

İş Mahkemelerinde Bilirkişilik

Av. H. Argun Bozkurt*

Av. Suat Yaşa'ya

1) GENEL GİRİŞ:

İş Mahkemeleri 5521 sayılı kanunla, uzmanlık esasına dayalı olarak kurulmuş, tek hakimli özel mahkemelerdir. İş Mahkemelerinde 5521 sayılı yasanın 1 inci maddesinde yazılı davalar ile, bazı iş ve sosyal güvenlik hukuku kökenli yasalardan doğan davalar görülür.

(İş Mahkemeleri ve yargılama usulü hakkında bilgi için Bkz. Av. H. Argun Bozkurt-İş Davaları, Adil Yayınevi, 2001, sayfa 27-35)

İş Mahkemeleri bilirkişi incelemesine en sık başvuran mahkemelerdir. Alacak davalarından, iptal davalarına, tespit davalarından, itiraz davalarına kadar tüm davalarda mahkeme bilirkişi incelemesine gerek duymaktadır.

2) İŞ YARGISI VE BİLİRKİŞİLİK:

5521 sayılı yasa iş yargısının temel yasasıdır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kuruluşu ve Yargılama Usulü hakkındaki Kanunun 15 inci maddesine göre, bilirkişilik konusunda genel yasa olan Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) uygulanır. HUMK madde 275 den 286 'ncı maddeye kadar (286 dahil) bilirkişilik kurumunu ve işlemlerini düzenlemektedir. Bu anlamda İş Yargısında da bilirkişilik genel usul kurallarına göre hallolacaktır. (Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 31 ve 437-446)

1 Avukat, Ankara Barosu

3) İŞ YARGISINDA HESAP BİLİRKİŞİLİĞİ VE KUSUR BİLİRKİŞİLİĞİ

İş yargısı yüzlerce çeşit davayı içeren büyük bir disiplindir. Bu dava çeşidi içerisinde hesap bilirkişiliği ve kusur bilirkişiliği baskın rol oynarlar.

Hesap bilirkişiliğine alacak davalarında (işçilik alacaklarının her çeşidi- kıdem-ihbar tazminatı- ücret ve ekleri alacakları vd.), istirdat davalarında (fazla ödenen kıdem tazminatının geri alınması vd), olumlu tespit davaları (belli tarihler arasında çalışıldığının tespitini talep eden hizmet tespiti davaları) olumsuz tespit davaları (prim borcu bulunmadığının tespiti), iptal davaları (yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti vd), itiraz davaları (Yetkinin iptali, 6183 sayılı yasaya göre gönderilen ödeme emrine itiraz davası vd) gibi pek çok davada gerek görülmektedir.

İş kazalarından kaynaklanan davalarda ve rücu davalarında kazadaki kusur dağılımı, işverene zarar veren işlemde işçinin kusur derecesinin tayini de kusur bilirkişileri tarafından yerine getirilmektedir. Yine tarafların kusur durumunun araştırılmasının gerekli olduğu alacak davaları da bulunmaktadır. (Bkz. Av. H. Argun Bozkurt-İş Davaları, Adil Yayınevi, 2001, sayfa 524-526)

İş Kanunu 26 /II-1 maddesindeki işçinin işverenine 1 aylık ücret tutarında zarar verip vermediğinin tayininde de kusur incelemesi yaptırılması gereklidir. Çünkü işçi verdiği zararın ancak kusur oranına isabet eden kısmından sorumlu tutulacaktır.

İş hakimi hesap ve kusur bilirkişilerinin raporlarından yararlanarak hüküm kurar. Ancak yargıcın mutlaka raporu benimsemesi gerektiği yönünde bir kural yoktur. Aksine yargıç, gerekli görürse tekrar bilirkişi görüşüne başvurarak, itiraza uğrayan yada kamu düzeni ilkelerine aykırı gördüğü raporları benimsemeyebilir. (Bkz. Av. H. Argun Bozkurt- İş Davaları, Adil Yayınevi, 2001, sayfa 526-534)

Ancak kusur bilirkişiliğinde birbirine aykırı raporların varlığı halinde kusur bilirkişilerine bir birine aykırı raporların tezatlıklarının giderilmesi yönünde rapor düzenlenmesini, ve bu aykırılıklar giderildikten sonra bir sonuca gidilmesi de usul hükümleri gereğidir.

4)HESAP BİLİRKİŞİLERİNİN USUL HÜKÜMLERİNİ GÖZETMESİ :

Hesap bilirkişilerinin Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunundaki usul hükümlerini bilmeleri, bu kuraları Yargıtay 9, 10 ve 21 . HD kararları doğrultusunda raporlarında gözetmeleri şarttır.

Hesap raporu verebilmek için salt maddi hukuku bilmek yetmemektedir. Usul kuralları kimi zaman maddi hukukun da önüne geçebilmektedir. İşte bu nedenle iş yargısında rapor hazırlamadan önce bilinmesi gereken usul kurallarına kısaca değinmek gerekmektedir.

A)Hesap bilirkişisi HUMK 74 ncü ve 75 ncü maddelerdeki hususlarla bağlıdır.

