

Sayı: 387 • Temmuz 2012

TEKSTİL İŞVEREN

TÜRKİYE TEKSTİL SANAYİİ İŞVERENLERİ SENDİKASI

Hukuk
72





İŞÇİ ALACAKLARINDA KISMİ DAVA - BELİRSİZ ALACAK DAVASI

Karar İncelemesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2012/1757

Karar No: 2011/5742

Tarihi: 27/02/2012

Karar Özeti:

Dava konusu edilen alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir.

Keza alacak miktarı veya değerinin hâkimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda Dairemiz istikrarlı olarak "hastalık, izin gibi nedenlerle çalışılmayacak günler olduğu düşünülerek" bu tür alacalarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

Diğer taraftan, işçilik tazminatı ve alacakların belirlenmesinde ispat yükü dışında ilgili yasalarda hesabın unsurları olarak bazı kriterlere yer verilmiştir. İşçilikte bu hesabın unsurlarından hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem ve ihbar tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer tazminat ve alacaklar çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrette, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dahil edilmektedir. Keza yıllık izin ücreti dışında çalışma olgusuna bağlı diğer işçilik alacakları muaccel oldukları tarihteki ücret üzerinden hesaplanmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki tazminat ve alacakların belirlenmesine ilişkin kayıtlar ise genelde işveren tara-

findan tutulmaktadır. Dava konusu edilen alacağın (talep sonucunun) miktar olarak belirlenmesi, karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır.

İlgili Mevzuat: 6100 Sayılı H.M.K. Md. 107, 109

Yargıtay Kararı

Davacı vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen son ay ücret ve fazla mesai ücret alacağının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davacının hukuki yararı olmadığından usulden davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi B. Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde 22.01.2009 tarihinden 28.08.2011 tarihine kadar haftanın 6 günü 08.00-20.00 saatleri arası satış elemanı olarak haftalık 45 saati aşan çalışması olmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini, son ay ücreti bulunduğunu belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı olmak kaydı ile 1.000,00 TL kıdem tazminatının, 500,00 TL ihbar tazminatının, 1.000,00 TL ücret ve 500,00 TL fazla çalışma ücretinin davalı işverenden tahsil amacı ile kısmi dava açmıştır.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 30.10.2009 tarihinde işe başladığını, asgari ücretle çalıştığını, hizmet tespiti için dava açtığını, 22.11.2001 tarihinde işe geç geldiğini, nedeni sorulduğunda işyerinden ayrıldığını, işe davet edilmesine rağmen gelmediğini, devamsızlık

yaptığını, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile 30.09.2011 tarihinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II. g Maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, davacının yeni bir iş bulduğunu, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığını, fazla mesai ücret alacağı da bulunmadığını, fazla mesai ücretinin imzalı bordro ile ödendiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece ön inceleme aşamasında davacının çalıştığı süreyi ve ücretini bildiği, kullanılmayan fazla çalışma süresini de bildiği, bu bilgiler doğrultusunda alacağının tamamını bildiği halde, H.M.K.109/1 Maddesi anlamında kısmi dava açtığı, aynı madde 2. Fıkrası'na göre alacak açıkça belli olduğundan kısmi dava açmasının mümkün olmadığı, H.M.K.114/1-h Maddesi'ne göre hukuki yararın dava şartı olduğu, bunun yanında davacının talep sonucunu dava dilekçesinde H.M.K.'nin 119/1-ğ Maddesi'ne göre açıkça bildirmek, başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği gerekçesi ile H.M.K.109/2 Maddesi'ne aykırı davanın usulden reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından 'tazminata ve alacağa esas ücretin belirlenmesi gerektiği, ayrıca fazla mesaide hakkaniyet indirimi yapıldığı, hak arama özgürlüğünün kısıtlandığı, kısmi davanın belirsiz alacak davasına göre daha geniş kapsamlı olduğu, kararın hatalı olduğu gerekçesi ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Uyuşmazlık davanın niteliği üzerinde toplanmaktadır.

Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı dava kısmi dava denir.

Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin iş sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir (Kuru / Arslan / Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 286).

Kısmi dava 6100 Sayılı H.M.K.'nin 109. Maddesi'nde tanımlanmıştır. Maddenin Birinci Fıkrası'na göre "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir"; İkinci Fıkrası'na göre ise "Talep konusunun miktarı, taraflar arasına tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz".

Belirtilen düzenleme karşısında kısmi dava açılabilmesi için;

- 1) Talep konusunun niteliği itibarı ile bölünebilir olması,
- 2) Talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmalı veya açıkça belirli olmaması gerekir.

