

• **BİLİRKİŞİNİN YETKİ SINIRLARINI AŞMASI**

ÖZETİ Bilirkişinin yetkisinin sınırları dışına çıkarak dosyada savunulmayan ve dosyada yer almayan delilleri gerekçe göstererek hesaplama yapması son derece hatalıdır. Kaldı ki duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması 6100 sayılı HMK'nun 46/ç maddesi gereği hâkimin hukuki sorumluluğunu da gerektirebilir.

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı vekili davacının işe iade kararına rağmen işe başlatılmadığını, 8-17 saatleri arasında ve bazen daha sonrasında da çalıştığını, nöbete de kaldığını beyanla kıdem ve ihbar tazminatı ile ilave tediye, fazla çalışma, genel tatil, eşit davranmama tazminatı, ücret farkı, yıllık izin alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili ihale makamı olduklarını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, aylık ücretin asgari ücretin %100 fazlası olduğu kabul edilerek toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 32'nci maddesinin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine, dönemlere uyularak ödenmelidir. Yukarıda değinilen Yasa maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgarî ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanununun 323'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler gözönünde tutularak belirlenir.

Somut olayda, davacı dava dilekçesinde aldığı ücret miktarı konusunda bir miktar belirtmemiştir. İşe iade kararı sonrası işe başlatılmadığından emsal ücret üzerinden hesaplama yapılmasını talep etmiştir. Davacı tanıklarının ücret yönünden bir beyanları bulunmamaktadır. Bilirkişi rapor verdiği başka bir dosyadaki ücreti esas alarak hesaplama yapmıştır. Mahkemece bu hesap doğrultusunda karar verilmiştir.

6100 sayılı HMK'nun 25.maddesine göre "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz."

Bilirkişinin yetkisinin sınırları dışına çıkarak dosyada savunulmayan ve dosyada yer almayan delilleri gerekçe göstererek hesaplama yapması son derece hatalıdır. Kaldı ki duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması 6100 sayılı HMK'nun 46/ç maddesi gereği hâkimin hukuki sorumluluğunu da gerektirebilir.

Mahkemece dosyada bulunan deliller çerçevesinde bordrolarda geçen ücret üzerinden hüküm kurulması gerekirken delil olarak dayanılmayan başka bir dosyadaki veriler üzerinden gidilerek iddia edilmeyen ve ispatlanamayan ücrete itibar edilmesi isabetsiz olmuştur.

3-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 sürölüp 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 yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, 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 sürölmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenen daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürölmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut olayda davacı dava dilekçesinde 08-17 saatleri arasında çalıştığını ve bazen nöbete de kaldığını beyan etmiştir. Dosyaya sunulan nöbet çizelgelerinden davacının 08-20 ve 20-08 saatleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı tanıkları çalışma saatlerinin nöbet çizelgesinde geçtiği kadar olduğunu beyan etmişlerdir. Bilirkişi yine bu dosyada davacı tarafından iddia edilmeyen ve davacı tanıklarınca da beyan edilmeyen başka dosyadaki bulgulara dayanarak nöbet değişimleri sonrası nöbet saati dışında 1,5 saat daha fazla çalışma yapıldığı gerekçesiyle günlük çalışma saatini 13,5 saat kabul etmiştir.

Mahkemece bilirkişinin dosyadaki delil kapsamı dışına çıkarak yaptığı hesaplamaya itibarla fazla çalışma alacağının kabulü hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle BOZULMASINA, 24.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.