

HMK.190 - İspat yükü - İctihatlar

Fazla çalışma alacağının, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olduğu- Tarafların uhdesinde bulunan ancak ibraz edilmeyen delillerin mahkemece re'sen getirtilmesinin, "taraflarca hazırlama ilkesine" (HMK. mad. 25) aykırı olacağı - Uyuşmazlık konusu fazla çalışma alacağının davacı tanık beyanlarına göre hesaplanıp hüküm altına alınmasının isabetli olduğu-

Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İzmir 2. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 29.12.2011 tarihli ve 2010/806 E.-2011/795 K. sayılı kararın temyizen incelenmesi davalılardan Milli Savunma Bakanlığı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 29.11.2012 tarihli ve 2012/7446 E.- 2012/26742 K. sayılı kararı ile;

"...Dava, davacının kıdem ve ihbar tazminatı, ücret, yıllık izin, genel tatil ve fazla mesai alacağı istemine ilişkindir.

Davalı Milli Savunma Bakanlığı davacının kendi işçileri olmadığını, yüklenici firma ile aralarında asıl işveren alt işveren ilişkilerinin bulunmadığını, sorumlu olmadıklarından davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin 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. 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 anlaşıyorsa, 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 görünen 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.

HMK.190 - İspat yükü - İçtihatlar

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.

Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla mesai konusunda hesap yapılırken davacı ile birlikte işten çıkarılan ve menfaat birliktelikleri olan tanık anlatımları dikkate alınmıştır. Mahkemece fazla çalışam konusunda sadece bu iki tanık anlatımına dayanılarak hüküm kurulması hatalıdır. Oysa çalışmanın geçtiği yer resmi kuruma ait olup alt işverene verilen yemek işini alan firmalardaki tüm çalışma süresine ait bordrolar ve eğer banka hesabına ücret ödemesi yapılıyorsa bunlara ilişkin ekstreler getirilmelidir. Ayrıca işyerinde yapılan çalışmalara ilişkin görev tanımları, işyerinin askeri lise olmasına göre giriş ve çıkışları gösteren nizamıye kayıtları ile puantaj belgeleri dosya arasına alınmalı, işyerinde kaç personel çalıştığı, bunların sözü edilen işyerinde haftada kaç gün, kaç saat çalıştıkları belirlenip tüm deliller birlikte değerlendirilerek gerekirse işyerinde uzman bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak fazla mesai alacağının varlığı saptanmalıdır. Mahkemece yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Milli Savunma Bakanlığı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin asıl işveren olan davalı Milli Savunma Bakanlığına (Bakanlık/İdare) bağlı Maltepe Askeri Lisesi Komutanlığı yemekhane ve mutfağında en son davalı şirket işçisi olarak 04.09.2008 tarihinden işten haksız olarak çıkarıldığı 11.05.2010 tarihine kadar çalıştığını, haftanın altı günü günde 12 saat çalıştığını, iş yerinde 08.00-20.00 ve 20.00-08.00 saatleri arasında olmak üzere iki vardiya bulunduğunu, ayrıca ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de çalışmaya devam ettiğini, aylık ücretinin brüt 729,00TL olup aynı olarak yemek ve servis yardımlarından yararlandığını, yıllık izinlerinin tamamını kullanmadığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla fazla çalışma alacağı ile bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı Bakanlık vekili, davanın reddini savunmuş, diğer davalı şirket ise cevap dilekçesi vermemiştir.

Mahkemece, davalı Bakanlığın asıl işveren konumunda olduğu, davacının asıl işverenin işinde olmak üzere alt işverenler nezdinde 04.09.2008-11.05.2010 tarihleri arasında çalıştığı,

HMK.190 - İspat yükü - İçtihatlar

ihalenin bitmesi şeklindeki fesih nedeni dikkate alındığında davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı, davacı tanık beyanlarına göre haftada 18 saat fazla çalışma yapıp dini bayramlar ile tüm resmi bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı, bu alacaklarından 1/3 oranında indirim yapılmak suretiyle her iki davalı yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı Milli Savunma Bakanlığı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemece, önceki gerekçeye ilaveten 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25'inci ve 31'inci maddelerine değinildikten sonra, tarafların sunduğu tüm belgelerin incelenerek sonuca gidildiği, davalı Bakanlığın yargılama sırasında eksik inceleme yapıldığı yönünde bir talebi bulunmadığı ve bu hususu temyiz konusu da yapmadığı hâlde dosyaya sunulmayan delillerin resen getirilmesinin yargılama hukukuna ilişkin genel ilkelere aykırı olduğu belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı Milli Savunma Bakanlığı vekili tarafından temyize getirilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önün gelen uyuşmazlık, somut olayda fazla çalışma yapıldığının ispatı bakımından sadece davacı ile aynı tarihte işten çıkarılmış tanık beyanları ile sonuca gidilmesinin mümkün olup olmadığı; burada varılacak sonuca göre, davacıyı çalıştıran alt işverenler ve asıl işveren olan davalı Bakanlık nezdindeki kayıt ve belgelerin getirilmesinin ve gerektiğinde iş yerinde uzman bilirkişi katılımı ile keşif yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için, hâkimin davayı aydınlatma yükümü ile davanın dayanağını oluşturan fazla çalışma iddiasının ispat koşulları üzerinde durulması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, ispat yükü kural olarak davacıya düşer; yani, davacı davasını dayandırdığı olguları ispat etmelidir.