Buradaki kurallar, talepten fazlasına karar verilemeyeceğini ve iddiada yada savunmada yer almayan hususları hatırlatacak tarzda işlem yapılamayacağını düzenler. (Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 3347-348)

Yargıç için getirilen HUMK 74 ve 75 nci maddeler hesap bilirkişisi içinde uygulanacaktır. Örneğin savunmayı veya iddiayı aşarak ibraz edilmeyen belgelerin ibrazını bilirkişi isteyemeyeceği gibi, hesap raporunda talep edilmeyen bir kalem alacak için hesap yaparak rapor düzenleyemez.

Buna göre HUMK 74 ncü maddede “..yargıç her iki tarafın sav ve savunmalarıyla bağlı olup ondan fazlası veya başka bir şey hakkında karar veremez. Gerçekleşecek duruma göre istemden eksik bir şeye

karar verilmesi mümkündür..”

HUMK 75 nci maddede ise “... yargıç iki taraftan birinin söylemediği bir şeyi veya savının nedenlerini kendiliğinden göz önüne alamaz ve onları hatırlatacak davranışlarda bulunamaz”

Rapor düzenlenirken talebin aşılması, talep edilmesi akla getirilmemiş hususlarda hatırlatmalar yapılması, ibraz edilmemiş veya savunulmamış bir ibra olgusunun araştırılmasının istenmesi olanaklı değildir. Nitekim Yargıtay 9. HD 1991 / 11080 Esas, 1991/16119 Karar sayılı ve 16.12.1991 tarihli kararında “...taraf kötüniyet tazminatı isterken, olayın sendikal tazminatı gerektirdiğini belirterek sendikal tazminat hesabı yapılmasını ve sendikal tazminata karar verilmesini yasaya ve usule aykırı bulmuştur. (Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 339)

Taraflar arasında tartışmalı olmayan hususlarda bilirkişi ihtilaf çıkaramaz. Davalının itiraz etmediği (ücret tutarı, çalışma süresi, aktin sona eriş biçimi vb) hususlar onun aleyhine usuli kazanılmış hak oluşturacaktır. Bilirkişi, taraflar arasında tartışması olmayan hususları ayıklamalı, tartışmalı olan konularda delilleri değerlendirilmelidir.

B) Defilerin Nazara Alınması :

Bilirkişi tarafların **usulüne uygun ve süresinde** ileri sürdüğü defileri nazara alarak rapor düzenlemelidir. “ Defi, davalının aslında borçlu bulunmasına rağmen, borçlu olduğu şeyi (edimi) özel bir nedenle yerine getirmemesini doğuran bir haktır.(Bkz.. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 78)

Defilere örnek vermek gerekirse zamanaşımı, karşılık borcun yerine getirilmediği, kefilin tartışma defidir. **Bunlardan zamanaşımı defi hesap bilirkişilerini yakından ilgilendirmektedir.**

İş Mahkemelerinde ilk duruşmada zamanaşımı definin ileri sürülmesi şarttır. İlk duruşmada ileri sürülmeyen zamanaşımı defi savunmanın genişletilmesi defi ile karşılaşılabılır. Ancak davacı bu yönde bir karşı koyma yapmazsa zamanaşımı defi nazara alınmalıdır. Karşı koymamanın açık veya karşı çıkmayarak (zımnen) olması mümkündür. Davacının zamanında yapılmayan zamanaşımı define karşı çıkmaması ha-

linde sonradan ileri sürülmesine rağmen zamanaşımı defi zamanında yapılmış gibi nazara alınmalıdır.

İlk duruşmada yapılmamasına rağmen sonradan ileri sürülen zamanaşımı define karşı, “savunmanın genişletilmesine muvafakat etmeyen “ davacı tutumu varsa, bilirkişi hesap yaparken zamanaşımı yokmuş gibi hesaplama yapmak zorundadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi çok uzun yıllar ıslahla zamanaşımı define bulunamayacağına hükmederken son zamanlarda verdiği kararlarda bu içtihadından ayrılmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi artık, zamanında yapılmayan zamanaşımı definin ıslah yoluyla yapılması halinde mahkemece nazara alınması gerektiğini, davacının karşı koymasının ıslah yoluyla yapılan zamanaşımı defini hükümsüz kılmayacağını kabul etmektedir.

Kanımca bu halde zamanaşımı dava tarihine göre değil, ıslah tarihine göre belirlenmelidir.

İş kazasından kaynaklanan maddi tazminatlar, ihbar-kıdem tazminatları, kötü niyet ve sendikalar tazminatları tazminat türünden olan tüm tazminat alacakları gibi 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Diğer işçilik alacakları ise (ücret, ikramiye, fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacakları, yıllık izin alacakları ve sair işçilik alacakları ise 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Zamanaşımı alacağın doğduğu aya-güne ve yıla göre işlemeye başlar. Örneğin 1.1.2000 tarihine ait bir ücret alacağı 1.1.2005 tarihinde zamanaşımına uğramıştır.

1.6.2000 tarihine ait ücret – fazla mesai ve sair işçilik alacakları ise 1.6.2005 tarihinde zamanaşımına uğrayacaktır.

1.1.1990 tarihinde iş kazasına uğrayan bir kişinin maddi-manevi tazminat hakkı 1.1.2000 tarihinde sona ermiştir.

