**BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ HUKUK DAİRESİ**

**SAYIN BAŞKANLIĞI’NA**

**Sunulmak Üzere**

**13. İŞ MAHKEMESİ SAYIN HÂKİMLİĞİ’NE**

**İZMİR**

Dosya No: 2014/641 E.

2017/191 K.

İSTİNAF

TALEBİNDE

BULUNAN DAVACI : İsmail ŞENKAYA (TCKN.:21392257988)

Çınartepe Mah. 2637 Sk. No: 11 İç Kapı No:2 Konak/İZMİR

VEKİLİ : Av. Bülent KAPTAN – Av. Ece KARAN

(adres antettedir.)

DAVALI : Yılpar Ambalaj Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Kazım Dirik Mah. 297/2 Sk. No:5 2. Sanayi Sitesi Bornova/İZMİR

KONU : İstinaf dilekçemizin sunulmasıdır.

İSTİNAF

NEDENLERİ :

1-Yerel Mahkemece verilen 29.06.2017 tarih ve 2017/191 K. sayılı kararda hükme esas alınan bilirkişi raporu denetlenebilir olmaktan uzak, haksız ve yasal dayanaktan yoksun olduğundan davamızın kısmen reddine karar verilmiştir.

2-Söz konusu davada, müvekkil 11.12.2002 tarihinde işe başlamış -ki bu tarihe ilişkin hizmet tespit davası hakkımız saklı tutulmuştur- ve 11.09.2014 tarihinden işten ayrılmıştır. Bunun üzerine işçi alacaklarına ilişkin icra takibi başlatılmış, takibe kısmi itirazda bulunulmuş, ilgili mahkemede görülmek üzere itiraza uğrayan kısım bakımından İtirazın İptali davası açılmış ve dosya teknik bilgi ve hesaplama gerektirdiğinden bilirkişiye gönderilmiştir. Bilirkişi raporlarının tümü hatalı ve hukuka aykırıdır.

3-YARGITAY 9.HUKUK DAİRESİ E. 2015/17642K. 2015/24006 sayı ve 02.07.2015 tarihli kararında açık ve net biçimde hesaplamanın nasıl yapılacağına dair; Günlük kanuni çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan çalışma gece çalışması sayılır . 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesinde “Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.” şeklindeki hüküm mevcuttur. Bu hükümler dikkate alındığında, davacının 20:00-08:00 saatleri arasında geçen 12 saatlik çalışmasının 20:00-06:00 saatleri arasındaki 10 saatlik kısmı, yani yarısından fazlası gece çalışması olduğundan, 20:00-08:00 saatleri arasındaki çalışmasının tamamının gece çalışması sa yılması gerekir. Buna göre, 1,5 saatlik ara dinlenme, 20:00-08:00 saatleri arasındaki 12 saat çalışmadan düşülerek, günlük fiili çalışma 10,5 saat ve 7,5 saatlik gece çalışmasının kanuni sınırını aşan fazla mesai süresi de 10,5-7,5=günlük 3 saat olarak belirlenmesi gerekir. Günlük fazla mesai süresini 1,5 saat olarak hesaplayan bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması hatalıdır. şeklinde karar vermiş ve hesaplamanın usulunü belirlemiştir. Somut olayda 23.12.2015 tarihli Bilirkişi Raporu'nda ise hesaplama yapılırken nedendir bilinmez 20.30-06.00 arasındaki çalışma saatleri kanunun açık hükmüne de aykırı biçimde hesaplanmış ve sonuçta yalnızca 1 saatlik fazla çalışma tespit edilmiş ve bu hata, itirazımız üzerine 11.04.2016 tarihli Ek Rapor'da düzeltilmiştir.

4-Mahkemece alınan iki farklı bilirkişi raporunda da aynı noktada hatalı karar verilmiş ve bu sebeple hatalı hesaplama yapılmıştır. Bilirkişi raporlarında Ocak 2010-Ocak 2012 arası döneme ait imzalı ve ihtirazi kaydın bulunmadığı bordroların bulunduğu ve bu bordrolarda fazla çalışma ücretinin ödendiği görülüyor denmektedir, oysa ki İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği madde 10 uyarınca,

Fazla Çalışmanın Belgelenmesi

Madde 10 —İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir.

5-Bordrolar incelendiğinde görülmektedir ki gece çalışmasına ilişkin ödemelerin yapıldığı sabit ve açıkça gösterilmediği gibi hayatın olağan akışı gereği fazla çalışma yapılması halinde gözlü görülür miktarda zamlı ücret alması gereken müvekkilin ücretinde herhangi bir artış da görünmemektedir.

6-İspat hukuku bakımından değerlendirilmesi gereken bir nokta da fazla çalışmaya ilişkin ücretlerin ödenip ödenmediği hususudur. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ E. 2015/14629 K. 2017/100 sayılı ve 16.01.2017 tarihli kararında; Fazla çalışmanın ispatı konusunda iş yeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, iş yeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle ispatlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları şahit 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. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Fazla çalışma yaptığını işçi, bu çalışmasının karşılığı ücretlerin ödendiğini ise işveren ispat etmek durumundadır. yönünde karar vermiş ve ispat faaliyeti bakımından gece fazla çalışma yapılması halinde yapılacak ödemelerin yukarıdaki hükümle birlikte düşünüldüğünde davalı tarafça açıkça gösterilmesi ve ödendiğinin ispat edilmesi gerekmektedir.

7-Açıklanan nedenler ile yerel mahkeme kararının istinafen incelenmesi ve kısmen kabul kısmen ret yönünde verilen yerel mahkeme kararının kaldırılarak davanın kabul edilmesi için, istinaf kanun yoluna başvurma zorunluluğu doğmuştur.

SONUÇ ve İSTEM : Açıklanan nedenler ile yukarıda esas ve karar numarası yazılı olan Yerel Mahkeme kararının istinafen incelenmesine, gerek görülmesi halinde yeniden bilirkişi raporu istenmesine, davamızın kısmen reddedilen kısmının kabulüne karar verilmesini saygılarımla vekil olarak dilerim. 06.07.2017

Davacı vekili

Av. Bülent KAPTAN