Talep konusu taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirlenebilir ise kısmi dava açılmayacaktır. (Pekcanitez/Atalay/Ozekes: Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2011, s.313).

Dava konusu edilen alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor (Kuru/Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı, 2011/5, s. 13) veya miktar ve değerinin belirlenmesi, yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenmeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir.

Keza alacak miktarı veya değerinin hakim takdirine veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda Dairemiz istikrarlı olarak "hastalık, izin gibi nedenlerle çalışılmayacak günler olduğu düşünülerek" bu tür alacaklarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

Diğer taraftan, işçilik tazminat ve alacakların belirlenmesinde ispat yükü dışında ilgili yasalarda hesabın unsurları olarak bazı kriterlere yer verilmiştir.

İşçilikte bu hesabın unsurlarından hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem ve ihbar tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer tazminat ve alacaklar çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrette, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dahil edilmektedir. Keza yıllık izin ücreti dışında çalışma olgusuna bağlı diğer işçilik alacakları muaccel oldukları tarihteki ücret üzerinden hesaplanmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki tazminat ve alacakların belirlenmesine ilişkin kayıtlar ise genelde işveren tarafından tutulmaktadır. Dava konusu edilen alacağın (talep sonucunun) miktar olarak belirlenmesi, karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır (Kılıçoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 582).

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 67. Maddesi uyarınca, "günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur". Aynı kanunun 8/3 Maddesi'ne göre ise

“Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür.” Özellikle fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının belirlenmesi için işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi şarttır.

H.M.K.’nin 107/son Maddesi’ne göre ise “kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.” Davacının kısmi dava açabilmesi için hukuki yararının olması şarttır. Buradan hareketle bir davanın kısmi dava olarak görülebilmesi için dava şartı olan davacının hukuki yararının bulunması gerekir.

Hukuki yarar, kanunun 114/h Maddesi uyarınca dava şartı olarak kabul edilmiştir. Takip eden 115/2. Madde’deki kurala göre ise “Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.” Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir.

Diğer taraftan kanunun 119. Maddesi’nde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayılmış ve açık bir şekilde talep sonucunun da bulunacağı belirtilmiş ve maddenin İkinci Fıkrası’nda ise talep sonucunun açık olmaması halinde hakimin davacıya talebini açıkça belirlemesi için süre vermesi gerektiği belirtilmiştir. Gerek 115 ve gerekse 119. Maddeler’de verilen kesin sürenin bir haftalık süre olacağı da belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı vekili, davacı işçinin aldığı ücreti ve çalışma süresini belirterek, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen son ay ücret ve fazla mesai ücret alacağının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ve her bir talebine ilişkin miktar belirterek kısmi dava olarak davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili ise öncelikle davacının aldığı ücretin ve çalıştığı sürenin dava dilekçesinde belirtilen süre ve ücret olmadığını savunmuştur.

Davacının istenilen alacağın türü ve hukuki niteliği belli olmasına rağmen, miktarını dava açarken tam olarak saptaması, belirlemesi olanaklı olmayabilir. Hesap raporu alınmasını, yargılama yapılmasını gerektiren bu durumda davacı fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava yoluna başvurabilir. Kısmi dava olarak açılan bu davada yargılama sırasında belirlenen bakiye alacağı için davalının muvafakat etmemesi halinde, ek dava yolu ile ayrı bir davada isteyebileceği gibi, aynı davada ıslah sureti ile dava ettiği miktarları artırarak talepte bulunabilir.

Kısmi dava olarak açıldığı uyuşmazlık dışı olan davada yukarıda belirtilen somut maddi ve hukuki olgulara göre;

1. Somut uyuşmazlıkta dava konusu edilen tazminat ve alacaklara esas hizmet süresi ve ücret taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Diğer taraftan fazla mesai ücretinin belirlenmesine esas kayıtlar sunulmadığı gibi, davalı işveren İş Kanunu’nun 8 ve 67. Maddesi’ndeki yükümlülüklerini de yerine getirdiğini savunmamıştır.

Tazminat ve alacaklara hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkene bağlı olarak değişiklik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması halinde tazminata ve alacağı esas süre daima tartışmalı olacaktır. Bu durumdaki belirsizlik, yargılama ile giderilir.