Zamanaşımı dava tarihine göre belirlenmelidir. Dava tarihinden geriye doğru, 5 yıllık, 10 yıllık süreler uygulanmalıdır. Dava tarihi 1.1.2004 olan alacak davasında, 1.1.1999 öncesi (1998-1997-1996 ve devamı) ücret nevinden alacaklar zamanaşımına uğramıştır. Bilirkişi 1.1.1999- 1.1.2004 tarihine kadar gerçekleşen alacakları hesaplamalıdır. (Bkz. H. Argun Boz-

kurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 475-476)

Yıllık izin alacağına ise zamanaşımının işlemeye başladığı tarih akdin sona eriş tarihidir. Yıllık izin alacağı çalışırken ücret alacak davası açılarak istenemeyecek bir haktır. Yıllık izin fiilen kullanılması gereken bir haktır. Fiilen kullanılmayıp, çalışırken parasal karşılığı istenemez. Bu nedenle de yıllık izin alacağına zamanaşımı iş akdinin sona eriş tarihinden itibaren ileriye doğru 5 yıldır. Örneğin 1990-2005 tarihleri arasında çalışan bir kişi davasını 2007 yılında açmış ise hiçbir alacağı zamanaşımına uğramamıştır. Davacı 1990-2005 arası çalışmasına ait tüm yıllık izin alacaklarını isteyebilir.

Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi son zamanlardaki içtihatlarında çok uzun yıllara dayanan yıllık izin taleplerinden taksiri indirim yapılmasını istemektedir.

C) Belgelerin Dili :

İş yargısı içinde bordrolar, yıllık izin defteri, özlük dosyası, sigortalıya ait SGK sicil dosyası, ödeme makbuzları, ibranameler, tanık beyanları, müfettiş tutanakları, puantaj kayıtları, işyeri sicil dosyası, toplu iş sözleşmeleri ve hizmet akitleri büyük önem arz ederler. Bunlar iş yargısının temel kayıtlarıdır.

İş Hukukunda yasa, kural olarak hakların alt sınırını çizmiştir. Taraflar işçi lehine olmak kaydıyla yasalar da düzenlenen hakların fazlasını **toplu iş sözleşmeleri ya da hizmet akitleriyle** kararlaştırırlar. İşte bu halde hesap bilirkişisi bu belgelere göre hesaplama yapmak durumundadır. Örneğin, taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinde, yıllık izin yeni işe giren kişi için 30 gün olarak belirlenmiş ise, bilirkişi kanundan ayrılarak, davacının ödenmeyen izin hakkını hesaplarken bu sözleşme hükmünü esas alacaktır. Ancak, bilirkişinin yasanın emredici hükümlerine aykırı olarak yapılan ve asgari sınırların altına düşen düzenlemeler konusunda da dikkatli olması gereklidir. Örneğin kıdem tazminatı kazanmak için 2 tam yıl çalışmak gerekecektir şeklinde veya, ihbar öneleri 3 yılı aşan kişi için dahi 2 haftadır tarzındaki düzenlemelerin var olması halinde bu sözleşme hükümlerini değil, yasanın asgari olarak düzenlediği süreleri esas almak zorundadır.

Özlük dosyası hemen her davada celbi gereken ev-

raklardandır. Özlük dosyası içinde bulunan beyan, dilekçe ve belgeler doğru değerlendirilmelidir. Yine sigortalıya ait **sgk sicil dosyası** ve içeriği, işe giriş bildirgeleri, sgk hizmet cetveli, sigortalının SGK ya yaptığı başvurular, sigortalının giriş ve çıkışlarını gösterir kayıtlar ve prime esas kazanç bilgileri hesaplama verileridir.

Özlük dosyaları içinde yer alan, uyarı, ceza ve savunmalar kimi zaman akdin haklı nedenle fesih edilip edilmediği yönünde ışık tutar. İş akdinin feshine dair tutanaklar, yapılan fesih bildirimleri, işçinin iş güvenliği önlemleri konusunda eğitilip eğitilmediğine dair kayıt ve tebellüğ tutanakları da özlük dosyası içinde yer alması gereken belgelerdendir.

Kazaya uğrayan bir işçinin, kusur durumu tayin edilirken işçiye eğitim verilip verilmediği, iş güvenliği malzemelerinin verilip verilmediği hep özlük dosyası içindeki belgelerden anlaşılacaktır. Burada bilirkişinin işçinin imzasını araması gereklidir. İşçiye tebliğ edilmeyen, işçinin imzasını taşımayan belgeler şüphe ile karşılanmalıdır.

Kamu düzeninden sayılan **hizmet tespiti davaları**, yaşlılık aylığı davaları ve benzeri sosyal güvenlik kurumuna karşı açılacak davalarda ssk sicil dosyası içindeki belgelerdeki imza inkar edilmiyorsa ve imza araştırma sonucunda da sigortalıya ait çıkmış ise, bu takdirde ssk belgelerinin aksi ancak yazılı belge ile ispat edilebilir. Bu anlamda tanık beyanları, belgeler karşısında ihtiyatla karşılanmalıdır. (Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 302-306)

Yine bu tür davalarda (kamu düzeni= resen delil toplama) ücret bordrolarındaki imzalar da işçiye bağlamaktadır. Bordrolardaki imzalar işçiye ait ise bordroda yazılı ücretin üzerinde çalışma olgusu yine eşdeğer delil olan yazılı imzalı belge ile kanıtlanabilir.