Yine kural olarak herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, kendisine ispat yükü düşmeyen diğer tarafın onun iddiasının aksini ispat etmesine gerek yoktur; o olgu ispat edilmemiş sayılır.

Fakat kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, ispat yükü kendisinde olan diğer tarafın iddiasını ispat etmesini beklemeden, onun iddiasının aksini ispat için delil gösterebilir. İşte bu delile, karşı (mukabil) delil denir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı HMK/HMK) konuya ilişkin ve "Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi" başlıklı 194'üncü maddesi uyarınca;

"(1)Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır.

(2)Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur."

HMK.190 - İspat yükü - İçtihatlar

Maddenin gerekçesine göre: “Bu hükümle, somutlaştırma yükünün (194/1) delillerle ilişkisi ortaya konulmuştur. Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar.”

Ancak iki hâli birbirinden ayırt etmek gerekmektedir:

a) Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda; hâkim, davanın ispatı için gereken bütün delillere kendiliğinden başvurur; taraflar da duruşma bitinceye kadar delil gösterebilirler. Dava ile ilgili olguların hazırlanmasında, tarafların yanında, hâkimin de görevli olmasına, kendiliğinden araştırma ilkesi denir. Bu ilke kamu düzenini ilgilendiren çekişmeli davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde önem gösterir.

b) Taraflarca getirilme (hazırlama) ilkesinin uygulandığı davalarda, deliller kural olarak taraflarca gösterilir. Hâkim delillere kendiliğinden başvuramaz.

Dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemelerinin mahkemeye kimin tarafından getirileceğiyle ilgili bir ilkedir. Buna göre, hâkim, kendiliğinden, taraflarca ileri sürülmemiş vakıaları araştıramaz, hükmüne esas alamaz. Mahkeme, sadece tarafların getirdiği vakılara göre talep sonucunu inceleyip karar verir.

Taraflarca getirilme ilkesi 6100 sayılı HMK’nın 25’inci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.”

Bu ilkenin bir sonucu olarak mahkeme, sadece taraflarca ileri sürülen vakıaları inceleyebilir.

Belirtilmelidir ki hâkim, olayın aydınlatılması için taraflardan delil ikamesini isteyebilir, ancak tarafa belli bir delili hatırlatamaz.

Mahkemenin hüküm vermesi için, kendisine yöneltilen talebin formüle edilmesi ve ileri sürülmesi tarafların görevi ise de, bunları anlamlandırmak veya gerektiğinde açıklattırmak hâkimin görevidir. Ancak bu durum, hâkimin tarafların ileri sürmediği vakıaları ileri sürmelerine imkân vermesi veya hatırlatması anlamını taşımaz. Burada mevcut olmayanın talep edilmeyenin ortaya çıkartılması değil, talep edilenin netleştirilmesi, aydınlatılması, belirlenmesi söz konusudur.

Taraflarca getirilme ilkesi, hâkimin soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi (m. 31) çerçevesinde yumuşatılmıştır (Pekcanıtez, H./A., O./Özekes, M.; Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, 2011, s. 248 vd).

6100 sayılı HMK’nın “Hâkimin davayı aydınlatma görevi” başlıklı 31’inci maddesine göre, “Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda, maddi veya hukuki

HMK.190 - İspat yükü - İçtihatlar

açından belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.”

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar “açıklama yaptırabilir” denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir “ödev” olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir (Pekcanitez/A./Özekes, s. 248 vd).

Görüldüğü üzere, hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 31'inci maddede, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü konular hakkında taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, kanıt gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiştir.

Bu aşamada, davanın dayanağını oluşturan fazla çalışma iddiasının ispat koşulları üzerinde de durulması gerekmektedir.

Gerek mülga 1475 sayılı İş Kanunu, gerekse hâlen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatı, genel hükümlere tabidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6'ncı maddesi uyarınca, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”

Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, kural olarak, bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

Fiili bir olgu söz konusu olduğundan kural olarak işçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Bu kapsamda, iş davalarında sıklıkla başvurulacak delillerden biri olan tanık beyanı, takdiri bir delildir; hâkimi bağlamaz ancak hâkim, tanık beyanını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar veremez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanının neden kabul edildiği ya da edilmediği açıklanmalıdır.

Belirtmelidir ki, tanık beyanları arasında veya tanık beyanı ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğu takdirde, sadece tanık sözlerine dayanılarak hüküm tesis edilmesi mümkün değildir.

Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 05.06.2015 tarihli ve 2013/22-2392 E.-2015/1518 K.; 09.12.2015 tarihli ve 2015/22-1474 E.-2015/2854 K. ve 29.06.2016 tarihli ve 2015/22-1444 E.-2016/869 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı vekili,

HMK.190 - İspat yükü - İçtihatlar

müvekkilinin davalı Bakanlığa bağlı Maltepe Askeri Lisesi Komutanlığı yemekhane ve mutfağında alt işveren işçisi olarak çalıştığını, iş yerinde 08.00-20.00 veya 20.00-08.00 saatleri arasında iki vardiya hâlinde çalışıldığını iddia ederek diğer alacaklar yanında fazla çalışma alacağının da davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Milli Savunma Bakanlığı vekili müvekkili idarenin taraf sıfatının bulunmadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuş iken; davalı şirket davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davacı tanık beyanları esas alınarak davacının haftada 18 saat fazla çalışma yaptığından bahisle 1/3 oranında karineye dayalı indirim uygulanmak suretiyle fazla çalışma alacağı hüküm altına alınmıştır.

Davalı Bakanlığa ait iş yerinde alt işveren işçisi olarak çalışan davacı tanıkları davacının iddialarını doğrular yönde beyanda bulunmuşlardır. Ayrıca davacı tanıklarının davalı aleyhine işçilik alacaklarının tahsili amacıyla açtıkları benzer davalar olduğu da görülmüştür. Her ne kadar kural olarak salt menfaat birlikteliği bulunan tanık anlatımları dikkate alınarak fazla çalışma alacağının hüküm altına alınması mümkün değilse de, davacı tanıklarının açtıkları davalarda mahkemelerce yapılan yargılama neticesinde iş yerinde günde iki vardiya hâlinde ve 12 saat çalışıldığının kabulü ile fazla çalışma alacaklarının hüküm altına alındığı, bu kararların davalı Bakanlık vekili tarafından temyizi üzerine Yargıtay tarafından onandığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla aynı iş yerinde benzer işi yapan davacı tanıklarının açtığı davalarda tespit edilen bu çalışma süresi ve vardiya sayısı kesinleştiği gibi davalı iş yerinin askeri bir kurum olup iş yerine giriş ve çıkışların sıkı kurallara bağlandığı da görülmekle davacının açtığı eldeki dava yönünden kesinleşen bu davaların kuvvetli delil niteliğinde olduğu açıktır. Davacı tanıklarının açtıkları işçilik alacakları davalarının kesinleşmesi nedeniyle bu tanıkların menfaat birlikteliği içinde beyanda bulunduklarının kabulü de mümkün değildir.

Öte yandan Milli Savunma Bakanlığı İzmir İç Tedarik Bölge Başkanlığı ile davalı şirket arasında yapılan İ... M.. Askeri Lisesi Komutanlığına ait Hazır Yemek Hizmeti Sözleşmesinin 5'inci maddesinde işin tanımının ... Askeri Lisesi Komutanlığında mevcut 940 personel (303 günx3 öğün) için hazır yemek hizmeti alımı olarak tanımlanmış olup hizmet alım sözleşmesi ile alt işverene bırakılan işin niteliği dikkate alındığında işin fazla çalışma yapılmasına elverişli olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte gerek davacı gerekse davalı Bakanlık vekilleri delil listelerinde iş yeri kayıtlarına da dayanmışlardır. Ne var ki; davalı Bakanlık vekili delil olarak ihale dosyası, hizmet alım sözleşmeleri, teknik şartnameler, ücret bordroları, ödeme emri belgeleri, ilan tutanakları, bilirkişi incelemesi ve gerektiğinde her türlü delil olarak göstermiş, ayrıca dava safahatı sırasında İdareden gelen delil-belge sunma ve beyanda bulunma haklarının saklı tutulmasını talep etmiştir. Buna karşılık davalı vekili 08.12.2010 tarihli duruşmada cevap dilekçesini tekrar ettiğini ve delil listesini sunduğunu belirtmiş ise de, Mahkemece, ihbar olunan dava dışı şirkete yapılacak tebligat giderini yatırması için davalı vekiline kesin süre verildiği ancak dosya kapsamında masrafin yatırıldığına dair bir kayda rastlanılmadığı gibi delillerini ibraz etmesi ve varsa tanıklarını bildirmesi için verilen süreler içerisinde uhdesinde bulunan çalışma şekli ve süresini gösteren (puantaj kayıtları, iş yeri giriş çıkış kayıtları,

HMK.190 - İspat yükü - İçtihatlar

vardiya sayısının tespitine ilişkin belgeler vs) kayıtları ibraz etmediği gibi tanık da göstermediği anlaşılmıştır.

Uyuşmazlık konusu fazla çalışma alacağı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olup, tarafların uhdesinde bulunan ancak ibraz edilmeyen delillerin mahkemece resen getirilmesi, 6100 sayılı HMK'nın 25'inci maddesinde ifade edilen "taraflarca hazırlama ilkesine" aykırıdır.

O hâlde uyuşmazlık konusu fazla çalışma alacağının davacı tanık beyanlarına göre hesaplanıp hüküm altına alınması isabetli olup, direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece bozma nedenine göre işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Direnme uygun bulunduğundan davalı Bakanlık vekilinin işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 04.07.2019 gününde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

HGK. 04.07.2019 T. E: 2015/22-3912, K: 858