İş davalarına yansıyan yönüyle işçi ve işveren arasında en temel uyuşmazlık temel ücretin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay uygulamasına göre işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından olanı (adet-emsal olan) ücret yönünden araştırmaya gidilmekte ve çoğunlukla meslek odasının bildirdiği ücret hesaplamaya esas alınmaktadır. Bu ihtimalde işçi iddia ettiği ücreti kanıtlayamamış olmaktadır. Zira ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkân tanınmamaktadır. Bu yönüyle temel ücretin tespitindeki ve ispatındaki ülkemi-ze has güçlükler sebebiyle kısmi davanın açılmasında işçinin hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten, fazla mesai alacağı da muaccel olduğu tarihteki ücret üzerinden hesaplanacak, fazla mesai alacağı kayda dayanmadığı takdirde indirime tabi tutulacaktır.

Tazminat ve alacaklar tartışmalı ve açıkça belirli değildir. Yargılama sırasında rapor alınmasını, tazminat ve alacaklara esas hizmet süresi ile ücretin tespit edilmesini gerektirmektedir. Kis-

mi dava açılmasında yasanın aradığı unsurlar ve hukuki yarar şartı gerçekleştiğinden davanın görülmesi gerekir. Aksi gerekçe ile davanın usulden reddi isabetsizdir.

2. Kabule göre ise;

Dava dilekçesinde talep sonucu açıkça belli olduğundan, mahkemenin "davacının talep sonucunu dava dilekçesinde H.M.K.'nin 119/1-ğ Maddesi'ne göre açıkça bildirmek başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği" gerekçesi yerinde değildir. Kaldı ki talep sonucunun açık olmadığı kabul edilse dahi 119/2 Maddesi uyarınca dava dilekçesindeki bu eksikliğin tamamlanması için süre verilmesi gerekirken bu kurala da uyulmamıştır.

Diğer taraftan mahkemece dava konusu alacağın belli olduğu, kısmi dava açılmasında davacının hukuki yararının olmadığı kabul edilmiştir.

Dava şartı olan hukuki yarar şartı tamamlanması gereken şartlardandır. Bu kabule göre ise yine davacı vekiline davasını tam dava olarak devam etmesi ve dava şartı olan hukuki yarar şartında eksikliği gidermesi için H.M.K.'nin 115/2 Maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre verilmesi gerekirken Mahkemece kesin süre verilmeden yazılı şekilde davanın usulden reddi de isabetsizdir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine 27.02.2012 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Kararın İncelenmesi:

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle kanununun 107. Maddesi'ndeki belirsiz alacak ve tespit davası, 109. Maddesi'nde kısmi dava kavramlarına ilişkin düzenlemeler iş uyuşmazlıklarına konu olan alacakların, belirsiz alacak davası veya kısmi dava yoluyla istenip istenemeyeceği konusunda önemli tartışmalara ve yargı dünyasında tereddütlere yol açmıştır. Özellikle usul hukuku çevrelerinden ileri sürülen farklı görüşler bu konudaki tereddütleri artırmıştır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten, 1/10/2011 tarihinden sonra işçinin kıdem, ihbar, fazla çalışma, tatil, yıllık ücretli izin gibi alacaklarını tam belirlemeden pilot dava adı altında (fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak) kısmi dava açamayacak, tam dava açması gerekecektir. Çünkü işçinin kaç yıldır çalıştığının, ücretinin ne kadar olduğunun, ne kadar faz-

la çalışma yaptığını, belirli ve belirlenebilir veriler olduğunda dilekçesine yazmak zorunda olduğu ve bu nedenle de söz konusu işçilik haklarına ilişkin olarak kısmi dava veya belirsiz alacak davası açamayacaktır (H. Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, H.M.K. Md.107, Ankara, 2011, sh. 46-47). Bu konuda ileri sürülen bir başka görüşe göre, dava konusu alacak yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyorsa veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyorsa talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir (B. Kurul - A. C. Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 85, sayı: 2011/5, sh.13).

Usul hukuku alanında ileri sürülen görüşler 'İş Yargılaması' uygulanmasında ciddi duraksamalara neden olmuş; iş hukukçularının ve Yargıtay görüşünün ne olacağı beklenir hale gelmişti. (Bu konuda konunun hem usul hukuku ve hem de iş hukuk cephesiyle ayrıntılı inceleyen bir yayın için bakınız: Ş. Çil - B. Kar. 6100 Sayılı H.M.K.'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Genişletilmiş 2. Baskı Ankara, 2012). Yukarıda özetlenen gelişmeler ve ihtiyaçlar karşısında inceleme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı uygulamaya ışık tutma ve ihtiyaçlar açısından son derecede önem taşımaktadır. Karar hakkındaki değerlendirmemize geçmeden önce 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu konuda getirdiği yeni düzenlemelerin üzerinde durmak gerekir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. Maddesi'nin (ğ) Bendi'ne göre, kural olarak davacı, dava dilekçesinde talep sonucunu açıkça belirtilmelidir. Kısaca, Hâkimin neye ve ne kadar karar vermesi gerektiği talep sonucu bölümünde açıkça yazılmalıdır. Kural bu olmakla beraber 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. Maddesi'nde belirsiz alacak ve tespit davası başlığı altında yeni bir dava türüne yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre; "(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. (2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu ta-

lebini artırabilir. (3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir." Görüldüğü gibi madde içeriğinden, belirsiz alacak veya tespit davası açılması için, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

a) Davacının kendisinden beklenememeli (gerçekten belirleyememeli) veya

b) Bu (objektif olarak) olanaksız olmalıdır.