(İmza incelemesinin nasıl yapılacağı yönünde Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 407)

Ticari defterler, iş yargısı içinde büyük önem taşımazlar. İşvereni bağlayan ancak işçiye karşı delil niteliği taşımayan ticari defter kayıtları ile işçi aleyhine sonuçlara varılamaz. Ticari defterlerdeki ödeme kayıtları, işçinin imzasıyla ikrar ettiği belge ve/veya

makbuzlara dayalı değil ise, tacirin defterlerindeki ödeme kaydı işçi yönünden bağlayıcı değildir.

İşçi ile işveren arasında yapılan delil sözleşmelerinin de işçiye bağlamaması gerekir. İşçi ile işveren arasında yapılan bu tip anlaşmalar, işçinin müzayaka altında imzalamak zorunda kaldığı belgeler olarak değerlendirilmelidir.

Bordrolardaki imzalar işçinin bordroda yazılı parayı aldığını ortaya koyar. Bordrolarda tahakkuk ettirilmeyen hafta tatili, fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil alacakları tanık dahil her tür delil ile ispatlanabilir. Yargıtay içtihatları, işveren kayıtlarının aksini iddia eden işçinin bunu ispat etmesini şart koşmaktadır. Çünkü iş yargısında da Medeni Kanun 6 ncı maddesine göre herkes iddia ettiği hususu ispat etmekle yükümlüdür. Ancak iş yargısında ispat yükü alanında işçilere tanınmış bazı ayrıcalıklar da yok değildir. Bir Yargıtay Hukuk genel Kurulu kararına da yansdığı üzere, işçi işveren kayıtlarının aksini her tür kanıtla ispat edebilir.

Bu anlamda İşçi, dinleteceği tanıklarla, **ihtirazı kayıt** koymamış olsa dahi, eğer bu kalemlerden dolayı bordroda görünen ödeme yoksa, hakkını ispat edebilir. İhtirazı kayıt konusunda belli bir ifade kalıbı yoktur.

İhtirazı kayıt için “ fazlaya dair haklar saklı olarak “ denebileceği gibi “ ihtiraz en alınmıştır”,

“dava hakkım saklıdır” gibi ifadeler de kullanılabilir.

Yargıtay az da olsa bordroda tahakkuk ettirilip işçilere ödenen işçilik alacakları varsa işçinin bordrolardaki kaydın aksini tanık beyanlarıyla çürütemeyeceğini, daha fazla hafta tatili, fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil alacakları olduğunu iddia ediyorsa bunu eşdeğer delil ile kanıtlanmasını (belgeye karşı işveren imzasını veya ikrarını içeren belge ile) şart koşmaktadır.

Ancak ihtirazi kayıt konmuş ise davacı işçi tanık dahil her tür kanıt ile bordroların aksini ispat etme olanağına sahiptir. (**İspat yükü konusunda** Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 323- 375)

İspat yükünün kimde olduğu, kimin neyi ispat zorunda olduğu hususlarının değerlendirilmesi de önem taşımaktadır. Medeni Kanunun 6 ncı maddesi-

ne göre herkes iddia ettiğini ispatla yükümlüdür. Örneğin aldığı ücretin bordroda kayıtlı olandan yüksek olduğunu iddia eden işçi bunu usulüne uygun olarak kanıtlamalıdır.

Tanık beyanları, İlgili Meslek Odası kayıtları, emsal kayıtlar (örneğin bir başka mahkemeden alınan emsal mahkeme kararları) bu hususta hesap bilirkişisine önemli bilgiler verir. İddia az da olsa kanıtlanamamışsa bordrolardan ayrılmaya gerek yoktur. Bu tür tartışmalı durumlarda bilirkişinin şıklı hesaplama yapması arzu edilir.

Puantaj kayıtları bordroların ve sair ödeme belgelerinin destekleyicisidir. Fazla mesai hesabı yada hafta tatili alacağı hesaplanırken yada ulusal bayram ve genel tatil alacakları hesaplanacakken puantaj tutulmuş ise bu kayıtlar çalışma günlerini ve saatlerini ortaya koyar ki, hesap bilirkişisi raporunu bu belgelere dayandırmak, tanık beyanları, iddia ve savunma ile bordroları bir potada eriterek hesaba ulaşmak zorundadır. Ancak bu alanda fazla ödemeye hak kazanılıp kazanılmamasının ispatı için yada bir diğer deyişle işçinin fazla mesai ve/veya hafta tatili zamlı ücretine hak kazandığını kanıtlayabilmesi için mutlaka puantaj kayıtları, devam çizelgelerinin aramaya da gerek yoktur. Puantaj kayıtları tutulmamış, böyle bir belge yok diyerek, işçinin zamlı ücret-fazla çalışma alacakları yok varsayılmaz. Diğer deliller de kanıt açısından elverişlidir.

İbranameler, hakkı ortadan kaldıran belgelerdir. İbranamenin değerlendirilmesi yargıcın görevidir. İbranamenin yorumu hesap bilirkişisinin görevi değildir. İbranamedeki ham bilgilere ve ifadelere dayanarak hesap raporu düzenlememek bilirkişinin görevi ile bağdaşmaz. (**İbranın Yargılamanın Yöntemsel Sürecine Etkisi bakımından** Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 410-423)

İbranameler konusunda Yargıtay yeni içtihatlar geliştirmektedir. Olayların özellikleri ibranamelerin kabulü ve yorumu konusunda farklı kararlar doğmasına neden olmaktadır. Bunlardan ilki, miktar olmasa dahi, işçilik alacakları ismen sayılmışsa bu tarz bir ibranamenin ismen sayılan haklar yönünden geçerli olduğudur.

