizi yönünden;

15. 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş Kanunu/Kanun) 21. maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi hâlde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur.

16. İşveren işe iade için başvuran işçiyi bir ay içinde işe başlatmadığı takdirde en az dört, en fazla sekiz aylık ücret tutarında belirlenen işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları işçiye ödemek zorundadır.

17. İşçinin işe iade sonrasında başvurusu üzerine, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır.

18. İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır.

19. İş Kanunu'nun 21/3. fıkrasında boşta geçen süre ücreti, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödeneceği şeklinde düzenlenmiştir.

20. Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dâhil edilmelidir. Söz konusu hesaplamalarda işçinin fiili çalışmasına bağlı alacakların dikkate alınması doğru olmaz.

21. Boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar için, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok dört aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir.

22. Kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar hesaplanacak ücret ve diğer alacaklar, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

23. Geçersiz sayılan fesih sonrası davacının işe başlatılmaması hâlinde dört aylık süre ihbar ve kıdem tazminatları ile yıllık ücretli izin alacağını etkileyecektir. Zira dört aylık süre işçinin fiili çalışmasına ilave edilir. Kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin alacağının işe başlatmama tarihi yeni fesih tarihi olduğundan, bu tarihteki ücret üzerinden hesaplanması gerekir.

24. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı işçi kesinleşen işe iade kararı sonrasında süresi içinde işe başlatılması için davalı işverene başvurmuş olup davalı işveren tarafından işe başlatılmamıştır.

25. Davalı işveren tarafından işe başlatılmayarak 29.06.2012 tarihinde işe başlatılmaya dayalı haklarına ilişkin bir ödeme yapılmıştır. Bu durumda işe başlatmama tazminatının ve fark ihbar tazminatının işe başlatılmadığı tarih olan 29.06.2012 tarihindeki emsal işçilerin almış olduğu ücrete göre hesaplanması gerekirken davacının 2010 yılı Aralık ayı bordrosunda yer alan ücreti esas alınarak yapılan hesaplamaya itibarla karar verilmesi hatalıdır.

26. Boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar için de, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Davacının iş sözleşmesi ilk olarak 06.12.2010 tarihinde sona erdirildiğinden, boşta geçen fiili sürenin ilk ayı açısından 2010 yılı Aralık bordrosuna göre hesaplama yapılması doğru ise de, geriye kalan 3 aylık boşta geçen süre için işyerinde çalışan emsal işçilere 01.01.2011 tarihinden sonra zam yapıp yapılmadığı, ücretlerinde değişiklik olup olmadığı araştırılarak 2011 yılı Ocak, Şubat ve Mart aylarındaki emsal işçilerin ücretleri tespit edilerek bu 3 aylık ücretin belirlenmesi ve çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir.

27. Bu bağlamda davacı vekilinin dava dilekçesinde açıkça isimlerini bildirdiği ve emsal işçi olduklarını

ifade ettiği işçilerin ücretlerinin dikkate alınmasını talep etmesi yanında fesihden sonra ücret sisteminin değiştirildiğine dair iddiası göz önünde bulundurularak, ayrıca delil olarak işyeri kayıtlarına dayandığı da görölmekle, mahkemece emsal ücretin belirlenebilmesi için davalı işyerinde emsal nitelikte çalışan isimleri bildirilen işçiler yanında başka işçi olup olmadığı araştırılmalı, varsa bu emsal işçilere ait 2011 yılı Ocak, şubat, Mart ve Nisan aylarına ait bordrolar ile iş sözleşmesinin feshedilmiş sayıldığı 29.06.2012 tarihi itibariyle ücret ve eklerini gösterir belgeler getirilmelidir. Emsal işçi bulunmadığı takdirde ise geçersizliği tespit edilen fesih tarihi olan 06.12.2010 ile davacının işe başlatılmayarak iş sözleşmesinin feshedilmiş sayıldığı 29.06.2012 tarihi arasında davalı işyerinde ücret ve ekleri yönünden genel artış yapılıp yapılmadığı, iş sözleşmesinin feshinden sonra ücret ödeme sisteminde değişiklik bulunup bulunmadığı sorularak varsa buna ilişkin kayıtların getirilmesi gerekmektedir. Davalı işveren tarafından söz konusu kayıtların ibraz edilmemesi hâlinde ise bu kez belirtilen tarihler arasında davacı ücretinin asgari ücrete orantılanarak sonucuna göre bir karar verilmelidir.

28. O hâlde mahkemece boşta geçen süre ücreti yönünden 06.12.2010 tarihini izleyen dört aylık sürede ücret ve diğer haklarında değişiklik olup olmadığı; ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatı yönünden ise işe başlatılmadığı 29.06.2012 tarihi itibariyle alabileceği emsal ücretin yukarıda belirtilen şekilde tespiti gerekmektedir.

29. Hâl böyle olunca, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

IV. SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1. Yukarıda (ř 12-14) açıklanan nedenlerle davalı vekilinin direnme kararına yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan REDDİNE,

2. Yukarıda (ř 15 vd.) açıklanan nedenlerle davacı vekilinin direnme kararına yönelik temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırınlara geri verilmesine,

Karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 12.03.2020 tarihinde oy birliğiyle ve kesin olarak karar verildi.