Açılacak davanın değeri veya miktarı biliniyor yahut belirlenebiliyor ise belirsiz alacak ve tespit davası açılmaz. Zira davayı reddeden yerel mahkeme kararında da belirtildiği üzere bu durumda bir davada, dava şartı olarak kabul edilen davacının hukuki yararının olmadığı sonucuna varılacaktır.

Maddenin 2. Fıkrası'nda açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle dava konusu alacağın değeri veya miktarı karşı tarafın (işverenin) vereceği bilgi veya tahkikat aşamasında belirlenecek (bilirkişiden hesap raporu alınması gibi) ise; alacağın dava açıldığında davacı tarafından objektif olarak belirlenebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği kabul edilmelidir. Bu nedenle maddenin Birinci ve İkinci Fıkrası'nın birlikte değerlendirilmesi gerekir (S. Çil - B. Kar, sh. 24, M. Kılıçoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul, 2012, sh. 580).

Öte yandan belirsiz alacak ve tespit davasına ilişkin 107. Madde de belirtilmemiş ise de belirsiz alacak ve tespit davası açılabilmesi için kısmi dava başlığı altında H.M.K.'nin 109/2 Maddesi'nin de göz ardı edilmemesi gerekir. Yürürlükten kaldırılan 1086 Sayılı HUMK'da yer verilmemesine rağmen, uygulama ve yargı kararlarında kısmi dava yer bulmuştur. Ancak 01.10.2011 tarihinden yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kısmi dava türünü açıkça ve ayrıca düzenlemiştir. Ancak 1086 Sayılı Kanun uygulaması sırasında kısmi davadan söz edebilmesi için davacının açıkça fazlaya ilişkin dava ve talep haklarını saklı tutması aranırken, 6100 Sayılı Yasa'da buna gerek duyulmamış ve açıkça feragat edilmedikçe bakiye alacak saklı tutulmasa dahi istenebileceği öngörülmüştür.

HMK Md. 109'a göre; "(1) Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla

la ileri sürülebilir. (2) Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz. (3) Daha açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hali dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez." Görüldüğü gibi, sonuç itibarıyla 6100 Sayılı HMK gerek belirsiz alacak davası ve gerekse kısmi dava için söz konusu maddelerde bazı ölçütler getirmiştir. Getirilen bu ölçütler, davanın açıldığı tarihte alacağın miktar veya değerinin;

• Tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenememesi,

• Belirlenmesinin imkânsız olması,

• Taraflar arasında tartışmalı olması

olarak vurgulanmıştır.

6100 Sayılı HMK Kanunu'nun yukarıda özetlenen düzenlemeleri karşısında işçinin açtığı iş davalarının da söz konusu kurallara bağlı olarak, belirsiz alacak davası veya kısmi dava olarak açılmayacağını söylemek; ülkemizde, işçi-işveren ilişkilerinin yapısı fiili gerçekleri dikkate alındığında mümkün olmadığı gibi hak arama özgürlüğüne getirilen önemli bir engel olarak değerlendirilecektir. İşçinin aldığı ücreti ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımına dayanılarak işçilik alacaklarına ilişkin davaların belirli alacak olduğu şeklindeki bir yorum farkı özellikle sendikası, kayıt dışı çalıştırılanlarda dikkate alınır ise ülke gerçekleri ile de bağdaştırılmaz. Bu konuda sonuca giderken hesaplamalara esas olan kayıtların işveren tarafından tutulduğu bir işçiden elinde bulunmayan kayıtlarla ilgili olarak tazminat ve işçilik alacaklarının hepsini belirleyerek dava açması beklenmemelidir. Kaldı ki işçilik haklarının belirsiz alacak davası ile talep edilebilecek olması ek dava, ıslah gibi kurumları devreden çıkaracak ve daha hızlı bir şekilde adaletin gerçekleşmesi sağlanmış olacaktır (Bu konuda daha farklı ve kapsamlı kanımca da isabetli gerekçeler için bakınız: Ş. Çil - B. Kar, sh. 188-189).

