

T.C.
İSTANBUL
BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ
26. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2016/246
KARAR NO : 2017/517

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ

NUMARASI

DAVACI

VEKİLİ

DAVALI(İSTİNAF TALEP EDEN)

VEKİLİ

DAVA

DAVA TARİHİ

KARAR TARİHİ

KARARIN YAZILDIĞI TARİH

: ÇORLU 1. İŞ MAHKEMESİ

: 2015/262 Esas, 2016/453 Karar

: GÜLÜMSER ...

: Av. YÜCE DURMUŞ-Dülger Avukatlık Bürosu, Heykel
Meydanı Mustafa Bey Apt. A Blok K:1 D:1
Çorlu/TEKİRDAĞ

: A.D.H. KOLL. ŞTİ.

: Av. MEHMET ...

: İşçilik Alacakları

: 12/05/2015

: 18/05/2017

: 23/05/2017

Mahalli Mahkemesinden verilen karara karşı davalı vekilince istinaf yasa yoluna başvurulmuş ve dosya Dairemize gönderilmiş olmakla; dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Çorlu 1. İş Mahkemesi'nin 05/10/2016 tarih ve 2015/262 E, 2016/453 K, sayılı kararına karşı davalı vekilince istinaf yasa yoluna başvurulmuş, dosya istinaf incelemesi yapılmak üzere Dairemize gönderilmiştir.

Dava; Bir kısım işçilik alacaklarının tahsiline ilişkindir.

İddia;Davacı vekili, müvekkili davacının Yargıtay incelemesinden de geçen mahkeme kararı ile işe iadesine karar verilmiş olup işbu kararın kesinleşmesi ile yasal süresi içerisinde davalı işveren nezdinde işe iade başvurusunda bulunduğunu, davalı işverenlikçe davacıya keşide edilen ihtarla işbaşı yapması istenmiş ise de, davalı işverenin çalıştırma isteğinin samimi olmadığı gibi gerçek bir işe davetinde söz konusu olmadığını belirterek; işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan faizleri ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Savunma;Davalı vekili, davacının işe iade talebini içeren ihtarnamesine cevap verilerek işe davet edildiğini, lakin davacının işbu ihtarla verdiği cevapta kendisine bildirilen çalışma vardiyası ve saatlerinin önceki çalışma saatlerine göre farklılık arzettiğini belirterek davete icap etmeyip işbaşı yapmadığını, davacıya yapılan davette anlaşılabileceği üzere davacının her iki vardiyada çalışma süresinin haftalık 45 saat olduğunu, yasal çalışma sürelerini aşmamak kaydıyla müvekkili işveren tarafından yapılan düzenlenmesinde mevzuata aykırı olmadığını, davacıya mahsus bir düzenlemede yapılamayacağını beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; Davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosyaya toplanan deliller incelenmiştir.

Davalı vekili istinaf sebepleri olarak;

Feshe sebep eski çalışma düzeninde gündüz vardiyası haftanın 6 günü saat 08-18:00 arası olup 1 saat ara dinlenme ile 9 saat dolayısıyla haftalık $6 \times 9 = 54$ saat çalışma talep edilmiş iken, işe davette bildirilen gece ve gündüz vardiyalarında haftalık çalışma saatlerinin 45 saatle sınırlı kaldığını ve önerilen bu çalışma saatlerinin İş Hukukunda uygun olduğunu, iş müfettişlerince de olur verilen davetteki çalışma düzeninin işyerinde 2 yıldır uygulandığını, kaldı ki müvekkili işverenden işyerinde uygulanan mesai dışında davacıya mahsus bir mesai düzenleme yapılmasının beklenemeyeceğini, davacının iş akdinin fesihden önceki mesai düzeninde çalıştırılması halinde davacıya mahsus olmak üzere tüm işyerindeki çalışma düzeninin değiştirilmesi gerektiğini, iyiniyetle işe davet olunan davacının aleyhine olmayan çalışma düzenini bahane ederek işe başlamamasının kötünüyetini gösterdiğini, buna rağmen mahkemece davacının işe iadesi davasına konu Yargıtay ilamı yanlış değerlendirilerek işe davetin samimi olmadığından bahisle davanın kabulüne karar verilmiş olmasının doğru olmadığını, davayı kabul etmemekle birlikte kıdem tazminatı hesabının iş sözleşmesinin sona ermesi tarihi olarak kabul edilecek 05/02/2015 tarihinde yürürlükte olan asgari ücret üzerinden yapılması gerekirken mahkemece emsal ücret araştırması ile belirlenen ücret üzerinden yapılan

hesaplama doğrultusunda karar verilmesinin doğru olmadığını, kaldı ki davacının yaptığı iş ve niteliği birlikte değerlendirildiğinde asgari ücretten daha fazla maaş almasının mümkün olmadığını, buna görede işe başlatmama, kıdem ve ihbar tazminatı hesaplamalarının doğru olmadığını belirterek yerel mahkeme kararının kaldırılarak davacının tüm taleplerinin reddine karar verilmesini talep ettiklerini bildirmiştir.