İbranameye miktar belirtilmiş fakat aynı zamanda

işçilik hakları ismen sayılmışsa, bu takdirde ibranameyi makbuz olarak kabul etmek gerekmektedir. İşçinin istediği haklar hesaplanır ve buradaki rakamdan düşülür. Fark varsa buna hükmedilir.

Bunun yanı sıra, işçilik hakları ismen belirtilmemişse ve soyut ifadelerle ibra alınmışsa böyle bir ibra belgesi geçerli değildir.

Yine iş ilişkisi devam ederken alınan ibranamelerin geçerli olamayacağı da bir başka Yargıtay kararı gereğidir.

Belgelerin eksikliği hali de hesap bilirkişilerinin dikkat etmesi hususlardandır. İddia edilmesine rağmen toplanmamış deliller, eksik gelen kayıtlar davanın esaslı noktalarında hesap yapmayı engelliyor ise, hesap bilirkişi ön rapor vermelidir. Ancak burada HUMK 74 ve 75 nci maddeleri önemle gözetilmelidir. Bilirkişi, taraflara bir şans daha verecek tarzda ön rapor düzenlememelidir.

Hizmet tespiti davasında gelmeyen ücret bordroları veya dosyaya celp edilmeyen SSK dönem bordrolarına rağmen rapor düzenlenemeyeceği gibi, kıdem tazminatı alacağı davasında ücret bordroları celp olmadan, ssk hizmet cetveli veya işe giriş bildirgesi celp edilmeden taraflar arasında tartışmalı olan çalışma süresi ve/veya ücret hakkında yorum yoluyla hesaba gidilemez.

Emsal mahkeme kararları ndan kastettiğimiz, **kesin hükümdür**. Hesap bilirkişisi HUMK 237 nci maddesinde düzenlenen kesin hükmü nazara almak zorundadır. Davanın miktarı, sebebi ve tarafları aynı ise ortada kesin hüküm vardır. Bu halde, kesinleşen karardaki olgulara ters hesaplama yapmamak gerekmektedir.

Yargıtay 10 Hukuk Dairesi 1982/5997 Esas, 1983 / 21 Karar sayılı ve 17.1.1983 tarihli kararında, hizmet tespiti davalarında HUMK 237 nci maddeyi farklı değerlendirmektedir. Alacak davasındaki tespit hükmünün SSK nın taraf olmadığı davada alındığını bu nedenle, hizmet tespiti davasında, alacak davası ilamındaki çalışma olgusu ve çalışma süresi ile ücret tutarının kesin delil teşkil etmeyeceğini bu nedenle, mahkemenin alacak davasındaki tespit hükümleriyle bağlı olmadığına karar vermektedir. (Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 610-611)

Ancak her ne olursa olsun bu karar bir delil olarak yine de hukuksal bir değer ve anlam taşımaktadır.

Aynı işverene karşı bir başka işçinin önceden açtığı davadaki mahkeme kararı da emsal karar olup, bu kararda fazla mesai yapıldığı, hafta tatillerinde de işyerinin açık olduğu gibi hususlar kesinleşmiş ise, bilirkişinin hesaplama yaparken bu emsal kararı (işveren yönünden kesin delil teşkil eden bu kararı) nazara alarak hesaplama yapılmalıdır.

Tanık beyanlarının değeri; iş yargısı içinde hesap bilirkişilerini en çok meşgul eden husus tanık beyanlarının nasıl değerlendirilmesi gerektiği, onların yorumu olmaktadır. Çoğu zaman tanık beyanlarına bakılarak haklar hesaplanmaktadır. Tanıkların beyanının haftada 45 saat üzerinde bir çalışmayı işaret etmesi halinde fazla mesai alacağı hesaplanmaktadır. Yine, ücretin tutarından tutun da işe giriş tarihine kadar pek çok hayati hususa tanık beyanları yön verebilmektedir. Dava açan davacının hafta tatili kullanmadığını, hafta tatillerinde çalışma olduğunu bize çoğu zaman tanıklar söylemektedir. Aynı şeyleri ulusal bayram ve genel tatiller için de söyleyebiliriz.

Tanık beyanları işçiler açısından son derece işlevsel iken, işveren açısından tanık beyanlarının aynı değer ve önemde olduğunu söylemek olanaklı değildir. İşveren tutmasını kanunun emrettiği belge ve kayıtlar ile hak ve hukukunu savunabilir. İşveren tanık beyanları ile işçisine yıllık izin kullandırdığını, fazla mesai dahil her tür ödemesini tam yaptığını ispat edemez. İşveren bordro, hesap pusulası, yıllık izin defteri gibi yasal belgelerle ödeme-kullandırma –verme gibi karşı edimlerini ispat edebilir. Bu hususların da hesap bilirkişileri tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Müfettiş Tutanaklarının değeri de iş yargısı içinde önemli bir yer tutmaktadır. Yetkili memurlar tarafından tutulan tutanaklar aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan güçlü kanıtlardır. Çıkan uyuşmazlık sırasında yapılmış bir iş yada sigorta müfettişi tahkikatı varsa bu kayıtlar dikkatle incelenmeli, gereken önem verilmelidir. Gerek **506 sayılı yasanın 130 ncu maddesi, gerekse 4857 sayılı İş Kanununun 92 nci maddesi ve HUMK 295 / 1** maddeleri yetkili memurların tuttıkları kayıtların ve tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduklarını belirtmektedir.

