

## YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2012/1757

Karar No. 2011/5742

Tarihi: 27.02.2012

İlgili Kanun / Madde  
6100 S.HMK/107,109

- 
- *KİSMİ DAVA*
- *DAVA KONUSU ALACAĞIN YARGILAMA AŞAMASINDA HESAP RAPORU ALINMASINI GEREKTİRMESİ*
- *BELİRSİZ ALACAK*
- 

**ÖZETİ** 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 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 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 unsurlarında 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 menfaatlerde dâhil 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.

DAVA :Davacı vekili, davacı işçinin is 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 yaran 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 isteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde 22.01.2009 tarihinden 28.08.2011 tarihine kadar hafta haftanın 6 günü 08.00-20.00 saatleri arası satış elamanı olarak haftalık 45 saati aşan çalışması olmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini, son ay ücreti bulunduğunu belirterek, fazlaya ilişkin haklan 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 tahsili 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, 22.11.2011 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, kullandırılmayan fazla çalışma süresini de bildiği, bu bilgiler doğrultusunda alacağının tamamını bildiği halde, HMK. 109/1 maddesi anlamında kısmi dava açtığı, aynı madde 2. fıkrasına göre alacak açıkça belli olduğundan kısmi dava açmasının mümkün olmadığı, HMK. 114/1-h maddesine göre hukuki yararın dava şartı olduğu, bunun yanında davacının talep sonucunu dava dilekçesinde HMK. nın 119/1-ğ maddesine göre açıkça bildirmek başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği gerekçesi ile HMK. 109/2 maddesine aylan 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 hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmî 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 HMK.'un 109. maddesinde tanımlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir", ikinci fıkrasına göre ise "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz".

Belirtilen düzenleme karşısında kısmi dava açılabilmesi için;

1) Talep konusunun niteliği itibari 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 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 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 unsurlarında 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 menfaatlerde dâhil 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 maddesine 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.

HMK.'un 107/son maddesine göre ise "kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, 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 maddedeki 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. maddesinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayılmış ve açık bir şekilde talep sonucunun da bulunacağı belirtilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında ise talep sonucunun açık olmaması halinde hakimnin davacıya talebini açıkça belirlemesi için süre vermesi gerektiği belirtilmiştir. Gerek 115 ve gerekse 119. maddelerde 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 arttırarak 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. Maddesindeki yükümlülüklerini de yerine getirdiğini savunmamıştır.

Tazminat ve alacaklara hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkene bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması halinde tazminata ve alacağa 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 olası (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 ülkemize 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 hesap raporu alınmasını, tazminat ve alacaklara esas hizmet süresi ile ücretin tespit edilmesini gerektirmektedir. Kısmi dava açılmasında yasanın aradığı unsurlar ve hukuki yarar şartı gerçekleştiğinden davanın görülmesi gerekir. Aksi gerekçe ile davanın usulden reddi isabetsizdir.

2. Kabule göre ise;

a) Dava dilekçesinde talep sonucu açıkça belli olduğundan, mahkemenin "davacının talep sonucunu dava dilekçesinde HMK.'un 119/1-ğ maddesine 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.

b) 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 HMK.'un 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 haremim istek halinde ilgiliye iadesine 27.02.2012 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

**KARŞI OY:**

Davada, ip akdinin haksız feshi nedeniyle fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak, kıdem ve ihbar tazminatı ile ödenmeyen aylık ücret ve fazla mesai ücretlerinin kısmen tahsili istenmiş; mahkemece davacının kısmi dava açmakta hukuki menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkemece karar gerekçesinde de açıkça belirttiği üzere; işçi, çalıştığı süreyi ve ücretini (sübjektif olarak) en doğru şekilde bilen kişidir. Böyle olunca yasal bağlamda, ne kadar ücret, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai alacağı olduğunu açıkça belirleyebilecek konumdadır. Dolayısı ile davanın konusu olan işçilik alacakları açıkça belirli bulunmakla, kısmi dava ya da belirsiz alacak davasına değil, aksine belirli bir alacak davasına konu edilebilir. Zira 6100 sayılı yasanın 107/1. maddesine göre; davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmiştir. Aynı şekilde HMK'nun 109/2. maddesinde de; dava konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmayacağı benimsenmiştir.

Böylece dava açılmadan önce alacağının varlığını ve miktarını açıkça bilen ya da bilebilecek durumda bulunan davacı işçi yönünden belirli bulunan dava konusunun dava açılmakla (doğal olarak) çekişmeli ve tartışmalı hale gelmesi ya da ispat sorunu ile karşılaşılması da iş bu davanın belirsiz ya da kısmi dava olarak açılmasına haklı gerekçe yapılamaz. Çünkü kural olarak tüm davalarda mahkemeye müracaatla taraflar arasında bir çekişme, tartışma, belirsizlik ve ispat sorunu bulunmaktadır.

Bu nedenle sayın çoğunluğun davacının taleplerinin kısmi davaya konu edilebileceğine ilişkin bozma düşüncesine katılmamaktayım.