Gerekçe;

HMK 'nun 355. maddesi uyarınca taraflarca ileriye sürülmemiş sebepler inceleme konusu yapılamayacağından davalı vekilinin istinaf başvuru dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak inceleme yapılmıştır.

Dosyada mevcut yine aynı mahkemenin 25/02/2015 tarih 2014/348 esas 2015/138 karar sayılı karar incelendiğinde aynı işyeri çalışanlarından aynı gün benzer sebeplerle iş akdine son verilmiş bir başka işçi Müjgan ... tarafından lehe sonuçlanan işe iade davası sonrası süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı iddiası ile açılan işe başlatmama tazminatı, boшта geçen süre ücreti, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti alacaklarının tahsili talepli dava olduğu, işe başvurusu sonrası davalı işverenlikçe dosya davacısına gönderilen işe davet ihtarında belirtilen vardiya ve çalışma saatlerinde inceleme konusu dosya davacısı Gülümser ...'e gönderilenle aynı olduğu, mahkemece yapılan yargılama sonunda "davacının kabul etmemekte haklılığı Yargıtaycada benimsenen aynı çalışma saatleri arasında çalışması için davalı işverenlikçe yapılan işe davetin samimi olmadığı" gerekçesiyle davacının davasının kabulüne karar verildiği, temyiz edildiği anlaşılan dava dosyasının ise halen Yargıtay incelemesinde olduğu anlaşılmıştır.

İncelenen dosya davacısı Gülümser ... tarafından aynı davalıya karşı açılan ve lehine neticelenen yine aynı mahkemenin 2013/52 esas 2014/312 karar sayılı işe iade davası dosyasının incelenen dosya arasına alındığı, mahkeme kararının Yargıtay onamasından geçerek kesinleştiği anlaşılmıştır.

Dosya kapsamından anlaşıldığı üzere davalı işyerinde ilk çalışma düzeni haftanın 6 günü ve 2 vardiya halinde olmak üzere 08-16:00 ila 16-24:00 arası iken bu çalışma düzeni birinci vardiya yönüyle cumartesi çalışma saatleri aynı kalmak üzere 5 gün için 08-18:00 olarak, ikinci vardiya yönüyle yine cumartesi çalışma saatleri aynı kalmak üzere 18-02:00 olarak değiştirilmek istendiği, işbu çalışma koşullarında yapılmak istenen esaslı değişiklik mahiyetindeki yeni çalışma düzenini kabul etmeyen davacının iş akdinin davalı işverenlikçe sonlandırılmış olduğunun aynı taraflar arasında görülüp bitirilen Yargıtaycada onanan aynı mahkemenin yukarıda anılan 2013/52 esas sayılı dosyasından verilen kararlarla kesin olarak sübuta ermiştir. **Var olan çalışma düzeni ile saatlerinin işçi aleyhine değiştirilmek istenmesi şartların ağırlaşması yönüyle işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklik olup toplam haftalık çalışma süreleri aynı kalsa bile işçinin mevcut gece çalışma saatlerinin artırılmasında bu kapsamda değerlendirilmelidir.** İşK'nun 69. maddesinde "gecenin en geç saat 20:00 de başlayarak en erken saat 06:00 ya kadar geçen dönem olduğu açıklanmıştır. Somut dosya yönüyle değerlendirildiğinde davacının çalıştığı dönemde gece çalışmalarına konu ikinci vardiyanın çalışma saatleri 16-24:00 olup gecenin 20:00 den başlamasına göre işbu çalışma düzeninde davacının haftalık gece çalışması günlük 4 saatten $6 \times 4 = 24$ saattir. Davacının kabul etmediği işe iade davası öncesi döneme ilişkin davalı işverenlikçe yapılmak istenen değişiklikte gece çalışma süresinin haftanın 5 günü 18-02:00 çalışma saatleri yönüyle gece çalışması günlük 6 saatten $5 \times 6 = 30$ saat ve yine cumartesi için 16-24:00 arası çalışma düzenine göre 4 saat olmakla toplamda haftalık 34 saat olduğu, dolayısıyla değişiklik istenen bu dönem gece çalışmalarının öncesine göre $34 - 24 =$ haftalık 10 saat daha fazla olduğu, işe iade davasının kesinleşmesi sonrası davacının yaptığı iş başvurusuna ilişkin davalı işverenlikçe keşide edilen 17/04/2015 tarihli işe davet ihtarında belirtilen gece çalışmasına konu ikinci hafta vardiya saatlerinin ise 6 gün 18-02:00 olarak açıklanmış olduğu, saat 20:00 sonrası gece çalışması sayılması itibariyle burada teklif edilen gece çalışma süresinin (20-02:00 aralığına dair) günlük 6 saatten haftalık 36 saat olduğu, neticede davacıya bu son teklifte önerilen vardiya düzenindeki haftalık 36 saatlik gece çalışma süresinin işe iade davası öncesi öngörülen değişiklikteki haftalık 34 saat gece çalışma süresinden daha fazla olduğu anlaşılmıştır. **Bu yönleriyle yapılan değerlendirme sonucunda işyerinde var olan önceki vardiya saatlerinin değiştirilmek istenmesinin davacı aleyhine esaslı değişiklik olduğu Yargıtaycada kabul edilmiş olmakla, karşılaştırmaların işyerindeki ilk 08-16:00/16-24:00 vardiya sistemine göre yapılması gerekir ki totalda günlük ve haftalık çalışma saatleri aynı öngörülse dahi anılan dönemde gece çalışması yukarıda açıklandığı üzere 24 saat iken kesinleşen işe iade davası sonrası davalı işverenlikçe işe davet teklifinde belirtilen gece çalışma süresinin 36 saat olduğu dolayısıyla davalı işverenin işe davetinde samimi sayılamayacağı, devamlı iş akdinin işverenlikçe feshedilmiş sayılacağı, mahkemenin bu yöndeki kanaati doğru olup davalı vekilinin aleyhte dile getirdiği istinaf itirazlarının ise yerinde olmadığı anlaşılmıştır.**