Hesap bilirkişileri yetkili bu memurların (iş ve SGK

müfettişi vb) tahkikat evraklarını, tahkikat sonucunu çürütmeye elverişli delil olmaması halinde raporlarına halin elverdiği ölçüde esas almaları gerekmektedir.

Müfettiş tutanaklarının aksi ancak güçlü delillerle çürütülebilir. Örneğin müfettiş raporlarını soyut tanık beyanlarıyla çürütmek olanaklı değildir. Yine, davacı işçinin müfettişe verdiği beyanlar açtığı davada kendisini bağlayacaktır. Bu anlamda hesap bilirkişisi tartışmalı hususlarda bu bilgilere, davacı işçinin yada davalı işverenin imzalı ikrarı olup olmadığına dikkat etmesi gerekmektedir. (**Müfettiş raporlarının gücü hakkında** (Bkz. H. Argun Bozkurt –İş Yargılaması Usul Hukuku, 2003, 2. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa: 383-394))

5) İŞ YARGISINDA ALACAK TÜRLERİ VE HESAPLAMALAR:

Burada iş yargısını meşgul eden tüm alacaklara dair detaylı hesaplama bilgileri vermenin olanağı bulunmamaktadır. Temel konular ana hatlarıyla ele alınacaktır. Kaynak sıkıntısı olmayan konularda sadece atıflar yapılacaktır.

Kıdem tazminatı, İhbar tazminatı, Hafta tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Alacakları gibi alacak kalemlerinde çok sayıda örnek raporlar, emsal kararlar, detaylı açıklamaları içeren kitaplar bulmak mümkündür. Bu konularda ilgili kanun maddelerine ve kaynak kitaplara göndermeler yapılacaktır.

Bu yazıda hedeflenen, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu çerçevesinde gerçekleşen değişiklikleri ele alarak, İş Yargısı hesap raporları kısmını ele almak olacaktır. Bu şekilde 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Kanunu ve getirdikleri, değişiklikleri ile alacak hesaplamalarında dikkat edilmesi gereken hususlar okuyucuya sunulacaktır.

A)Kıdem tazminatı....:Bu konuda bilgiye ulaşmak son derece kolaydır. Kıdem tazminatına hak kazanma şartları (1475 sayılı Yasanın 14 ncü maddesinde açıkça belirtilmiştir), hizmet süresini en az 1 yıl olması, fasıllı hizmetler aynı işverene ait ise bu sürelerin toplanabileceği, kıdem tazminatının hesaplanma özellikleri, yasaya göre her tam yıla göre 30 günlük giydirilmiş ücretten, artan süreler için de oranlama yapılarak hesaplama yapılabileceği, kıdem tazminatının 30 günlük tutarının emeklilik ikramiyesini

geçemeyeceğine dair tavan sorunu bulunduğu, faiz olarak en yüksek banka mevduat faizi istenebileceği ve benzeri hususlar konusunda sınırsız kaynaklar bulmak mümkündür. Bu nedenle iş yargısının bu en önemli konusunda 4857 Yeni İş Kanununda önemli bir değişiklik bulunmadığından açıklamamızı kısa keseceğiz. (**Kıdem tazminatı hakkında detaylı bilgi, (şartları, örnek dilekçeleri, hesap raporları) için**, Bkz- Av. H. Argun Bozkurt –İş Davaları, Adil Yayınevi, 2001, sayfa 787-828, Ankara)

Kıdem tazminatı hesaplaması hakkında örnek Yargıtay kararlarının bilinmesinde büyük yararlar bulunmaktadır. Bu alanda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay'ın **Şerhli İş Kanunu Şerhi** adlı Yetkin Yayınevi tarafından yayımlanan kitabı bir diğer önemli başvuru kaynağıdır.

B)İhbar tazminatı- Kötüniyet Tazminatı Birlikte-liği:

Bu alandaki en önemli değişiklik, ihbar tazminatı ile kötüniyet tazminatının birlikte ayrı ayrı istenebilir hale gelmesidir.

Belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedilmesi halinde ihbar tazminatı istenebilir hale gelir. Akdi haklı nedenle fesh etmiş dahi olsa, akdi fesh eden ihbar tazminatı isteyemez. Belirli süreli iş aktiyle çalışanlar ihbar tazminatı isteyemez. İhbar tazminatı hükümleri nispi emredici hükümler olup, işçi yararına artırılarak sözleşme veya TİS ile değiştirilmesi mümkündür.

Kötüniyet tazminatı ise, yeni yasaya göre ihbar tazminatı ile birlikte istenebilecektir. Ancak kötüniyet tazminatı, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler tarafından istenebilecektir. İş güvencesi kapsamında çalışan bir işçi, aktin feshi ne suretle olursa olsun, kötüniyet tazminatı isteyemez.

İşveren tarafından zorlama yoluyla verilen ücretsiz izinler işverenin iş aktini haksız bildirimsiz feshi anlamındadır. Mevsimlik işçinin yeni kampanya döneminde usulüne uygun çalıştırılmak için çağrılmaması da feshin işveren tarafından bildirimsiz-usulsüz yapıldığını ortaya koyar ve bu hal çağrılmayan işçiye ihbar ve kıdem tazminatı isteme hakkı verir.

İşverene ihbar öneli tanımadan işi haksız terk eden

işçi de işverene ihbar tazminatı ödemek zorundadır.

