**T.C.**

**YARGITAY**

**22. HUKUK DAİRESİ**

**E. 2017/10752**

**K. 2017/20402**

**T. 4.10.2017**

**DAVA :**Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**KARAR :**Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, kıdem tazminatı ve fazla süreli çalışma ücreti alacağının davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, kıdem tazminatı yönünden açılan davanın belirsiz alacak davası olarak açılmasında hukuki yarar bulunmadığından davanın usul yönünden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamakta ise de fazla süreli çalışma ücret alacağı yönünden davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceği kabulüyle işin esasına girilmesi gerektiği belirtilerek yapılan bozmaya uyularak bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı vekili yasal süresi içerisinde temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-)Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-)Taraflar arasında fazla süreli çalışma ücreti alacağından takdiri indirim yapılması gerekip gerekmediği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla süreli çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Ancak fazla süreli çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan fazla süreli çalışma miktarına göre takdir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirime gidilmemelidir

Somut olayda, mahkemece ders programına göre hesaplama yapıldığı gerekçesi ile takdiri indirim yapılmadan hüküm kurulmuş ise de; fazla süreli çalışma ücreti alacağının hesaplamasına tanık beyanlarından hareketle haftalık 1 saat veli görüşmesi ve 1 saat zümre toplantısı süresinin de dahil edildiği anlaşıldığından, mahkemece dosya kapsamına uygun makul bir oranda indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir.

3-) Taraflar arasında davacının 21.10.2016 tarihli dilekçeyle talep ettiği fazla çalışma alacağının miktarını arttırıp arttıramayacağı uyuşmazlık konusudur.

Bozmadan sonra ıslah yapılıp yapılamayacağı hususunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlığının giderilmesi amacı ile içtihatların birleştirilmesi gündeme gelmiş, konu Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulunda değerlendirilmiş ve Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu' nun 06.05.2016 tarih ve 2015/1 esas 2016/1 Sayılı kararı ile “ Her ne sebeple verilirse verilsin bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına dair 04.02.1948 tarih ve 1944/10 esas 1948/3 karar sayılı YİBK. nın değiştirilmesine gerek olmadığına” karar verilmiştir.

Yargıtay Kanunu' nun 45/5. maddesi “ İçtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve Adliye Mahkemelerini bağlayacağı" hükmünü içermektedir.

Yargıtay Kanunu' nun 45/5. maddesi karşısında Dairemizce “Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına dair 06.05.2016 tarih ve 2015/1 esas 2016/1 Sayılı kararına uygun karar verilmesi gerektiği kabul edilmiş olup mahkemece bozmadan sonra yapılan ıslaha değer verilmesi hatalı bulunmuştur.

Somut uyuşmazlıkta, kıdem tazminatına yönelik istemin belirsiz alacak davası olarak açılamayacağı gerekçesiyle mahkemece hukuki yarar yokluğu sebebiyle bu talebin reddine karar verilmiş olup Dairemizce mahkemenin bu alacak kalemi yönünden kabulü isabetli bulunarak, 22.06.2015 tarihli ilam ile hüküm fazla çalışma ücret alacağı yönünden davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceği dikkate alınarak işin esasına girilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Bunun üzerine davacı yanca, 23.12.2015 tarihinde 100,00 TL talepli kısmi dava açılmış ve açılan dava, fazla çalışma istemli iş bu dava ile birleştirilmiştir. 21.10.2016 tarihli bozma sonrası verilen dilekçeyle kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti alacağının miktarı, hükme esas alınan bilirkişi raporu doğrultusunda arttırılmıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplanan ve talep edilen kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti alacağı hüküm altına alınmıştır.

Ne var ki; 21.10.2016 tarihli dilekçe, açıkça ıslah dilekçesi olarak verilmiştir. Belirsiz alacak davasında bozma sonrası taleplerin ''Talep arttırım dilekçesi'' ile arttırılması mümkün ise de; az yukarda belirtilen Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu' nun kararı doğrultusunda bozma sonrası hiçbir şekilde ıslah yapılması mümkün değildir. Kıdem tazminatı bakımından 23.12.2015 tarihinde açılan dava, bozulan dava dosyasından sonra açılan ve fazla çalışma alacağına yönelik açılan dava ile birleşen bir dava olduğundan ıslah ile davadaki talebin arttırılması mümkün ise de; fazla çalışma bakımından ıslah bozma sonrası yapılmış olduğundan Mahkemece bozma sonrası verilen ıslah dilekçesine göre fazla çalışma ücreti alacağının hüküm altına alınması hatalıdır. Fazla çalışma alacağı bakımından sadece dava dilekçesinde talep edilen miktar hüküm altına alınmalıdır. Bu husus gözetilmeden karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

**SONUÇ :**Temyiz olunan kararın, yukarda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde davalıya iadesine 04.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.