SONUÇ: İnceleme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında yer alan kriterlerle alacağın belirsiz olması noktasında kıdem-ihbar tazminatlarıyla ücret ve fazla çalışma ücretleri gibi işçi alacakları bakımından somut olaya özgü alacağın belirsiz olduğunu saptayarak 6100 Sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde de yasanın belirlediği koşullarda kısmi dava açılabilmesine imkân tanımıştır. Karar bu konuda tespit edebildiğimiz kadarıyla bir ilk karar olarak yol gösterici bir özelliğe de sahiptir.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2011/6489

Karar No: 2011/17921

Tarihi: 14/06/2011

Karar Özeti:

Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödemesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanun'da emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

İlgili Mevzuat: 4857 Sayılı İş K. Md. 41

Yargıtay Kararı

Davacı, kıdem tazminatı, sosyal yardım, izin, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil alacağına ödemiş olmasına karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi C. Çelik tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı, Orhanlı Belediyesi'nde işçi olarak çalışmakta iken Belde Belediyelerinin Kapatılmasına Dair Kanun kapsamında Orhanlı Belediyesi'nin çalışanlarıyla birlikte davalı Tuzla Belediyesi'ne devredildiğini ancak davalının iş sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin feshettiğini belirterek kıdem tazminatı, sosyal yardım, izin ücreti, fazla çalışma ücreti ve genel tatil çalışma ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacı dahil 46 kişinin mevzuata aykırı olarak vizesiz çalıştırıldığının tespit edildiğini, bu nedenlerle davacıyla birlikte 46 işçinin iş sözleşmelerinin İş Kanunu'nun 17. Maddesi gereğince haklı olarak feshedildiğini, kayıtlarda işçilerin fazla mesailerinin bulunmadığını, kendileriyle herhangi bir TİS ve bireysel sözleşme imzalanmadığından sosyal yardım ve bayram ücretlerinin de mevcut olmadığını savunmuştur.

Mahkemece davacının iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği belirtilerek kıdem, izin ve fazla çalışma alacağı hüküm altına alınmıştır.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

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

2. Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yere görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin

yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapılması yönünde bir talimatın verilip verilmemesinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapılması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanun'da emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmiştir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde 7.5 saati geçemez (M. 69/3). Bu hal de günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7.5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir (Yargıtay 9. H.D. 23.6.2009 gün 2007/40862 E. 2009/17766 K.).

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu'nun 41. Maddesi'nde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9. H.D. 18.11.2008 gün 2007/32717 E. 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dahilindedir. İşyerinde çalışma düzeninin bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 68. Maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9. H.D.

12.11.2009 gün, 2009/15176 E. 2009/31514 K.; Yargıtay, 9. H.D. 18.7.2008 gün 2007/25857 E., 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir.

Dairemiz kararlarında fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla davalı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği ifade edilmişse de (Yargıtay 9. H.D. 11.02.2010 gün 2008/17722 E. 2010/3192 K.) işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusu artırdığı aşamada mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı bilinmemektedir. Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş ve her türlü indirimden kaynaklanan red sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsiz sonuçlara yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda fazla çalışma asıl alacaktan indirim sebebiyle red vekâlet ücretine hükmedilmekte ancak Borçlar Kanunu'nun 161/son, 325/son Maddeleri ile 43 ve 44. Maddeleri'ne göre ve yine 5953 Sayılı Yasa'da öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Eşitsizlik de yaratmaktadır. Konuyla ilgili olarak avukatlık asgari ücret tarifesinde bir kurala yer verilmemesinden Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma asıl alacaktan yapılan indirimler sebebiyle reddine karar verilen miktar bakımından kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda davacı fazla çalışma yaptığını iddia etmiş ve tanıkları fazla çalışma olgusunu doğrulamamışlardır.

Davalı bir kamu kurumu olup işçi çalıştırma ve çalışma usullerinin kayıtlara dayanması gerektiği kabul edilmelidir.

Buna göre işyeri kayıtları, özellikle varsa fazla mesai çizelgeleri, işyerine giriş çıkış kayıtları, görevlendirme yazıları, ücret bordroları getirilip yukarıda belirtilen yasal ve hukuksal gerekçelere göre incelenip değerlendirilmelidir. Neticede getirilen kayıtlar ile ispatlandığı takdirde dava konusu fazla çalışma ücreti isteğinin kabulüne karar verilmelidir. Soyut tanık beyanlarına dayanarak ek-sik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten B0-ZULMASINA, peşin alının temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.