İhbar tazminatı geniş anlamda ücretten bir diğer deyişle giydirilmiş ücretten hesaplanır. Yani devamlılık taşıyan, akdi veya kanuni nitelikli nakdi veya ayni ödemelerin brüt tutarından hesaplama yapılır.

Çalışma süresine göre ihbar önelleri de değişmektedir. İş 6aya kadar için 2 hafta, 6ay-1,5 yıla kadar sürmüş olana 4 hafta, 1,5 yıldan 3 yıla kadar sürmüş olana 6 hafta, işi üç yıldan fazla sürmüş olana 8 hafta ihbar öneli verilmelidir. Yasaca düzenlenen bu asgari öneller işçiye tanınmaz ise bu süreler kadar ihbar tazminatı ödenmelidir.

İhbar tazminatından %06,6 damga vergisi(1.1.2010 dan itibaren, daha önce %06 idi) ve %15 gelir vergisi kesilir.

Giydirilmiş ücreti günlük 40 YTL olan, 2,5 yıl çalışan bir kimsenin ihbar tazminatı alacağı ise:

40 YTL X 6 hafta X 7 gün = 1.680 YTL brüttür.

%06,6 damga vergisi 11,08 YTL

%15 gelir vergisi ise : 252 YTL dir.

Toplam kesinti:263,08 YTL dir.

Net İhbar tazminatı ise: 1.680 – 263,08 = 1.416,92 YTL dir.

İhbar tazminatı bir tazminat olmakla 10 yıllık zama-naşımına tabidir.

İhbar bildirimimin yasada öngörülen sürede yapılması yanı sıra, iş arama izninin de verilmesi gerekmektedir. 27.nci maddeye göre iş akdi fesih edileceği bildirilen işçiye, her gün için en az 2 saat iş arama izni verilmelidir. İşveren iş akdini fesih edeceğini önceden bildirmesine rağmen, işçiye iş arama iznini kullandırmaz ise, yasa gereğince işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder.

Örneğin saat ücreti 10 YTL olan bir kimseye 8 haftalık ihbar öneli boyunca hiç iş arama izni verilmez ise, işçinin alacağı

8 X 7 gün X 3 YTL X %100 X 2 saat = 672 YTL dir.

Kötü niyet tazminatı ise yine 4857 sayılı Yeni İş Kanununun 17 /V inci maddesinde düzenlenmiştir.

Kötü niyet tazminatı isteyebilmek için o işçinin 4857 sayılı Yasanın 18,19,20 ve 21 inci maddelerinde düzenlenen iş güvencesinin olmaması gereklidir. Eğer işçi iş güvencesi kapsamında bir işyerinde çalışıyor ise, kötü niyet tazminatı isteyemez.

Kötü niyet tazminatı iş güvencesi uygulaması dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre eğer işveren, işçisinin iş akdini fesih ederken, fesih hakkını kötüye kullanmış ise, işçi kötü niyet tazminatı isteyebilecektir. İşçinin yaptığı şikayet üzerine işverenin akdi fesih etmesi, işverenin taraf olduğu bir davada işçinin işverenin hoşuna gitmez tarzda fakat doğru ifade vermesi nedeniyle duyulan kızgınlıkla yapılan fesihler kötü niyetli fesihlerdir.

Kötü niyetin varlığını hesap bilirkişi araştırmamalıdır. Bu hususun takdiri mahkemeye aittir. Bu anlamda bilirkişi sadece hesap yapmakla yetinmelidir. Kişisel görüşü ile, “olayda kötü niyet yoktur işçi kötü niyet tazminatı isteyemez “ demesi ve hesap raporu düzenlememesi kabul edilemez.

Toplu İş Sözleşmesinin yürürlüğe girmesine 1 gün kala akdin fesih edilmesi yada asgari ücret artışından çok kısa bir süre önce akdin fesih edilmesi kötü niyetin varlığını göstermemektedir.

(Bkz. Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay- İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınevi, 2004, Ankara.)

4857 sayılı İş Yasasının 17 / V maddesine göre, akdin feshi kötü niyetli ise ve fesih için bildirim şartına uyulmamışsa davacı işçiye ihbar tazminatı yanı sıra kötü niyet tazminatı da verilmek zorundadır. Kötü niyet tazminatı ihbar önellerine ait ücretin 3 katı tutarındaki tazminattır.

Yukarıdaki ihbar tazminatına hak kazanan işçinin kötü niyet tazminatı ise :

40 YTL X 6 hafta X 7 gün X 3 katı = 5.040 YTL brüttür.

C) FAZLA MESAI ÜCRETİNİN HESAPLANMASI:

Fazla mesai alacağının hesabı konusunda da 4857

sayılı yasada önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunların başında fazla çalışma ve fazla sürelerle yapılan çalışma ayrımı gelmektedir. Ayrıca telafi çalışması kavramı da bu alandaki yeni düzenlemelerdir.

Kanununun 63 üncü maddesine göre genel anlamda çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Buna göre bir çalışmaya fazla çalışma diyebilmek için çalışmanın haftalık 45 saati aşması gerekmektedir.

İş Kanunu 41nci madde ve 63 ncü maddeye göre fazla çalışmanın saptanmasında, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresi olan 45 saati aşmaz ise, işçinin fazla mesai ücreti talep etmesi olanaklı değildir.