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda boшта geçen 4 aylık süreye ait ücret ve diğer hakların geçersizliğine karar verilen ilk fesihe 4 ay eklenmekle bulunan tarih itibariyle yürürlükte olan asgari ücret vede sosyal haklar üzerinden hesap edildiği, hesaplamalarda herhangi bir aykırılık bulunmadığı

anlaşılmıştır. Diğer dava konusu alacaklara gelince ise bunlar yönüyle hesaplama esas alınacak ücret işverenin işçiyi işe başlatmadığı kabul edilen tarihteki brüt emsal işçi ücretidir. Yani geçersizliğine karar verilen fesih tarihindeki ücreti belli ve işe başlatılmadığı kabul edilen tarihe kadar zamlar belli ise zam uygulanmış ücretidir. İnceleme konusu dosyanın yargılaması aşamasında **davalı işverenlikçe davacıya emsal olabilecek işçilere ilişkin ücret miktarları bildirilmediği gibi bu yönde bordro veya ödeme pusulası vs. de sunulmamıştır. Bunun üzerine mahkemecede işe başlatılmadığı kabul edilen tarih itibarıyla davacının alabileceği emsal ücrete ilişkin araştırma cihetine gidildiği ve işveren kuruluşu olan Çorlu Ticaret ve Sanayi Odasının bu tarih itibarıyla alabileceği net maaş miktarının 983,02 TL olarak bildirildiği, hükme esas alınan bilirkişi raporundada bu emsal ücret nazara alınarak işe başlatmama tazminatı, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti alacaklarının hesap edildiği görülmüştür.**

Hesaplamalara esas alınan emsal ücretin dönem brüt asgari ücretin 1,145 katı olduğu, davalı işverenlikçe herhangi bir emsal bildirilmemiş olması ile birlikte işyerinin özellikleri, fesih öncesi davacının yaptığı işin mahiyet ve niteliği, paranın satınalma gücü, enflasyon durumu ile hayata dair yaşam deneyimleri değerlendirildiğinde **bilirkişice nazara alınan emsal ücretin yerinde olduğu, davalı vekilinin dönem asgari ücreti üzerinden yapılması gerektiğine ilişkin soyut istinaf itirazlarının yerinde olmadığı, mahkeme kararında usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından,** davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair inceleyen üye hakim görüşü heyetçe de benimsenerek Dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Çorlu T. İş Mahkemesi'nin 05/10/2016 tarih ve 2015/262 Esas, 2016/453 Karar sayılı kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından, davalı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı HMK' nun 353/1-b.1 maddesi gereğince **ESASTAN REDDİNE,**

2-İstinaf başvurusu reddedilmiş olmakla alınması gerekli 966,35 TL istinaf karar harcından davalı tarafça peşin yatırılan 242 TL harcın mahsubu ile bakiye 724,35 TL eksik harcın davalıdan alınarak hazineye irad kaydına,

3-İstinaf başvurusu reddedilmiş olmakla davalı tarafça yapılan istinaf yargılama giderlerinin kendi üzerinde bırakılmasına,

4-İstinaf incelemesi duruşma açılmaksızın dosya üzerinden neticelendirildiğinden davacı lehine istinaf vekalet ücreti taktirine yer olmadığına,

5-Kararın tebliğ işleminin ilk derece mahkemesi tarafından yapılmasına,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 6763 SK. 'nun 42. maddesi ile değişik 6100 s. HMK 'nun 362/1-a ve aynı Kanunun 5. maddesi ile değişik 5521 s. İMK'nun 8/1. maddeleri uyarınca **kesin olmak üzere** 18/05/2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.