Fazla çalışma ücretine hak kazanan bir işçiye ise saat ücretinin %50 zamlı ödenmesi gerekmektedir.

4857 sayılı Yasanın 63 ncü maddesinde, aylık periyot içinde günlük çalışma süresinin 11 saate kadar çıkarılabileceği, salt bir ay içinde haftalık 45 saatin aşılmasının fazla mesai ödemesini gerektirmeyeceği, 2 aylık periyodun esas alınması gerektiğine dair hükmü karşısında, eski hesaplama sisteminin de terki gerekmektedir.

Hesap yapılırken iş süreleri yönünden denkleştirme yapıp yapılmadığı, hangi aylarda denkleştirme yapıldığı (burada davalının savunmasına bakılmalıdır.) en fazla 2 aylık denkleştirme süresinin yapılabileceği nazara alınarak, davacının denkleştirme süresi içinde kaç saat çalıştığı, haftada 45 saatten hesaplandığında işçinin kaç saat fazla çalışma yaptığı bulunabilir.

Eğer bu yönde davalının ileri sürdüğü bir savunma yoksa denkleştirmeye göre 2 aylık periyotları esas almaya gerek yoktur.

Örneğin 8 haftalık bir denkleştirme dönemi kararlaştırılmışsa, bu sekiz haftalık dönemin toplamında 360 saati aşan çalışmalara fazla çalışma ücreti ödenir. (Bkz. Av. Mehmet Uçum- Yeni İş Kanunu Seminer Notları-Legal Yayınevi, 2003, İstanbul, sayfa 69)

8 haftalık dönemde 380 saat çalıştırılan bir işçi, yevmiyesi 20 YTL net ise %50 fazla çalışma ücreti hesabı şöyledir.:

380-360 = 20 saat fazla çalışma süresi

20 YTL / 7,5 saat=2,67 YTL net saat ücretidir.

20 saat X 2,67 YTL X %50 zam= 80,20 YTL dir.

Fazla süreli çalışma konusu da hesap bilirkişilerini meşgul edecek bir diğer husustur. 4857 sayılı İş Kanunu 41 inci maddedeki düzenleme fazla süreli çalışma kavramını İş Hukukuna kazandırmıştır.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ise, denkleştirme esasları içinde ortalama haftalık çalışma süresini aşan, fakat 45 saatlik kanuni haftalık çalışma süresinin altında kalan süreler fazla süreli çalışma olarak kabul edilmiştir.

Bu yeni düzenleme çerçevesinde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmayacakları gibi, 45 saatin altında belirlenen ortalama haftalık çalışma süreleri üzerinde de oldukları için bu tür çalışmalar fazla süreli çalışma olarak değerlendirilmiştir.

Bu çalışmalar için fazla mesai ödemesinde olduğu gibi saat ücreti %50 (yüzde elli) zamlı ödenmeyecektir. Yeni düzenleme ile fazla süreli çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına miktarının %25 (yüzde yirmi beş) yükseltilmesi ile ödeneceği kabul edilmiştir. (Bkz. Remzi Özmen- Yeni Karşılaştırmalı-Notlu İş Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, sayfa:108)

Örneğin sözleşmesinde (İş akti veya Tis) haftalık çalışma süresi 40 saat olarak kabul edilen bir kimse denkleştirmeye rağmen 8 haftalık periyotta haftalık ortalama 47 saat çalışmışsa bu kişinin fazla süreli ve fazla çalışma alacakları doğacaktır. Yevmiyesi 20 YTL den bu kişinin alacağı:

20 YTL yevmiyenin %25 fazlası = 20 X 1.25 = 25 YTL

20 YTL nin %50 fazlası : 20 X 1.50 = 30 YTL dir.

Buna bu işçi 5 saat fazla süreli çalışma, 2 saat de fazla çalışma yapmıştır. Buna göre alacakları:

25 YTL X 8 hafta X 7 gün X 5 saat = 7.000 YTL fazla süreli çalışma

Bu işçinin fazla çalışmaları ise :

30 YTL X 8 hafta X 7 gün X 2 saat = 3.360 YTL fazla çalışma ücreti alacaktır.

Bu maddede yapılan önemli bir değişiklik de, fazla çalışma veya fazla süreli çalışma yapan işçilere iste-

meleri halinde, bu çalışmaların karşılığı olarak zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı fazla süreli çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilme imkanının tanınmasıdır. Bu durumda işçi isterse yaptığı günlük çalışma süreleri üzerindeki çalışması için zamlı ücret alabilecek, isterse çalıştığı sürelerin karşılığını serbest zamanlı olarak kullanabilecektir. İşçi hak ettiği bu serbest zamanı 6 ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın kullanacaktır.

KAYNAKÇA

Cevdet İlhan Günay- İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri-Yetkin Yayınları,2004,Ankara.

H. Argun Bozkurt - İş davaları, Adil Yayınevi, 2001, Ankara.

İş Yargılaması Usul Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2003, Ankara.

Kıdem ve İhbar tazminatı Hesaplaması, İş ve Hukuk Dergisi, Sayı:242, İst.

Mehmet Uçum - Yeni İş Kanunu Seminer Notları-Legal Yayınevi, 2003, İstanbul.

Remzi Özmen - Yeni Karşılaştırmalı-Notlu İş Kanunu, Seçkin Yayınevi, 2003, Ankara.